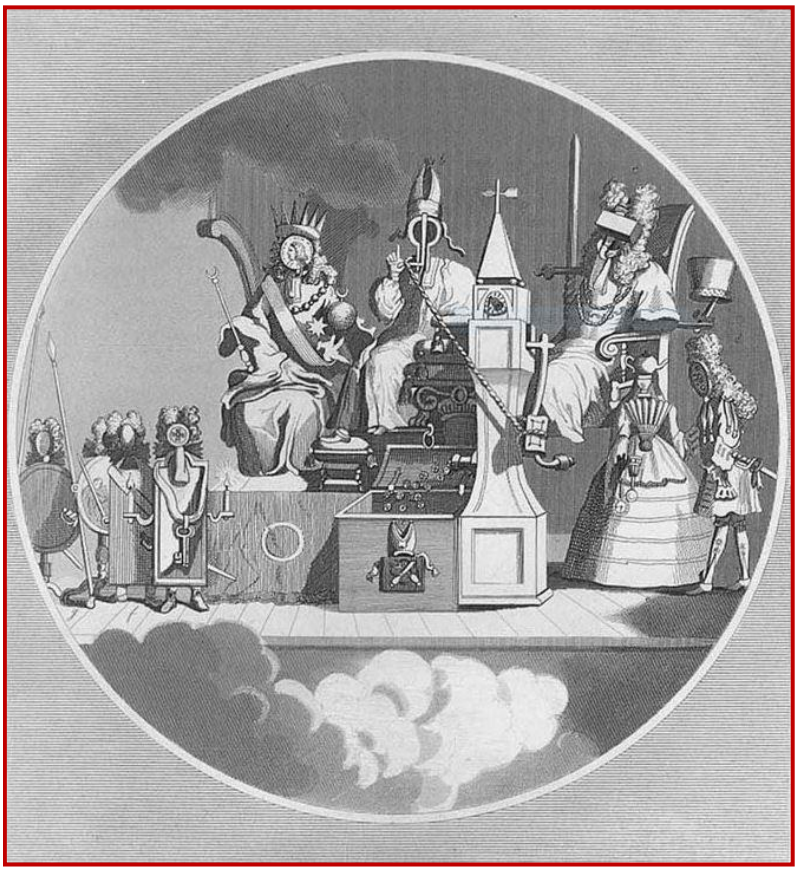
Nomos

Le attualità nel diritto



2018

Rivista telematica registrata presso il Tribunale di Roma – ISSN 2279-7238

Direzione della Rivista

Comitato scientifico nazionale

Giuliano Amato, Gaetano Azzariti, Paolo Carnevale, Stefano Ceccanti, Enzo Cheli, Fernanda Bruno, Piero Alberto Capotosti, Beniamino Caravita di Toritto, Sabino Cassese, Augusto Cerri, Achille Chiappetti, Claudio Chiola, Claudio De Flores, Giuseppe De Vergottini, Gianni Ferrara, Mario Galizia, Giuseppe Guarino, Fulco Lanchester, Sergio Lariccia, Vincenzo Lippolis, Alberto Lucarelli, Massimo Luciani, Michela Manetti, Andrea Manzella, Sergio Marchisio, Francesco Mercadante, Stefano Merlini, Franco Modugno, Roberto Nania, Valerio Onida, Valeria Piergigli, Alessandro Pizzorusso, Giorgio Rebuffa, Paolo Ridola, Francesco Rigano, Stefano Rodotà, Michele Scudiero, Teresa Serra, Massimo Siclari, Luisa Torchia, Massimo Villone.

Comitato scientifico internazionale

Francisco Balaguer Callejón, Olivier Beaud, Paul Furlong, Dieter Grimm, Peter Häberle, Anne-Marie Le Pourhiet, Gilmar Mendez, Dominique Rousseau.

Direttore responsabile

Fulco Lanchester

Comitato di Direzione

Paola Bilancia, Marco Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Fernanda Bruno, Giulia Caravale, Paolo Carnevale, Stefano Ceccanti, Anna Chimenti, Ines Ciolli, Antonio D'Andrea, Alessandra Di Martino, Fabio Giglioni, Giorgio Grasso, Silvia Ilari, Vincenzo Lippolis, Andrea Longo, Michela Manetti, Roberto Miccù, Paola Piciacchia, Paolo Ridola, Massimo Siclari, Teresa Serra, Pietro Selicato, Alessandro Torre, Astrid Zei, Antonio G. Zorzi Giustiniani.

Comitato di Redazione

Giulia Aravantinou Leonidi, Simone Benvenuti, Ilenia Bernardini, Francesco Brancaccio, Rino Casella, Claudia Di Andrea, Gianluigi Fioriglio, Matteo Frau, Laura Frosina, Alessandro Gigliotti, Vincenzo Iacovissi, Maria Cristina Ivaldi, Gavina Lavagna, Maria Rita Magnotta, Luigino Manca, Mara Maracci, Paolo Mezzanotte, Maria Grazia Rodomonte, Jan Sawicki, Paolo Scarlatti, Michele Surdi.

Segreteria di Redazione

Mario Altomare, Veronica Arpaia (responsabile comunicazione lingua inglese), Enrico Campelli, Luigi Conti, Michele Crisafi, Arianna Gravina Tonna, Marco Mandato, Francesca Rossi, Chiara Spiniello, Giuliaserena Stegher.

Responsabili di sezione

Saggi: Direzione.
Note e interventi: Astrid Zei.
Cronache dall'estero: Giulia Caravale.
Recensioni: Laura Frosina.
Documentazione normativa: Claudia Di Andrea (Camere); Paolo Mezzanotte (Corte costituzionale).

Sito web

www.nomos-leattualitaneldiritto.it

NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale

"NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO" n. 1 del 2018

SOMMARIO

EDITORIALE

Fulco Lanchester, *La stella polare del costituzionalismo* 1

PROLUSIONI

Enzo Cheli, *I settanta anni della Costituzione italiana. Prime indicazioni per un bilancio* 4

Giuseppe De Vergottini, *Una reflexión sobre las presentes transformaciones constitucionales* 11

Luciano Violante, *"Società civile e istituzioni: il ruolo della classe dirigente"* 22

SAGGI

- **Giancarlo Rolla**, *I quesiti delle consultazioni popolari. Considerazioni alla luce dell'esperienza referendaria in Italia* 32
- **Fulco Lanchester**, *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la Scuola Fiorentina* ... 53
- **Donatella Del Vescovo,** *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali* 62
- **Francesco Bocchini**, *La sussidiarieta' tra asimmetrie giudiziali ed asimmetrie sostanziali della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea* 96
- **Annamaria Abbruzzese**, *La categoria giuridica dei beni comuni tra dimensione locale e attività giurisprudenziale, oltre l'assolutismo giuridico. Brevi note comparative* 123
- **Mariangela Atripaldi,** *Il rinvio "intraistituzionale". una tecnica per la produzione di norme giuridiche nella forma di stato a tendenza sociocentrica* 147

ISSN 2279-7238

- **Laura Pelucchini**, *"This is a disturbing case": la Corte Suprema canadese tra liberta' di religione, multiculturalismo e interesse pubblico secolare* 203
- **Andrea De Petris,** *Libertà di religione e limiti alla tutela del pluralismo culturale. La leitkultur nella Germania multiculturale* 221
- **Matteo Frau & Elisa Tira**, *The interpretation of the Commander in Chief clause in the American Constitution in comparison with the recent transformation of the prerogative power to deploy troops in the unwritten British Constitution* 258
- **Valeria De Santis**, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno* 290
- **Chiara Feliziani**, *Il trasporto ferroviario nel quadro della politica ambientale europea* 309
- **Maria Francesca Serra**, *Considerazioni sul global legal pluralism*.....326
- **Dario Martire**, *L'ordinamento sportivo di nuovo al vaglio della Consulta. Spunti di riflessione in merito all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del Tar Lazio (sezione prima ter), n. 3514, 11 ottobre 201* 348
- **Vincenzo Cocozza**, *La "rottura" dei modelli di disciplina nella riorganizzazione del Ministero dei beni e attivita' culturali*.....361

NOTE E COMMENTI

- **Guido Melis**, *Come si formano e come agiscono le Istituzioni politiche? A proposito del volume di Sandro Guerrieri*.....368
- **Biagio Andò**, *Influenza del modello codicistico francese in un contesto giuridico ibrido: traiettorie della codificazione del diritto privato in Louisiana* 373
- **Giammaria Milani**, *I partiti politici nella costruzione della democrazia elettorale in Tunisia*.....397

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

CANADA: Mario Altomare, *Dalla omnibus legislation agli "omnibudget bills". Verso nuovi abusi dei poteri normativi del Governo?*.....425

FRANCIA: Paola Piciacchia, *Sullo sfondo del progetto di rilancio dell'UE e della linea in politica estera: le questioni istituzionali (aperte) del quinquennato Macron*.....445

GIAPPONE: Michele Crisafi, *Orizzonte 2020. La visione a medio termine del Primo Ministro*.....467

ISRAELE: Enrico Campelli, *"Override clause", un nuovo capitolo dello scontro tra i poteri*.....478

ISSN 2279-7238

POLONIA: Jan Sawicki, *Si inasprisce il confronto con l'Unione Europea, mentre si aprono nuovi capitoli di conflitto con l'estero*.....490

REGNO UNITO: Giulia Caravale, *Il Brexit Bill all'esame della Camera dei Lords*.....496

RUSSIA: Ilmira Galimova, *Elezioni presidenziali russe: il nuovo vecchio leader alla guida del Paese*.....516

SPAGNA: Laura Frosina, *La persistente crisi catalana e le ipotesi di riforma costituzionale*.....534

STATI UNITI: Giulia Aravantinou Leonidi, *Una presidenza non convenzionale. Trump e la possibile strategia "costituzionale" dei democratici per riconquistare il potere*.....549

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ITALIA

Marco Mandato e Giuliaserena Stegher, *Il tormentato avvio della XVIII legislatura e la perdurante crisi di regime: salus rei publicae suprema lex esto*.....569

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Rassegne critiche

Marco Mandato, *La partecipazione politica attraverso internet: recenti riflessioni sulla democrazia elettronica. A proposito dei volumi di G. Gometz, Democrazia elettronica: teorie e tecniche, Pisa, Edizioni Ets, 2017, e G. Fioriglio, Democrazia elettronica: presupposti e strumenti, Padova, Cedam, 2017*.....593

Recensioni

Mario Altomare, *Recensione a* D. RAYSIDE, J. SABIN, P. E. J. THOMAS, *Religion and Canadian Party Politics*, Vancouver, UBC Press, 2017, pp. 448.....614

Luca Bartolucci, *Recensione a* D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 338.....621

Enrico Campelli, *Recensione a* G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base*, Torino, Gruppo Abele, 2017, pp. 160.....631

Michele Crisafi, *Recensione a* F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 303.....636

Ilmira Galimova, *Recensione a* L. MÄLKSOO, W. BENEDEK, *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 440.....641

Laura Pelucchini, *Recensione a* F. CAMMARANO (edited by), *Praxis, language and theory of political delegitimization in contemporary Europe*, Roma, Viella, 2017, pp. 150.....649

ISSN 2279-7238

Guliaserena Stegher, *Recensione a* F. CLEMENTI, *La libertà di associazione in prospettiva comparata. L'esperienza costituzionale europea*, Collana del Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca (CISR), Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, pp. 280 657

Giulia Vasino, *Recensione a A. LOSACCO, Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 105 663

DOCUMENTAZIONE

A cura di Marco Mandato e Giuliaserena Stegher

A) Regolamenti parlamentari

- Regolamento del Senato pubblicato nella G.U. Serie Generale, 19 gennaio 2018, n. 15
- Il nuovo Regolamento del Senato

B) Elezioni

- Liste Candidati Camera
- Liste Candidati Senato
- Verbali delle elezioni politiche 2018 dell'Ufficio centrale nazionale della Corte di Cassazione
- Decisioni dell'Ufficio centrale della Corte di Cassazione sui ricorsi presentati
- Dichiarazione Trasparenza e Programma +Europa
- Programma e Statuto Forza Italia
- Programma e Statuto Fratelli D'Italia con Giorgia Meloni
- Programma e Statuto Lega
- Statuto Lega Nord-Forza Italia-Fratelli D'italia con Giorgia Meloni
- Dichiarazione Trasparenza e Programma Liberi e Uguali
- Dichiarazione Trasparenza e Programma Movimento Stelle
- Dichiarazione Trasparenza e Programma Noi Con L'Italia - Udc
- Programma e Statuto Partito Democratico
- Dichiarazione di Trasparenza e Programma Partito Repubblicano Italiano-Ala

C) Partiti

- Risultati parlamentarie Movimento 5 Stelle
- Relazione sulle convergenze programmatiche redata dal Prof. Giacinto Della Cananea
- Contratto del 'Governo del cambiamento' firmato dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega

ISSN 2279-7238

D) Gruppi parlamentari

- Statuto Gruppo parlamentare Fratelli d'Italia Camera dei deputati
- Regolamento Gruppo parlamentare Fratelli d'Italia Senato della Repubblica
- Statuto Gruppo parlamentare Lega Salvini Premier Camera dei deputati
- Regolamento Gruppo parlamentare Lega Salvini Premier Senato della Repubblica
- Statuto Gruppo parlamentare Partito democratico Camera dei deputati
- Regolamento Gruppo parlamentare Partito democratico Senato della Repubblica
- Regolamento Gruppo parlamentare per le Autonomie (SVP-PATT-UV)
- Statuto Gruppo parlamentare Misto Camera dei deputati
- Regolamento Gruppo parlamentare Misto Senato della Repubblica
- Statuto Gruppo parlamentare Movimento 5 Stelle Camera dei deputati
- Regolamento Gruppo parlamentare Movimento 5 Stelle Senato della Repubblica

  - Risposta Presidente Fico agli On. Ceccanti e Magi relative alle osservazioni circa la compatibilità dello Statuto del gruppo M5S con la Costituzione e il Regolamento della Camera

E) Bilancio

Documento di economia e finanza 2018

ISSN 2279-7238

NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale

"NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO" n. 2 del 2018

SOMMARIO

PASSATO, PRESENTE E FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO E DELL'EUROPA

- **Dieter Grimm**, *Constitutionalism: Past – Present – Future*.....670
- **Giuliano Amato**, *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*.....682
- **Fulco Lanchester**, *Il profumo del costituzionalismo*.....688
- **Giorgio Rebuffa**, *Una geografia dei costituzionalismi moderni*.....698
- **Maurizio Fioravanti**, *Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale odierno*.....702
- **Marco Benvenuti**, *Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. Il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale*.....711
- **Francisco Balaguer Callejon**, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo xxi*.....719
- **Paolo Ridola**, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*.....741
- **Dominique Rousseau**, *La Constitution a-t-elle un avenir?*.....756
- **Maria Rosaria Ferrarese**, *Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali*....769

ISSN 2279-7238

- **Peter Häberle**, *Il costituzionalismo come progetto della scienza*.....781

- **Augusto Aguilar Calahorro**, *Il test di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea in spagna*.....795
- **Laura Frosina**, *La crisi "esistenziale" dell'Unione Europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*.....815

- **Jorg Luther**, *Il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista*.....836

- **Juan Francisco Sánchez Barrilao**, *Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale*.....853

- **Massimo Luciani,** *Il futuro dell'Europa. Note a margine*.....867

SAGGI

- **Giuseppe De Vergottini**, *Comparazione e Diritto costituzionale*.....877

- **Andrea Gratteri e Giovanni Sacco**, *Senza distinzione.Per il superamento della parola razza*.899

- **Alessandro Lauro**, *La solitudine del 14 bis, comma tre: l'ideologia del capo e la sua estraneità all'ordinamento costituzionale*.....936

- **Paolo Scarlatti**, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*.....968

- **Massimo Siclari**, *Il contributo di Tomaso Perassi ai lavori della Costituente*.....989

- **Salvatore Bonfiglio**, *Dall'«influenza» regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo*.....997

- **Roberto Borrello**, *Il contributo di Vincenzo Mazzei all'Assemblea Costituente*..... 1009
- **Luigino Manca**, *Family reunification in international law: the current united nations legal framework and the practice of human rights bodies*..... 1042

- **Simone Benvenuti**, *Sviluppi costituzionali e della forma di governo nella Repubblica ceca alla luce delle elezioni della Camera dei Deputati dell'ottobre 2017. Il persistere di difficoltà storiche e loro rilevanza europea nell'attuale contesto storico*..... 1067

ISSN 2279-7238

- **Sergio Pignataro**, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di "stretta necessità" e sulle ipotesi di deroga al diritto comune* 1092
- **Maria Vittoria Ferroni**, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici* 1123
- **Ciro Palumbo**, *Persona, libertà e giustizia in Giorgio La Pira* 1161
- **Paolo Savarese**, *Dalla bugia alla menzogna: la postverità e l'impossibilità del diritto* 1177
- **Roberto Perrone**, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso* 1195
- **Livio Perra**, *La natura e i suoi diritti* 1228

GLI ARCHIVI DEI GIURISTI E LA LORO TUTELA

- **Fulco Lanchester**, *Introduzione* 1245
- **Eugenio Gaudio**, *Saluti* 1247
- **Andrea Becherucci,** *Gli archivi dei giuristi: alcune considerazioni introduttive* 1249
- **Paolo Massa**, *Des jouristes, pourquoi faire? Does legal thinkers matter? La valorizzazione degli archivi dei giuristi nell'era digitale* 1273
- **Giuseppe Filippetta**, *Le carte dei giuristi tra esperienza giuridica e vita delle persone* 1283
- **Sabino Cassese**, *Gli archivi dei giuristi* 1287
- **Nicola Antonetti**, *Gli archivi dei giuristi e la loro tutela* 1289
- **Marta Bonsanti**, *L'archivio di Paolo Barile* 1293
- **Stefano Merlini**, *Intervento di Stefano Merlini* 1301
- **Stefano Grassi,** *Sull'archivio di Paolo Barile* 1305
- **Paola Zorzi Giustiniani**, *Presentazione della "associazione Antonio G. Zorzi Giustiniani* 1310

NOTE E COMMENTI

- **Enrico Campelli**, *Emancipazione ebraica e drafting revolution in Israele: le funzioni latenti di una norma giuridica* 1312

ISSN 2279-7238

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- **CANADA: Mario Altomare**, *Le sfide politico-istituzionali del Governo Trudeau nel contesto delle complicate relazioni internazionali* 1321
- **FRANCIA: Paola Piciacchia**, *La riforma costituzionale all'ombra dell' "affaire Benalla"* ... 1341
- **GIAPPONE, Michele Crisafi**, *Il Giappone ripensa sé stesso in vista delle Olimpiadi del 2020 ma deve fare i conti con la situazione internazionale contemporanea* 1361
- **ISRAELE: Enrico Campelli**, *Israele: stato ebraico o stato degli ebrei? Il dibattito sulla Nation State Law e le nuove minacce alla stabilità dell'esecutivo Netanyahu* 1368
- **POLONIA: Jan Sawicki**, L'Esecutivo si prepara a conquistare l'ordine giudiziario, che resiste appellandosi a una debole Europa 1381
- **REGNO UNITO: Giulia Caravale**, *L'approvazione dell'European Union (Withdrawal) Act 2018 e le incertezze dell'accordo di recesso* 1390
- **RUSSIA: Ilmira Galimova**, *L'inizio del nuovo mandato presidenziale in Russia: come far passare una riforma contestata* 1406
- **SPAGNA: Laura Frosina**, *Da Rajoy a Sánchez. La rivalutazione dell'istituto della sfiducia costruttiva nella forma di governo parlamentare spagnola* 1425
- **STATI UNITI: Giulia Aravantinou Leonidi,** *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?* 1446

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ITALIA

- **Marco Mandato e Giuliaserena Stegher**, *Prerogative presidenziali e accordi di partito: genesi del primo governo italiano bipopulista perfetto* 1472

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Recensioni

ISSN 2279-7238

- **Mario Altomare**, *Recensione* a *A. DODEK, The Charter Debates: The Special Joint Committee on the Constitution 1980-1981 and the Making of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Toronto University Press, 2018, pp. 490* 1499
- **Simone Barbareschi**, Recensione a *A. IANNUZZI, Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 238* 1505
- **Paolo Bonini**, *Recensione a U. RONGA, La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 206* 1514
- **Michele Crisafi**, Recensione a *M. G. RODOMONTE, L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 172*..... 1520
- **Ilmira Galimova**, Recensione a *D. HUTCHESON, Parliamentary Elections in Russia: A Quarter-Century of Multiparty Politics, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 356* 1524
- **Arianna Gravina Tonna**, Recensione a *G. REPETTO, Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 382*..... 1531
- **Marco Mandato**, *Recensione a P. IGNAZI, P. BORDANDINI, I muscoli del partito. Il ruolo dei quadri intermedi nella politica atrofizzata, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 148*..... 1536
- **Whylton Le Blond Ngouedi Marocko**, *Recensione a A. LE PILLOUER, La protection de la Constitution. Finalités, mécanismes et justifications, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques-Université de Poitiers- Collection Actes et colloques de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, 2018, pp. 207*..... 1539
- **Laura Pelucchini**, *Recensione a T. E. FROSINI, Declinazioni del governare, Torino, G. Giappichelli, 2018, pp. 159*..... 1549
- **Alessandro Rosario Rizza**, *Recensione a M. MEZZANOTTE, La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale come strumento di integrazione, Padova, Cedam, 2018, pp. 203* 1555
- **Chiara Spiniello**, *Recensione a L. BRUNETTI, Autodichia parlamentare. La giustizia domestica delle Camere nello Stato costituzionale di diritto, Milano, EDUCatt, 2016, pp. 283* 1559
- **Giulia Vasino**, Recensione a *S. LIETO, Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 248* 1565

DOCUMENTAZIONE

ISSN 2279-7238

A) Governo

Contratto del 'Governo del cambiamento' stipulato tra Movimento 5 Stelle e Lega

Intervista rilasciata dal Prof. Paolo Savona il 20 giugno 2012 sulle proprie posizioni relative all'Europa

Comunicato stampa del Prof. Paolo Savona sulle proprie posizioni nei confronti dell'Europa

Dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte

Decreto presidenziale di nomina dei Sottosegretari di Stato

B) Capo dello Stato

Conferimento dell'incarico di formare il Governo al Prof. Giuseppe Conte

Rimessione del mandato di formare il Governo da parte del Prof. Giuseppe Conte

Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella dopo che il professor Giuseppe Conte, sciogliendo la riserva formulata, ha rimesso l'incarico

Conferimento dell'incarico di formare il nuovo Governo al Dott. Carlo Cottarelli

Dichiarazione del Segretario generale della Presidenza della Repubblica a seguito della rimessione del mandato di formare il Governo di Carlo Cottarelli

Nuovo conferimento dell'incarico di formare il Governo a Giuseppe Conte

C) Vitalizi

Delibera approvata dall'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati per il ricalcolo dei vitalizi

Parere del Consiglio di Stato del 26 luglio

D) Bilancio

Documento di economia e finanza 2018

Conto consuntivo per l'anno finanziario 2017

Progetto di bilancio per l'anno finanziario 2018

E) Partiti

ISSN 2279-7238

A.C. 325 recante Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici.

A.S. 350 finalizzato ad introdurre "norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici"

A.S. n. 422 recante "disposizioni in materia di partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica".

ISSN 2279-7238

NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale

"NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO" n. 3 del 2018

SOMMARIO

Editoriale. I custodi della Costituzione e la loro azione parallela 1573

DALLO STATO PARTITO ALLO STATO DEI PARTITI: E ORA? CONVEGNO IN OCCASIONE DELL'80° ANNIVERSARIO DELLA PROLUSIONE DI VINCENZO ZANGARA ALLA SAPIENZA

- **Fulco Lanchester**, *La rappresentanza nello Stato di massa tra partiti e plebiscito: il percorso di Vincenzo Zangara* 1576
- **Massimiliano Gregorio**, *Parte totale. Vincenzo Zangara e le dottrine del partito politico negli anni Trenta* 1590
- **Luca Borsi**, *L'itinerario di Pietro Chimienti, da liberale a fascista* 1604
- **Giulia Caravale,** *Rappresentanza e partiti politici nel pensiero di Vincenzo Gueli* 1611
- **Roberto D'Orazio**, *L'archivio Zangara* 1624
- **Giovanni Serges,** *Vincenzo Zangara: un costituzionalista tra Catania e Roma nei ricordi di uno studente* 1651

ISSN 2279-7238

- **Salvatore Bonfiglio**, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?* 1657
- **Stefano Ceccanti,** *Il finanziamento della politica* 1668
- **Oreste Massari,** *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti* 1674
- **Agatino Cariola**, *Riflessioni sui partiti politici a partire dall'elaborazione della Scuola costituzionalistica catanese* 1696
- **Massimo Luciani**, *Partiti e forma di governo* 1707
- **Giuliano Amato,** *Conclusioni* 1718
- *Biobibliografia del prof. Vincenzo Zangara, a cura di* **Fulco Lanchester** 1722

SAGGI

- **Riccardo Chieppa**, *Persecuzioni razziali (1938-1945), episodi di discordanze e casi di speculazione: tra generosi coraggiosi e meschini profittatori* 1726
- **Alessandra Di Martino,** *L'identità dell'Europa tra le due Guerre mondiali e la Resistenza. Considerazioni alla luce del pensiero di Thomas Mann, Anna Siemsen, Carlo Rosselli e degli autori del "Manifesto di Ventotene"* 1751
- **Ludovica Durst,** *Pietro Nenni e le iniziative del Ministero per la Costituente per la formazione di una coscienza costituente* 1789
- **Giuseppe Eduardo Polizzi,** *L'istruzione in epoca liberale e i "condizionamenti" del suo finanziamento in relazione al diritto di voto. Studio introduttivo* 1818

ISSN 2279-7238

- **Salvatore Bonfiglio,** *Sulla tardiva genesi costituzionale dei partiti politici* 1846

- **Silvia Illari**, *Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione Europea* 1865

- **Rino Casella**, *Il progetto di riforme istituzionali del Presidente Macron e il ridimensionamento del ruolo del Parlamento francese* 1893

- **Vanessa Manzetti,** *Il patrimonio culturale immateriale tra ordinamento internazionale, europeo e nazionale. Spunti dall'esperienza spagnola* 1920

- **Gavina Lavagna**, *La crisi del rapporto tra politica e religione. Il referendum sull'aborto in Irlanda* 1953

- **Ivano Sassanelli**, *Le origini ecclesiali e giuridiche dell'art. 7 comma 1, Cost* 1974

- **Giampietro Ferri**, *La responsabilità civile dei magistrati dopo la legge n. 18 del 2015* 1998

- **Marcello Di Francesco Torregrossa,** *Il nuovo codice dei contratti pubblici e l'arbitrato amministrato da parte dell'Autoritá Nazionale Anticorruzione* 2032

LA SAPIENZA E LA PRIMA GUERRA MONDIALE

- **Fulco Lanchester,** *Lo Studium Urbis e la memoria dei suoi caduti* 2047

- **Elisa Signori**, *L'Università italiana in guerra: al fronte e nella società civile (1914-'19)* 2078

- **Sergio Marchisio**, *La guerra e la volontà collettiva degli Stati: riflessioni sulla prolusione di Dionisio Anzilotti il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale per gli anni accademici 1914-1915, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".* 2087

ISSN 2279-7238

- **Dioniso Anzillotti**, *Il concetto moderno dello Stato e il Diritto internazionale, prolusione per l'anno accademico 1915*

- **Pietro Bonfante,** *Le basi future dello Stato libero, prolusione per l'anno accademico 1919*

- **Giuliano Amato,** *Dall'idea di Europa alla costruzione europea, prolusione per l'anno accademico 2018/19 (pp. 7)* 2093

NOTE E COMMENTI

- **Cristophe Germann**, *Protocole 14 : la lettre de cachet de la CEDH l'Europe des juges en droits de l'Homme unie dans la diversité ?*..... 2100

- **Mario Altomare,** *"Voter Suppression" e "Statutory Interpretation": il sistema delle "purghe" elettorali dell'Ohio al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*..... 2114

- **Marco Mandato**, *A proposito del bilanciamento tra libertà di associazione politica ed esercizio di funzioni giurisdizionali. Nota a sentenza Corte costituzionale n. 170/2018* 2129

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- **CANADA: Mario Altomare**, *La notwithstanding clause come l' «arma» dei Governi provinciali di maggioranza. Il dibattito sui difficili equilibri tra Corti e legislativi nel sistema di protezione dei diritti* 2139

- **FRANCIA: Paola Piciacchia**, *Il vento della lotta alle élite soffia sui sessan'anni della V Repubblica tra tensioni sociali e tendenze alla disintermediazione* 2163

- **GERMANIA: Astrid Zei**, *Sull'ammissibilita' del ricorso sollevato da un gruppo parlamentare teso ad accertare una violazione del diritto oggettivo* 2179

ISSN 2279-7238

- **GIAPPONE, Michele Crisafi,** *Il terzo mandato alla guida del partito ed il secondo rimpasto di Governo delineano la strategia di Abe* 2186

- **ISRAELE: Enrico Campelli,** *La dissoluzione della 20° Knesset e le elezioni politiche del 2019. L'ordinamento israeliano tra movimenti partitici e le molte incognite* 2194

- **POLONIA: Jan Sawicki,** *Dall'Europa un primo serio argine all'involuzione autoritaria in Polonia: ma non si tratta della procedura ex art. 7 TUE* 2206

- **REGNO UNITO: Giulia Caravale,** *La resilienza di Theresa May e l'importanza del "Meaningful Vote" parlamentare* 2216

- **RUSSIA: Ilmira Galimova,** *Un "effetto sorpresa" nelle ultime elezioni regionali russe* 2238

- **SPAGNA: Laura Frosina**, *La Costituzione spagnola compie 40 anni. Bilanci e prospettive di riforma* 2259

- **STATI UNITI: Giulia Aravantinou Leonidi,** *Le elezioni di midterm negli Stati Uniti all'epoca di Trump* 2280

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

- **Marco Mandato e Giuliaserena Stegher,** *Il Governo "bipopulista perfetto" naviga in acque agitate sotto l'occhio vigile e attento dell'Unione Europea* 2302

RECENSIONI

- **Enrico Campelli**, *Recensione a* R. BIN, *Critica della teoria dei diritti,* Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 146. 2330

ISSN 2279-7238

- **Andrea Fiorentino**, *Recensione a* A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 228. 2336

- **Ilmira Galimova**, *Recensione a* BOURNE, *Democratic Dilemmas: Why democracies ban political parties,* London, Routledge, 2018, pp. 280. 2344

- **Arianna Gravina Tonna**, *Recensione a* C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 205. 2350

- **Chiara Ingenito**, *Recensione a* M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law-forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli, 2018, pp. 254. 2355

- **Marco Mandato**, *Recensione a* I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 202. 2361

- **Laura Pelucchini**, *Recensione a* C. MARGIOTTA (a cura di), *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità. Diritti, cittadinanza*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 223. 2367

- **Francesca Rossi,** *Recensione a* P. IANNI, *Edgardo Lami Starnuti deputato all'Assemblea Costituente*, Pisa, Pacini Editore, 2018, pp. 119. 2378

- **Giulia Santomauro**, *Recensione a* C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il* preenforcement costitutional challenge *contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 221. 2384

- **Giuliaserena Stegher**, *Recensione a* M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte: [per indagare i dilemmi del diritto continuamente riaffioranti nelle nostre società],* Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 174. 2393

- **Giulia Vasino**, *Recensione a* L. GENINATTI SATE', *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 104. 2397

Schede

ISSN 2279-7238

- **A. Di Muro**, *Scheda del volume di* M. PANEBIANCO, *Codice euro-globale- Epoche Spazi Soggetti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 p. 400. 2405

DOCUMENTAZIONE

A) PARLAMENTO

- Legge 1 dicembre 2018, n. 132 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate. (18G00161) (GU n.281 del 3-12-2018)
- Legge n. 99/2018 Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere
- Legge n. 100/2018 Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati
- Disegno di legge: S. 955. - "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" (approvato dalla Camera e modificato dal Senato) (1189-B)
- Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 28 novembre 2018 presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Conte) e dal Ministro dell'economia e delle Finanze (Tria) di concerto con il Ministro dello Sviluppo economico e il Ministro del Lavoro e delle politiche sociali (Di Maio) e con il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti (Toninelli) Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 ottobre 2018, n. 119, recante disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria

- **Proposte di legge costituzionale in materia di democrazia diretta all'esame della Commissione Affari Costituzionali della Camera**

  - Disegno di legge costituzionale a firma dell'on. D'Uva (M5S) e altri "Modifiche all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare" (1173)
  - Proposta di legge costituzionale d'iniziativa dei deputati Ceccanti, Cenni, De Menech, Di Giorgi, Fragomeli, La Marca, Morani, Pezzopane, Rosato

ISSN 2279-7238

"Modifica dell'articolo 71 della Costituzione, concernente l'iniziativa delle leggi e l'introduzione del referendum propositivo" (726)
- Proposta di legge costituzionale d'iniziativa del deputato Magi "Modifiche agli articoli 71 e 75 della Costituzione, in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum con riguardo agli articoli 71 e 75 della Costituzione, in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum" (1447)

- **Nadef e Manovra di bilancio**
  - Disegno di legge recante il Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 2017 (A.C. 850)
  - Disegno di legge recante Disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2018 (A.C. 851-A).
  - Legge 28 settembre 2018, n. 110 Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 2017
  - Nota di aggiornamento al documento di economia e finanza
  - Lettera di non validazione del quadro macroeconomico programmatico della nota di aggiornamento al Def 2018
  - Parere negativo della Commissione europea
  - Lettera inviata alla Commissione europea dal Ministro Tria del 13 novembre
  - Bocciatura della Commissione europea della manovra di bilancio del 21 novembre
  - Disegno di legge bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (A.C.1334)
  - Disegno di legge di bilancio 2019 (A.S. n 981)
  - Disegno di legge bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (C. 1334-B)
  - Note di variazioni al Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, con 313 voti favorevoli e 70 contrari.
  - Emendamento 1.9000 presentato al Senato
  - Legge 30 dicembre 2018, n. 145 Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. (18G00172)

- Audizioni NADEF 2018 :
  - Memoria Ufficio parlamentare di bilancio
  - Memoria Ministro Tria
  - Memoria Banca d'Italia
  - Memoria ISTAT
  - Memoria ISTAT allegato statistico
  - Memoria Corte dei Conti

- Attività conoscitiva preliminare all'esame dei documenti di bilancio 2019-2021:
  - Memorie Banca d'Italia
  - Memorie CNEL; Memorie CNEL Allegato N. 1; Memorie CNEL Allegato N. 2; Memorie CNEL Allegato N. 3
  - Memorie unitarie CGIL, CISL E UIL; Memoria CISL; Memorie UIL; Memorie CGIL; Memorie UGL

ISSN 2279-7238

- Memorie ANIA
- Memorie SVIMEZ
- Memorie ANPCI

- Attività conoscitiva preliminare all'esame dei documenti di bilancio 2019-2021:
  - Memorie ISTAT; Memorie ISTAT - allegato statistico; Memorie ISTAT - allegato tassazione imprese; Memorie ISTAT- allegato lavoro Mezzogiorno
  - Memorie Corte dei conti
  - Memoria UPB
  - Memoria Conferenza regioni; Memoria Conferenza delle regioni - II; Memorie Conferenza delle Regioni - III
  - Memorie UPI - Emendamenti; Memoria UPI
  - Documentazione ANCI
  - Documentazione CONFINDUSTRIA
  - Memoria Confindustria - testo lungo
  - Memorie R.ETE. imprese Italia
  - Memorie ABI
  - Memoria ANCE
  - Memoria Confedilizia
  - Memoria CONFAPI
  - Memoria CONFIMI
  - Memoria Confprofessioni
  - Memorie Alleanza delle cooperative

- Audizione del Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, Giuseppe Pisauro:
  - C. 1334-B - Memorie depositate da UPB

- **Proposte di legge sui partiti politici - XVIII Legislatura**
  - C.1327 - 18ª Legislatura *On. Luca Pastorino (LEU)*
    Disposizioni in materia di sospensione dell'attività, scioglimento e confisca dei beni di gruppi, organizzazioni, movimenti, associazioni e partiti di carattere fascista o che propugnano la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi
    31 ottobre 2018: Presentato alla Camera
    Da assegnare

  - C.1189 - 18ª Legislatura *Governo Conte-I*
    Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici
    24 settembre 2018: Presentato alla Camera
    5 novembre 2018: In corso di esame in commissione

  - C.940 - 18ª Legislatura *On. Fausto Raciti (PD)*
    Modifiche al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, in materia di destinazione

ISSN 2279-7238

volontaria di una quota del quattro per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche ai partiti politici
17 luglio 2018: Presentato alla Camera
Da assegnare

- C.906 - 18ª Legislatura *On. Federica Dieni (M5S)*
  Modifiche al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e altre disposizioni in materia di trasparenza e controllo dei partiti e movimenti politici e delle fondazioni e associazioni politiche
  11 luglio 2018: Presentato alla Camera
  Da assegnare

- S.582 - 18ª Legislatura *Sen. Alberto Airola (M5S)*
  Disposizioni in materia di trasparenza e pubblicità degli statuti e dei bilanci delle fondazioni e delle associazioni che erogano finanziamenti a partiti e movimenti politici
  5 luglio 2018: Presentato al Senato
  20 settembre 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- C.838 - 18ª Legislatura *On. Sandra Savino (FI)*
  Modifiche alla legge 1° aprile 1981, n. 121, concernenti le norme di comportamento politico degli appartenenti alle forze di polizia e la soppressione del divieto di iscrizione ai partiti politici
  2 luglio 2018: Presentato alla Camera
  29 ottobre 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- C.761 - 18ª Legislatura *On. Nicola Fratoianni (LEU) e altri*
  Divieto di finanziamento dei partiti politici da parte dei soggetti legati da rapporti di concessione o appalto con le pubbliche amministrazioni
  21 giugno 2018: Presentato alla Camera
  4 ottobre 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- S.422 - 18ª Legislatura *Sen. Matteo Richetti (PD)*
  Disposizioni in materia di partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica
  24 maggio 2018: Presentato al Senato
  Da assegnare

- S.350 - 18ª Legislatura *Sen. Stefano Bertacco (FdI) e altri*
  Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici
  8 maggio 2018: Presentato al Senato
  Da assegnare

- C.558 - 18ª Legislatura *On. Roger De Menech (PD)*
  Modifiche al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, per l'attuazione

ISSN 2279-7238

dell'articolo 49 della Costituzione in materia di democrazia interna dei partiti. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle norme riguardanti la disciplina dei partiti
24 aprile 2018: Presentato alla Camera
12 luglio 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- C.503 - 18ª Legislatura *On. Walter Rizzetto (FDI)*
  Abrogazione della legge 11 giugno 1974, n. 252, recante regolarizzazione della posizione assicurativa dei dipendenti dei partiti politici, delle organizzazioni sindacali e delle associazioni di tutela e rappresentanza della cooperazione
  11 aprile 2018: Presentato alla Camera
  18 luglio 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- S.195 - 18ª Legislatura *Sen. Stefano Bertacco (FdI) e altri*
  Modifica all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, in materia di divieto del finanziamento dei partiti politici da parte delle cooperative sociali
  29 marzo 2018: Presentato al Senato
  26 giugno 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- C.325 - 18ª Legislatura
  On. Fabio Rampelli (FDI) e altri
  Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici
  23 marzo 2018: Presentato alla Camera
  26 giugno 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

- C.328 - 18ª Legislatura *On. Fabio Rampelli (FDI) e altri*
  Modifica all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, in materia di divieto del finanziamento dei partiti politici da parte delle cooperative sociali
  23 marzo 2018: Presentato alla Camera
  26 giugno 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame)

B) QUIRINALE:

- Lettera al Presidente del Consiglio dei Ministri in merito al disegno di legge di Bilancio
- Messaggio pubblico del Presidente della Repubblica sul valore costituzionale dell'equilibrio di bilancio
- Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica

C) CORTE COSTITUZIONALE:

- Comunicato stampa relativo al ricorso per conflitto di attribuzione presentato il 28 dicembre 2018 dai 37 Senatori del Gruppo Pd alla Corte Costituzionale

ISSN 2279-7238

- Comunicato stampa pubblicato il 10 gennaio 2019 dell Corte costituzionale con cui è dichiarato inammissibile il conflitto tra poteri sollevato dal Pd

D) PARTITI:

- Espulsione di alcuni membri del Movimento 5 Stelle
- Codice etico Movimento 5 Stelle
- Statuto Movimento 5 Stelle
- Commissione per il Congresso del Partito democratico del 2019
- Regolamento per l'elezione del Segretario e dell'Assemblea Nazionale del Partito democratico
- Delibere per il Congresso del Partito democratico del 2019
- Mozione candidato Maurizio Martina
- Mozione candidato Nicola Zingaretti
- Mozione candidato Francesco Boccia
- Mozione candidati Roberto Giachetti-Anna Ascani
- Mozione candidato Dario Corallo
- Mozione candidata Maria Saladino

- 22 luglio 1943: 63 senatori chiedono un dibattito in Aula a Palazzo Madama sul regime fascista. Intervista a Fulco Lanchester

- DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE d'iniziativa del senatore Quagliarello recante Modifiche alla Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari A.S. n. 214

- DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE d'iniziativa del senatore Quagliarello recante Modifiche alla Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari - Dossier di documentazione

- DOMANDA DI AUTORIZZAZIONE A PROCEDERE IN GIUDIZIO AI SENSI DELL'ARTICOLO 96 DELLA COSTITUZIONE NEI CONFRONTI DEL SENATORE MATTEO SALVINI NELLA SUA QUALITÀ DI MINISTRO DELL'INTERNO PRO TEMPORE per il reato di cui all'articolo 605, commi primo, secondo, numero 2, e terzo, del codice penale(sequestro di persona aggravato)

- GIUNTA DELLE ELEZIONI E DELLE IMMUNITA` PARLAMENTARI Resoconto Mercoledì 30 gennaio 2019

ISSN 2279-7238

NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale

2018

INDICE PER AUTORI

ANNAMARIA ABBRUZZESE, *La categoria giuridica dei beni comuni tra dimensione locale e attività giurisdizionale, oltre l'assolutismo giuridico. Brevi note comparative*, *in Nomos, 1/2018, Saggi*……..123

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO, *Il test di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in Spagna*, *in Nomos, 2/2018*……...795

MARIO ALTOMARE, *"Voter Suppression" e "Statutory Interpretation": il sistema delle "purghe" elettorali dell'Ohio al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*, *in Nomos, 3/2018, Note e Commenti*……2114

Dalla omnibus legislation agli "omnibudget bills". Verso nuovi abusi dei poteri normativi del Governo?, *in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...425

La notwithstanding clause come l' «arma» dei Governi provinciali di maggioranza. Il dibattito sui difficili equilibri tra Corti e legislativi nel sistema di protezione dei diritti , *in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...2139

Le sfide politico-istituzionali del Governo Trudeau nel contesto delle complicate relazioni internazionali, *in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...1321

Recensione a A. Dodek, The Charter Debates: The Special Joint Committee on the Constitution 1980-1981 and the Making of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Toronto University Press, 2018, pp. 490, *in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*……1499

ISSN 2279-7238

Recensione a D. Rayside, J. Sabin, P. E. J. Thomas, Religion and Canadian Party Politics, Vancouver, UBC Press, 2017, pp. 448, *in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede*……614

GIULIANO AMATO, *Conclusioni*, *in Nomos, 3/2018*……1718

Dall'idea di Europa alla costruzione europea, prolusione per l'anno accademico 2018/19 (pp. 7), *in Nomos, 3/2018*……2093

Passato, Presente e Futuro del costituzionalismo, *in Nomos, 2/2018*……..682

BIAGIO ANDÒ, *Influenza del modello codicistico francese in un contesto giuridico ibrido: traiettorie della codificazione del diritto privato in Louisiana* *in Nomos, 1/2018, Note e Commenti*……...373

NICOLA ANTONETTI, *Gli archivi dei giuristi e la loro tutela*, *in Nomos, 2/2018*……1289

GIULIA ARAVANTINOU LEONIDI, *La svolta conservatrice della Corte suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?*, *in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……..1446

Le elezioni di midterm negli Stati Uniti all'epoca di Trump, *in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……2280

Una presidenza non convenzionale. Trump e la possibile strategia "costituzionale" dei democratici per riconquistare il potere, *in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...549

MARIANGELA ATRIPALDI, *Il rinvio 'intraistituzionale'. Una tecnica per la produzione di norme giuridiche nella forma di Stato a tendenza sociocentrica*, *in Nomos, 1/2018, Saggi*……...*147*

FRANCISCO BALAGUER CALLEJON, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, *in Nomos, 2/2018*……719

SIMONE BARBARESCHI, *Recensione a A. Iannuzzi, Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 238,* *in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*……1505

ISSN 2279-7238

LUCA BARTOLUCCI, *Recensione a D. Porena, Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 338, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede*.....621

ANDREA BECHERUCCI, *Gli archivi dei giuristi: alcune considerazioni introduttive, in Nomos, 2/2018*.....1249

MARCO BENVENUTI, *Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. Il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale, in Nomos, 2/2018*.....711

SIMONE BENVENUTI, *Sviluppi costituzionali e della forma di governo nella Repubblica Ceca alla luce delle elezioni della Camera dei Deputati nell'ottobre 2017. Il persistere di difficoltà storiche e loro rilevanza europea nell'attuale contesto storico, in Nomos, 2/2018, Saggi*.....1067

FRANCESCO BOCCHINI, *La sussidiarietà tra asimmetrie giudiziali ed asimmetrie sostanziali della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Nomos, 1/2018, Saggi*.....96

SALVATORE BONFIGLIO, *Dall'"influenza" regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo, in Nomos, 2/2018, Saggi*.....997

La tardiva genesi costituzionale dei partiti politici, in Nomos, 3/2018, Saggi.....1846

L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?, in Nomos, 3/2018.....1657

PAOLO BONINI, *Recensione a U. Ronga, La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 206, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*.....1514

MARTA BONSANTI, *L'archivio di Paolo Barile, in Nomos, 2/2018*.....1293

ROBERTO BORRELLO, *Il contributo di Vincenzo Mazzei all'Assemblea Costituente, in Nomos, 2/2018, Saggi*.....1009

ISSN 2279-7238

LUCA BORSI, *L'itinerario di Pietro Chimienti, da liberale a fascista, in Nomos, 3/2018*……..…1604

ENRICO CAMPELLI, *Israele: Stato ebraico o stato degli ebrei? Il dibattito sulla Nation state law e le nuove minacce alla stabilità dell'Esecutivo Netanyahu, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...…….1368

La dissoluzione della 20ª Knesset e le elezioni politiche del 2019. L'ordinamento israeliano tra movimenti partitici e molte incognite, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….……...2194

"Override clause", un nuovo capitolo dello scontro tra i poteri, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….……478

Emancipazione ebraica e Drafting Revolution in Israele: le funzioni latenti di una norma giuridica, in Nomos, 2/2018, Note e Commenti……...…….1312

Recensione a G. Bronzini, Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'età dell'innovazione, Torino, Edizioni Abele, 2017, pp. 160, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede…631

Recensione a R. Bin, Critica della teoria dei diritti, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 146, in Nomos, 3/2018, Recensioni……....2330

GIULIA CARAVALE, *Il Brexit Bill all'esame della Camera dei Lords, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*…….……496

L'approvazione dell'European union (withdrAwal) Act 2018 e le incertezze dell'accordo di recesso, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….……...1390

La resilienza di Theresa May e l'importanza del "Meaningful Vote" Parlamentare in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….2216

Rappresentanza e partiti politici nel pensiero di Vincenzo Gueli, in Nomos, 3/2018…….1611

AGATINO CARIOLA, *Riflessioni sui partiti politici a partire dall'elaborazione della scuola costituzionalistica catanese, in Nomos, 3/2018*……...1696

RINO CASELLA, *Il progetto di riforme istituzionali del Presidente Macron e il ridimensionamento del ruolo del Parlamento francese, in Nomos, 3/2018, Saggi*……...1893

SABINO CASSESE , *Gli archivi dei giuristi, in Nomos, 2/2018*……....1287

ISSN 2279-7238

STEFANO CECCANTI, *Il finanziamento della politica, in Nomos, 3/2018*.....1668

ENZO CHELI, *I settanta anni della Costituzione italiana. Prime indicazioni per un bilancio, in Nomos, 1/2018*.....4

RICCARDO CHIEPPA, *Persecuzioni razziali (1938-1945), episodi di discordanze e casi di speculazione: tra generosi coraggiosi e meschini profittatori, in Nomos, 3/2018, Saggi*.....1726

VINCENZO COCOZZA, *La "rottura" dei modelli di disciplina nella riorganizzazione del Ministero dei beni e attività culturali, in Nomos, 1/2018, Saggi*.....361

MICHELE CRISAFI, *Il Giappone ripensa sé stesso in vista delle Olimpiadi del 2020 ma deve fare i conti con la situazione internazionale contemporanea, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*.....*1361*

Il terzo mandato alla guida del partito ed il secondo rimpasto di Governo delineano la strategia di Abe, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero.....2186

Orizzonte 2020. La visione a medio termine del Primo Ministro, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero.....467

Recensione a F. Scuto, La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 304, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede.....636

Recensione a M. G. Rodomonte, L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia: evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 172, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....1520

ROBERTO D'ORAZIO, *L'archivio Zangara, in Nomos, 3/2018*.....1624

ANDREA DE PETRIS, *Libertà di religione e limiti alla tutela del pluralismo culturale. La leitkultur nella germania multiculturale in Nomos, 1/2018, Saggi*.....221

ISSN 2279-7238

MATTEO FRAU & ELISA TIRA, *The interpretation of the Commander in Chief clause in the American Constitution in comparison with the recent transformation of the prerogative power to deploy troops in the unwritten British Constitution* in *Nomos, 1/2018, Saggi*……...258

VALERIA DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos, 1/2018, Saggi*…….290

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Una reflexión sobre las presentes transformaciones constitucionales,* in *Nomos, 1/2018*……..….11

Comparazione e Diritto costituzionale, in *Nomos, 2/2018, Saggi*…..……...877

DONATELLA DEL VESCOVO, *Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali,* in *Nomos, 1/2018, Saggi*….62

MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e l'arbitrato amministrato da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Nomos, 3/2018, Saggi*....2032

ALESSANDRA DI MARTINO, *L'identità dell'Europa tra le due guerre mondiali e la Resistenza. Considerazioni alla luce del pensiero di Thomas Mann, Anna Siemsen, Carlo Rosselli e degli autori del "Manifesto di Ventotene",* in *Nomos, 3/2018, Saggi*…….1751

A.DI MURO, *Scheda del volume di M. Panebianco, Codice euro-globale. Epoche Spazi Soggetti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 400,* in *Nomos, 3/2018, Schede*…….2405

LUDOVICA DURST, *Pietro Nenni e le iniziative del Ministero per la Costituente per la formazione di una coscienza costituente*, in *Nomos, 3/2018, Saggi*……..…….1789

CHIARA FELIZIANI, *Il trasporto ferroviario nel quadro della politica ambientale europea* in *Nomos, 1/2018, Saggi*…….309

MARIA ROSARIA FERRARESE, *Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali,* in *Nomos, 2/2018*…….769

ISSN 2279-7238

GIAMPIETRO FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati dopo la legge n. 18 del 2015, in Nomos, 3/2018, Saggi*……1998

MARIA VITTORIA FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici, in Nomos, 2/2018, Saggi*……..1123

GIUSEPPE FILIPPETTA, *Le carte dei giuristi tra esperienza giuridica e vita delle persone, in Nomos, 2/2018*……...1283

MAURIZIO FIORAVANTI, *Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale odierno, in Nomos, 2/2018*…….....702

ANDREA FIORENTINO, *Recensione a A. Morelli (a cura di), Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 228, in Nomos, 3/2018, Recensioni*……..2336

LAURA FROSINA, *Da Rajoy a Sánchez. La rivalutazione dell'istituto della sfiducia costruttiva nella forma di governo parlamentare spagnola, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*…1425

La Costituzione spagnola compie 40 anni. Bilanci e prospettive di riforma, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero……..2259

La crisi "esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe, in Nomos, 2/2018…….815

La persistente crisi catalana e le ipotesi di riforma costituzionale, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….534

ILMIRA GALIMOVA, *Elezioni presidenziali russe: il nuovo vecchio leader alla guida del Paese, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...516

L'inizio del nuovo mandato presidenziale in Russia: come far passare una riforma contestata, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero……1406

Recensione a A. Bourne, Democratic Dilemmas: Why Democracies Ban Political Parties, London, Routledge, 2018, pp. 280, in Nomos, 3/2018, Recensioni……...2344

ISSN 2279-7238

Recensione a D. Hutcheson, Parliamentary elections in Russia: a quarter-century of multiparty politics, Oxford University Press, 2018, pp. 356, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede……1524

Recensione a L. Mälksoo, W. Benedek (a cura di), Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 440, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede……641

Un "effetto sorpresa" nelle ultime elezioni regionali russe, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero……....2238

EUGENIO GAUDIO, *Saluti, in Nomos, 2/2018*……...1247

CRISTOPHE GERMANN, *Protocole 14: la lettre de cachet de la CEDH L'Europe des juges en droits de l'Homme unie dans la diversité ?, in Nomos, 3/2018, Note e Commenti*……2100

STEFANO GRASSI, *Sull'archivio di Paolo Barile, in Nomos, 2/2018*……....1305

ANDREA GRATTERI E GIOVANNI SACCO, *Senza distinzione. Per il superamento della parola razza, in Nomos, 2/2018, Saggi*……899

ARIANNA GRAVINA TONNA, *Recensione a C. Micciché, Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 205, in Nomos, 3/2018, Recensioni*……2350

Recensione a G. Repetto, Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 382, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede……...1531

MASSIMILIANO GREGORIO, *Parte totale. Vincenzo Zangara e le dottrine del partito politico negli anni Trenta, in Nomos, 3/2018*……1590

DIETER GRIMM, *Constitutionalism: Past, Present and Future, in Nomos, 2/2018*……670

PETER HÄBERLE, *Il costituzionalismo come progetto della scienza, in Nomos, 2/2018*……781

ISSN 2279-7238

SILVIA ILLARI, *Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea , in Nomos, 3/2018, Saggi*……..1865

CHIARA INGENITO, *Recensione a M. E. Bucalo Autorità indipendenti e soft law- forme, contenuti, limiti e tutele, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 254, in Nomos, 3/2018, Recensioni*……2355

FULCO LANCHESTER, *Biobibliografia di Vincenzo Zangara, a cura di Fulco Lanchester, in Nomos, 3/2018*……...1722

Editoriale. I custodi della Costituzione e la loro attività parallela, in Nomos, 3/2018……1573

Il profumo del costituzionalismo, in Nomos, 2/2018……..688

Introduzione. Gli archivi dei giuristi e la loro tutela, in Nomos, 2/2018…….1245

La rappresentanza nello Stato di massa. Tra partiti e plebiscito: il percorso di Vincenzo Zangara, in Nomos, 3/2018……..1576

La stella polare del costituzionalismo, in Nomos, 1/2018…….1

Lo Studium urbis e la memoria dei suoi caduti, in Nomos, 3/2018……2047

Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina in Nomos, 1/2018, Saggi……...53

ALESSANDRO LAURO, *La solitudine del 14 bis, comma tre: l'ideologia del capo e la sua estraneità all'ordinamento costituzionale, in Nomos, 2/2018, Saggi*……...936

GAVINA LAVAGNA, *La crisi del rapporto tra politica e religione. Il referendum sull'aborto in Irlanda, in Nomos, 3/2018, Saggi*……..1953

WHYLTON LE BLOND NGOUEDI MAROCKO, *Recensione a A. Le Pillouer, La protection de la constitution, finalités, mécanismes, justifications, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques-Université de Poitiers- Collection Actes et colloques de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2018, pp. 207, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*….1539

MASSIMO LUCIANI, *Il futuro dell'Europa. Note a margine, in Nomos, 2/2018*……..867

ISSN 2279-7238

Partiti e forma di governo, in Nomos, 3/2018……1707

JORG LUTHER, *Il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista, in Nomos, 2/2018*……836

LUIGINO MANCA, *Family reunification in International Law: the current United Nations legal framework and the practice of human rights bodies, in Nomos, 2/2018, Saggi*……1042

MARCO MANDATO, *Il Governo "bipopulista perfetto" naviga in acque agitate sotto l'occhio vigile e attento dell'Unione europea, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Italia*……2302

Il tormentato avvio della XVIII Legislatura e la perdurante crisi di regime: salus rei publicae suprema lex testo, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Italia……569

Prerogative presidenziali e accordi di partito: genesi del primo Governo italiano bipopulista perfetto, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Italia……1472

A proposito del bilanciamento tra libertà di associazione politica ed esercizio di funzioni giurisdizionali. Nota a sentenza Corte costituzionale n. 170/2018, in Nomos, 3/2018, Note e Commenti……2129

La partecipazione politica attraverso internet: recenti riflessioni sulla democrazia elettronica. A proposito dei volumi di Gianmarco Gometz, Democrazia elettronica: teorie e tecniche, Pisa, Edizioni Ets, 2017, e di Gianluigi Fioriglio, Democrazia elettronica: presupposti e strumenti, Padova, Cedam, 2017, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede……593

Recensione a I. Ciolli, La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana, Napoli, Jovene, 2018, pp. 202, in Nomos, 3/2018, Recensioni……2361

Recensione a P. Ignazi, P. Bordandini, I muscoli del partito. Il ruolo dei quadri intermedi nella politica atrofizzata, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 148, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede……1536

VANESSA MANZETTI, *Il patrimonio culturale immateriale fra ordinamento internazionale, europeo e nazionale. Spunti dall'esperienza spagnola, in Nomos, 3/2018, Saggi*……1920

SERGIO MARCHISIO, *La guerra e la volontà collettiva degli stati: riflessioni sulla prolusione di Dionisio Anzilotti "Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale", in Nomos, 3/20*……2087

ISSN 2279-7238

DARIO MARTIRE, *L'ordinamento sportivo di nuovo al vaglio della Consulta. Spunti di riflessione in merito all'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tar Lazio (Sezione Prima Ter), n. 3514, 11 ottobre 2017*, *in Nomos, 1/2018, Saggi*……..….348

PAOLO MASSA, *Des jouristes, pourquoi faire? Does legal thinkers matter? La valorizzazione degli archivi dei giuristi nell'era digitale*, *in Nomos, 2/2018*……....1273

ORESTE MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, *in Nomos, 3/2018*……...1674

GUIDO MELIS, *Come si formano e come agiscono le istituzioni politiche? A proposito del volume di Sandro Guerrieri*, *in Nomos, 1/2018, Note e Commenti*……..368

STEFANO MERLINI, *Intervento di Stefano Merlini*, *in Nomos, 2/2018*……...1301

GIAMMARIA MILANI, *I partiti politici nella costruzione della democrazia elettorale in Tunisia*, *in Nomos, 1/2018, Note e Commenti*……..…….397

CIRO PALUMBO, *Persona, libertà e giustizia in Giorgio La Pira*, *in Nomos, 2/2018, Saggi*……1161

LAURA PELUCCHINI, *"This is a disturbing case": la Corte Suprema canadese tra libertà di religione, multiculturalismo e interesse pubblico secolare* *in Nomos, 1/2018, Saggi*……203

Recensione a C. Margiotta, Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 223, *in Nomos, 3/2018, Recensioni*……2367

Recensione a F. Cammarano, Praxis, language and theory of political delegitimization in contemporary Europe, Roma, Viella Libreria Editrice, 2017, pp.273, *in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede*……..649

Recensione a T.E. Frosini, Declinazioni del governare, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 159, *in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*……...1549

LIVIO PERRA, *La natura e i suoi diritti*, *in Nomos, 2/2018, Saggi*……..1228

ISSN 2279-7238

ROBERTO PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela del falso, in Nomos, 2/2018, Saggi*……..1195

PAOLA PICIACCHIA, *Il vento della lotta alle élite soffia sui sessan'anni della V Repubblica tra tensioni sociali e tendenze alla disintermediazione, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……..…….2163

La riforma costituzionale all'ombra dell' "affaire Benalla", in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero……...…….1341

Sullo sfondo del progetto di rilancio dell'UE e della linea in politica estera: le questioni istituzionali (aperte) del quinquennato Macron, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….445

SERGIO PIGNATARO, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di "stretta necessità" e sulle ipotesi di deroga al diritto comune, in Nomos, 2/2018, Saggi*……1092

GIUSEPPE EDUARDO POLIZZI, *Il finanziamento dell'istruzione in epoca liberale, in Nomos, 3/2018, Saggi*……...…1818

GIORGIO REBUFFA, *Una geografia dei costituzionalismi moderni, in Nomos, 2/2018*……..698

PAOLO RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale, in Nomos, 2/2018*……741

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA, *Recensione a M. Mezzanotte, La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale come strumento di integrazione, Padova, Cedam, 2018, pp. 203, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*……...1555

GIANCARLO ROLLA, *I quesiti delle consultazioni popolari. Considerazioni alla luce dell'esperienza referendaria in Italia, in Nomos, 1/2018, Saggi*……32

ISSN 2279-7238

FRANCESCA ROSSI, *Recensione a P. Ianni, Edgardo Lami Starnuti deputato all'Assemblea Costituente, Pisa, Pacini editore, 2018, pp. 119, in Nomos, 3/2018, Recensioni*……...2378

DOMINIQUE ROUSSEAU, *La Constitution a-t-elle un avenir?, in Nomos, 2/2018*…….756

ANDREA GRATTERI E GIOVANNI SACCO, *Senza distinzione. Per il superamento della parola razza, in Nomos, 2/2018, Saggi*……....899

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO, *Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale, in Nomos, 2/2018*……...853

GIULIA SANTOMAURO, *Recensione a C. Padula, La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement costitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali «astratte» in Italia, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 221, in Nomos, 3/2018, Recensioni*…….2384

IVANO SASSANELLI, *Le origini ecclesiali e giuridiche dell'art. 7 comma 1, Cost. in Nomos, 3/2018, Saggi*……...1974

PAOLO SAVARESE, *Postverità e impossibilità del diritto, in Nomos, 2/2018, Saggi*……1177

JAN SAWICKI, *Dall'Europa un primo serio argine all'involuzione autoritaria in Polonia: ma non si tratta della procedura ex art.7 TUE, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*……...2206

L'esecutivo si prepara a conquistare l'ordine giudiziario, che resiste appellandosi a una debole Europa, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero……..1381

Si inasprisce il confronto con l'Unione Europea, mentre si aprono nuovi capitoli di conflitto con l'estero, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero…….490

PAOLO SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n.165, in Nomos, 2/2018, Saggi*……...968

ISSN 2279-7238

GIOVANNI SERGES, *Vincenzo Zangara: un costituzionalista Tra Catania e Roma nei ricordi di uno studente, in Nomos, 3/2018*……...1651

MARIA FRANCESCA SERRA, *Considerazioni sul global legal pluralism in Nomos, 1/2018, Saggi*…...…326

MASSIMO SICLARI, *Il contributo di Tomaso Perassi ai lavori della Costituente, in Nomos, 2/2018, Saggi*…….989

ELISA SIGNORI, *L'Università italiana in guerra: al fronte e nella società civile (1914 -'19), in Nomos, 3/2018*……...2078

CHIARA SPINIELLO, *Recensione a L. Brunetti, Autodichia parlamentare. La giustizia domestica delle Camere nello stato costituzionale di diritto, Milano, EduCatt, 2016, pp. 283, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede*……..1559

GIULIASERENA STEGHER, *Recensione a F. Clementi, La libertà di associazione in prospettiva comparata. L'esperienza costituzionale europea, Collana del Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca, Padova, Cedam – Wolters Kulwer, 2018, pp. 280, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede*……...657

Recensione a M. Cartabia, L. Violante, Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte [per indagare i dilemmi del diritto continuamente riaffioranti nelle nostre società], Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 174, in Nomos, 3/2018, Recensioni……..2393

Il Governo "bipopulista perfetto" naviga in acque agitate sotto l'occhio vigile e attento dell'Unione europea, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Italia……....2302

Il tormentato avvio della XVIII Legislatura e la perdurante crisi di regime: salus rei publicae suprema lex testo, in Nomos, 1/2018, Cronache Costituzionali dall'Italia……569

Prerogative presidenziali e accordi di partito: genesi del primo Governo italiano bipopulista perfetto, in Nomos, 2/2018, Cronache Costituzionali dall'Italia……1472

MATTEO FRAU & ELISA TIRA, *The interpretation of the Commander in Chief clause in the American Constitution in comparison with the recent transformation of the prerogative power to deploy troops in the unwritten British Constitution in Nomos, 1/2018, Saggi*……...258

ISSN 2279-7238

GIULIA VASINO, *Recensione a A. Losacco, Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi, Napoli, Jovene, 2018, pp. 110, in Nomos, 1/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e schede*……663

Recensione a L. Geninatti Satè, Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 104, in Nomos, 3/2018, Recensioni……..2397

Recensione a S. Lieto, Giudizio incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 248, in Nomos, 2/2018, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede…….....1565

LUCIANO VIOLANTE, *"Società civile e istituzioni: il ruolo della classe dirigente", in Nomos, 1/2018*…..22

ASTRID ZEI, *Sull'ammissibilità di un ricorso presentato da un gruppo parlamentare teso ad accertare una violazione del diritto oggettivo, in Nomos, 3/2018, Cronache Costituzionali dall'Estero*.…2179

PAOLA ZORZI GIUSTINIANI, *Presentazione dell'Associazione "Antonio Zorzi Giustiniani", in Nomos, 2/2018*……..….1310

ISSN 2279-7238

Editoriale

La stella polare del costituzionalismo

di Fulco Lanchester*

Alle spalle del referendum costituzionale del 2016 e delle le elezioni del marzo 2018, il settimo decennale della Costituzione viene celebrato in una situazione densa di preoccupazioni esterne ed interne. In particolare la crisi italiana sta raggiungendo livelli di fibrillazione inauditi. È quindi necessario riflettere sulle sue vicende più recenti, che si inseriscono nel lungo viaggio del costituzionalismo contemporaneo, ma che a volte hanno rischiato di deviare dallo stesso.

Nella sua *lectio brevis* alla Accademia dei Lincei Enzo Cheli, che viene pubblicata in questo numero di *Nomos*, ha evidenziato l'importanza fondamentale della Costituzione repubblicana per l'ordinamento e come la stessa abbia funzionano egregiamente per legittimarlo ed orientarlo nell'ambito dello Stato costituzionale di diritto. Egli ha osservato anche come il sistema politico non abbia saputo utilizzarla a dovere, applicandola nella parte organizzativa ed innovandola adeguatamente. La Costituzione è forte ci dice Cheli, perché radicata nella comunità politica, mentre il sistema politico è, invece, debole, con il rischio di un circolo vizioso per uscire dal quale ci vorrebbe - dico io - il barone di Münchhausen.

Al di là della polemica ricorrente sulle colpe della società civile e di quella politica (su cui si è soffermato anche Luciano Violante nella recente *prolusione* al Master in Istituzioni parlamentari Mario Galizia per consulenti di assemblea, proprio l'approccio storico suggerito da parte della dottrina costituzionalistica favorisce - a mio avviso - la comprensione della situazione e suggerisce le possibili vie di uscita.

La Costituzione del 1948, frutto della seconda ondata di democratizzazione, è un testo che -al di là dell'impianto tradizionale e garantista della forma di governo ha senza alcun dubbio introdotto l'ordinamento italiano all'interno dello Stato di diritto costituzionale, cercando di integrare all'interno del sistema forze e culture politiche profondamente differenti. È questo il risultato più positivo e duraturo, al di là della deriva tradizionale di un sistema diviso da fratture tradizionali e dalla presenza di formazioni considerate antisistema. Le culture che hanno contribuito al testo costituzionale si sono tuttavia prima indebolite e poi dissolte, mentre il contesto europeo e internazionale è profondamente cambiato dalla data di produzione dello stesso. L'indebolimento della costituzione in senso materiale, che si poneva alla base di quella formale legittimandola, rischia di non riuscire ad essere

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma

ISSN 2279-7238

compensata dalla teoria della costituzione vivente, fondata dalla giurisprudenza delle corti multilivello.

Le tappe dell'incisivo cambiamento si sono correlate con la fine dei *30 gloriosi* e con il processo di integrazione europea da un lato; la fine del socialismo reale e la ventata liberista dall'altro, cui hanno corrisposto-a livello nazionale. La mancata integrazione del sistema politico-partitico prima e poi il suo crollo (sulle dinamiche delle trasformazioni costituzionali si v. ora la *lectio* di Giuseppe De Vergottini in occasione della Sua *laurea h.c.* presso l'Universidad *Nacional de Educación a Distancia* di Madrid). La fine della prima fase della storia costituzione repubblicana suggerì la necessità di esternalizzare la costituzione oramai priva di agganci materiali sufficienti nelle forze politiche nazionali all'Europa e ai valori occidentali. Lo intuì Giuseppe Dossetti a Monteveglio nel 1994, mentre nel 2008 Leopoldo Elia evidenziò, che oramai bisognava fare affidamento sul tradizionale costituzionalismo come equilibrio e contropotere, in mancanza di un sistema dei partiti strutturato ed affidabile. La realtà italiana degli ultimi 70 anni ha infatti visto la cinghia di trasmissione partitica tra società civile e istituzioni, considerata indispensabile negli ordinamenti di massa, trasformarsi secondo una dinamica che potrebbe essere descritta in maniera sintetica così: dal bipartitismo imperfetto (1948) al bipolarismo imperfetto (1994), dall'ibernazione del circuito partitico parlamentare (2011) al bipersonalismo imperfetto (2014) per arrivare oggi al bipopulismo perfetto (2018).

Sintomo delle difficoltà sempre crescenti è il vero e proprio ipercinetismo elettorale che ha investito nell'ultimo quarto di secolo il nostro ordinamento, con il susseguirsi-caso non riscontrabile in altri paesi- di ben sette meccanismi di trasformazione in seggi. In questa situazione, come negli anni Sessanta con La Malfa o negli anni Novanta con Amato e Ciampi la nostra speranza è nell'Europa, per non farci risucchiare dal Mediterraneo e dalle sue spire africane. Ma l'Europa, su cui si dovrebbe rilanciare, non si trova in condizioni ottimali. Anzi. Il periodo successivo al crollo del socialismo reale ha visto proprio l'Europa perdere la propria spinta politica, sulla base di un allargamento solo economico, in un periodo di contrazione del tasso di sviluppo per gli ordinamenti già sviluppati. L'UE, non più sotto la protezione dell'ombrello Usa, è divenuta una impresa più economica che politica e risente delle contraddizioni di aree che storicamente sono state e sono ancora lontane dai progetti originari. La centrifugazione europea, dalla Brexit a Visegrad - per arrivare ai problemi dei cosiddetti *pigs* dell'area meridionale, individua la nostra debolezza, ma soprattutto il pericolo che i più deboli possano soccombere.

Nell'epoca del bipopulismo perfetto, stiamo navigando a vista, mentre gli incubi degli anni Trenta del secolo scorso riprendono forza nell'ambito della riqualificazione degli anni geopolitici e della conseguente anarchia internazionale. In una siffatta situazione ogni ricetta pare inadeguata, se non si fa riferimento ai valori ed ai principi dello Stato costituzionale democratico, che devono continuare ad essere una vera e propria *stella polare*. Il rilancio del

ISSN 2279-7238

costituzionalismo (di cui si è occupato proprio agli inizi di maggio il Convegno organizzato sotto l'Alto patronato della Repubblica dalla Fondazione Paolo Galizia – Storia e libertà e dal Master in Istituzioni parlamentari Mario Galizia) costituisce infatti la carta da giocare: all'interno dello Stato nazionale evidenziando l'importanza dello stato sociale e della rappresentanza, rafforzando però nello stesso tempo le istituzioni europee e scommettendo sul passo ulteriore in avanti del processo di integrazione; individuando infine nella *governance* internazionale un tassello ulteriore per l'affermazione del diritto basato su valori.

ISSN 2279-7238

I settanta anni della Costituzione italiana.

Prime indicazioni per un bilancio*

di Enzo Cheli**

1 – La costituzione italiana ha compiuto da poco il suo settantesimo anno di vita e l'occasione è buona per trarne un bilancio cercando di dare risposta ad alcune domande.

Che ruolo ha giocato e come ha funzionato questa costituzione nell'arco della nostra storia repubblicana? E' stata una costituzione "forte", che ha potuto guidare e orientare gli sviluppi della nostra società civile e politica, o è stata una costituzione "debole", che le vicende della politica hanno finito per scavalcare e di fatto per sostituire con una diversa costituzione materiale? E quale è oggi il suo stato di salute ed il suo potenziale rispetto ai possibili sviluppi futuri della vita istituzionale del nostro paese?

2 – Per rispondere a queste domande penso che in primo luogo occorra muovere da un richiamo agli eventi storici che stanno alle origini di questa carta ed al modello di società e di Stato che essa intese costruire come base del nuovo ordinamento repubblicano.

Quando l'Assemblea costituente, nel giugno del 1946, inizia a svolgere il proprio lavoro il paese che si trova di fronte è un paese non solo economicamente distrutto, ma anche socialmente disarticolato dall'esperienza di una dittatura e di una guerra che, nella sua fase finale, aveva assunto anche le forme di una guerra civile. Vediamo, quindi, che, mentre l'Italia si avvia faticosamente verso la ricostruzione e la propria ricollocazione nel contesto internazionale, ciò che caratterizza la vita politica a mano a mano che si va affievolendo il clima unitario della resistenza al fascismo è la forte conflittualità interna fra le forze politiche in campo, che il progressivo irrigidimento del quadro internazionale determinato dalle vicende della "guerra fredda" viene rapidamente ad aggravare. Avviare un lavoro costituente che impone di trovare un accordo su un modello di società civile e di organizzazione politica non è, dunque, nelle condizioni date, impresa facile.

I costituenti, fin dalle prime battute del loro lavoro, cercano di superare queste difficoltà distinguendo la definizione del nuovo quadro costituzionale dalle decisioni

* Accademia dei Lincei: «*Lectio brevis*» nell'ambito della riunione della Classe di scienze morali, storiche e filosofiche di venerd' 11 maggio.

** Vicepresidente emerito della Corte costituzionale e già professore di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze.

ISSN 2279-7238

di politica contingente affidate al Governo, una distinzione che consente, specialmente attraverso il lavoro preliminare ed appartato della Commissione dei 75, di raggiungere gradualmente una intesa su due obbiettivi di fondo che vengono a superare gli steccati delle diverse ideologie politiche: tenere unito un paese diviso che, per le sue divisioni interne, rischiava seriamente di dissolversi; porre le basi di una democrazia fondata sul rispetto della persona umana e sorretta da uno Stato in grado di garantire tutte le forze politiche contro i rischi di una nuova involuzione autoritaria. Ed è proprio intorno a questi due obbiettivi di fondo che viene a maturare per gradi quel "patto costituzionale" che condurrà, il 27 dicembre del 1947, all'approvazione del testo finale della costituzione, con una votazione quasi unanime (con 453 voti favorevoli e solo 62 voti contrari). Questo "patto costituzionale" scaturiva dalla convergenza tra le culture politiche che si erano confrontate durante il percorso costituente: la cultura cristiano-sociale, espressa dalla Democrazia cristiana come partito di maggioranza relativa; la cultura marxista, espressa dal PCI e dal PSIUP legati da un patto di unità di azione; la cultura liberale, alla base delle varie formazioni minori di ispirazione laica e risorgimentale.

3 – Sulla scorta di questa intesa originaria nasce una costituzione che fissa, specialmente attraverso i principi fondamentali tracciati nei suoi primi dodici articoli, le linee di una democrazia che è liberale, sociale, personalista e pluralista e di uno Stato dove, al fine di garantire tutte le forze in campo, il testo costituzionale assume il carattere della rigidità ed una forza preminente tanto rispetto all'esercizio della sovranità popolare (dal momento che il popolo, ai sensi dell'art. 1, dispone di una sovranità "costituita" e non "costituente") quanto rispetto all'esercizio di tutte le funzioni fondamentali (e, in particolare, rispetto all'esercizio della funzione legislativa, sottoposta ad un controllo di legittimità affidato, su piani diversi, sia al Capo dello Stato che alla Corte costituzionale).

Alla base questa costruzione viene articolata nell'ampio sistema di libertà civili e politiche e di diritti sociali tracciato nella prima parte della costituzione, un sistema che la costituzione collega al rilievo assegnato al lavoro ed al principio di eguaglianza, inteso (ai sensi dell'art. 3) non solo come eguaglianza formale (dinanzi alla legge), ma anche come eguaglianza sostanziale (legata cioè all'impegno che la Repubblica assume di favorire, attraverso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, il pieno sviluppo di ciascuna persona e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica economica e sociale del paese). Mentre al vertice il nuovo impianto costituzionale viene definito secondo le forme di un "governo parlamentare" corretto peraltro dalla presenza di un Capo dello Stato (dotato di poteri non solo formali) e di una Corte costituzionale (cui spetta il compito di controllare la costituzionalità delle leggi e delle altre fonti primarie) nonché secondo le forme di uno

ISSN 2279-7238

"Stato regionale" che resta sì unitario, ma che risulta anche orientato a sviluppare al massimo il tessuto delle autonomie territoriali fino alle soglie di uno Stato federale.

Disegno questo che la Costituente verrà poi a completare sul piano della legislazione ordinaria, sempre per un fine di reciproca garanzia, con l'adozione di sistemi elettorali per la formazione della rappresentanza parlamentare rigorosamente ispirati al principio proporzionale.

4 - Se questo è l'impianto di partenza come questo impianto ha in pratica funzionato nell'arco dei 70 anni della nostra esperienza repubblicana?

Il primo punto da rilevare è che quando il 1 gennaio del 1948 la costituzione entra in vigore la realtà sociale e istituzionale del nostro paese si presenta molto diversa dal modello che viene descritto dalla nuova carta. Il sistema delle libertà tracciato nella prima parte incontra ancora le limitazioni ed i condizionamenti di una legislazione varata nel corso dell'esperienza fascista; la forma di governo difetta di alcuni istituti essenziali di garanzia come la Corte costituzionale ed il Consiglio superiore della magistratura; la forma di Stato vede la presenza di quattro Regioni a statuto speciale, ma non ha ancora assunto le forme dello "Stato regionale" voluto dalla costituzione, mentre risultano del tutto inattuati gli istituti di democrazia diretta a partire dal referendum abrogativo. Inizia, quindi, con la fine degli anni quaranta un faticoso processo di attuazione costituzionale ostacolato da quella vicenda politica che Piero Calamandrei verrà a qualificare come "ostruzionismo della maggioranza" (di una maggioranza cioè non più interessata ad attuare una costituzione nata prevalentemente in funzione di tutela delle minoranze). Un processo attuativo destinato a prolungarsi per oltre trenta anni, fin verso la fine degli anni '70, quando il disegno costituzionale – pur rimanendo ancora non del tutto compiuto – risulterà nei suoi tratti prevalenti realizzato.

Senonché è proprio verso la fine degli anni settanta che cominciano anche a emergere in alcuni settori del mondo politico critiche radicali nei confronti di questa costituzione, cui viene imputato un eccesso di garantismo (nonché di proporzionalismo) che, per privilegiare la rappresentanza a danno della governabilità, avrebbe concorso a determinare la frammentazione del sistema e ad aprire la strada all'anomalia tutta italiana di governi che nella media vengono a superare di poco l'anno di durata e che risultano, pertanto, oltre che instabili, inefficienti. Sono queste le critiche che mettono in moto, con l'inizio degli anni 80, vari tentativi di riforma sia della forma di governo che della forma di Stato tracciate dalla costituzione e che conducono alla nascita (nel 1985, nel 1992 e nel 1997) di tre diverse Commissioni bicamerali per la riforma costituzionale (che non riescono però a concludere i loro lavori), nonché a due progetti di "grande riforma" d'iniziativa governativa (varati nel 2005 da una maggioranza di centrodestra e nel 2016 da una maggioranza di

ISSN 2279-7238

centrosinistra), approvati definitivamente in sede parlamentare, ma bocciati a larga maggioranza dal corpo elettorale in sede di referendum costituzionale.

5 – Le vicende di questo percorso storico mettono chiaramente in luce come la nostra costituzione non abbia mai avuto una vita facile se ha impegnato trenta anni per essere attuata, senza mai raggiungere una piena attuazione, e quaranta anni per essere riformata, senza che nessuna delle "grandi riforme" finora tentate sia riuscita a giungere in porto.

Da dove nascono tutte queste difficoltà che hanno reso sempre problematico il cammino di questa carta?

L'analisi storica e comparatistica della scienza costituzionale mette in luce un dato. Le costituzioni godono di una vita tranquilla quando si innestano su ordinamenti omogenei, sorretti cioè da un forte sentimento nazionale e da valori e principi ispiratori condivisi e ben radicati nel tessuto sociale. Certamente non è questa la situazione di cui ha potuto godere nell'arco della sua vita la nostra carta costituzionale, nata sì da un patto originario solido e di buona fede che riuscì a unire la classe costituente in quanto favorito dall'eccezionalità del momento in cui si poneva, ma che si è dovuta poi misurare con quelle divisioni di fondo che il paese ha mantenuto sul terreno economico, sociale e politico, divisioni che il quadro delle tensioni internazionali, per la stessa collocazione geopolitica del nostro paese, ha sempre finito per aggravare e che il processo di unificazione europea (su cui l'Italia ha sempre riposto grandi speranze) ha potuto solo in parte attenuare.

6 – Detto questo bisogna però riconoscere che, nonostante questa vita difficile e contrastata, il bilancio che si può oggi formulare in ordine a questa nostra costituzione presenta i risultati di un rendimento storico molto elevato. Rendimento elevato che, a mio avviso, può trovare la sua spiegazione in tre fattori causali legati all'essenza di questa carta: in primo luogo, alla lungimiranza di quel patto originario che vide la confluenza non tanto tra posizioni politiche contingenti, quanto tra culture le cui radici erano state, sia pure in misura diversa, le forze motrici del processo di unificazione nazionale; in secondo luogo, alla universalità dei valori, incentrati sulla dignità della persona umana, che vennero a ispirare questo patto e che trovarono la loro espressione più alta nei principi fondamentali che vengono ad aprire il dettato costituzionale; in terzo luogo, al rigore tecnico e nella chiarezza anche linguistica di questo dettato.

7 – Ma quando si parla di un rendimento storico di questa carta bisogna vedere rispetto a quali parametri tale rendimento va misurato. A mio avviso, ci sono almeno tre aspetti da considerare.

ISSN 2279-7238

Il primo aspetto riguarda il rendimento che la costituzione ha avuto rispetto agli obbiettivi originari che i costituenti si proponevano di perseguire. Questi obbiettivi, come abbiamo ricordato, investivano in particolare il mantenimento dell'unità di un paese diviso che andava ricostruito ed il radicamento di una democrazia pluralista in un tessuto sociale che, proprio per le sue divisioni interne, si presentava poco incline ad accettare un modello ispirato ai principi della democrazia. Rispetto a questi due obbiettivi originari è facile riconoscere che il rendimento della nostra costituzione è stato non solo positivo ma anche molto elevato. Vediamo, infatti, che l'unità del paese è stata preservata e nel tempo si è anche rafforzata, mentre la democrazia nel suo tessuto di base, si è gradualmente radicata e consolidata attraverso il sistema delle garanzie e del controllo sociale.

Del pari elevato è stato il rendimento che la costituzione ha avuto rispetto agli sviluppi della nostra società civile, che rappresenta il secondo aspetto da considerare ai fini di un bilancio. Il sistema delle nostre libertà che – va ricordato – era ancora fragilissimo nell'età della Costituente, si è progressivamente esteso e rafforzato grazie anche alla lettura evolutiva che di questo sistema ha potuto dare nel tempo la giurisprudenza, sia costituzionale che ordinaria. Si pensi allo sviluppo che in questi settant'anni hanno avuto le libertà connesse alla sfera fisica e psichica della persona (di cu all'art. 13), alle diverse forme di manifestazione del pensiero (di cui all'art. 21), al lavoro, alla famiglia, alla scuola, alla sanità, all'ambiente nonché alle varie formazioni sociali richiamate nei quattro titoli della prima parte della costituzione. Se la giurisprudenza ha potuto sviluppare questa lettura evolutiva delle nostre libertà questo è potuto avvenire per l'elasticità sostanziale di un disegno che ha consentito la strada di un bilanciamento tra i diversi principi e valori messi in gioco dalla disciplina delle singole libertà, bilanciamento che ha favorito l'adeguamento delle norme all'evoluzione della realtà sociale. Questa elasticità sostanziale del disegno costituzionale (compatibile, peraltro, con la rigidità formale del testo) ha potuto operare anche nei confronti del funzionamento della forma di governo e di Stato: basti solo considerare l'evoluzione della prassi che nel tempo si è determinata nei confronti dei poteri del Capo dello Stato (che si sono progressivamente estesi in parallelo con la fluidificazione del sistema dei partiti); degli strumenti di controllo della costituzionalità affidati alla Corte costituzionale; del modello di "Stato regionale"; del sistema dei rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo, che ha spinto la giurisprudenza a sviluppare un processo di sempre maggiore integrazione tra i due diritti.

8 - Diverso risulta, invece, il discorso ove si passi a esaminare il terzo aspetto su cui misurare il rendimento storico di questa carta, aspetto che attiene al rapporto tra costituzione e sistema politico, un rapporto che, nell'arco di questi settant'anni, ha dovuto registrare quei passaggi critici che hanno condotto ai ripetuti tentativi di

ISSN 2279-7238

"grande riforma" che sopra abbiamo ricordato. Tentativi, come si diceva, falliti al livello costituzionale, ma che hanno lasciato il segno sul terreno della legislazione elettorale quando, nel 1993, dopo il crollo dei partiti storici conseguente alle vicende di "Tangentopoli", veniva abbandonato uno dei cardini dell'originario modello costituzionale cioè il principio proporzionale per adottare un principio prevalentemente maggioritario al fine di far nascere un sistema bipolare e, attraverso di esso, rafforzare la stabilità e l'efficienza dei governi. Ma oggi vediamo che anche questo cambio di linea, dopo venticinque anni di esperienza, non è riuscito, dal momento che anziché ridurre ha finito per aggravare la frammentazione del nostro sistema politico determinando, con l'ultima riforma, l'oscillazione del pendolo della legislazione elettorale nuovamente in direzione del principio proporzionale.

9 - Queste vicende recenti, se non sono state tali da alterare i caratteri di fondo del nostro modello costituzionale (per cui non ha molto senso parlare come spesso si fa di una prima, di una seconda e di una terza Repubblica) non hanno certo mancato di incidere fortemente nel rapporto tra classe politica e corpo sociale (tra governanti e governati) con riferimento al valore di un testo costituzionale che la classe politica nelle sue diverse articolazioni (sia di destra che di sinistra) ha cercato ripetutamente di modificare in alcuni dei suoi contenuti fondamentali, ma che il corpo elettorale, con i referendum costituzionali del 2006 e del 2016, ha voluto difendere e conservare nel suo impianto originario. Da qui il paradosso cui oggi assistiamo di una costituzione "forte" in quanto sorretta da un largo consenso popolare, ma impiantata su di un sistema politico "fragile" in quanto non in grado, in ragione delle sue divisioni interne, di portare al successo una politica di riforme costituzionali.

9.1 - Il tema delle "grandi riforme" di recente fallite conduce, quindi, conclusivamente ad aprire il discorso sull'attuale stato di salute di questa costituzione.

Il fatto che questa costituzione con i suoi settant'anni di età sia divenuta la costituzione più "anziana" nel contesto delle costituzioni europee del secondo dopoguerra non rappresenta certo la prova di un suo invecchiamento o superamento.

Al contrario, questa anzianità può rappresentare la prova di una permanente vitalità se è vero, come è vero, che la forza di una costituzione va in primo luogo misurata con riferimento al suo radicamento nella società che proprio il decorso del tempo viene a consolidare.

Su questo piano il problema che oggi a nostro avviso si pone con riferimento al valore attuale di questa costituzione è se una costituzione "forte" per il largo consenso sociale che tuttora riceve possa a lungo conservare la propria forza in presenza di un sistema politico incapace di esprimere indirizzi unitari e governi stabili. Questo dubbio mette peraltro in campo una difficoltà che a ben guardare non nasce tanto da insufficienze o difetti del modello costituzionale quanto dal modo improprio

ISSN 2279-7238

con cui questo modello è stato e viene tuttora utilizzato da un sistema politico che, per obbiettivi di corto respiro, sembra aver perso la prospettiva di "lunga durata" che la vita di una costituzione impone.

Se così è, parrebbe indubbio che le riforme destinate a migliorare la qualità della nostra democrazia ed il funzionamento dei nostri apparati pubblici, prima che investire le linee portanti del modello costituzionale (che almeno sinora hanno retto e ben funzionato), dovrebbero riguardare la vita interna dei partiti, la correttezza nell'uso degli strumenti della competizione politica, l'onestà e la trasparenza nell'impiego delle risorse pubbliche, in una parola non tanto il modello costituzionale quanto il costume politico. Soltanto una volta bonificata la qualità del carburante politico che fa andare la macchina costituzionale si potrà, infatti, pensare con successo anche alla correzione ed al miglioramento, certamente utile e anche necessario, di alcuni congegni di tale macchina quali, ad esempio, quelli inerenti la stabilizzazione dei governi e la corretta distribuzione delle risorse tra centro e periferia, che hanno già rappresentato l'obbiettivo di talune delle riforme finora fallite.

10 – Il bilancio che a conclusione di questa disamina vorremmo formulare è, dunque, questo.

La costituzione italiana, al compimento del suo settantesimo anno di età, dispone di un tronco che è ancora vivo e vitale per il suo radicamento sociale, per i valori che esprime nei suoi principi fondamentali, per la solidità dell'impianto del suo sistema di libertà, per l'elasticità del suo modello di forma di governo e di Stato.

Questa è la parte positiva del bilancio che si affianca ad una parte che positiva non è e che riguarda le vicende e la crisi di un sistema politico che nel giro degli ultimi anni si è andato sempre più distaccando dal corpo sociale e che oggi appare sempre più in affanno nell'esercizio delle sue funzioni fondamentali. Un sistema politico che sta oggi sempre più deragliando dal modello costituzionale che dovrebbe guidarlo, ma che cerca di nascondere i propri difetti attraverso una asserita insufficienza di tale modello.

Il futuro della nostra vita istituzionale si presenta, quindi, oggi indissolubilmente legato tanto alla forza ed alla vitalità di questa costituzione quanto alla capacità di questo sistema politico di autoriformarsi per riacquisire una visione più alta (cioè in definitiva costituzionale) del bene comune.

Per questo, se vogliamo guardare al futuro ancora con fiducia come fecero i nostri padri costituenti settanta anni fa, sono sempre i valori espressi da questa carta, rafforzati dall'esperienza della storia, a farci da guida.

ISSN 2279-7238

Una reflexión sobre las presentes transformaciones constitucionales [*]

di Giuseppe De Vergottini**

SOMMARIETTO: 0. Agradecimiento; 1. Utilidad o no del concepto de transición. 2. Nuevas incertidumbres; 3. En conclusión

0. Agradecimiento

Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho, autoridades académicas, compañeros, miembros de la comunidad universitaria, señoras y señores.

Quiero ante todo agradecer al profesor don Antonio Torres del Moral, a la profesora oña Yolanda Gómez Sánchez, al Departamento de Derecho Constitucional y a la Facultad de Derecho haberme propuesto para el Doctorado *Honoris Causa*, a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y a su rector, profesor don Alejandro Tiana Ferrer haberlo aceptado y al profesor don Pedro Tenorio Sánchez la amable *Laudatio* que acaba de pronunciar".

El año que acaba de comenzar presenta tanto en el ámbito europeo como a nivel de los estados particulares una situación general de incertidumbre que repercute también en nuestros regímenes constitucionales. Las reflexiones que brevemente expongo pretenden indicar solamente algunos de los puntos críticos que caracterizan la actual situación.

1. Utilidad o no del concepto de transición

La Unión Europea y los estados que forman parte de ella están atravesando un período de profundas incertidumbres, y la mayor parte de los países que la componen siguen afectados por una crisis no solamente económica.

Todos somos conscientes del hecho de que muchas de las razones de optimismo que habían caracterizado al periodo que había visto la conclusión del segundo conflicto mundial

[*] Intervento tenuto in occasione del conferimento della Laurea *honoris causa* presso l'Universidad Nacional de Educación a Distancia (31 gennaio 2018). La traduzione è a cura di Pedro Tenorio Sánchez.

[**] Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Alma Mater Studiorum – Università degli studi di Bologna.

ISSN 2279-7238

y luego la superación de los dos bloques políticos contrapuestos ya están a nuestras espaldas. El futuro de nuestras instituciones y del régimen de los derechos que las caracterizan según las constituciones formalmente vigentes es incierto.

¿Se puede por tanto pensar que estamos en una fase de *transición* hacia un nuevo orden constitucional?

Intentar dar una respuesta a este interrogante es problemático, porque aun cuando es verificable que algunos cambios importantes están en marcha, no es sin embargo claro en absoluto cuál es el punto de llegada del cambio.

Pero, ¿estamos seguros de que sea utilizable a este propósito el concepto de transición?

La transición exige una fase temporal de paso de una cosa a otra distinta. *La transición implica lo provisional, lo inestable que está orientado a consolidarse.*

El concepto utilizado por los politólogos tiende a referirse a procesos de cambio de un régimen prescindiendo del cambio formal de un texto constitucional.

Para el jurista es más natural partir de un texto positivamente determinado a otro que lo sustituye, pero siempre con carácter consolidado. De una constitución a otra, de un régimen de derechos a otro. No por casualidad estamos vinculados, cuando tratamos de cambios, al concepto de *revisión constitucional.* La revisión es un punto de llegada, de consolidación. El procedimiento para llegar a ella es predeterminado, legible, y constituye una fase de paso perceptible como paréntesis entre un texto positivizado y otro.

Pero debe quedar claro que cuando hay revisión, aunque sea profunda, no por este motivo hay transición entendida como cambio de régimen. Es paradigmático en este sentido el caso de la revisión total de la Constitución de Suiza del año 2000: se repensó profundamente el texto, pero ello no supuso cambio de los principios que identifican el régimen constitucional. Por tanto, en este caso, no hubo ninguna transición constitucional.

Para los constitucionalistas, la transición es una nebulosa no necesariamente identificable con el procedimiento de revisión. Los juristas, cuando la evocan, parecen en realidad pensar en un paso que ya ha tenido lugar. Es decir, piensan en lo que los politólogos califican como *consolidación* del recorrido en que consiste la transición.

Obviamente, es preciso también subrayar que la *transición no debe considerarse coincidente con la evolución natural de un ordenamiento vinculada a la interpretación* y a la actuación de principios constitucionales por razón del devenir de la experiencia sociopolítica, salvo que, ampliando

ISSN 2279-7238

el ámbito del concepto, se quiera pensar que los ordenamientos están siempre en estado de continua transición.

La evolución puede referirse a fenómenos de gran relevancia que se manifiestan sin activación de revisión constitucional.

El ordenamiento se transforma mediante las costumbres normativas, las convenciones constitucionales, las prácticas aplicativas, la falta de actuación (especialmente legislativa) y la reinterpretación (especialmente jurisprudencial). Un caso de gran interés viene dado por la introducción de los llamados "*nuevos derechos*" (integridad del medio ambiente, objeción de conciencia, tutela de los consumidores, inviolabilidad de la *privacy,* derecho al honor y a la identidad personal, derecho a la información, libertad de orientación sexual, tutela del embrión, etc.), que han conseguido afirmarse como otros tantos valores fundamentales, mucho más allá de las formulaciones expresas de la Constitución vigente, gracias más a las intervenciones de la jurisprudencia que a la voluntad del legislador.

Por tanto, hay que admitir una *elasticidad* o *adaptabilidad* fisiológica propia de todo ordenamiento constitucional, y para justificar la existencia de un concepto autónomo de transición debe excluirse de su ámbito toda forma de transformación vinculada a la *evolución natural en continuidad respecto a las opciones iniciales de un ordenamiento constitucional*.

Si a título de ejemplo se me permite recordar el caso italiano, el recurso al concepto de transición debe ser utilizado con prudencia.

No ha existido en los años recientes paso alguno a una Segunda República (como se afirma a menudo, con una definición que tiene solo valor periodístico) ni ninguna transformación en sentido federal. No se ha tocado la forma de estado. El ordenamiento constitucional ha sufrido importantes transformaciones, pero en absoluto hasta ahora una verdadera y propia "mutación" constitucional. Ha habido el paso de un sistema de partidos a otro, de modo que ha incidido en el funcionamiento de la forma de gobierno. Parece por tanto admisible hablar de una "transición política", reconduciendo de esta manera la categoría al ámbito de la ciencia política, pero no una "transición constitucional".

Diría, por tanto, que la transición corre el riesgo de ser un *concepto trampa,* de convertir en incierta la frontera entre los cambios en curso y los consolidados, o de dar por descontado que existe un punto de llegada y de final de un recorrido. Pero no es así.

ISSN 2279-7238

0. Nuevas incertidumbres

Por tanto, el recurso a la transición no ayuda a aclarar los términos de la actual situación. Si miramos a la situación del arte en Italia y en Europa, nos encontramos en un *período con muchas incertidumbres e inestabilidad*, y solo en este sentido, para indicar procesos *in fieri*, podemos estar de acuerdo acerca de la posibilidad de utilizar una terminología nacida en el ámbito de los estudios politológicos.

Unión Europea

El estado de incertidumbre al que vengo aludiendo se comprueba también en la situación internacional.

El mantenimiento del marco institucional de la Unión Europea se pone en discusión cada vez más. Al tradicional problema de la discutida legitimidad de recuperaciones desordenadas de las soberanías de los estados se unen los clamorosos ejemplos de fracaso o de inadecuadas políticas sectoriales (política exterior, seguridad, migraciones, política económica y monetaria…).

Marginado el modelo institucional integrador centrado en Comisión, Parlamento y Tribunal de Justicia, el centro decisional del proceso político está constituido por la presencia simultánea necesaria de todos los participantes en la Unión y por tanto por la prevalencia de la fórmula intergubernamental. Lo que impresiona es la extremada *debilidad de la legitimidad* de las instituciones europeas, comenzando por el propio Parlamento, que no es sentido como representativo por los diferentes cuerpos electorales nacionales.

A una carencia de legitimidad de los órganos político administrativos que expresan la integración sustituye una fuerte legitimidad de la jurisdicción europea. Pero aquí se manifiesta una particular quiebra del proceso de legitimación del conjunto de las instituciones. La legitimidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se debe atribuir a los pueblos de los estados miembros, que en realidad lo ignoran. El sujeto colectivo que lo legitima es el *estrato de los juristas* que debe enfrentarse con el complicado laberinto de competencias entre jurisdicciones nacionales, celosas de la soberanía de los estados respectivos y jurisdicción comunitaria, puesta en el vértice de los vínculos queridos por los tratados. La fuerte legitimidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea permanece a pesar de la crisis evidente que afecta a la Unión.

ISSN 2279-7238

Si el diseño del espacio jurídico europeo (derecho público europeo) sigue vivo, es también porque los tribunales nacionales mantienen un enfoque de colaboración sobre la base de una relación de confianza recíproca con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con el de Estrasburgo. Puede parecer curioso que a la *escasa legitimidad atribuible por los ciudadanos europeos a las instituciones corresponda al menos por parte de los tribunales y de los juristas una fuerte legitimidad de la jurisprudencia europea.*

Por tanto, la legitimidad que los jueces nacionales continúan constantemente dispensando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea compensa la profunda crisis del prestigio institucional de los órganos político administrativos, que solamente subsiste para el órgano intergubernamental. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al posponer la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha contribuido a agudizar un régimen de incertidumbre. También a nivel de Consejo de Europa el recurso al margen de apreciación hace difícil una visión armónica de las tutelas de los derechos a nivel europeo, dejando amplio espacio a los estados para intervenir como crean mejor en el aseguramiento de la protección de los derechos culturales y sociales.

Modificaciones de la forma de gobierno y superación de la democrazia de partidos.

Se puede detectar una creciente "presidencialización" de las estructuras de gobierno, comprendidas las formas parlamentarias, con la aparición de una forma de gobierno en la que los problemas clásicos de la *legitimidad* y de la *limitación* del poder que han constituido el punto de apoyo de la palanca del constitucionalismo históricamente, son colocados en posición de retroceso.

Sin duda, estos factores indican la actuación de una mutación profunda desde la perspectiva política y constitucional, pudiendo discutirse sobre el hecho de que estemos ante una transición destinada a poner de manifiesto una verdadera y propia incapacidad de la opción constitucional de los años cuarenta del siglo pasado o bien de una compleja transición crítica que, sin embargo, no niegue los fundamentos del ordenamiento estatal.

La *democracia de partidos* de la que se han nutrido nuestros estudios en los pasados años parece ya un dato remoto sustituida por la más actualizada *democracia del público,* en la que los partidos ceden espacio a la personalización, la organización a la comunicación, al tiempo que las identidades colectivas se debilitan, compensadas por la confianza personal directa,

ISSN 2279-7238

sobre todo en la figura del *leader*. Éste es el dato que se ha convertido en una de las características centrales en el desarrollo más reciente de las instituciones, y de rechazo, en el debate científico. La tendencia a privilegiar la figura de un *leader* político indica el progresivo reforzamiento de una concepción personalista del poder particularmente acentuada cuando los candidatos vencedores son las llamadas "figuras mediáticas", esto es, los que tienen una mayor capacidad para utilizar las técnicas de la comunicación política.

El papel reforzado de un *leader* se sitúa en un marco más amplio, que contempla el *debilitamiento del papel mediador tradicional de los partidos* y de la representación residenciada en las asambleas representativas. La caída de la intermediación de los partidos tiene como consecuencia inevitable la emergencia de fuertes liderazgos personales. Esto es facilitado por los medios actualizados de comunicación política. Y en efecto, como acabamos de señalar, los candidatos vencedores son las llamadas "figuras mediáticas". Añádase la afirmación del *modelo plebiscitario*, en el que el predominio de la demanda (las pulsiones emotivas de la gente) es solo aparente, mientras que el predominio de la oferta, esto es, de la voluntad del *leader*, es bastante real.

Debe subrayarse que en Italia el cese del eje partidos-representación-Parlamento es particularmente acentuado, conduciendo así al sistema político a gravitar sobre el gobierno y a este último a concentrarse en la figura del jefe del ejecutivo. Por tanto, es verdad que ha desaparecido la "sociedad de clase" del siglo XX y con la misma aquel sistema de partidos que constituía la proyección institucional de la misma. Han entrado así en crisis los complejos mecanismos de la representación político democrática, entendida como *proceso político* y como *relación* que se desenvuelve en el *tiempo*, expresando un vínculo permanente entre la sociedad y los elegidos, con la asamblea representativa como lugar en que *unificar* la pluralidad de los intereses representados para dar *forma política* a una sociedad cada vez más compleja y fragmentada.

La demostrada incapacidad de las instituciones tanto nacionales como europeas para afrontar y resolver la dramática crisis económica, con la consiguiente insatisfacción generalizada hacia la gestión de la política llevada a cabo por los actores tradicionales, ha generado una actitud hostil a la representación política tradicional, que caracteriza a una especie de *contrapolítica* basada en el control, la oposición, la humillación de los poderes previstos por las vigentes constituciones democrático liberales.

ISSN 2279-7238

Los partidos tradicionales han desaparecido, o en la mejor de las hipótesis, permanecen como una sombra de lo que fueron en el pasado. Toman por tanto la iniciativa *movimientos y partidos populistas* que, según una interpretación difundida, se dirigen al pueblo identificado en los estratos sociales económicamente más humildes y sobre todo culturalmente más atrasados. Estos movimientos hacen palanca, una y otra vez, en valores negativos, como la corrupción, la crisis económica, el antieuropeísmo, pero también en una hipotética identidad cultural, étnica y/o religiosa, asumiendo en tal caso tonos nacionalistas y racistas. En sustancia, se unen por la contestación radical de la democracia representativa.

En esta forma política, que parece estar consolidándose, el pueblo es algo muy distinto del pueblo formado por un agregado de impulsos heterogéneos que permiten la generación de una fuerte orientación política nacional. El pueblo ya no sería el considerado en la Constitución como titular último de la soberanía. El pueblo actual es caracterizado de manera aduladora como depositario de todas las virtudes sociales y como víctima del cínico egoísmo y de la amoralidad de los degradados estratos dominantes. En su favor, se formulan propuestas políticas idóneas para gratificar el deseo de cuestionamiento por parte del propio pueblo, pero no idóneas para incidir eficazmente en los complejos problemas de la sociedad moderna. Estas propuestas se desenvolverían de manera instrumental, porque en lo sustancial están orientadas a perseguir fines de mera conquista o mantenimiento del poder por parte de los nuevos sujetos políticos en vía de consolidación. Resultado de tal proceso es no solamente la confirmación de la profunda crisis de los viejos partidos, sino la perspectiva del definitivo colapso de los mismos.

Sobre estas premisas, resulta verdaderamente problemático pensar de manera realista en una especie de renacimiento del partido tradicional entendido, entre otras cosas, como canal de conexión entre base social y asambleas representativas. Desde esta perspectiva, se ha hablado de una *reconsideración de la forma partido* y de la necesidad de tener partidos "ligeros" pero que funcionen, con procedimientos democráticos tanto para la elección del *leader* (y para la activación de su responsabilidad) sea para la determinación de los candidatos a los cargos públicos, con métodos de selección interna garantizados o con elecciones primarias. En tal sentido, se vuelve de vital importancia construir formaciones políticas que estén en condiciones, ciertamente, de mantener al *leader,* pero también de hacerlo políticamente responsable y de sustituirlo cuando esto se vuelva necesario, so pena de una inaceptable

ISSN 2279-7238

especie de desinstitucionalización de la figura misma. Añádase que junto a la reflexión sobre el papel de los partidos se vuelve esencial retomar también el debate acerca de una *regulación de los lobbies y de los grupos de presión*, en razón de su papel de actores políticos.

Transformación del concepto de ciudadanía

Una gran mutación ha tenido lugar y está todavía *in fieri* con referencia al nuevo papel asumido por el *extranjero* en cuanto migrante proveniente de áreas culturales distintas con el propósito de permanecer durante algún tiempo o definitivamente en el territorio que lo acoge. La tendencia evidente opera en la dirección de una progresiva ineluctable *superación de la ciudadanía histórica* vinculada al territorio (y por tanto al principio de soberanía territorial estatal) como estatus jurídico de titularidad potencial de derechos y deberes propios solamente del tradicional ciudadano en cuanto íntimamente vinculado a una cierta soberanía estatal.

He aquí que el vínculo con el territorio y el burocrático concepto decimonónico de ciudadanía ceden el campo a concepciones sustancialistas de los derechos fundamentales más inclusivas respecto de la figura del migrante. *Con ciertos requisitos, el extranjero se convierte en una componente obligada de la realidad social*. El nexo indispensable para el mantenimiento de conjunto del ordenamiento parece conducir a una concepción de la ciudadanía de tipo diverso de la política, a la que se añade sin sustituirla. Es la "*ciudadanía social*", que reconoce el nivel mínimo de garantía de los derechos atribuible al extranjero.

Por tanto, se comprende que, si el mismo concepto de ciudadanía muta, desvinculándose en cierta medida del vínculo con el territorio para perseguir un fin social que ya no puede incluir a la compleja figura del migrante, como consecuencia también toda la estructura institucional está destinada a mutar en los aspectos en que no haya mutado ya.

La consecución más perfecta de los fines universales de las constituciones democrático liberales está conduciendo por lo menos como consecuencia de nuevos instrumentos de derecho internacional, a una *mayor apertura del estado social hacia sujetos ya no plenamente identificables desde el punto de vista de un claro vínculo con un determinado territorio.* Tal apertura incide positivamente en los flujos migratorios, pero provoca dramáticos problemas de sostenibilidad del sistema económico de tal envergadura que pueden impulsar otras mutaciones institucionales distintas. Resulta de esta manera evidente, por tanto, hasta qué

ISSN 2279-7238

punto las transiciones sociales derivadas de los fenómenos migratorios internacionales se imbrican con determinadas transiciones institucionales.

El extranjero se ha convertido en verdaderamente central en las políticas legislativas de los estados. Y esto con base en opciones internas, pero sobre todo en virtud de tratados internacionales.

Ha sido a causa del fenómeno de la entrada cada vez más consistente de extranjeros extracomunitarios por lo que los estados han tenido que tomar conciencia de la insuficiencia de las normativas internas tradicionales acerca del régimen jurídico del extranjero. El imprevisto incremento de la presencia de extranjeros debido a las migraciones masivas hacia Europa sacude muchos planteamientos tradicionales. Hoy junto al extranjero, llamémosle genérico, existe el migrante que pide asilo y el migrante llamado económico. Para todos estos nuevos protagonistas de las sociedades nacionales existen regulaciones antiguas y nuevas que sin lugar a duda enriquecen el panorama de los derechos reconocidos.

Es necesario, sin embargo, subrayar que los tratados internacionales reconocen derechos, pero al mismo tiempo establecen límites que dejan a la protección del tradicional ordenamiento soberano.

Véase en este sentido por ejemplo el art. 2, par. 3.º del protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que salvaguarda el orden público estatal, que debe entenderse como *defensa de los valores esenciales de la sociedad democrática* que en los diferentes estados atribuyen valor y eficacia a las respectivas comunidades estatales. Comprensiblemente, todo sistema busca proteger su propia concepción de los valores básicos que permiten una convivencia civil regulada. Existe un sólido núcleo de principios europeos unificadores y parece verdaderamente problemático que no ponga dique a valores culturales incompatibles con él. Por tanto, tolerancia y respeto a la diversidad no pueden sino encontrar en los valores constitucionales irrenunciables fronteras necesarias al proceder a la solución de todos los casos de irremediable contradicción entre culturas también jurídicas. Y esta exigencia parece plantearse como moderadora inevitable de la amplitud de la ampliación de los derechos de los extranjeros.

En este panorama, hablar de *multiculturalismo* referido a la presencia de una multiplicidad de concepciones culturales que comprenden a las culturas jurídicas diversas es perfectamente lícito y no plantea problemas.

ISSN 2279-7238

Estos surgen, sin embargo, cuando se prescinde del simple reconocimiento de la diversidad y tiene una *colisión entre distintas culturas* que pretenda aproximar o incluso imponer una cultura a otra debiéndose constatar que las mismas no se manifiestan siempre como compatibles. Es a esta *faceta conflictual* del multiculturalismo a la que nos referimos cuando sujetos parten de una cultura distinta de la de una mayoría dominante, y por tanto minoritarios, invoca una excepción a la concepción prevalente de los valores de modo que quede a salvo la manera propia de concebir la garantía de los derechos fundamentales.

En este punto, tanto en el ámbito político como en el doctrinal, se manifiesta en Europa un dramático interrogante que se refiere al *nivel de transigencia* de los principios que tutelan en los diferentes estados la identidad cultural nacional para permitir la tutela de las multiformes y compuestas identidades de las comunidades de extranjeros que progresivamente se enraízan en el territorio estatal.

Según una orientación discutible, identidad autóctona y nuevas identidades de minorías culturales *provenientes del exterior* del ordenamiento deberían equilibrarse entre ellas, permitiendo en ciertos casos la prevalencia de estas últimas. Equilibrio que comportaría un planteamiento recesivo por parte del derecho constitucional de tradición liberal. Y en este punto es preciso subrayar que la identidad cultural mayoritaria, llamémosle "autóctona", que es ciertamente compatible con el estado democrático liberal de derecho, no puede retroceder a favor de minorías a no ser que estas últimas, en el momento en que decidan asentarse en el territorio, reconozcan y respeten los valores de referencia.

La expansión de las migraciones, con la presencia de nuevas comunidades de cultura, frecuentemente lejana de la europea, implica el cuestionamiento de la ciudadanía por medio de la extensión de los derechos más allá de la barrera de la ciudadanía estatal tradicional, pero hace también aflorar a la superficie de manera dramática la incompatibilidad de parte de los valores de los que los migrantes son portadores con aquellos irrenunciables previstos en las constituciones y en las cartas de derechos europeas.

1. En conclusión

La crítica actual de la situación de nuestros países se presta a dar acceso a un vasto abanico de problemas que interesan desde hace tiempo no solo en el ámbito social, económico y político, sino también jurídico.

ISSN 2279-7238

Los constitucionalistas desde siempre siguen el desarrollo de nuestras instituciones en las que la experiencia nacional se imbrica continuamente con la europea y más ampliamente internacional. La expansión de las migraciones con la presencia de nuevas comunidades de cultura a menudo lejana de la europea, implica el cuestionamiento de la ciudadanía mediante la extensión de los derechos más allá de la barrera de la ciudadanía estatal tradicional, pero hace también aflorar de manera dramática la incompatibilidad de parte de los valores de los que los migrantes son portadores con los irrenunciables previstos por las constituciones y por las cartas de derechos europeas.

El desarrollo de la investigación produce nuevos conocimientos y nuevas modalidades de afrontar y satisfacer necesidades consideradas esenciales para el hombre en el ámbito sanitario y ambiental. Al mismo tiempo, nos lleva a preguntarnos sobre la compatibilidad de tales innovaciones con un concepto consolidado de dignidad de la persona.

En el ámbito político social, las instituciones quedan afectadas por maneras nuevas de concebir la política, sobre todo por lo que se refiere a la validez o no del concepto tradicional de representación, que supondría la permanencia del papel de los partidos como conexión entre ciudadanos e institución parlamentaria. Al mismo tiempo, la ruidosa aparición en el escenario político de movimientos populistas y la prevalencia del recurso a las técnicas de comunicación mediática más actualizadas están consolidando una concepción del liderazgo político personal muy lejana de la idea del gobernante que se confronta con la oposición en el aula parlamentaria, única sede institucional en la que comprometer la responsabilidad política. Todo ello en un escenario institucional que ha visto en pocos años degradarse rápidamente la construcción de la Unión Europea, cuya problemática legitimidad subsiste solamente gracias al prestigio de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, que continúa siendo apoyada por la tenacidad con la que el estrato de los juristas ha decidido no abandonar el ideal de la integración.

ISSN 2279-7238

"Società civile e istituzioni: il ruolo della classe dirigente" *

di Luciano Violante**

1. Nel corso di questa esposizione per classe dirigente si intenderà un gruppo vasto di persone dotato di autorevolezza intellettuale e morale, capace di dirigere e cioè di indicare una direzione di marcia alla intera società. [1]

Classi dirigenti possono essere presenti in tutti i settori, nell'impresa, nel mondo finanziario, nei sistemi della comunicazione. Qui si farà riferimento alle classi **politiche** dirigenti. Esistono classi dirigenti anche fuori della politica, nell'industria ad esempio, o nella finanza; ma ciò che determina la qualità della democrazia è proprio l'esistenza di una classe politica dirigente capace di rivolgersi a tutti i settori della società e non solo ad alcuni tra loro, come inevitabilmente fanno le classi dirigenti di settori specifici.[2]

Guidi Dorso spiegò che la classe dirigente è un potere organizzato che dispone della direzione politica, intellettuale e materiale della società e comprende anche la classe politica propriamente detta[3].

Una classe politica dirigente ha bisogno del consenso. Se ha perduto il consenso, quella classe, sino a quando resta in sella, diventa ceto dominante, esercita puro potere, ma non ha più un ruolo dirigente.

La perdita del consenso avviene, cito da Gramsci, quando i cittadini si staccano dalle ideologie tradizionali e non credono più a ciò in cui credevano prima. La crisi consiste nel fatto che il vecchio muore e il nuovo non riesce a nascere: in questo interregno si verificano, spiega Gramsci, i fenomeni morbosi più svariati.

2. Noi siamo in questo interregno tra il vecchio che muore e il nuovo che non nasce; e conviviamo con alcuni fenomeni morbosi, per usare l'espressione di Gramsci.

Il primo di questi fenomeni morbosi é la sostituzione dei gruppi dirigenti dei partiti con leader che diventano solitari e narcisisti. Ai vertici del sistema politico siedono non gruppi, ma singole personalità; il fenomeno è stato colto dalla legge elettorale che parla rozzamente

---

* Lectio magistralis per l'inaugurazione del *Master in Istituzioni parlamentari 'Mario Galizia' per consulenti di assemblea, Roma,1° febbraio 2018*.

** Già Professore ordinario di Istituzioni di diritto e procedura penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino

[1] Nel linguaggio comune, ma anche in quello scientifico, si usano come sinonimi termini che i realtà hanno connotati tra loro distinti: "casta", "classe politica", "establishment", "oligarchia", "élites", "classe dirigente","classe dominante"; non è compito di questa relazione entrare nel merito elle affinità e delle distinzioni tra questi termini. V. invece G.Azzolini, Dopo le classi dirigenti, Laterza, 2017, p. XI, ma passim, perché si tratta di uno dei migliori studi degli ultimi anni.

[2] Gli studi guida sul tema sono quelli di G. Mosca; v. G. Mosca, Teoria dei governi e governo parlamentare, ID, Scritti politici, a cura di G. Sola, vol.I, 1982, ,p. 360 ss; v. anche N. Bobbio, Mosca e la teoria della classe politica, Id, Saggi sulla scienza politica in Italia, Laterza, 1996, p. 181 ss.; G. Azzolini, Gaetano Mosca e il problema della "immanenza necessaria" delle classi dirigenti, Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici, 2016, p. 717 ss.

[3] G.Dorso, Classe politica e classe dirigente, Id. Dittatura, classe politica e classe dirigente, , a cura di C. Muscetta, Einandi, 1955, p.121 ss. Il saggio citato è del 1944.

ISSN 2279-7238

ma efficacemente di "capo della forza politica". somiglianza. E il partito cessa progressivamente di essere una comunità.

Capi politici ci sono sempre stati. Lo erano Fanfani e Berlinguer, Nenni e Almirante. Ma ciascuno di loro era scelto e votato da un partito e con quel partito doveva confrontarsi. Oggi invece è il capo che costruisce il partito a propria politica per diventare un non-luogo della politica, spazio neutralizzato, attraversato da flussi di consenso.

E' conseguentemente diffusa la contestazione radicale della stessa legittimità di una classe dirigente, presentata come casta, gruppo egoistico che ha funzioni di comando e ne approfitta per distogliere a proprio vantaggio le risorse pubbliche. Questa identificazione avviene non sulla base di evidenze, ma sulla base di una ideologia per la quale il sapere e la competenza sono doti sospette e ciascun cittadino é onnicompetente. Conseguentemente chiunque abbia funzioni rilevanti le avrebbe acquisite non per merito ma in seguito a innominabili fraudolenze; il fatto stesso di esercitare funzioni rilevanti é indizio di comportamenti corruttivi.

Alla radice di questo atteggiamento ci sono due fattori.

Il primo è il puritanesimo politico, un atteggiamento moralistico fondato sul sospetto pregiudiziale nei confronti della politica e dei suoi attori.

Il secondo deriva dalla moderna incapacità di convivere con il rischio. E' molto diffusa una domanda di sicurezza rivolta alla politica e alla tecnica; si chiede di cancellare i fattori che ad avviso del cittadino onnicompetente generano insicurezza. E se la politica e la tecnica, che nei confronti dei problemi concreti devono far ricorso alla razionalità, non riescono a rispondere a quelle aspirazioni in modo conforme alle aspettative, si reagisce con campagne che rifiutano la ragionevolezza. Si instaurano rapporti fideistici con i capi, con i partiti, con le ideologie. Conseguentemente prende piede il rifiuto a informarsi, a conoscere, si sposa la tesi apparentemente più convincente che ha sempre alla base lo smascheramento di una frode dei forti, si rafforza uno spirito gregario privo di autonomia intellettuale. I gregari cercano di rassicurare sé stessi immaginando che i loro capi conoscano la verità e sappiano guidarli. I capi rischiano di restare prigionieri delle certezze dei propri gregari. Si alimenta così un circuito che porta dalla insicurezza al fideismo, dal fideismo alla subalterna fiducia nel capo, da questa subalterna fiducia nel capo alla illusione del capo di poter davvero disporre di una risposta a tutte le domande. Nascono anche per questa via il rifiuto della scienza, la sfiducia nel sapere, quella che in un recente libro, scritto da un brillante scienziato, è stata chiamata "La congiura dei somari". Viene alla mente una nota riflessione di Kirkegaard: il cuoco ha preso il comando della nave e da quel momento dalla cabina del comandante non sono più arrivate indicazioni sulla rotta e sui porti da raggiungere; ogni mattina arriva soltanto il menu del giorno.

3. I leader solitari e narcisisti sono protagonisti non di processi di *rappresentanza*, ma di processi di *identificazione*[4]. La differenza è profonda, incide sulla formazione dei gruppi

[4] L.Violante, Democrazie senza memoria, Einaudi, 2017, p. 118 ss.

ISSN 2279-7238

egemoni, impedisce la costruzione di classi dirigenti. Nei processi di identificazione la personalità del leader crea la base sociale ed è la sua presenza, non il suo programma, che fa scattare negli elettori la identificazione con il leader, che deve presentarsi come vincente e seduttivo.

Questo leader tende spesso, a circondarsi non di una classe dirigente, ma di una classe *somigliante,* nella quale possa rispecchiarsi traendone sicurezza e che si possa rispecchiare in lui traendone legittimazione. E' un aspetto del cosiddetto partito carismatico, soluzione debole perché condizionata dal carisma del leader. Quando il carisma finisce, il procedimento di identificazione si inceppa o addirittura crolla.

Il leaderismo narcisista condiziona il dibattito politico esaurendolo in asserzioni imperative, pregiudizialmente disinteressate al parere dell'altro. Queste asserzioni non sono orientate alla persuasione e alla disponibilità ad essere persuasi. Sono orientate alla imposizione, attraverso la forza del numero, la violenza dell'invettiva, la rivendicazione del proprio primato morale nei confronti dell'avversario**.**

Se scimmiottare il leader è il modo per essere riconosciuti, apprezzati e premiati, nei partiti prevale l'egoismo e l'individualismo; stare in un partito non serve per condividere, ma per ascendere. Così trionfano le fratture, non le coesioni, le tattiche non le strategie Il conflitto politico, che in democrazia ha confini e punti di conclusione, diventa scontro lacerante, teatralizzazione permanente.

4. Il rifiuto della ragione e della conoscenza è una componente della crisi del mondo creato dall'illuminismo. L'illuminismo ha avuto due facce. Una prima ha applicato meccanicamente il principio hegeliano per il quale ciò che é razionale è reale e ha cercato di imporre modelli di società derivanti da un modello puramente astratto. E' il caso dei sistemi sovietici, naufragati per l'impossibilità di applicare a società sempre più complesse modelli che prescindono dalle persone in carne ed ossa e dalle loro aspirazioni.

L'altra versione dell'illuminismo, l'illuminismo mite, ha fatto ricorso alla ragione come criterio per la civilizzazione delle comunità umane: diritti fondamentali della persona, dignità, inclusione, abolizione della pena di morte, scuola, salute, casa, lavoro, uguaglianza.

Democrazia e illuminismo mite sono strettamente intrecciati. Stanno insieme o declinano insieme. E' sufficiente guardare a ciò che sta avvenendo nelle nostre società. L'emozione al posto della ragione; il sospetto al posto della conoscenza; la patria, il sangue e la terra al posto della società accogliente e solidale; il capo che costruisce la comunità politica al posto della comunità politica che costruisce il capo. Alla crisi dell'illuminismo si accompagna l'indebolimento della democrazia che si fonda sulla ragione e sulla verità. Emozione, sangue, terra, capo sembrano aprire il sentiero di un nuovo romanticismo. Non è un futuro auspicabile.

5. Alla radice della crisi delle classi dirigenti non ci sono soltanto processi oggettivi, ma anche defaillances soggettive. Alcuni partiti socialisti, socialdemocratici, e laburisti, spinti

ISSN 2279-7238

dalla situazione economica globale, a partire dagli anni Novanta, dopo la fine del sistema sovietico e la vittoria schiacciante del sistema capitalistico occidentale, si sono adeguati.

Hanno abbandonato il terreno della espansione del settore pubblico in favore del mercato, della finanza deregolamentata e del capitalismo globale. Sono esemplari da questo punto di vista le politiche di Tony Blair e di Gerard Schroeder. Alla lunga queste scelte, pur essendo in gran parte necessitate, hanno fatto perdere il consenso delle classi lavoratrici. Margareth Thatcher, richiesta nel 2002 di quale fosse il suo maggiore successo, rispose, con evidente malizia: "Tony Blair e il New Labour. Abbiamo costretto i nostri oppositori a cambiare il loro modo di pensare."[5] Possiamo immaginare la reazione di un tradizionale elettore laburista.

L'abbandono dei temi tradizionali della cultura politica socialdemocratica non è stata compensata dalla ripresa dell'attenzione ai bisogni dei ceti più poveri. Le classi dirigenti di matrice illuministica, tanto liberaldemocratiche quanto socialdemocratiche, hanno continuato ad impegnarsi per la civilizzazione della società, ma hanno badato più ai diritti individuali che ai diritti sociali ed hanno a volte confuso la civilizzazione della società con il politicamente corretto, forse sopravvalutando sé stesse e le proprie ragioni. Ne è derivata la sovrapposizione dell'estetica all'etica, di ciò che appariva elegante su ciò che era giusto.

E' stata esemplare da questo punto di vista la campagna elettorale che ha visto contrapposti Donald Trump e Hillary Clinton. La signora Clinton parlava a lungo e con accenti sinceri dell'eguaglianza tra donne e uomini, tra neri e bianchi, tra omosessuali ed eterosessuali. Trump senza alcuna eleganza, con grevi volgarità, si scagliava contro donne, neri e omosessuali e si faceva paladino dei forgotten, i dimenticati, bianchi poveri e disoccupati, rappresentando così le ansie, i bisogni e i dolori di una parte rilevante della popolazione degli Stati Uniti, quella più colpita dalla globalizzazione. Perchè la liberaldemocratica signora Clinton ne ha parlato poco o per nulla? Lei, come molti altri leader della sua educazione politica, ha dato per scontato che i suoi concittadini bianchi, poveri e disoccupati, avrebbero ragionevolmente votato per i democratici; ha avuto una fiducia non meditata nella capacità autogiustificatrice della ragione, e si è impegnata su una dimensione nuova dell'eguaglianza confezionando i suoi argomenti nell'involucro della eleganza e della buona educazione. Ma tutti coloro che erano esclusi e dimenticati, o che tali si sentivano, avevano già cominciato a rifiutare la ragione come criterio di scelta perché essa non era più sembrata idonea a dare speranza nel futuro; rifiutavano la eleganza e la buona educazione, che non risolvevano i loro problemi. Ed hanno scelto chi appariva emotivamente consapevole dei loro bisogni e irrideva alla buona educazione e alla eleganza. Non si tratta di un problema solo americano; questa è una questione di tutto l'Occidente. Il populismo nasce da questa trascuratezza della ragione come criterio di prevenzione e risoluzione dei conflitti, trascuratezza. Meno estetica e più etica, verrebbe da suggerire a liberaldemocratici e socialdemocratici.

[5] V.J. B.Judis, The populistic explosion, Columbia Global Reports, NY, 2016, p.94 ss.

ISSN 2279-7238

6. Molti appartenenti alle classi dirigenti per recuperare un rapporto con il popolo hanno animato un complesso fenomeno che potrebbe definirsi le classi dirigenti contro sé stesse. Il sistema è il nemico interno. Questa non è la novità. La novità è che l'attacco è ora condotto in prima persona da chi del sistema fa stabilmente parte o aspira a farne parte.

Data la scadenza elettorale non farò esempi che riguardano l'Italia.

Un posto d'onore se lo è guadagnato Donald Trump, che certamente non era un esponente della working class. Esemplari sono alcuni passaggi del suo discorso di investitura:

"*Questo non è un semplice passaggio di poteri da un'amministrazione all'altra, da un partito politico all'altro. Oggi il potere passa da Washington ai cittadini americani… Per troppo tempo c'è stato distacco tra le istituzioni e la gente comune ; l'establishment si è limitato a proteggere se stesso. Le loro non sono state le vostre vittorie. In questi anni c'è stato poco da celebrare per le famiglie che nel Paese hanno lottato per tirare avanti*».

Le posizioni antisistema influenzano anche i partiti con maggiori tradizioni, che del sistema sono parte costitutiva da sempre, come i conservatori britannici. Nel 2009 l'allora leader dell'opposizione conservatrice David Cameron, scuole a Eaton, laurea a Oxford, lontano parente della famiglia reale, dopo lo scandalo sulle spese dei parlamentari pose il problema della redistribuzione del potere verso il popolo:

"…Dallo Stato ai cittadini, dal governo al parlamento, da Whitehall alle comunità. Dall'Unione Europea alla Gran Bretagna, dai giudici alle persone, dalla burocrazia alla democrazia. Attraverso la decentralizzazione, la trasparenza e la responsabilità politica dobbiamo sottrarre il potere alle élites politiche e metterlo nelle mani delle persone comuni."[6].

La competizione elettorale in Francia ha rappresentato un palcoscenico dell'attacco alle élites fatto da chi alle élites appartiene da sempre. Marine Le Pen ricopre dal 1998 incarichi di rappresentanza politica nei consigli regionali, nell'Assemblea nazionale, nel Parlamento europeo ribadì nel discorso di presentazione della propria candidatura, a Lione il 5 febbraio 2017, la sua estraneità al sistema: "Sono la candidata della Francia del popolo, contro la destra del denaro e la sinistra del denaro". Venerdì 3 febbraio 2017 Francois Fillon, messo sotto accusa per le vicende relative alla moglie e al figlio, che avrebbero ricevuto per anni una retribuzione dal Parlamento senza svolgere alcuna attività, ha inviato un messaggio ai suoi sostenitori: "*Mi batterò contro un sistema che, tentando di cancellarmi, cerca in realtà di distruggervi.*" e ha aggiunto: *"Una casta dirigente arrogante e inefficace si è costituita nel nostro paese con la maschera dei valori repubblicani. I suoi privilegi devono essere aboliti*". Fillon è parlamentare da trentasei anni; è stato primo ministro dal 2007 al 2012; come se avesse sparato su sé stesso.

Denunciare il *sistema*, presentarsi avvolti in un'aureola virginale, dichiararsi estranei alle brutture della politica, criticarle aspramente all'insegna del puritanesimo politico, anche se di quel sistema si fa parte da decenni, è diventata una giaculatoria.

Caratteri costanti di questa denuncia sono l'invocazione di un rinnovamento totale, la critica feroce alle élites e l'annuncio del superamento della distinzione tra destra e sinistra,

[6] David Cameron*: I Would Reduce No 10's Power*, *The Guardian*, 26 maggio 2009.

ISSN 2279-7238

proprio quando le vicende degli ultimi anni confermano la permanente validità della contrapposizione. Il né di destra né di sinistra è stato proposto da Marine Le Pen ma anche da Emmanuel Macron, già iscritto al Partito socialista e ministro dell'economia nel secondo governo Valls. La distinzione sarebbe frutto di antichi e superati schemi; le classi politiche e mediatiche, di qualunque colore politico, costituirebbero un popolo di sonnambuli[7].

La vignetta di Plantu, pubblicata su Le Monde del 7 febbraio, vede tutti i candidati alla presidenza della Repubblica di fronte ad una perplessa ragazza con il cappello frigio, che rappresenta la Francia; ciascun candidato dice "Il più antisistema sono io".

7. Per dirigere occorre essere in grado di staccarsi dai destinatari dell'attività di direzione. I partiti tradizionali hanno svolto il compito straordinario di avvicinare le masse allo Stato. Milioni di cittadini che avevano sempre visto nello Stato l'antagonista storico, il nemico che riduceva diritti e salari, sono stati persuasi a un rapporto costruttivo con i poteri pubblici. Alcuni studiosi hanno parlato di incorporazione delle masse nello Stato. Oggi sta accadendo il contrario; sono i partiti che tendono a incorporarsi nelle masse, inseguendo i sondaggi che riflettono i molteplici spiriti animali dell'opinione pubblica in un determinato istante e che possono ben mutare in un istante successivo. Questi partiti non si preoccupano di svolgere un'azione pedagogica, di guida verso la maturazione politica dei cittadini. Tendono invece a inseguire ciò che pensa la maggioranza dei cittadini, la quale svolge inconsapevolmente una funzione di direzione dei partiti.

Un capovolgimento di fronte che dovrebbe essere oggetto di un'analisi più approfondita di quanto possa io fare in questa sede.

8. Occorre riprendere il filo della costruzione delle classi dirigenti. L'impegno per costruire una classe dirigente presuppone una idea della politica fondata non sul capo seduttivo, ma sulla forza di una comunità che esprime un complesso di personalità capaci, per disponibilità intellettuale, conoscenza dei problemi, capacità di ascolto e di decisione, di assumere compiti di direzione politica, di rappresentanza e di governo.

La difficoltà maggiore è costituita dalla necessità di fronteggiare la forza attuale del neoliberismo e delle varie forme di individualismo che ne discendono.

Il neoliberismo, come tutte le grandi trasformazioni, ha indotto una rivoluzione culturale nella quale l'io si sostituisce al noi. Hanno preso piede fenomeni di individualismo sociale, economico e giuridico fondati sul singolo come titolare di soli diritti, privo di doveri. Questo singolo non è interessato alle appartenenze collettive, alle comunità, al costruire insieme. E' interessato a sé stesso e al proprio fascio di diritti. Nei suoi obbiettivi non c'è l'emancipazione di tutti gli uomini, ma la propria emancipazione. Nella sua geografia politica c'è il leader solo e carismatico, non la classe politica capace di dirigere e di assumersi le proprie responsabilità.

[7] Per le citazioni in questo paragrafo: R.Besse Desmoulières, O.Faye, M.Goar, C. Pietralunga, L'"antisistème", une nouvelle rethorique dominante, Le Monde, 5-6 febbraio 2017, p.9

ISSN 2279-7238

Tuttavia il passaggio dal leader solitario e narcisista alla costruzione di gruppi politici capaci di dirigere è essenziale per rianimare la democrazia.

Il presupposto é che i partiti, tutti o alcuni, attivino un proprio processo di destatalizzzazione (oggi quasi tutti i dirigenti politici anche di piccolo livello hanno una collocazione nel sistema politico istituzionale, dai Municipi al Parlamento) e tornino ad essere un'articolazione della società e non più del sistema pubblico, rinvigorendo la presenza sul territorio, in un dialogo vero e non fittizio con cittadini, simpatizzanti, iscritti.

Ma anche i cittadini devono attivarsi, attraverso dibattiti, associazioni, movimenti. I regimi autoritari si fondano sul solo potere politico e diffidano dell'impegno dei cittadini. In democrazia invece di questo impegno c'è particolare bisogno proprio perché la democrazia si regge su una continua interazione tra società e politiva. D'altra parte nella nostra Costituzione (art. 49) i partiti sono un strumenti dei cittadini, non delle istituzioni politiche.

L'obbiettivo è la ricostruzione di comunità, attraverso legami che hanno come fondamento lo studio dei problemi, la capacità di ascolto, il rispetto, l'etica della persuasione, obbiettivi di eguaglianza e di civilizzazione.

Per superare questa fase occorre ricostruire legami tra persone che credono negli stessi valori, che hanno stessa idea di nazione, e che si interrogano allo stesso modo sulla funzione del proprio partito. I legami si ricostruiscono attraverso il rispetto, l'ascolto, il confronto e la discussione.

Se i partiti cominceranno a preoccuparsi del futuro del paese, dovranno preoccuparsi anche del proprio futuro. E, all'inverso, se cominceranno a preoccuparsi del proprio futuro dovranno necessariamente riflettere sul futuro del paese. Futuro dei partiti e futuro del paese nei regimi democratici sono strettamente intrecciati. L'indebolimento dei partiti come luogo di elaborazione di idee, di programmi e di piattaforme elettorali si riflette sull'indebolimento della macchina pubblica e produce un vuoto di educazione civica e di selezione della classe dirigente.

Tanto i partiti quanto l'intera nazione, per vivere in democrazia, hanno bisogno della ricostruzione di comunità politiche responsabili e consapevoli del ruolo che sono tenute a svolgere nella storia del paese di cui fanno parte.

Queste comunità politiche tengono unita la nazione, superano le solitudini, propongono un'alternativa civile al rapporto malato tra leader narcisista e popolo senza rappresentanza. La classe dirigente non si misura dalla quota di potere esercitato ma dalla capacità di indicare obbiettivi, motivare i cittadini e influenzare i processi decisionali. Per questa ragione ai componenti della classe dirigente sono richiesti comportamenti idonei che suscitino fiducia ed integrino l'autorevolezza che é necessaria per svolgere funzioni di orientamento ispirate all'etica della persuasione.

9. Come far nascere una nuova classe politica?

Innanzitutto occorre parlarne e porre in rilevo la necessità di superare il modello narcisistico del leader solitario.

ISSN 2279-7238

Occorre quella che una volta si chiamava battaglia politica, diretta a costruire non un nuovo leader con le stesse caratteristiche di quelle attuali, ma attuare un modello di partito politico che sia strumento ed articolazione della società e quindi che abbia ai suoi vertici gruppi rappresentativi delle diverse istanze sociali che ad ogni singolo partito facciano riferimento.

Il vecchio modello di partito ha probabilmente esaurito la sua funzione storica di emancipazione delle masse. Ma il nuovo modello non può rinunciare a questa funzione sia pure calata nella realtà dei nostri giorni. Quale é il tipo di emancipazione oggi necessaria? Non si tratta più di insegnare a leggere e a scrivere; si tratta di insegnare a capire che cosa si muove nella società e come il singolo partito intende dirigere i processi in corso, costruire legami e comunità politiche.

Oggi circola una massa enorme di informazioni all'interno delle quali siamo indotti a scegliere non quella vera ma quella attraente. Compito di classi politiche dirigenti dovrebbe essere fornire attraverso la discussione gli elementi necessari per conoscere il vero stato delle cose.

Questa classe politica non deve essere inamovibile, altrimenti diventa una oligarchia. E' Pareto che ha posto l'accento in modo molto convincente sulla necessità di circolazione delle élites, fenomeno tale, egli scrive che al suo normale funzionamento sono dovuti i successi politici di molti paesi, mentre alla sua disfunzione è dovuta la stentata vita collettiva di molti altri.[8]

10. Giungono molte richieste di formazione politica da gruppi di giovani che si dichiarano non interessati alle dinamiche interne dei partiti, ma desiderosi di conoscere i fondamentali della funzione politica. Quando si approfondiscono le ragioni della apparente contraddizione si scopre che l'interesse è rivolto alla costruzione di un proprio patrimonio di conoscenze considerato necessario per l'esercizio di una cittadinanza responsabile.

Le generazioni più recenti sono vittima di una rottura con le generazioni che le hanno precedute e questo ha prodotto in loro una sorta di necessità di un nuovo inizio. La continuità tra le generazioni ha permesso alle generazioni precedenti di trasmettere a quelle successive i propri saperi e il significato delle proprie esperienze. Quando questo rapporto ha cominciato a logorarsi, all'incirca negli anni Settanta, le generazioni più giovani hanno progressivamente perso il contatto con il passato; hanno conseguentemente sostituito, sotto la guida di non eccellenti maestri, la conoscenza con l'ideologia e hanno confuso la libertà con l'assenza di responsabilità.

Oggi, acquisita la consapevolezza di una cittadinanza che deve essere fatta anche di conoscenza e di responsabilità, una parte significativa delle generazioni che hanno tra venti e trentacnque anni chiedono di conoscere meglio e di più la storia del proprio Paese. Siamo passati dai ragazzi che ritenevano la mafia responsabile della morte di Aldo Moro ai giovani che chiedono di sapere quale sia stato il ruolo di Moro nella storia della Repubblica.

[8] Cit. in G. Azzolini, op. cit, p. 26

ISSN 2279-7238

Il primo servizio da svolgere nei confronti delle generazioni più giovani dovrebbe riguardare la formazione non alla politica ma alla democrazia, a qualcosa che viene prima della politica e che costituisce il presupposto di qualsiasi attività politica. Una indicazione sintetica suggerisce quattro temi: *studiare*, *ascoltare*, *rispettare*, *costruire legami*.

E' una piattaforma che mette in risalto le attività essenziali per qualsiasi impegno che riguardi la comunità nella quale si vive, da quella locale a quella nazionale. Soprattutto la costruzione di legami, in una società caratterizzata da solitudini di massa, può dare fiducia e speranza. Ma i legami non potranno essere duraturi se alla base non c'è studio, ascolto e rispetto.

Le generazioni più vecchie dovrebbero tener presente il mito di Enea, stupendamente raffigurato nel marmo di Bernini, alla galleria Borghese. L'eroe ha sulle spalle i padre che porta con se i Lari, dà la mano al figlio che porta con sé il fuoco e si muove per costruire nuove città, visto che la sua è stata distrutta. La mia generazione dovrebbe avere l'intelligenza di non fermarsi a contemplare il passato, ma con la saggezza del passato contribuire alla formazione dei giovani che devono costruire il futuro.

11. Mi soffermo infine su un fattore essenziale per una classe dirigente: il rispetto per l'avversario. Il rispetto dell'avversario nasce dalla consapevolezza che la democrazia é l'incontro tra i diversi alla luce della consapevolezza del valore dell'altro e della pari dignità politica di tutti gli interlocutori. Il rispetto non esige condivisione, né subalternità; non preclude la contestazione anche aspra degli argomenti addotti dall'altro, ma richiede che non si irrida alle sue ragioni, che ci si sforzi di comprendere cosa c'è di positivo in quanto da lui sostenuto, che si usino nei suoi confronti argomenti di verità e non la frode. Una delle difficoltà maggiori che incontra il politico rispettoso dell'avversario sta nella insensibilità a questo valore di una parte dell'opinione pubblica. Una parte considerevole dei cittadini considera la politica come il luogo dell'inganno ed é pertanto sospettosa verso tutto ciò che non è immediatamente percepito come conflittuale. Il rispetto reciproco fa sfumare l'idea del nemico e pone in discussione la visione bellica della politica. Il politico meno avveduto o meno preparato è incline allo scontro perché teme di essere accusato di intelligenza con il nemico o perché non ha argomenti validi per affrontare un confronto civile. Quello più cinico può essere indotto a scegliere lo scontro per accreditarsi dinanzi alle componenti estremistiche della propria parte politica.

Bisogna spezzare questo cerchio ricordando che le democrazie non muoiono per omicidio; muoiono per suicidio.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

I quesiti delle consultazioni popolari. Considerazioni alla luce dell'esperienza referendaria in Italia*

di Giancarlo Rolla**

Sommario: 1. I tipi di referendum previsti dall'ordinamento italiano. 2. La difficile convivenza tra referendum e democrazia rappresentativa. 3. Il quesito referendario. 4. La formulazione del quesito nei referendum costituzionali. 5. La formulazione del quesito nei referendum abrogativi.6.La riformulazione del quesito.

1. I tipi di referendum previsti dall'ordinamento italiano

Il sistema costituzionale italiano prevede e disciplina un'ampia gamma di consultazioni popolari che, in base all'ampiezza del corpo elettorale coinvolto, possono essere distinte in nazionali, regionali o locali.

Mentre, con riferimento alle modalità di coinvolgimento del corpo elettorale, si hanno sia referendum obbligatori che eventuali. Nel primo caso, l'intervento del corpo elettorale costituisce un requisito necessario per il perfezionamento di un determinato atto (ad esempio, la fusione di più Regioni o la creazione di una nuova Regione); mentre nel secondo il coinvolgimento del corpo elettorale è demandato all'esistenza di un'esplicita richiesta avanzata da un determinato numero di soggetti a ciò legittimati (si pensi, ad esempio, al referendum abrogativo o costituzionale).[1]

In ambito nazionale si sono svolti tre tipi di consultazioni popolari: il referendum abrogativo, il referendum costituzionale e quelli istituzionali.

Questi ultimi vengono istituiti con apposite norme di rango costituzionale e consistono nel demandare al voto del corpo elettorale una scelta di particolare valore istituzionale; il procedimento varia da caso a caso a seconda della disciplina contenuta nella legge costituzionale che li istituisce. Il primo di questi, attivato con il decreto legislativo luogotenenziale n. 98 del 1946 demandò a un apposito referendum, che si tenne il 2 giugno 1946, la scelta circa la forma istituzionale dello Stato (Monarchia e Repubblica). Furono le prime votazioni a suffragio universale della storia costituzionale italiana e i fautori della soluzione repubblicana prevalsero ottenendo 12.717.923 voti contro i 10.719.284 voti attribuiti alla monarchia. [2]

Il secondo referendum istituzionale, convocato in seguito alla legge costituzionale n.2 del 1989, chiese agli elettori di decidere a favore o contro la trasformazione della Comunità economica europea nell'Unione europea: partecipò al voto l'80,6 % degli aventi diritto e a favore della trasformazione si pronunciò l'88% dei votanti.

Il referendum costituzionale è, a sua volta, di tipo eventuale. Infatti, la legge costituzionale o di revisione costituzionale, se è approvata nella seconda votazione con la maggioranza di due terzi dei suoi componenti, viene pubblicata sulla Gazzetta ufficiale ed entra in vigore senza che si possa richiedere alcun referendum. Qualora, invece, la legge consegua una maggioranza inferiore (ma comunque superiore alla maggioranza assoluta), può essere richiesto un referendum da parte di un quinto dei membri di ciascuna Camera, di cinque Consigli regionali o di cinquecentomila elettori. In questo caso non è previsto

---

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

**Ordinario Diritto pubblico comparato. Università Bocconi

[1] Per ulteriori informazioni sui tipi di referendum previsti nell'ordinamento costituzionale italiano: G.ROLLA ,*La tutela costituzionale dei diritti,*Milano,2014, 140 ss.

[2] G.ROLLA, *L'organizzazione costituzionale dello Stato,* Milano, 2014,78; G.JETTI, *Il referendum istituzionale,* Napoli, 2009: C.GHISALBERTI, *Referendum e costituente,* in *La nascita della Repubblica,*Milano,1984 ,147 ss

ISSN 2279-7238

alcun *quorum* di partecipazione e la legge può essere promulgata dal Presidente della Repubblica se è stata approvata dalla maggioranza dei voti validi, ivi comprese le schede bianche.

In dottrina sussistono dubbi circa la natura di questo tipo di referendum, non essendo chiaro se si abbia natura confermativa ovvero approvativa. Nella prima ipotesi, la richiesta di referendum dovrebbe provenire da coloro che, non essendo d'accordo con le scelte della maggioranza parlamentare, intendono demandare al corpo elettorale la scelta se confermare ovvero disattendere la volontà espressa dal legislatore. Nel secondo caso, invece, la richiesta dovrebbe essere avanzata da chi, favorevole ai contenuti della legge costituzionale, intende rafforzare la scelta del legislatore (che ha approvato la legge con una maggioranza inferiore ai due terzi dei componenti) attraverso il consenso popolare.

Tuttavia, le ultime esperienze sembrano legittimare una terza prospettiva secondo la quale il referendum costituzionale avrebbe una valenza neutra, nel senso che può essere richiesto tanto per rafforzare quanto per contraddire la decisione assunta dalla maggioranza del Parlamento.

Inoltre, l'ultima esperienza (2016) ha evidenziato anche il tentativo di trasformare la *ratio* del referendum: infatti, il Presidente del Consiglio *pro tempore* ha condizionato la continuità della sua azione politica all'approvazione dello stesso. In tal modo, il referendum costituzionale sembra sviare dal suo alveo naturale – consistente in un votazione sul merito delle nuove norme– per trasformarsi in un vero e proprio plebiscito.

La *ratio* della procedura alternativa – approvazione della legge da parte della maggioranza assoluta dei componenti le assemblee parlamentari con un successivo eventuale referendum popolare – sembrerebbe rispondere a una duplice esigenza: garantire, per un verso, la maggioranza da possibili manovre ostruzionistiche delle opposizioni – che non hanno la possibilità di bloccare, ma solo di rallentare il procedimento di revisione costituzionale – e consentire, per un altro verso, a gruppi parlamentari di opposizione di reagire alla volontà della maggioranza di imporre in materia il proprio indirizzo politico. [3]

In effetti, tre recenti revisioni costituzionali – intervenute rispettivamente nel 2001, nel 2005 e nel 2016 – presentano eguali caratteristiche: si propongono di modificare ampie parti del testo costituzionale e vengono votate sostanzialmente solo dalla maggioranza politica del parlamento, tra l'altro di poco superiore al cinquanta per cento dei componenti le assemblee parlamentari. Di conseguenza, il ricorso al referendum, da strumento eccezionale si è trasformato in modalità ordinaria di produzione delle norme costituzionali.

Nel primo referendum costituzionale del 2001 votò il 34% degli aventi diritto e il SI ebbe il 64,2 %. Nel secondo referendum la partecipazione fu assai più elevata (52,4 %), ma prevalse il NO con il 61,2 %. Nel referendum del 2016, infine, la partecipazione è stata del 65,48% e il No ha prevalso con il 59,12%.

Da ultimo, il referendum abrogativo è finalizzato a deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente forza di legge. In questo caso, il procedimento referendario si articola in quattro fasi: la presentazione della richiesta (avviene sulla base del voto conforme di almeno cinque Consigli regionali ovvero su iniziativa di un comitato promotore che deve raccogliere nel limite di tempo di tre mesi almeno 500.000 sottoscrizioni); la verifica della sua legittimità e ammissibilità (che compete rispettivamente

[3] M.L.MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale,* Milano,1982; M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione,* Milano, 1953; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2001; G.ROLLA, *L'organizzazione costituzionale dello Stato,* Milano, 2014,147.

Per una valutazione critica dell'esperienze di revisione costituzionale: R.ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art.138 Cost.,* in (S. GAMBINO, G.D'IGNAZIO) *La revisione costituzionale e i suoi limiti,* Milano , 2007.93 ss

ISSN 2279-7238

all'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione e alla Corte costituzionale); l'indizione (di competenza del Presidente della Repubblica che fissa la data delle elezioni in una domenica compresa tra il 15 aprile ed il 15 giugno); la proclamazione dei risultati, che deve avvenire previa verifica del determinarsi di una duplice condizione. In primo luogo, occorre che partecipi all'elezione la maggioranza degli aventi diritto; in secondo luogo, la proposta deve conseguire la maggioranza dei voti validamente espressi (vengono, quindi computati soltanto i voti a favore o contrari alla richiesta, mentre le schede nulle o bianche non influiscono sull'esito della consultazione).[4]

E' evidente che l'ordinamento italiano offre alla società civile (sotto forma di proponenti) e ai cittadini (sotto forma di elettori votanti) una variegata gamma di strumenti di partecipazione alle decisioni politiche. Tuttavia, nella pratica non tutti i tipi di referendum hanno suscitato lo stesso interesse nella dottrina ed ottenuto il medesimo rendimento.

Sotto il profilo quantitativo, poi, si staglia il referendum abrogativo: i procedimenti avviati tramite sono stati alcune migliaia, ma solo 59 quesiti referendari hanno positivamente superato i diversi "filtri" introdotti dalla Costituzione e dalla normativa vigente; di questi in 17 casi il corpo elettorale si è pronunciato a favore dell'abrogazione (in alcuni casi su materie di particolare rilevanza come, ad esempio, la responsabilità civile dei magistrati, lo stop all'energia nucleare, la revisione della materia elettorale, il finanziamento pubblico ai partiti, i contributi obbligatori ai sindacati, l'affidamento in gestione a privati dei servizi pubblici locali).

Inoltre, la partecipazione al voto da parte degli elettori ha variato in misura significativa: è risultata particolarmente elevata quando sono stati affrontati temi inerenti rilevanti in materia di diritti o direttamente connessi alla qualità del sistema rappresentativo (divorzio, aborto, finanziamento pubblico ai partiti politici, sistemi elettorali). Inoltre, la circostanza che diverse volte si sia avuto l'accorpamento tra una pluralità di quesiti referendari (1981,1987, 1993, 1995, 1997, 2000, 2011) ha fatto sì che la rilevanza di un quesito abbia consentito una partecipazione elevata anche per quelli di minore impatto sociale o politico.

Infine, va evidenziato che non sempre il mancato conseguimento del *quorum* strutturale (la partecipazione al voto da parte della maggioranza assoluta degli aventi diritto) può essere attribuito a una disaffezione dei cittadini nel confronti dell'istituto o alla scarsa rilevanza del quesito, dal momento che in varie occasioni è stata la conseguenza di un invito da parte di partiti politici contrari all' oggetto del referendum di astenersi dal partecipare al voto.

Tuttavia, va precisato che non sempre il mancato conseguimento del *quorum* di partecipazione deve essere attribuito a un disinteresse nei confronti del quesito, dal momento che in alcune occasioni è stata la conseguenza anche di un invito rivolto agli elettori contrari di astenersi dal partecipare al voto: una tattica finalizzata a "disinnescare"

---

[4] Tra i primi studi in tema di referendum abrogativo: G.GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare,* in *Rass. dir. pubbl,* 1947,I, 30 ss ; C.MORTATI, *Significato del referendum,* in *Rass.parl.*,1960, 62 ss.

Tra gli scritti successivi all'attivazione del referendum si veda: M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* Bologna, 2005; E.DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano,* Padova, 1974; M.RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare,* Milano, 1983; G.M.SALERNO, *Il referendum,* Padova,1992;A.CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale: contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista,* Milano, 1994; A.BARBERA, A.MORRONE, *La Repubblica dei referendum,* Bologna,2003.

Per una ricostruzione delle prime vicende referendarie: A.CHIMENTI, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale,* Bari,1999

ISSN 2279-7238

la portata politica del voto facendo convergere nell'astensione non solo gli elettori disinteressati, ma anche quelli contrari. Tale prassi è stata inaugurata in occasione dei tre referendum del 1990 promossi dal partito radicale e da movimenti ambientalisti: in questo caso il Partito comunista e alcune associazioni, dinanzi alla difficoltà di scegliere tra la ragioni del movimento ambientalista e quelle dei fautori dell'esercizio venatorio) piuttosto che lasciare libertà di coscienza si impegnarono a far mancare il *quorum.* [5]

Sul punto, ha generato diverse perplessità l'esito del recente referendum svoltosi il 17 aprile del 2016 dal momento a favore del boicottaggio della richiesta referendaria si sono pronunciati non solo alcuni partiti politici, ma soprattutto il Governo che con le sue dichiarazioni (contrarie a un'ampia partecipazione al voto) e i comportamenti ha puntato esplicitamente al non conseguimento del *quorum* strutturale della maggioranza degli aventi diritto al voto. In particolare ha negato l'accorpamento del referendum alle elezioni amministrative che si sarebbe dovute tenere venti giorni dopo (e che avrebbero esercitato una azione di stimolo alla partecipazione popolare); inoltre, si è votato in tempi assai ristretti senza una vera e propria competizione elettorale tra i favorevoli e contrari all'abrogazione della legge.

2. La difficile convivenza tra referendum e democrazia rappresentativa

La configurazione legale delle consultazioni popolari si è delineata progressivamente, secondo tappe temporalmente distinte (i lavori in Assemblea costituente, la disciplina legislativa nel 1970, alcune ipotesi di revisione alla luce dell'esperienza acquisita) nel corso delle quali i partiti politici hanno perseguito un orientamento coerente, sintetizzabile nella volontà di intervenire selettivamente sui modi di esercizio degli istituti di democrazia diretta, considerati spuri rispetto a un assetto istituzionale che aveva assegnato ai partiti politici un ruolo centrale nel raccordo tra sovranità popolare e democrazia rappresentativa. In altri termini, gli istituti di partecipazione diretta alle decisioni politiche sono stati valorizzati solo nel caso in cui il loro esercizio non fosse alternativo, ma complementare alla democrazia rappresentativa. [6]

Inoltre, in questi ultimi anni l'esperienza delle consultazioni popolari ha evidenziato delle indubbie criticità che dovrebbero, a nostro avviso, imporre una rivisitazione organica della materia (sfuggita sinora alle ricorrenti ipotesi di revisione costituzionale).

Il referendum istituzionale - che pure ha assolto a una importante funzione nell'affermazione della Repubblica e nell'adesione all'Unione europea – appare uno strumento eccezionale che non è stato più attivato in questi ultimi trenta anni; più recentemente, alcune formazioni politiche hanno evocato in forma generica la possibilità di richiedere un referendum istituzionale su problemi inerenti ai trattati dell'Unione europea con riferimento alle politiche economiche e monetarie, ma si tratta, al momento, di ipotesi tutt'altro che concrete.

A sua volta, la disciplina normativa dei referendum costituzionali – richiesti tre volte in occasione delle ultime quattro revisioni costituzionali – ha evidenziato la sua

[5] Proprio al fine di evitare un utilizzo strumentale di tale requisito, sono state avanzate proposte volte a modificare il doppio *quorum* (degli aventi diritto e dei partecipanti al voto). In ambito regionale alcuni Statuti (*in primis* quello della Toscana) hanno introdotto un *quorum* per la validità del referendum differente da quello regolato dall'art.75 Cost. e rapportato alla partecipazione del corpo elettorale alle ultime votazioni del Consiglio regionale. Siffatto criterio era stato introdotto anche nella proposta di revisione della Costituzione del 2016.

[6] M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* Bologna, 2005,31 ss; R.NANIA, *Referendum e sovranità popolare,* in Dir soc.,1974, 662 ss; G.ROLLA, *Las dinámicas entre referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos políticos. Consideraciones a la luz de la experiencia italiana,* in *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa,* Madrid,2016, 207 ss.

ISSN 2279-7238

inadeguatezza dinanzi a leggi di revisione costituzionale che interessavano una molteplicità di articoli inerenti a oggetti non riconducibili a una sintesi unitaria e che si proponevano di conseguire una riforma ampia di interi titoli o parti della Costituzione.

E' indubbio che nelle intenzioni dei costituenti vi fosse l'auspicio che in occasione delle revisioni della Costituzione le forze politiche presenti in Parlamento operassero con il medesimo spirito unitario che aveva caratterizzato i lavori dell'Assemblea costituente; di conseguenza, il procedimento interamente parlamentare che si conclude con l'approvazione da parte della maggioranza dei due terzi dei componenti le Camere, avrebbe dovuto rappresentare l'*iter* ordinario di approvazione. Così è, in effetti accaduto in occasione di tutte le revisioni costituzionali approvate sino al 2000, mentre le recenti revisioni costituzionali del 2001, del 2005 e del 2016, che si sono proposte di modificare ampie parti del testo costituzionale, sono state votate da una maggioranza di poco superiore al cinquanta per cento dei componenti le assemblee parlamentari.

Non a caso, l'esperienza comparata evidenzia la presenza, sia di ordinamenti che prevedono procedure differenziate in ragione dell'oggetto (emblematica è la varietà di procedure previste in Canada dalla sezione V del *Constitution Act,*1982), sia di Costituzioni che regolano separatamente la revisione di singoli articoli dalla c.d. "revisione totale" (è il caso, ad esempio, della Costituzione spagnola, austriaca, svizzera,).[7]

Va, inoltre, considerato che in tempi più recenti il referendum costituzionale ha modificato la sua natura originaria: trasformandosi da giudizio sul merito delle singole revisioni in una sorta di giudizio complessivo sull'operato del Governo e della maggioranza parlamentare (quindi in un plebiscito). Tale situazione ha indotto alcuni giuristi e promotori a chiedere che in tali casi il voto del corpo elettorale non avvenisse sul testo della legge nel suo complesso , bensì su di una pluralità di quesiti su temi omogenei.

A tal proposito, in occasione del referendum costituzionale del 2016 è stato presentato un ricorso innanzi al Tribunale di Milano, lamentando che la mancata suddivisione del quesito in una pluralità di temi omogenei avrebbe leso il diritto di voto degli elettori. Tale ricorso è stato, tuttavia, rigettato in data 9 novembre 2016 con la duplice considerazione che, innanzitutto, l'art.138 Cost. "connota l'oggetto del referendum come unitario e non scomponibile", inoltre, "compete a ogni singolo elettore formulare una valutazione complessiva di tutte le ragioni a favore e di quelle contrarie di tutte le parti di cui è composta la riforma,.. esprimendo infine un voto sulla base della prevalenza del giudizio favorevole o sfavorevole".

Rispetto agli altri tipi di consultazioni popolari il referendum abrogativo ha avuto un ampio sviluppo; tuttavia si è manifestato in un contesto istituzionale che lo ha sottoposto a limitazioni e condizionamenti al fine di armonizzarlo con una forma di governo parlamentare basata sulla centralità dei partiti e delle organizzazioni politiche.

Innanzitutto, tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'approvazione delle legge necessaria perché i referendum abrogativi potessero essere indetti è trascorso un periodo di tempo abbastanza lungo (22 anni) , che si giustifica con la scelta dei partiti di maggioranza di porre in essere una sorta di "ostruzionismo" nei confronti di tutti gli istituti suscettibili di esercitare un controllo sul Parlamento e gli altri organi di indirizzo politico.

Successivamente, la legge n. 352 del 1970 di disciplina dei referendum ha introdotto alcune clausole limitative, finalizzate a evitare una sovrapposizione tra lo svolgimento del referendum e il rinnovo delle assemblee parlamentari: l'art. 31 impedisce che una richiesta di referendum sia depositata nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere e nei sei mesi successivi alla data di convocazione dei comizi elettorali; mentre l'art. 34, a sua

[7] A proposito dell'introduzione in Costituzione di una disciplina differenziata tra la revisione di singole parti della Costituzione e revisioni "ampie" si rinvia a: G.ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato,*Milano,2014,48.

ISSN 2279-7238

volta, stabilisce la sospensione automatica del referendum già indetto in caso di anticipato scioglimento del Parlamento.[8]

A sua volta, l'art.39 introduce una clausola di improcedibilità secondo la quale "se prima della data dello svolgimento del referendum la legge o le singole disposizioni cui il referendum si riferisce sono stati abrogati, l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso". Tale disposizione rafforza la natura subordinata del referendum abrogativo rispetto agli organi espressivi della democrazia rappresentativa, in quanto (come si vedrà più ampiamente in un paragrafo successivo) attribuisce al Parlamento la capacità di abrogare o di modificare il contenuto delle norme oggetto di referendum. [9]

Infine, il "percorso" di progressiva erosione dell'ambito di azione del referendum abrogativo è stato incrementato dalle limitazioni introdotte dal giudice costituzionale in sede di sindacato sull'ammissibilità dei quesiti referendari, Un orientamento restrittivo che trova una spiegazione nella preoccupazione di evitare che un utilizzo "strumentale" dell'istituto lo devii dal suo "alveo naturale".

In primo luogo, la Corte ha autorizzato un'interpretazione evolutiva dei limiti espliciti contenuti nell'art. 75, 2 c. Cost. (leggi tributarie e di bilancio, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, di amnistia e indulto); quindi ha individuato alcuni limiti impliciti, connessi alle caratteristiche stesse dell'istituto del referendum abrogativo (non ammissibilità di una pluralità di quesiti privi di una matrice unitaria); da ultimo, ha escluso l'ammissibilità di referendum volti ad abrogare leggi a contenuto costituzionalmente vincolato (la cui abrogazione determinerebbe un'indiretta lesione di specifiche disposizioni costituzionali) o costituzionalmente necessarie (la cui abrogazione priverebbe totalmente di efficacia un principio o impedirebbe il funzionamento di un organo la cui esistenza è garantita dalla Costituzione). [10]

3. Il quesito referendario

Nello svolgimento delle consultazioni popolari ha assunto una particolare rilevanza la figura dei "promotori" del referendum cui la legge n.352 del 1070 ha attribuito non solo particolari oneri, ma anche significative competenze: questo organo diviene, nelle intenzioni del legislatore, il vero "dominus" del procedimento, sostituendosi in un certo senso alla figura giuridica dei sottoscrittori – cioè, gli elettori che sottoscrivono la richiesta di referendum -.

Il ruolo istituzionale dei "promotori" è rilevante in tutte le fasi del procedimento, ma acquisisce un peculiare significato politico in quanto compete a loro sia stabilire "i termini del quesito che intende sottoporre a referendum" (art.27 legge n.352 del 1970), sia difenderli sul piano giuridico (sostenere la legittimità e l'ammissibilità della richiesta

---

[8] M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* Bologna, 2005,527 ss; A.PIZZORUSSO, *Prospettive del referendum dopo lo scioglimento delle Camere* ,in Studi parl. e di pol.cost.,1971,14,23 ss.

[9] M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* cit., 535 ss.

[10] Per un'interpretazione tassativa degli oggetti esclusi dal referendum abrogativa si erano pronunciati: A.BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale,* Milano, 262

Contro M.CAPURSO, *I poteri di democrazia diretta*, in Annali Cagliari, 1966, 449.

A proposito dei limiti ulteriori individuati dalla Corte costituzionale: AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo,* Milano, 1998; A.CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo,*Milano,1974 ; P.CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale,* Padova, 1992; M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* cit., 324 ss; A.PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo,* Torino, 2010; F.GABRIELE, *Profili evolutivi della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all'ammissibilità del referendum abrogativo,* in *Scritti in onore di Egidio Tosato,*II,,901 ss.

ISSN 2279-7238

referendaria) e su quello politico (fare propaganda e sostenere durante la campagna elettorale le ragioni a favore quesito referendario). [11]

L'insieme delle attribuzioni riconosciute ai promotori presuppone che il comitato sia un organismo ben strutturato e ramificato su tutto il territorio nazionale, dotato di specifiche competenze giuridiche, nonché fornito di una certa capacità di finanziamento. Infatti, l'esperienza ha evidenziato che soltanto i quesiti promossi da associazioni radicate nella società civile, da partiti politici, da organizzazioni sindacali o dalle Regioni hanno potuto soddisfare tutti gli onori procedurali e conseguire il *quorum* strutturale previsto dalla Costituzione (la partecipazione al voto della maggioranza degli aventi diritto).

Inoltre i promotori, formulando il quesito da proporre al giudizio del corpo elettorale, hanno la possibilità sia di favorire la partecipazione al voto del corpo elettorale, sia di orientare il significato politico del referendum.

Per quanto concerne il primo profilo la partecipazione al voto da parte degli elettori ha variato di molto a seconda della capacità dei promotori di intercettare gli "umori" dei cittadini nei confronti di alcune decisioni legislative del Parlamento o di interpretare alcune tematiche particolarmente "gradite" da rilevanti settori del c.d. società civile.

Ad esempio, la partecipazione al voto è risultata particolarmente elevata quando sono stati affrontati temi inerenti ai diritti civili e direttamente connessi alla qualità del sistema rappresentativo come la disciplina del divorzio (87,7%), dell'interruzione volontaria della gravidanza (79,4%), dell'energia nucleare (65,1%), del finanziamento pubblico ai partiti politici (81,2 %), del sistema elettorale(77%). Così come elevata è risultata la partecipazione al voto del referendum sulla revisione costituzionale di numerosi articoli della seconda parte della Costituzione italiana (65,5 %).

Viceversa, una richiesta eccessiva di referendum su temi di non particolare interesse generale, eterogenei e poco sentiti dall'opinione pubblica ha generato una significativa "disaffezione" da parte del corpo elettorale: come nel caso, ad esempio, dei quesiti inerenti alla privatizzazione di alcune aziende, al servizio civile, alla disciplina della carriere dei magistrati, (30,3%), all'elezione dei componenti il Consiglio Superiore della Magistratura, alla separazione delle carriere dei magistrati, alla disciplina delle trattenuti sindacali (32 %).

La scelta del quesito, inoltre, è importante in quanto la sua formulazione può provocare effetti diversificati, oltre a quello – immanente alla natura alla natura dell'istituto – di decidere se eliminare dall'ordinamento disposizioni di legge considerate inopportune.

Ad esempio, in qualche caso ha sollecitato il Parlamento a innovare la normativa vigente, riformando la disciplina legislativa di una determinata materia (ad esempio, la disciplina di alcuni beni "comuni" come l'acqua e l'ambiente); in altri ha consentito di prolungare oltre la fase parlamentare l'opposizione da parte di determinati partiti politici (come nel caso delle politiche del lavoro), ovvero di contrapporre all'indirizzo politico espresso dal Parlamento un indirizzo normativo "alternativo" validato dal voto del corpo elettorale (come in tema di politiche energetiche o depenalizzazione delle droghe "leggere"). Né sono mancate richieste di referendum abrogativi finalizzate a costringere i partiti politici – o meglio, i gruppi parlamentari – a modificare l'"agenda politica" dei lavori parlamentari con l'inserimento di tematiche direttamente prospettate dal corpo elettorale (es. una nuova disciplina dei sistemi elettorali).

In diverse occasioni, infine, l'individuazione del quesito da parte dei promotori ha operato come "mediatore" o "acceleratore" della conflittualità politica e sociale.

---

[11] G.ROLLA, *Primi cenni sulla funzione e sulla natura giuridica dei promotori del referendum abrogativo,* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale,*1971,63 ss; V.BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo,* Napoli,1996L; L.IMARISIO, A.MASTROMARINO, *Il rilievo giuridico dell'intenzione dei proponenti il referendum abrogativo,* in (F.MODUGNO, G.ZAGREBELSKY cur.) *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001; M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* cit., 226 ss.

ISSN 2279-7238

Con riferimento alla prima ipotesi, il referendum in tema di divorzio rappresenta un vero e proprio *work case*. Dinanzi alla probabile approvazione di una legge che avrebbe determinato una grave crisi all'interno della coalizione di governo, si formò un tacito accordo tra i partiti della maggioranza favorevoli ad approvare tale legge e il partito di maggioranza relativa (la Democrazia cristiana) contrario.

Si produsse, in altri termini, un vero e proprio "scambio politico" per cui la Democrazia cristiana rinunciò all'ostruzionismo in Parlamento, esigendo in cambio l'approvazione della legge di attuazione del referendum come contropartita del suo atteggiamento, nel complesso conciliante, nel corso dell'approvazione della legge sul divorzio. Si assicurò, in tal modo, la continuità di azione di un esecutivo composto da laici e cattolici, affidando direttamente ai cittadini la decisione politica finale su di un tema "sensibile" come il carattere del vincolo matrimoniale.[12]

Tra i casi di referendum "acceleratori" della conflittualità politica e sociale si può ricordare come, nel 1985, nel momento di massimo scontro politico con il PSI guidato da Bettino Craxi, allora Presidente del Consiglio, il Partito Comunista Italiano propose l'abolizione per via referendaria dell'indennità di contingenza – lo strumento volto ad indicizzare automaticamente i salari in funzione degli aumenti dei prezzi –: in questo caso, per la prima volta il referendum è stato utilizzato da un partito di massa per tentare di uscire dall'isolamento politico dopo la decisione del Partito Socialista di chiudere ogni dialogo con i comunisti.

Negli anni novanta, poi, diverse richieste di referendum furono utilizzate dai promotori per esprimere una critica al "sistema dei partiti": i quesiti inerenti il finanziamento pubblico dei partiti politici sancirono il distacco tra il corpo elettorale e i partiti cui la Costituzione aveva affidato il compito assicurare "la partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale"; mentre i quesiti in materia elettorale contribuirono alla "transizione tra la Prima e la seconda Repubblica"-

Il ruolo determinante dei "promotori" nella scelta se, quando, in che modo chiamare il corpo elettorale a decidere su di un determinato quesito è stato bene colto dalla Corte costituzionale, che ha annoverato tale organo tra i poteri dello Stato: nell'ordinanza n.17 del 1978 – confermata dalla successiva giurisprudenza – il giudice costituzionale ha riconosciuto che i firmatari di una richiesta di referendum sono abilitati a sollevare un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato in quanto "frazione del corpo elettorale….titolare dell'esercizio di una pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita".[13]

4. La formulazione del quesito nei referendum costituzionali.

Ovviamente la struttura del quesito varia a seconda del tipo di referendum e ha posto particolari problemi giuridici nel caso dei referendum
costituzionali e abrogativi. Più lineare è stata, invece , la problematica in occasione dei referendum istituzionale dal momento che ciascuno è regolato da specifiche leggi con la conseguenza che il quesito è analiticamente indicato nel corpo stesso della legge e, quindi, risulta non modificabile.

---

[12] G.ROLLA, *Il referendum abrogativo e l'esperienza del 12 maggio 1974,* in *Dir. e soc.*, 1975, 225 ss; A. MARRADI, *Analisi del referendum sul divorzio,* in *Riv.it .scienza politica,* 1974,579 ss.
Per una ricognizione delle prime esperienze referendarie: A.CHIMENTI, *Storia dei referendum*, Bari,1999.

[13] La possibilità da individuare i promotori come "potere dello Stato" ai fini di un conflitto tra poteri era stata prospettata in dottrina da: M.MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato,* I,Milano,1962, 264; G.ROLLA, *Primi cenni sulla funzione e sulla natura giuridica dei promotori del referendum abrogativo,* in *Studi parl. e di pol.cost,*1971, 76 ss.

ISSN 2279-7238

In particolare, il referendum del 1946 sulla forma istituzionale dello Stato è stato disciplinato dal decreto legislativo luogotenenziale n.98 del 1946 secondo il quale "contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea Costituente il popolo sarà chiamato a decidere mediante referendum sulla forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia)"; inoltre, il decreto n.219 del 1946, dopo aver precisato che le schede per la votazione erano di tipo unico e di identico colore per tutti i collegi elettorali, ha determinato all'art.2 la struttura del quesito precisando che "il voto si esprime tracciando con la matita copiativa un segno nell'apposita casella a fianco del contrassegno corrispondente alla forma istituzionale prescelta dal votante: Repubblica o Monarchia".

Egualmente, nel caso del referendum di "indirizzo" per l'adesione all'Unione europea, la legge costituzionale n.2 del 1989 ha prescritto all'art.2 che il quesito da sottoporre al referendum sia il seguente: "Ritenete voi che si debba procedere alla trasformazione delle Comunità europee in una effettiva Unione, dotata di un Governo responsabile di fronte al Parlamento, affidando allo stesso Parlamento europeo il mandato di redigere un progetto di Costituzione europea da sottoporre direttamente alla ratifica degli organi competenti degli Stati membri della Comunità?".

Viceversa, in occasione degli altri due tipi di referendum la legge n.352 del 1970 ha riservato la determinazione del quesito ai promotori del referendum e sottoposto lo stesso a un controllo di legittimità esercitato dall'Ufficio centrale per il referendum. L'esperienza ha evidenziato come siano insorte diverse problematiche e numerosi dubbi di natura interpretativa non sempre previsti dal legislatore.

Secondo le intenzioni dei costituenti, l'attivazione di un referendum all'interno del procedimento di revisione della Costituzione avrebbe dovuto costituire – come già anticipato - un' ipotesi residuale (se non virtuale). Tale convinzione trovava un fondamento nell'idea che anche la revisione (oltre all'attività costituente) dovesse essere espressione del comune sentire delle diverse espressioni del pluralismo politico, delle differenti culture politiche rappresentate nel Parlamento. E, in effetti, le Camere rispettarono per almeno quaranta anni la visione pattizia delle norme di rango costituzionale.

Soltanto in tempi più recenti – a partire dal 2001 - si sono sommate due nuove tendenze: da un lato, il ricorso al referendum ha cessato di essere una ipotesi residuale dal momento che i lavori parlamentari si sono conclusi secondo una logica maggioritaria; dall'altro lato, si è passati da revisioni puntuali di singoli articoli della Costituzione ad ampie e organiche riforme del testo costituzionale (il titolo V della Costituzione nel 2001, la seconda parte della Costituzione nel 2006 e nel 2016).

Siffatti orientamenti hanno suscitato un dibattito sia dottrinale che istituzionale focalizzato sia sulla formulazione del quesito da sottoporre alla consultazione popolare, sia sull'individuazione dell'organo competente a valutare la sua ammissibilità

A proposito della struttura del quesito, si è posto il problema se il limite individuato dalla Corte costituzionale nei confronti del referendum abrogativo potesse estendersi anche a quello costituzionale, rendendo – di conseguenza – non ammissibili consultazioni popolari aventi ad oggetto una "molteplicità di quesiti eterogenei, privi di una matrice unitaria". Il dubbio, inizialmente prospettato soltanto in sede dottrinale, ha coinvolto anche l'ambito giurisdizionale allorché, in occasione del referendum costituzionale del 2016, è stato chiesto al Tribunale di Milano di sollevare una questione di legittimità costituzionale nei confronti della legge istitutiva del referendum la quale non consentendo di esprimere orientamenti diversi su materie eterogenee, violerebbe il principio costituzionale della libertà dell'elettore.

Il giudice civile si è mostrato, tuttavia, di avviso contrario: nel respingere con decisione del 10 novembre 2016 i ricorsi presentati, ha sottolineato la specificità del referendum costituzionale rispetto a quello abrogativo e ha individuato il suo tratto distintivo nel fatto che il quesito debba riguardare necessariamente la deliberazione parlamentare nella sua interezza: infatti, una sua eventuale parcellizzazione in una pluralità

ISSN 2279-7238

di quesiti referendari potrebbe condurre all'esito di molteplici combinazioni, anche casuali, frutto di scelte referendarie differenziate da elettore a elettore in grado di distruggere l'unità della legge di revisione costituzionale.

Di conseguenza, sempre secondo l'avviso del giudice, spetta ad ogni singolo elettorale (e non agli organi di controllo della legittimità della richiesta referendaria) "formulare una valutazione complessiva di tutte le ragioni a favore e di quelle contrarie di tutte le parti di cui è composta la riforma, esprimendo infine un voto sulla base della prevalenza del giudizio favorevole o sfavorevole formulato in ordine a talune sue parti, ovvero, secondo ogni altra valutazione".

Rebus sic stantibus, la necessità che il quesito riguardi la legge di revisione costituzionale nella sua unitarietà induce a dover escludere sia la possibilità per i promotori di presentare richieste di referendum parziali rispetto al testo di legge approvato dalle Camere, sia per l'Ufficio centrale per il referendum di procedere - nell'esercizio del suo potere di controllo di legittimità - a un frazionamento in più richieste di un'unica richiesta avanzata dai promotori.[14]

Prevale, in altri termini, la necessità di salvaguardare sia la volontà dei promotori, sia la scelta del legislatore, residuando eventualmente all'Ufficio centrale per il referendum un circoscritto potere di rettifica finalizzato "a far coincidere forma e sostanza del quesito". Tale eventualità, ammessa dalla Corte costituzionale (sentenza n.35 del 1985) con riferimento al referendum abrogativo, dovrebbe estendersi anche ai casi di referendum abrogativo.

Si tratta di una problema emerso con evidenza in occasione del referendum costituzionale del 2016, che ha coinvolto tanto la struttura che deve avere il quesito, quanto l'individuazione dell'organo competente a valutarne la legittimità.

Circa la struttura del quesito, l'art.16 della legge n. 352 del 1970 differenzia tra l'ipotesi di revisione costituzionale e quella di legge costituzionale: nel primo caso il quesito da sottoporre a referendum deve consistere nella formula seguente: "Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo... (o degli articoli ...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ...) ?" Mentre nel caso di una legge costituzionale si deve utilizzare la formula «Approvate il testo della legge costituzionale ... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?».

Leggendo la formulazione introdotta, è evidente che il legislatore, nella stesura della formula referendaria, abbia considerato la prassi di revisioni costituzionali di singoli articoli, trascurando la possibilità di una revisione ampia di intere parti della Costituzione. Infatti, in quest'ultimo caso sarebbe materialmente impossibile rispettare alla lettera il testo della disposizione, inserendo in un'unica scheda tutti gli articoli della Costituzione (e il relativo oggetto) che si intendono modificare.

Di conseguenza, in assenza di una revisione della formula referendaria prevista dal vigente art.16 della legge n.352 del 1970, si è instaurata tra il Parlamento, i promotori e l'Ufficio centrale del referendum una sorta di convenzione costituzionale il cui contenuto può essere sintetizzato nella scelta di far coincidere il testo del quesito referendario con il titolo della legge approvata dal Parlamento. Così, infatti, è avvenuto in occasione delle

[14] AA.VV., *Referendum per parti separate o referendum parziale?,* in *Nomos*, I, 2016; A.MANGIA, *Potere, procedimento e funzione nella revisione referendaria,* in *Riv. AIC,* 3, 2017; P. CARNEVALE, *Il referendum costituzionale del prossimo (sic) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2016; B. RANDAZZO E V. ONIDA, *Note minime sulla illegittimità del quesito referendario,* in *Rivista AIC,*4, 2016; Q. CAMERLENGO, *Sulla presunta eterogeneità intrinseca del quesito referendario (in merito alle tesi sostenute da Valerio Onida e Barbara Randazzo*), in *Rivista AIC*, 4, 2016; S. STAIANO, *Una sola moltitudine. Il quesito referendario e il suo oggetto nella revisione in corso,* in *Federalismi.it,* 4,2016;A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2015, 2312 ss.

ISSN 2279-7238

revisioni costituzionali del 2001 (Titolo V Le Regioni, le Province e i Comuni) e del 2005 (Parte seconda. Ordinamento della Repubblica).

Aspre polemiche ha suscitato, invece, il quesito del referendum del 2016, dal momento che in tale occasione il titolo della legge non ha fatto riferimento – come nei casi precedenti – alle parti e ai titoli della Costituzione oggetto di modifiche, ma ha accolto una formulazione "non neutra" che riportava solo alcuni oggetti (soppressione del CNEL e revisione del Titolo V della parte II della Costituzione), di altri oggetti enunciava soltanto un profilo dell'intera materia (superamento del bicameralismo paritario, riduzione del numero dei parlamentari), ma soprattutto conteneva elementi non oggettivi, ma finalistici (contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni). [15]

Il contenzioso che ne è seguito ha fatto emergere una lacuna della disciplina legislativa, dal momento che essa – a differenza di quanto accade a proposito del referendum abrogativo – non prevede un controllo di ammissibilità, né individua un giudice a cui rivolgersi in caso di dubbio sulla legittimità del quesito scelto dall'Ufficio centrale per il referendum. Soggetti diversi – dai promotori ad alcune associazioni – hanno adito sia la giurisdizione ordinaria, sia quella amministrativa e costituzionale senza che si sia riusciti a individuare il giudice "competente" a deliberare sulla ammissibilità del quesito referendario.

Il Tribunale amministrativo del Lazio, con sentenza del 17 ottobre 2016 (confermata dalla quarta sezione del Consiglio di Stato) nell'esaminare il ricorso per l'annullamento del decreto del Presidente della Repubblica di indizione del referendum costituzionale, per un verso, ha escluso la sindacabilità degli atti del Presidente della Repubblica "riconducibili all'esplicazione di poteri neutrali di garanzia e controllo, di rilievo costituzionale"; per un altro verso, ha individuato nell'Ufficio centrale per il referendum l'organo a cui spetta sostanzialmente verificare la richiesta di referendum alle norme dell'articolo 138 della Costituzione e della legge". Ma anche in questo caso, il giudice amministrativo non avrebbe la competenza di esercitare un sindacato giurisdizionale sulle ordinanze dell'Ufficio centrale per il referendum "stante la natura di organo rigorosamente neutrale, essenzialmente titolare di funzioni di controllo esterno espletate in posizione di terzietà ed indipendenza nell'ambito del procedimento referendario costituzionale, con la connessa impossibilità di qualificare gli atti dallo stesso adottati in materia di referendum come atti oggettivamente e soggettivamente amministrativi" .

Se il giudice amministrativo ha declinato la propria competenza escludendo che l'atto di indizione del referendum abbia natura amministrativa, il giudice civile (Corte di Cassazione a sezioni unite del 22 novembre 2016) ha negato la propria competenza a sindacare sia la formulazione del quesito da parte dell'Ufficio centrale per il referendum dal momento, sia il decreto presidenziale di indizione del referendum costituzionale: nel primo caso non si sarebbe in presenza di un atto di natura giurisdizionale, nel secondo si tratterebbe di un atto espressione della sua funzione di controllo e di garanzia.

Infine, un'ulteriore stazione di questa *via crucis* giurisprudenziale è rappresentata dall'ordinanza del 28 novembre 2016 della Corte costituzionale che, respingendo il ricorso di un'associazione a tutela dei cittadini (Codacons), ha confermando la propria precedente giurisprudenza secondo la quale organi e soggetti non appartenenti allo Stato apparato possono essere parte di un conflitto tra poteri solo se titolari di una "funzione pubblica costituzionalmente rilevante e garantita" (ordinanza n. 17 del 1978): *status* non attribuibile

[15] Il testo del quesito così recitava: "Approvate voi il testo della legge costituzionale concernente 'Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione' approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?" .

ISSN 2279-7238

a organizzazioni proprie della società civile – come i partiti politici o associazioni rappresentative di interessi -. Di conseguenza, in materia referendaria la capacità di essere parte di un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato spetta unicamente alla figura dei promotori il referendum.

In conclusione, mettendo insieme i diversi tasselli di questo *puzzle*, si può provvisoriamente concludere che la tutela del rispetto dell'art.16 sembra riservata ai comitati promotori i quali possono scegliere se sollevare un conflitto tra i poteri dello Stato nei confronti dell'Ufficio centrale per il referendum ovvero se chiedere allo stesso Ufficio centrale di sollevare una questione di legittimità costituzionale incidentale innanzi alla Corte costituzionale.

Ciò non toglie che una verifica della correttezza e della "neutralità" del quesito possa avvenire non solo sotto il profilo giurisdizionale, ma anche sul piano politico nel corso del procedimento legislativo, ivi compresa la sua fase di integrazione dell'efficacia. Ad esempio, l'aderenza del quesito alle prescrizioni dell'art.16 della legge 352 del 1970 potrebbe essere oggetto di valutazione da parte dei Presidenti delle assemblee parlamentari durante l'iter legislativo, dal Presidente della Repubblica in sede i promulgazione della legge di revisione costituzionale

5. La formulazione del quesito nei referendum abrogativi

Nel caso di richiesta di referendum abrogativo, l'art.27 della legge n.352 del 1970 prevede tre distinti quesiti da sottoporre alla votazione popolare a seconda che l'abrogazione abbia a oggetto una legge nel suo complesso, uno o più articoli della stessa, parti (commi o disposizioni) di singoli articoli.

Ne emerge con chiarezza che nelle intenzioni del legislatore (come dei costituenti) l'istituto avrebbe dovuto avere una natura strettamente abrogativa, nel senso che gli elettori dovevano decidere se conservare in vigore o espungere dall'ordinamento determinate disposizioni di atti aventi forza di legge.

Alla luce delle teorie in tema di abrogazione si tratta di abrogazione espressa, in quanto il quesito da abrogare individua le norme da espungere, produce effetti non retroattivi, che operano soltanto *ex nunc*. Inoltre, l'abrogazione di una norma da parte del referendum popolare non determina la reviviscenza delle disposizioni regolate già abrogate dalla legge oggetto di referendum, dal momento che l'attivazione di tale istituto è possibile solo in ipotesi specifiche, previste espressamente dal legislatore.[16]

Il referendum, inoltre, ha una forza attiva limitata poiché può privare di efficacia le norme anteriori dotate della stessa forza, ma non può sostituirle con una diversa disciplina della materia: determina, cioè, all'interno del sistema normativo una lacuna. Al fine di scongiurare tale evenienza l'ordinamento giuridico, animato da una sorta di *horror vacui*, ha individuato alcuni correttivi.

La legge n. 352 del 1970 ha attributo al Presidente della Repubblica il compito di ritardare il determinarsi dell'effetto abrogativo per un periodo di tempo non superiore a sei mesi dalla data della pubblicazione al fine di consentire alle Camere di rimediare al vuoto normativo prodotto dall'approvazione della richiesta di referendum. A sua volta, il giudice costituzionale, nella sua giurisprudenza "creativa" in sede di controllo di ammissibilità del referendum, ha circoscritto le finalità istituzionali del referendum abrogativo, che dovrebbero consistere, in contrapposizione a teorie più radicali finalizzate ad assegnare a

[16] F. SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum,* in *Studi parl.e pol. cost.*, 1971, 31 ss; M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* cit., 648 ss; F.PETRINI, *La reviviscenza di norme abrogate,* in *Nomos,* 1, 2012,16 ss.

ISSN 2279-7238

questo istituto una funzione di stimolo e di critica nei confronti del Parlamento, in una pronuncia del corpo elettorale sull'opportunità di singole norme o disposizioni.

A tal proposito, la Corte ha individuato una serie di criteri, delle vere e proprie linee-guida per valutare l'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo: esse sono state fissate nella sentenza n.16 del 1978 e via via affinate nella successiva giurisprudenza.[17] Il fondamento costituzionale di tali criteri è stato individuato nell'esistenza di "valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi referendum, al di la della lettera dell'art. 75 secondo comma Cost.", che rendono inammissibili quesiti da sottoporre alla valutazione del corpo elettorale che si discostano " in modo manifesto ed arbitrario" dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione.

Di conseguenza, non sono considerati preliminarmente ammissibili i quesiti referendari in cui non è evidente la "finalità ispiratrice", il fine intrinseco all'atto abrogativo che conferisce una matrice razionalmente unitaria alle norme (spesso molteplici) proposte per l'abrogazione. Inoltre, l'inammissibilità coinvolge anche i quesiti il cui oggetto è formato da una pluralità di norme eterogenee: ciò in quanto unire in un unico quesito una pluralità di domande eterogenee rende impossibile una posizione univoca e certa dell'elettore.[18]

A titolo di esempio si può ricordare che la sentenza n.16 del 1978 ha escluso l'ammissibilità della richiesta relativa al codice penale militare di pace (approvato dal regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303) dal momento che " l'aver voluto coinvolgere in un solo referendum le parti accessorie e le parti essenziali del codice penale militare di pace, comprese le norme a contenuto costituzionalmente vincolato, rappresenta una conferma della irriducibile pluralità delle questioni, su cui l'elettore verrebbe costretto ad esprimere un unico voto".

Va, tuttavia, considerato che non automaticamente l'eterogeneità delle disposizioni presenti nel quesito referendario determina una inammissibilità: non sempre, infatti, la disomogeneità "formale" del quesito si traduce in una disomogeneità "intrinseca", che si manifesta ogniqualvolta l'oggetto del referendum non evidenzia il "fine intrinseco all'atto abrogativo", cioè la possibilità di attribuire alla pluralità delle disposizioni oggetto del referendum una matrice razionalmente unitaria. Alcuni esempi tratti dall'ampia giurisprudenza costituzionale sul punto consentono, a nostro avviso, di meglio mettere a fuoco il sottile discrimine che separa l'ammissibilità dalla inammissibilità del quesito.

Nella già richiamata sentenza n. 16 del 1978 la Corte costituzionale, in difformità dalla posizione dell'Avvocatura dello Stato che lamentava l'eterogeneità della materia regolata dalla legge, decise per l'ammissibilità del referendum abrogativo dell'intera legge n. 152 del 1975 contenente disposizioni a tutela dell'ordine pubblico, in quanto l'indubbia varietà dei contenuti normativi della legge "non concreta un uso così artificioso del referendum abrogativo dal momento che si tratta un particolare complesso di misure legislative […] che il Parlamento ha disposto nel comune intento di fronteggiare la presente

[17] Si rinvia alla nota n.10

[18] A proposito dei caratteri che, secondo la giurisprudenza costituzionale, deve possedere il quesito abrogativo: P. CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 1992, 159 ss.; M. G. SALERNO, *Il Referendum*, Padova, 1992, p. 159 ss.; A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 281 ss; M.LUCIANI, *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* cit., 403 ss; N.VIZIOLI, *Chiarezza, univocità ed omogeneità nella giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo.* in *Il contributo della giurisprudenza alla determinazione della forma di governo italiana, Il contributo della giurisprudenza alla determinazione della forma di governo italiana* Torino,1998, 413 ss; G.BARCELLONA, *Quando l'abito non fa il monaco: ciò che l'"omogeneità" non dice e la "puntualità" rivela* ,in *Rivista AIC,* 2, 2017

ISSN 2279-7238

situazione di crisi dell'ordine pubblico, con particolare riguardo alla criminalità politica e parapolitica.

A sua volta, il quesito referendario da valutare nella sentenza n.25 del 1981 interessava 41 articoli dell'Ordinamento giudiziario militare: ciononostante il giudice costituzionale ha ritenuto che esso, pur nella pluralità di norme che ne costituiscono l'oggetto, si ispirava a una *ratio* comune individuabile nell'escludere dai collegi giudicanti la partecipazione degli ufficiali delle forze armate in veste di presidenti e di giudici. Più recentemente, nella sentenza n.49 del 2005 inerente alla richiesta di referendum per l'abrogazione di diverse norme in materia di procreazione medicalmente assistita, la Corte costituzionale ha ammesso il quesito poiché le stesse risultavano fra loro intimamente connesse, sì da formare un "autonomo e definito sistema" riguardante e la sola e completa disciplina della procreazione medicalmente assistita.

Ovviamente il limite dell'eterogeneità delle disposizioni oggetto del quesito non opera nel caso di richiesta di abrogazione totale di una legge (ipotesi espressamente prevista dall'art.75, 1 c. Cost. ove si parla di referendum popolare indetto per deliberare l'abrogazione "totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge"). D'altra parte, l'esperienza mostra un ampio catalogo di leggi di cui si è chiesta l'abrogazione totale senza che il giudice costituzionale ne abbia dichiarato l'inammissibilità: si va, a titolo di esempio, dal primo referendum relativo all'abrogazione della disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio (sentenza n. 10/1972) ai referendum sulle misure antiterrorismo e a tutela dell'ordine pubblico (sentenza n. 16/1978 e n.48 del 1981), ai referendum per la soppressione di alcuni ministeri (Ministero dell'agricoltura, del Turismo e spettacolo e delle partecipazioni statali), sullo stato giuridico dei segretari comunali e provinciali (sentenza n. 22/1997), sull'ordinamento della professione di giornalista (sentenza n. 38/1997).

Tuttavia, il giudice costituzionale non si limita a un richiamo formale alla lettera del primo comma dell'art.75 Cost. (che parla di referendum popolare indetto per deliberare l'abrogazione "totale o parziale" di una legge o di un atto avente valore di legge), ma sembra ricondurre anche questa fattispecie al criterio giurisprudenziale di base costituito dall' esistenza di una intrinseca omogeneità del quesito. Infatti, l'abrogazione totale di una legge non è considerata ammissibile nei casi in cui all'interno del medesimo titolo di una legge convivono parti riconducibili a diverse "matrici unitarie", di cui almeno una necessaria per assicurare la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. A tal fine, si può richiamare la sentenza n.45 del 2005 della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile la richiesta di abrogazione totale della legge n.40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita la quale, trattandosi della "prima legislazione organica della materia" che coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali ed internazionali, appartiene al *genus* della normativa costituzionalmente necessaria. Tale argomentazione esce anche rafforzata dal fatto che nella stessa materia erano state presentate alcune richieste di abrogazione parziale della legge n.40 del 2004.

Infine, la Corte costituzionale, ha individuato un'ulteriore causa di inammissibilità nei casi in cui il quesito, consistendo in una mirata selezione di singole parole, parti o commi della legge, ha la capacità di trasformare il referendum da abrogativo a propositivo. Ciò avviene allorché si produce una divaricazione tra quesito "esplicito" e "implicito": il primo consiste nell'individuazione delle parti della normativa che si chiede di abrogare, il secondo – a sua volta – è rappresentato dalle finalità, dagli obiettivi politici perseguiti dai promotori.

Tale differenziazione è divenuta manifesta in alcune fasi della vita istituzionale italiana nelle quali si è prodotto uno scollamento tra la c.d. "classe politica" e gli orientamenti maggioritari presenti nella società (è il caso, ad esempio, della particolare temperie politica e giudiziaria che ha caratterizzato la prima metà degli anni '90 con la crisi delle principali formazioni politiche e una forte reazione popolare che avvertiva l'urgenza di rivedere i modi di formazione della rappresentanza); ovvero in cui l'inerzia del legislatore

ISSN 2279-7238

nell'innovare la normativa vigente (rispetto, ad esempio, a nuove sensibilità in materia di diritti civili o ambientali) ha spinto i promotori a valorizzare la funzione propositiva e sollecitatoria del corpo elettorale.

In questi casi sull'istituto del referendum abrogativo si sono accumulate esigenze istituzionali molteplici a causa della mancanza di strumenti alternativi di partecipazione diretta dei cittadini alle decisioni. In termini più tecnici si può sostenere che l'effetto abrogativo non si riduce al significato "non disporre più", ma acquisisce anche quello di "disporre altrimenti".

Il giudice costituzionale, quindi, si è trovato con una certa frequenza dinanzi al difficile compito di tenere i quesiti meramente manipolativi distinti da quelli di portata propositiva, cioè innovativa. [19]

Non è possibile escludere *in toto* l'ammissibilità di quesiti "manipolativi". Innanzitutto perché essa pare strettamente connessa alla natura dei referendum per l'abrogazione parziale di leggi o atti aventi forza di legge esplicitamente richiamati dall'art.75 Cost.: le parti di un testo di legge da abrogare possono, infatti, consistere in singoli commi o parole interne a un comma. In secondo luogo, un atteggiamento totalmente negativo nei confronti di siffatta tecnica di formulazione del quesito sarebbe sembrato contradditorio rispetto alle stesse tecniche interpretative elaborate dalla Corte costituzionale, dal momento che proprio alla giurisprudenza costituzionale si deve la "creazione" di sentenze manipolative con effetti additivi, con le quali una disposizione è dichiarata incostituzionale non per quello che prevede, ma per quello che non prevede.

In altri termini, come il giudice costituzionale, tramite una sentenza interpretativa di accoglimento può introdurre nell'ordinamento norme nuove (superando la visione kelseniana del Tribunale costituzionale come "legislatore negativo"), egualmente, i proponenti possono perseguire l'obiettivo di abrogare la normativa vigente, sostituendola con una nuova.

La linea di confine che distingue un quesito di natura manipolativa ammissibile da un altro non ammissibile è stata individuata negli esiti che sarebbero prodotti dalla "tecnica del ritaglio" operata dai promotori del referendum: sono stati ritenuti, in genere, coerenti con la *ratio* del referendum abrogativo quesiti che si propongono di creare, tramite un'abrogazione di singole disposizioni, una normativa nuova, compatibile con i caratteri della legge originaria; mentre la Corte costituzionale ha considerato non ammissibili le richieste di referendum che si propongono di sostituire una legge con una disciplina estranea all'originaria *ratio* .

Emblematica è, in proposito, la vicenda dei tre referendum promossi nel 1990 per modificare la legge elettorale del Senato. Con tali quesiti i promotori si erano proposti un duplice obiettivo: per un verso, sostituire la disciplina vigente - che si basava sulla formula proporzionale - con un sistema misto prevalentemente maggioritario; per un altro verso, sollecitare il Parlamento a rivedere l'intero impianto della legge elettorale adeguando alla normativa per l'elezione del Senato (creata dal voto popolare) la disciplina per l'elezione della Camera dei deputati.[20]

La Corte costituzionale, con sentenza n.47 del 1991, ritenne ammissibile solo il quesito che si proponeva di abrogare la possibilità per l'elettore di esprimere una pluralità di preferenze, che incontrò un grande consenso da parte degli elettori che si espressero a favore dell'abrogazione con una percentuale del 98%. Furono, invece, dichiarati non ammissibili i quesiti finalizzare all'introduzione di un sistema maggioritario per l'elezione

[19] R.BIN, *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale,* Torino, 1999.

[20]F.LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali,*Roma,1992; S.BIANCOLATTE, *I referendum sulle leggi elettorali,* Roma, 2008

ISSN 2279-7238

del Senato, dal momento che non si limitavano a perseguire, attraverso l'eliminazione di parti più o meno cospicue del testo legislativo, l'abrogazione parziale di tale testo, ma miravano a sostituire la disciplina stabilita dal legislatore con un'altra, diversa, voluta dal corpo elettorale.

Va, tuttavia, precisato che i medesimi proponenti riformularono successivamente il quesito in aderenza alle *rationes decidendi* contenute nella sentenza n.47 del 1991 della Corte costituzionale e tale referendum si svolse nel 1993 con un ampio *quorum* strutturale e con un'adesione alla richiesta di abrogazione pari all' 82,7 % dei votanti.

Più recentemente, il giudice costituzionale ha utilizzato il criterio del divieto di quesiti di natura propositiva al caso del referendum per l'abrogazione di parti della legge n.92 del 2012 recante "Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di tutele del lavoratore"

Con la sentenza n.. 23 del 2017 la natura manipolativa del quesito è stata individuata nel fatto che il quesito, attraverso la soppressione di alcune parole, si proponeva di applicare la tutela in caso di licenziamento illegittimo nei confronti di tutti i datori di lavoro con più di cinque dipendenti, mentre la *ratio* della legge del 2012 prevedeva tutele differenziate sulla base di "soglie" diverse a seconda dei tipi di imprese.

L'effetto propositivo viene, in questa fattispecie, individuato nel fatto che attraverso una particolare tecnica del ritaglio si produce una "nuova statuizione estranea al contesto normativo esistente".

6. La riformulazione del quesito

Come si è visto nei precedenti paragrafi, tra le principali attribuzioni dei promotori rientra la formulazione del quesito referendario: tuttavia, nel caso del referendum abrogativo, non sempre il quesito individuato da loro coincide con quello che gli elettori troveranno sulla scheda elettorale.

Ciò accade quando il Governo e il Parlamento - dinanzi a una richiesta di referendum ritenuta non "gradita"- utilizzano strumentalmente la previsione dell'art.39 della legge n.352 del 1970, secondo il quale "se prima della data dello svolgimento del referendum, la legge, o l'atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il referendum si riferisce, siano stati abrogati, l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che le operazioni relative non hanno più corso." [21]

Questa previsione conferma la volontà del legislatore di individuare nel Parlamento il cardine del sistema normativo e gli offre, quindi, la possibilità di bloccare lo svolgimento di un referendum, provvedendo direttamente all'abrogazione della normativa; l'articolo vuole rafforzare il vincolo di rappresentanza che unisce il popolo al Parlamento. Ne consegue che l'abrogazione di una legge oggetto di referendum dovrebbe, prioritariamente, essere intesa come volontà del legislatore di accogliere la sostanza del quesito referendario.

Tuttavia, l'effetto abrogativo si produce non solo per dichiarazione espressa del legislatore, ma anche in seguito a nuova disciplina della materia; inoltre, talvolta, il legislatore tenta di vanificare la consultazione popolare attraverso una abrogazione meramente formale della legge ovvero non corrispondente alle motivazioni dei promotori, al solo fine di impedire le operazioni di voto.

---

[21] G.ROLLA, *Primi cenni sulla funzione e sulla natura giuridica dei promotori del referendum abrogativo,* cit., 80 ss; F.SORRENTINO, *Effetti dell'abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum,* in *Studi parl. e di pol.cost.,* 1971, 6 ss (estr.); SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI, *Interventi legislativi sulle materie oggetto di referendum,* Roma, 1998; V.BALDINI, *L' intento dei promotori nel referendum abrogativo,* cit., 172 ss.

ISSN 2279-7238

Un siffatto comportamento in *fraudem constitutionis* è stato, tuttavia, scongiurato dalla Corte costituzionale che, con una sentenza di tipo additivo (n.68 del 1978), ha dichiarato l' illegittimità costituzionale dell'art. 39 della legge del 1970 limitatamente alla parte in cui non prevede che "se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative".

Questa decisione, fondamentale per mettere a fuoco l'orientamento del giudice costituzionale a proposito delle relazioni tra democrazia diretta e rappresentativa, riconosce che la presentazione di una richiesta di referendum abrogativo non preclude automaticamente ogni intervento da parte del potere legislativo: la funzione legislativa – scrive la Corte costituzionale - è "potenzialmente inesauribile" e l'esercizio dell'istituto di cui all'art.75 Cost. "non introduce in tal senso nessuna eccezione al principio di continuità della funzione e del potere legislativo".

Tuttavia, se le Camere conservano la propria permanente potestà legislativa anche successivamente alla stessa indizione del referendum abrogativo, non è conciliabile con la garanzia costituzionale del potere referendario "il fatto che questo tipico mezzo di esercizio diretto della sovranità popolare possa essere bloccato in seguito all'abrogazione di una qualsiasi disciplina sostitutiva delle disposizioni assoggettate al voto del corpo elettorale".

A tal fine, il giudice costituzionale, per un verso, si è premurato di offrire ai promotori uno strumento processuale di difesa - riconoscendo loro la competenza a sollevare un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato -, per un altro verso, ha dettagliato le diverse situazioni giuridiche che si possono produrre alla luce della previsione di cui all'art.39 della legge.

Se le Camere, approvando una legge meramente abrogativa, espungono dall'ordinamento giuridico le disposizioni oggetto di referendum il proseguimento delle procedure referendarie risulta inutile, dal momento che il Parlamento ha assecondato la richiesta dei promotori, ritenendo che la stessa rispondesse ad un'esigenza effettivamente avvertita dalla maggioranza del corpo elettorale.

Se, invece, l'abrogazione è meramente formale e le vecchie norme sono sostituite da nuove aventi il medesimo tenore, la clausola di improcedibilità non scatta: il referendum ha egualmente luogo, ma gli elettori si dovranno pronunciare sulle nuove norme introdotte dalle Camere. In quest'ultimo caso, il quesito sfugge — in un certo senso — dalle mani dei promotori ed entra nella disponibilità del Parlamento. Ciò determina una modifica strutturale dell'istituto, che si trasforma da consultazione promossa da una minoranza a pronunciamento popolare di adesione (o meno) alla nuova normativa votata dal Parlamento.

Entrambe le ipotesi prospettate dalla Corte costituzionale si sono presentate nella ricca esperienza del consultazioni referendarie.

L'approvazione da parte delle Camere di una legge meramente abrogativa con conseguente interruzione del procedimento ha avuto luogo nel 2017 allorché è stato convertito il decreto legge n.25 del 2017 che sopprimeva le norme in tema di *voucher* per il lavoro accessorio e in materia di responsabilità solidale negli appalti in ossequio al quesito referendario. Di conseguenza l'Ufficio centrale per il referendum ha disposto, ai sensi dell'art. 39 della Legge n. 352 del 1970, che le operazioni relative ai due referendum non hanno più corso.

Tra i casi recenti di abrogazione formale che non corrisponde alle intenzioni effettive del quesito referendario possiamo – invece - evidenziare i due referendum in materia di energia del 2011 e del 2016. Nel primo caso, i promotori avevano promosso un referendum per l'abrogazione della normativa in materia di nuove centrali per la produzione di energia nucleare: successivamente il Governo, temendo che anche in questa occasione il corpo elettorale potesse votare contro un programma di realizzazione di centrali nucleari

ISSN 2279-7238

(nel 1987 al referendum contro la costruzione di centrali nucleari partecipò il 65,1% degli aventi diritto e i voti favorevoli all'abrogazione furono l' 80,6 % dei votanti), approvò con il decreto legge n.34 del 2011 una disciplina che non bloccava la progettazione e la costruzione di impianti nucleari, ma si limitava a interromperne l'*iter* al fine di acquisire ulteriori evidenze scientifiche e impegnava il Governo a predisporre entro un anno un piano nazionale energetico che individui le priorità e le misure necessarie a garantire la sicurezza nella produzione di energia nucleare. [22]

Come precisato dall'Ufficio centrale per il referendum la modificazione della normativa voluta dal Governo non era in grado di produrre l'impedimento del corso delle operazioni referendarie, poiché "salva, nell'immediato e contro la volontà referendaria, una scelta attuale nuclearista definendo anche le articolazioni e gli strumenti attraverso i quali essa è, e resta, immediatamente operativa». Conseguentemente l'Ufficio centrale per il referendum, con ordinanza del 1 giugno 2011, ha disposto il trasferimento della richiesta di referendum sulla nuova normativa approvata con la conversione del sopracitato decreto legge, riformulando il quesito ("Abrogazione delle nuove norme che consentono la produzione nel territorio nazionale di energia elettrica nucleare").

In precedenza, la Corte costituzionale (sentenza n.28 del 2011) aveva riconosciuto l'ammissibilità del quesito originario perché la molteplicità di disposizioni e di frammenti di disposizioni oggetto del referendum risultavano " accomunate dalla *eadem ratio*, di essere strumentali a permettere la costruzione o l'esercizio di nuove centrali nucleari, per la produzione di energia elettrica". In questo caso, quindi, la matrice razionalmente unitaria del quesito incorpora "l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo, consistente nell'intento di impedire la realizzazione e la gestione di tali centrali, mediante l'abrogazione di tutte le norme che rendono possibile questo effetto. Pertanto, l'elettore è messo in condizione di esprimersi, con un'unica risposta, affermativa o negativa, su di una questione ben determinata nel contenuto e nelle finalità ed il quesito è idoneo al conseguimento del succitato scopo".

Anche in questo caso il referendum ottenne il necessario *quorum* strutturale (partecipò al voto il 54,8% degli aventi diritto) ed il SI ottenne il 90,5% dei consensi.

Un altro esempio di modifica del quesito in seguito a una revisione della normativa oggetto del referendum si è avuto in occasione del referendum abrogativo del 2016. In questo caso i promotori (alcune Regioni) si proponevano di abrogare la normativa che autorizza il Governo a concedere l'estrazione di idrocarburi in mare a tempo indeterminato e sino all'esaurimento dei giacimenti.

Anche in questa occasione, il Parlamento ha legiferato con l'obiettivo di far cessare il procedimento referendario o, in subordine, di sostituire il quesito originario: di conseguenza, l'Ufficio centrale per il referendum, valutando che la nuova disciplina legislativa non ha introdotto modificazioni tali da precludere la consultazione popolare, già promossa, ha provveduto a riformulare il quesito nel modo seguente: "Volete voi che sia abrogato l'art. 6, comma 17, terzo periodo, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, "Norme in materia ambientale", come sostituito dal comma 239 dell'art. 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)" limitatamente alle seguenti parole: per la durata di vita utile del giacimento, nel rispetto degli standard di sicurezza e di salvaguardia ambientale?". [23]

Tuttavia, l'effetto abrogativo non si è prodotto – ance se hanno votato a favore l'85,8% - per il mancato raggiungimento del *quorum* strutturale.

[22] Si tratta della sentenza n.28 del 2011 della Corte costituzionale.

[23] A.ARENA, *Brevi note sull'ammissibilità del referendum "per fermare le trivelle",* in *Consulta on line,* I, 2017

ISSN 2279-7238

Un altro profilo, non inizialmente affrontato dal legislatore né risolto con la solita chiarezza della Corte costituzionale, ha riguardato la possibile dialettica tra rappresentanza politica e voto referendario successiva a un'avvenuta abrogazione.

La legge n.353 del 1970 non prevede, infatti, particolari limitazioni alla discrezionalità del Parlamento in ordine alle scelte normative con cui dare seguito all'abrogazione di una legge — o sua parte —. L'esigenza che le Camere rispettino la volontà espressa dal voto del corpo elettorale, se chiara in via di principio, può rivelarsi nella pratica problematica per una duplice ragione: innanzitutto, la volontà referendaria è di natura prettamente negativa — manifestandosi nella decisione di espungere dall'ordinamento vigente determinate norme — mentre non contiene vincoli positivi per il legislatore; inoltre, non vi è un divieto assoluto al Parlamento di approvare una nuova legge in una materia che è stata oggetto di consultazione referendaria, non potendosi ipotizzare che il voto popolare inibisca a tempo indeterminato al legislatore di regolare una determinata materia.

Sul punto la Corte costituzionale ha assunto una posizione mediana: da un lato, ha precisato che l'esito del referendum rappresenta un vincolo per il legislatore futuro, che gli inibisce di ripristinare la normativa abrogata; dall'altro lato, ha riconosciuto la competenza del Parlamento a intervenire con una nuova regolamentazione della materia, anche in difformità dalle intenzioni manifestate dei promotori il referendum.[24]

Nell'esperienza pratica non sono mancate polemiche sul modo con il quale il Parlamento ha legiferato in seguito all'avvenuta abrogazione popolare di una legge. Un caso eclatante è costituito dalla reazione dei partiti politici all'esito del referendum abrogativo la disciplina del finanziamento statale dei partiti politici. La legge che lo istituiva (legge n. 195 del 1974) prevedeva due distinte forme di finanziamento: la prima, sotto forma di rimborso delle spese elettorali, era erogata a favore dei partiti che partecipano alle competizioni elettorali; la seconda, quale contributo annuale per l'azione istituzionale dei partiti, era devoluta ai gruppi parlamentari sulla base della loro consistenza. I gruppi, inoltre, erano tenuti a devolvere al partito almeno il 95% del contributo.

Contro questa legge il partito radicale promosse un primo referendum nel 1978, che registrò un'ampia partecipazione popolare – votò l'82,2% degli aventi diritto -; tuttavia, il sistema dei partiti politici aveva in quegli anni una indubbia forza e godeva di un effettivo consenso da parte dei cittadini che respinsero il quesito con il 56,4% dei voti.

Alcuni anni dopo, lo stesso partito radicale promosse una nuova richiesta di referendum abrogativo nei confronti della stessa legge: nel 1993 il numero dei partecipanti al voto fu ancora più elevato (il 90,3 %) e l'esito a favore della abrogazione risultò plebiscitario (il 77%). Tale mutamento nell'orientamento del corpo elettorale ebbe una chiara spiegazione nel fatto che, in quegli, anni emerse una ramificata corruzione politica e i processi evidenziarono come una buona parte delle tangenti serviva a finanziare il sistema dei partiti politici.

Tuttavia, trascorsi 5 anni dal referendum, il Parlamento approvò una nuova disciplina della materia (la legge n.2 del 1997) che si differenziava da quella abrogata, ma anche dalle intenzioni dei promotori il referendum. In base ad essa, ciascun contribuente era libero di scegliere se destinare o meno una quota pari allo 0, 4% dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a tale scopo. Tale somma veniva annualmente ripartita dal Ministro del tesoro sulla base della consistenza numerica dei parlamentari aderenti a ciascun movimento o partito politico.

---

[24] G. RAZZANO, *L'esito referendario e il vincolo per il legislatore* ,in F. MODUGNO. (a cura di) , *Trasformazioni della funzione legislativa*, Torino, I, 1999, 165 ss.; R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2359 ss; P.VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte, in Giur.cost.,* 1977,56

ISSN 2279-7238

Recentemente, infine, ha suscitato critiche la decisione del Parlamento di regolamentare le modalità di gestione dei servizi idrici in senso difforme da quelle che erano le intenzioni dei promotori il referendum del 2011, sintetizzabili nella volontà che tale bene comune dovesse essere gestito in forma pubblica. Anche in questo caso, la maggioranza del Parlamento, prese atto degli esiti del referendum (partecipò al voto il 54,8% degli aventi diritto e la abrogazione fu supportata dal 94 % dei voti validi), ma decise di regolamentare la materia prevedendo la gestione del bene in forme giuridiche diverse (tanto di natura pubblicistica che privatistica).[25]

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo,* Milano, 1998;
AA.VV., *Il referendum abrogativo in Italia:le norme, le sentenze, le proposte di modifica,* Roma, 1981;
AA.VV., *Referendum e legalità: tornare alla Costituzione,* Torino, 2000;

AINIS M., *Il referendum sulla fecondazione assistita,* Milano, 2005;
BALDINI V., *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo,* Napoli,1996;
BARBERA A., MORRONE A. , *La Repubblica dei referendum,* Bologna,2003;
BIN R., *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale,* Torino, 1999;
BIANCOLATTE S., *I referendum sulle leggi elettorali,* Roma, 2008
CAPURSO M, *I poteri di democrazia diretta*, in Annali Cagliari, 1966;
CARNEVALE P., *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale,* Padova, 1992;
CARIOLA A., *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale: contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista,* Milano, 1994;
CHIAPPETTI A., *L'ammissibilità del referendum abrogativo,*Milano,1974 ;
CHIMENTI A., *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale,* Bari,1999;
DE MARCO, E. *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano,* Padova, 1974;
DEVOTO M., MAZZIOTTI M., MIGNONE C., ROLLA G., SORRENTINO F., *Problemi costituzionali relativi alla legge istitutiva del referendum,* Roma, 1971;
FEOLA R., *Il referendum nel sistema politico italiano,* Napoli, 2001;
FERRI, G. *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2001;
GIORGIS A., *I referendum elettorali: il compromesso n.47/91*, Torino, 1991;
JETTI G., PANSINI G., *Il referendum istituzionale,*Napoli, 2009;
LANCHESTER F., *I referendum elettorali,*Roma,1992;
LUCIANI M., *Articolo 75,* in *Commentario della Costituzione,* Bologna, 2005;
A.MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999,
MARTINES T., *Il referendum negli ordinamenti particolari,* Milano, 1960;
MAZZONI HONORATI M.L., *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale,* Milano,1982;

[25]S.LA PORTA, *Sul "ripristino" della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali,* in *Rivista AIC,*4, 2012; A.GIORGIS, F.DEALESSI, *L'(incerto) oggetto giuridico del referendum sulle modalità di gestione del servizio idrico,* in *Rivista AIC,*00,2010.

ISSN 2279-7238

MODUGNO, F.,ZAGREBELSKY G., *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, TORINO, 2000;
PASQUINO G., *Strumenti della democrazia,* Bologna, 2007;
PERTICI A., *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo,* Torino, 2010;
PINARDI R.,*L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione:natura, organizzazione, funzioni, ruolo,* Milano, 2000;
RAVERAIRA M., *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare,* Milano, 1983;
ROLLA G., *Las dinámicas entre referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos políticos. Consideraciones a la luz de la experiencia italiana,* in *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa,* Madrid,2016;
ROMBOLI R, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art.138 Cost.,* in *La revisione costituzionale e i suoi limiti,* Milano , 2007.
RUINI M., *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione,* Milano, 1953;
SALERNO G.M., *Il referendum,* Padova,1992;
TACCHI P., *La partitocrazia contro il referendum o il referendum contro la partitocrazia?: un tentativo di bilancio sul rapporto tra partiti politici e referendum attraverso l'analisi del comportamento dell'elettore non votante,* Milano, 1996;
ULERI P., *Referendum e democrazia,* Bologna, 2003

ISSN 2279-7238

Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la Scuola Fiorentina*

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Le origini - 3. Il periodo fascista - 4. Il secondo dopoguerra e la nascita della scuola costituzionalistica fiorentina - 5. Conclusioni

1. Premessa

La riedizione del volume di Paolo Barile (Bologna, 1917-Firenze, 2000) su *La Costituzione come norma giuridica*[26] pone un triplice problema: da un lato, quello dello *stile fiorentino*; dall'altro quello della *tradizione giuspubblicistica toscana,* all'interno di quella nazionale; e infine il tema della nascita della *scuola costituzionalistica fiorentina*. Per quanto riguarda il primo punto Paolo Grossi ha richiamato lo *stile fiorentino*[27], definendo lo stesso con il significato "più dimesso e disponibile dei giuristi, dove stile, *stylus*, altro non è che una storia particolare di cui si carica e in cui si sfaccetta talvolta la storia generale: nient'altro che un sedimento dell'azione umana nel tempo, che diviene costume e tradizione"[28].

Per quanto riguarda il secondo profilo, i limiti cronologici della citata opera di Grossi sembrerebbero escludere il volume di Barile (questo è infatti del 1951)[29], ma è indubbio che le radici dello stesso sono più complesse dello stile fiorentino richiamato per le ragioni che l'argomento affrontato da Grossi evidenzia in modo chiaro, segnalando nello stesso tempo che esse si connettono alla Firenze calamandreiana. I costituzionalisti di Firenze dell'immediato secondo dopoguerra non sono, d'altro canto, fiorentini (né come origine, né come appartenenza accademica) e molto spesso non sono neppure toscani, così come non lo furono i loro predecessori dall'Unità in poi , ma ,tuttavia, essi si sono radicati a Firenze sul ceppo del magistero militante di Piero Calamandrei (Firenze, 1889-ivi, 1956) e lì hanno formato una scuola, che nel tempo ha assunto appunto uno stile specifico, collegandosi con le scuole del diritto nazionale, ma interpretandole in modo originale .

* Relazione presentata al Convegno nel centenario della nascita di Paolo Barile tenutosi a Firenze il 1 dicembre 2017 e in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

[26] V. P. Barile,*La costituzione come norma giuridica*,Firenze,Barbera,1951 ora Firenze, Passigli, 2017 con pref.di P. Caretti.

[27] v. P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè,1986

[28] idem, p. XII.

[29] Ma basta prendere in esame ad es. il saggio di P. Barile – A. Predieri, *Efficacia abrogante delle norme della Costituzione,* in *Commentario della Costituzione,* a cura di P. Calamandrei – A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, pp.69 ss. e soprattutto pp.74 ss. per evidenziare come la scriminante stia nel periodo precedente.

ISSN 2279-7238

Queste brevi note intendono sottolineare questo affermarsi di un gruppo di individualità nel rapporto di rottura e continuità, che caratterizza ancora oggi la scuola costituzionalistica fiorentina .

2. Le origini

È vero. Anche un osservatore esterno può certificare che chi arriva a Firenze e vi si integra, viene conquistato dallo stile della città, ma per quanto riguarda il sistema universitario ed in particolare gli studi costituzionalistici- perlomeno per il primo secolo di vita dell'ordinamento unitario italiano si dovrebbe piuttosto fare riferimento al complessivo sistema universitario toscano. La natura della *scuola costituzionalistica* fiorentina, di cui nel secondo dopoguerra Paolo Barile è stato protagonista con Mario Galizia (Napoli, 1921-Roma, 2013), Alberto Predieri (Torino, 1921-Courmayeur, 2001), è frutto di una cesura, di cui la *lotta di liberazione* costituisce il capitello.

Due sono gli aspetti da mettere in evidenza a questo fine. Da un lato la natura del sistema universitario toscano, costituito nel periodo in discussione da due tradizionali atenei della regione (Siena e Pisa), di cui il secondo tradizionalmente riconosciuto come più dinamico; dall'altro la realtà che Firenze, nonostante la presenza dal 1875 dell'Istituto *Cesare Alfieri*, non possedette una vera e propria Università, se non dal 1924. La tradizione costituzionalistica toscana si costruisce quindi nell'ambito di quella nazionale, ma con peculiarità specifiche derivanti da l'interrelazione processuale tra questi tre centri regionali.

Se si prendono -infatti- in considerazione i docenti di materie pubblicistiche (Diritto costituzionale, Diritto amministrativo, Diritto internazionale, Filosofia del diritto, mentre trascuro il settore penalistico per la sua specificità) del primo ventennio dopo l'Unità, le peculiarità nazionali e regionali risultano, infatti, evidenti. Per quanto riguarda il Diritto costituzionale si recuperano in Toscana, infatti, personaggi che appartengono in maniera tipica alla prima generazione del costituzionalismo italiano, ovvero docenti che dalla cattedra cercano di evidenziare i caratteri dello Statuto, ma più su un piano storico-politico, se non addirittura ideologico. A Pisa insegna Saverio Scolari (Belluno, 1831-Roma, 1893)[30], che ha una biografia scientifica complessa ed approderà brevemente, prima di morire, a Roma per sostituire Luigi Palma (Corigliano C., 1837-Roma, 1899)[31] sulla cattedra di diritto costituzionale. Bartolomeo Francesco Aquarone (Porto Maurizio, 1815-Siena, 1896),

[3030] V. L. Passero,voce S.S., in DBGI,pp1842-1843 e in particolare della stessa A. *La facoltà giuridica pisana negli anni Ottanta dell'Ottocento*, in *Studi senesi*, 2007, pp. 322 ss.

[31]V. F. Lanchester, *L.P:,* in *DBI,vol.80 (2014) e L. Borsi*, *Storia,nazione, costituzione. Palma e i 'preorlandiani'*, Milano, Giuffrè, 2007, passim.

ISSN 2279-7238

ordinario a Siena, è invece praticamente sconosciuto oggidì[32] e rappresenta con la sua biografia e la sua opera l'azione del costituzionalismo risorgimentale più periferico.

Dagli anni '90 in poi, con il completamento del processo di unificazione amministrativa e lo sviluppo della cosiddetta rivoluzione orlandiana, della cui penetrazione è necessario non sopravalutare i contorni nel periodo in oggetto, appare proprio a Siena la figura di Domenico Zanichelli (Modena, 1858-Vidiciatico, 1908), che non soltanto insegna all'Istituto Cesare Alfieri,ma è protagonista (come ricorda, tra gli altri, Luca Borsi) di un complesso processo di acquisizione della cattedra nella città toscana, per poi trasferirsi a Pisa nei primi del secolo XX.[33]

Le peculiarità antiformaliste del magistero senese sono confermate dalla presenza (certo più inquadrata disciplinarmente) per parecchi lustri di Antonio Ferracciù (Calagianus, 1871-ivi, 1930), già ordinario a Perugia[34]; mentre Santi Romano (Palermo, 1875-Roma, 1947) - passato per Camerino e Modena - approda nel 1909 sulla cattedra dell'Ateneo pisano, per poi insegnare anche al *Cesare Alfieri* sino al 1925, anno in cui passa all'Università di Milano, da dove si sposterà definitivamente per presiedere il Consiglio di Stato.[35]

Per quanto riguarda il Diritto amministrativo, mentre a Pisa agisce, dopo Scolari, per circa vent'anni Giovanni De Gioannis Gianquinto (Cagliari, 1821-Pisa, 1883)[36], sostituito – prima- da Alfredo Codacci Pisanelli (Firenze, 1861-Roma, 1929) tra il 1890 e il 1903 [37] e - poi - fino al primo conflitto mondiale da Giovanni Vacchelli (Cremona, 1866-Milano, 1960)[38], Firenze (ed in particolare l'Istituto *Cesare Alfieri*) viene caratterizzata dalla figura *pratica di* Odoardo Luchini (Radicofani, 1844-Firenze, 1906)[39], che verrà rimpiazzato prima da Ugo Forti (Napoli, 1878-ivi, 1950)[40] e poi sino al 1938 da Federico Cammeo (Milano, 1872-Firenze, 1939)[41].

3. Il periodo fascista

[32] **V. per un accenno biografico E. Gianni, *Liberali e democratici alle origini del movimento operaio italiano. I congressi delle società operaie italiane (1853-1893)*, Milano, Pantarei, 2006.**

[33] Cianferotti e L. Borsi, *Nazione, democrazia, Stato,* Zanichelli e Arangio Ruiz, Milano, Giuffrè, 2009.

[34] su cui ad vocem S. Mura, in DBGI, I, pp. 836-7.

[35] V. G. Melis, voce S.R., in DBI, vol.88 (2017).

[36] V. G. Cianferotti, voce G. De G. G., in DBGI,pp.678-679.

[37] V. F. Socrate, A.C.P., in DBI, vol.26 (1982) e A. Sandulli, A.C.P., in DBGI, pp.556-557.

[38] V. F. Cortese, G.V., in DBGI, idoneo per il Diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione a Siena (1891), libero docente a Pisa (1892)dal1897 al 1918stabile a Pisa,poi a Pavia sino al 1924,per poi trasferirsi alla Cattolica sino al1936.

[39] Su cui P. Grossi,*Stile fiorentino,* cit. pp. 50 ss.

[40] V. G. Caravale, U.F., in DBI, vol.46 (1997) e G. Focardi, U.F., in DBGI,pp.891-892.

[41] V. P. Craveri,F.C., in DBI, 17 (1974), pp.286-288 e B. Sordi, F.C., in DBGI, pp.398-401.

ISSN 2279-7238

Durante il fascismo fino alla metà degli anni Trenta l'insegnamento del Diritto costituzionale fu invece caratterizzato, così come in Italia, da una sostanziale ibernazione, mentre negli anni della cosiddetta *legislatura costituente* la struttura istituzionale venne sottoposta ad una intensa ed incrementale mutazione[42]. E' comprensibile perciò come nel neonato Ateneo fiorentino Manfredi Siotto Pintor (Genova,1859-Firenze,1945), già ordinario a Catania e firmatario del manifesto Croce nel 1925, non soltanto passasse dal Diritto costituzionale al Diritto internazionale, ma poi preferisse trasferirsi ad Alessandria d'Egitto[43], mentre a Pisa Santi Romano, sostituito temporaneamente per incarico da Guido Zanobini (Pisa, 1890-Fregene, 1964)[44], trovò come successore il filosofo del diritto e dottrinario dello Stato Arnaldo Volpicelli (Roma, 1892-ivi, 1968),che significativamente prima di spostarsi a Roma presso la Facoltà di Scienze politiche, ebbe la titolarità dell'insegnamento del diritto costituzionale. [45]

Nella seconda metà degli anni Trenta la stabilizzazione del quadro pubblicistico indusse ad una nuova leva di costituzionalisti, come certificato dallo stesso Sergio Panunzio (Molfetta, 1886-Roma, 1944) [46]. In questo ambito si inserisce la chiamata a Pisa di Carlo Alberto Biggini (Sarzana, 1902-Padova, 1945)[47] , che aveva vinto il concorso a cattedra nel 1936 con Costantino Mortati (Corigliano C., 1891-Roma, 1985) ed Agostino Origone (Genova, 1906-Venezia, 1975) ed era stato giovane coautore con Carlo Costamagna (Quilino, 1880-Pietra Ligure, 1965), rappresentando quella scuola radicale, che una lettera di Vittorio Orlando del dopoguerra indicherà come altra rispetto alle *scuole del diritto pubblico* di cui anch'Egli faceva parte[48]La sua chiamata nell'Ateneo pisano, 'covo' dei corporativisti radicali, è dunque significativa della tendenza ad incrementare il processo di totalitarizzazione dell'ordinamento, in quell'anno di 'snervamento-rottura' dell' equilibrio di archivi che fu il 1938.[49]

Nel secondo lustro degli anni Trenta a Firenze arrivarono, invece, nella oramai statalizzata Scienze politiche, sia Giuseppe Maranini (Genova, 1902-Firenze, 1969)[50] da Perugia che il processual-civilista Pompeo Biondi (Firenze, 1902-ivi, 1966) da Modena per la Dottrina dello Stato, in sostanziale contrasto con l'indirizzo calamandreiano. [51]

---

[42] V. Lanchester F., Mortati e la 'legislatura costituente', in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale,* Padova, Cedam, 2017,pp.15 ss.

[43] V. L. Passero, M.S.P., in DBGI,pp.1876-1877.

[44] V. A. Sandulli, G.Z., in DBGI, pp. 2083-2086.

[45] V. M. Fioravanti, A.V. in DBGI, pp. 2066-2067, laureato a Roma in giurisprudenza (1920) e lettere (1923)Volpicelli diviene libero docente in Filosofia del diritto a Pisa (1925).

[46] V. F. Lanchester,voce S.P., DBI, vol.81(2014).

[47] V. D. Veneruso,voce C.A.B.,DBI,vol.10(1968) e A. Mattone,voce C.A.B., DBGI, pp. 253-254.

[48] Su cui la relazione di F. Lanchester, *I giuspubblicisti durante il fascismo*,Convegno AIC, Firenze, 20 giugno 2017.

[49] V. F.Lanchester, *Il Gran consiglio del fascismo e la monarchia rappresentativa*,in Nomos-leattualitaneldiritto.it, 2017, n.3.

[50] Su cui v. F. Lanchester, *Pensare lo Stato, Roma-Bari,Laterza,passim,*L.Mannori,G.M.,in DBI, vol.69 (2007) e P.Colombo,G.M.,in DBGI, pp.1267-1268.

[51] Su cui Lanchester in *Pensare lo Stato, passim.*

ISSN 2279-7238

La vicenda fiorentina del diritto costituzionale è interessante in questo specifico periodo,al di là della posizione e dell'influenza di Piero Calamandrei, perché si incrocia anche con i tentativi di trasferimento di Carlo Esposito (Napoli, 1902-Roma, 1904) [52] e di Paolo Biscaretti di Ruffia (Torino, 1912-Milano, 1996)[53]nella locale Facoltà di Giurisprudenza. Soluzioni queste abortite, tanto che il titolare di Diritto amministrativo Silvio Lessona (Cremona, 1887-Varese, 1969)[54], che in precedenza aveva insegnato la stessa materia a Siena e anche Istituzioni di diritto pubblico a Firenze, al momento del crollo del regime si trovò ad essere incaricato dell'insegnamento del Diritto costituzionale .

4. Il secondo dopoguerra e la nascita della scuola costituzionalistica fiorentina

La scuola di diritto costituzionale fiorentina si forma, dunque, dopo la liberazione di Firenze (agosto 1944) per impulso di Piero Calamandrei, che dichiara la centralità del diritto costituzionale e che lo insegna per incarico[55]. Mario Galizia, che dal 29 ottobre 1942 era assistente volontario presso il *Seminario di diritto pubblico,* ha ricostruito magistralmente la *band of brothers* (non esclusivamente di pubblicisti:penso solo a Carlo Furno), che si formò attorno a Calamandrei in quello specifico periodo[56]. Si trattava di giovani, che erano stati impegnati direttamente nella Resistenza e che poi si ingaggeranno nella ricostruzione civile e politica dell'ordinamento. Di qui il rinnovamento rispetto al passato per questo insegnamento e per le materie pubblicistiche nella Facoltà di Giurisprudenza, mentre a Scienze politiche, dopo le procedure di epurazione, Giuseppe Maranini continuò il suo magistero per il Diritto costituzionale italiano e comparato, che aveva interrotto per un breve periodo a favore del Diritto internazionale ai fini della chiamata fiorentina.[57]

La vicenda del diritto costituzionale nelle tre Università toscane negli anni successivi al secondo conflitto mondiale si svolse in maniera significativamente differenziata. A Pisa il diritto costituzionale nel periodo *transitorio e provvisorio* venne gestito per affidamento anche dall'ecclesiasticista Costantino Jannaccone (Brindisi, 1883-Pisa, 1962)[58], in attesa dell'arrivo

[52] V. F. Lanchester,voce C.E. in DBI, vol.43 (1993) e A. Pace,voce C.E. in DBGI,pp.805-808.

[53] Su cui T.E. Frosini, P.B. di R., in DBGI, pp. 264-265.

[54] V. C. Latini, S.L., in DBGI, p.1172.

[55] V.P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*,corso di integrazione in diritto costituzionale in,Opere giuridiche,a cura di M. Cappelletti,volume terzo con presentazione di C. Mortati Napoli, Morano,1968, pp.52 ss.,utilizzate in parte come dispense universitarie al corso di integrazione in diritto costituzionale. V. in particolare le osservazioni di Mortati nella presentazione iniziale evidenzia la continuità nella prospettiva di C. che unisce i primi scritti a quelli successivi.

[56] V. M. Galizia, *Introduzione P. Galizia. P. Galizia, Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944),a cura di M. Galizia, Milano, Giuffrè, 2013.*

[5757] In effetti Maranini era stato chiamato per il Diritto internazionale, sulla base dell'impossibilità di continuare l'insegnamento nell'ateneo perugino a causa della posizione antisemita di Paolo Orano,allora rettore di quell'Università (v. F. Lanchester, *Pensare lo Stato, a.i.).*

[58] V. F. Margiotta Broglio,voce C.J. in DBGI,pp.1118-1119,ma anche A. Manzella, *Il Parlamento come organo costituzionale di controllo,* in Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana. Atti del Convegno in memoria di Giustino D'Orazio. Roma Palazzo della Consulta,20 febbraio 2017, a cura di F. Lanchester

ISSN 2279-7238

prima dell'allievo di Emilio Crosa (Torino, 1885-ivi, 1962) Franco Pierandrei (Trento, 1914-Torino, 1962) e poi di Carlo Lavagna (Ascoli Piceno, 1914-Roma, 1984). A Siena ,dove durante il periodo fascista aveva insegnato per il Diritto costituzionale l'ordinario di Diritto internazionale Andrea Rapisardi Mirabelli (Mascalucia, 1883-Siena, 1945)[59] e Mario Bracci (Siena, 1900-ivi, 1959) era titolare del Diritto amministrativo[60], a seguito del primo concorso a cattedra del dopoguerra (1949)[61] arrivò, invece, nel 1951 Giuseppe Guarino, che poi si sposterà a Roma (Economia nel 1955 e poi a Giurisprudenza nel 1969), lasciando spazio al giovane Paolo Barile, che aveva vinto il concorso di Istituzioni di diritto pubblico nella stessa Università.

Per quanto riguarda il settore giuspubblicistico l'affermazione di Barile costituisce dunque il primo riconoscimento del *gruppo* formatosi attorno a Calamandrei, che agì a Firenze dall'agosto 1944 e vide protagonisti Paolo Barile[62], Mario Galizia[63] e Alberto Predieri.

Nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze l'ingresso del gruppo di costituzionalisti di origine calamandreiana si ebbe però solo all'inizio degli anni Sessanta. Nel periodo successivo al 1948 il Diritto costituzionale venne, infatti, insegnato per incarico e fino alla sua uscita dai ruoli da Gabriele Salvioli (Palermo, 1891-Firenze, 1979)[64], ordinario di Diritto internazionale. Il gruppo dei calamandreiani, in modo unitario ma diversificato, non soltanto venne coltivato dal maestro, ma si connette - come si accennava - sia con la sede fiorentina che con quella senese. Lo stesso Paolo Barile, laureatosi a Roma in Diritto civile con Giuseppe Messina (Naro, 1877-Roma, 1946)[65] con una tesi su *Il patrimonio familiare,* arrivò, come è noto, a Firenze come magistrato da Trieste e poi, legato oramai a Calamandrei ed al suo studio, divenne- a seguito del concorso bandito a Trieste[66] -

e Roberto D'Orazio, Padova, Cedam, 2018,pp.31 ss. Interessante analogia tra questa situazione e quella romana con la presenza di Arturo Carlo Jemolo alla direzione dell'Istituto di Diritto pubblico,mentre Gaspare Ambrosini era il ff di quello di Diritto pubblico e legislazione sociale di Scienze politiche.

[59] V. S. Brugnatelli, *A.R.M., in DBGI,* pp. 1655-1656.

[60] V. P. Craveri, voce M.B.,in DBI,vol.13(1971); Cianferotti , voce M.B, in DBIG, pp. 325-327.

[61] Per questo concorso in cui risultarono vincitori Giuseppe Guarino, Pietro Virga, Vincenzo Gueli, v. F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, cit. a.i.

[62] Su Barile v. voce P. Caretti in DBGI,I,pp.170-171 e S. Merlini, in DBI,…. Faccio notare che sulla base dei dati recuperati nell'AUR[Archivio dell'Università di Roma "La Sapienza"] : il nome della Madre è Silvia Corazza e non Livia, mentre il padre Cesare nel 1917,data della nascita del figlio, era maggiore medico e libero docente di patologia chirurgica nella R. Università di Pisa; il liceo frequentato a Roma ,dove Barile ottenne la maturità era il liceo Umberto I di Roma (ora Liceo classico Pino Albertelli); la Facoltà di prima iscrizione (si iscrive a Giurisprudenza solo il 14 marzo 1936, perché si era precedentemente immatricolato a Scienze matematiche, fisiche e naturali). Mancano i voti dell'Università e il titolo della tesi Il patrimonio familiare discussa con Messina.

[63] V. commemorazione di F. Lanchester in Parlalex.

[64] Salvioli aveva ricoperto la cattedra di Diritto costituzionale a Camerino prima del primo conflitto mondiale e poi come incaricato a Pisa. Divenuto professore stabile a Pisa per il Diritto internazionale, passò sulla stessa cattedra a Bologna e poi a Firenze a Giurisprudenza ,dopo un contrasto per la chiamata a Scienze politiche.

[65] V. L. Nogler, voce G.M.,in DBGI,pp.1334-1336.

[66] Si tratta del concorso per Istituzioni di diritto pubblico,bandito per la Facoltà di Economie commercio di Trieste: Commissari Giuseppe Menotti De Francesco,presidente, Giuseppe Chiarelli, Carlo Esposito, Enrico Guicciardi, Giorgio Cansacchi commissari); vincitori : Ubaldo Prosperetti, Paolo Barile; Vincenzo Sica (v. ACS, MPI, concorsi F. 931 - Busta 462).

ISSN 2279-7238

straordinario diIstituzioni di diritto pubblico a Siena, ritornando a Firenze nei primi anni Sessanta.

Mario Galizia, iscrittosi originariamente a Giurisprudenza nell'ateneo romano si trasferisce,invece, a Firenze al seguito del padre Vincenzo, presidente della locale Corte d'Appello[67], si laurea con Lessona in Diritto costituzionale a Firenze,diviene suo assistente e poi dopo la Resistenza,cui partecipa come il fratello Paolo,morto nella liberazione di Firenze,diviene assistente Calamandrei (ricoprendo l'incarico di Diritto amministrativo)[68]. Nel periodo successivo,pur mantenendo il collegamento con la sede fiorentina, Galizia, trasferito alla Corte di Appello romana, appoggiò la libera docenza presso la cattedra di Costantino Mortati a Roma (Scienze politiche), di cui divenne assistente alla Corte costituzionale (1960),insegnando per incarico il Diritto costituzionale italiano e comparato a Siena negli anni Sessanta fino alla vittoria della cattedra nel 1964.

Alberto Predieri[69],figlio del generale Alessandro caduto nel 1942 a Bar el Kattara, laureatosi con Gabriele Salvioli[70] in Diritto internazionale a Bologna, era stato ufficiale degli alpini in Russia e poi commissario politico di Brigata partigiana del P.d'A. Trasferitosi a Firenze, probabilmente a seguito di Salvioli, si avvicinò anche Lui a Calamandrei e insegnò prima a Siena e poi a Firenze nella Facoltà di Scienze politiche prima le Istituzioni di diritto pubblico e poi il Diritto costituzionale italiano e comparato.

In sintesi, chi esamini la produzione della giovane scuola fiorentina in formazione nel periodo ha la possibilità di individuare nel *Commentario sistematico alla costituzione italiana*,diretto da P. Calamandrei e A. Levi[71], il documento programmatico della stessa. La riflessione che circa trenta anni dopo venne operata negli studi per il XXX anniversario della Costituzione, promossi dalla Regione Toscana, si muove sui binari tracciati da Calamandrei, che nei *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori* aveva dichiarato che "per bene interpretare le leggi…il senso storico …diventa essenziale per l'esegeta di una nuova costituzione" …. conoscere esattamente i termini della polemica politica tra il passato e l'avvenire, dalla quale è uscita vittoriosa una nuova legalità"[72].La ricerca storica auspicata da Calamandrei avrebbe richiesto "paziente e distaccato discernimento",non ancora maturo quel tempo.[73]. Il giudizio di Calamandrei sull'operato dei costituenti e soprattutto sul contributo di Costantino Mortati apre alla teoria della Costituzione, superando il tentativo di Azzariti di reimmergersi nella teoria dello Stato antecedente, da cui si era già tratto sostanzialmente lo stesso Orlando. La prospettiva costituzionalistica di Calamandrei e dei

[67] V. P. Grossi, V.G., in DBI,vol.51(1998).

[68] V. P. Galizia, ***Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)***,a cura di M. Galizia, Milano, Giuffrè, 2013 **e F. Lanchester, Mario Galizia, in Parlalex (**http://www.parlalex.it/pagina.asp?id=3013**) e idem, *Las universidades de Mario Galizia*,in "*Revista de derecho constitucional europeo*", n.23 (2015).**

[69] V. G. Morbidelli,voce A.P, DBI, 85 (2015); e F. Lanchester, *Il coraggio del giurista,in "Rivista trimestrale di diritto pubblico"*, 1999, fasc. 4 (dicembre), pp. 1099-1107.

[70] V. L. Crema, G.S., in DBGI,p.1777

[71] Firenze, Barbera,1950 .

[72] Idem,p. LXXXIX.

I[73] Ibidem,p. LX.

ISSN 2279-7238

suoi allievi viene fortemente implementata sul versante delle libertà, sostanzialmente evitato dalla dottrina giuspubblicistica sulla base di una visione autoritario statualistica[74]. In questa prospettiva la ripubblicazione nel 1946 dell'opera di Francesco Ruffini su *I diritti di libertà*[75] fornisce la cifra di un taglio metodologico che, pur non trascurando la parte organizzativa, si muove in difesa dell'individuato situato e trova nella Costituzione rigida e nella giurisdizione i piloni di tutela dell'individuo. Non è dunque un caso che la produzione di Barile si rivolga sia alla natura del testo costituzionale [76], sia al soggetto privato[77], avendo presente anche il caso statunitense[78]. La produzione di Barile, stimolata dalla seconda metà degli anni Cinquanta dalla presenza della giurisdizione costituzionale, evidenzia in particolare la prospettiva metodologica di una *costituzione presa sul serio*, che viene portata avanti negli anni fino alle soglie del terzo millennio.

5. Conclusioni

Su queste basi nella sede fiorentina si sviluppò durante gli anni Cinquanta e Sessanta una intensa produzione, collegata alla interpretazione del testo costituzionale e corroborata dalla presenza incrementale di allievi, che qui non è possibile esaminare . E' significativo che questo processo abbia trovato una definitiva affermazione proprio nel 1972,anno in cui Paolo Barile pubblicò la prima edizione delle sue *Istituzioni di diritto pubblico*[79], dedicato *In memoria di Piero Calamandrei.* La scuola costituzionalistica fiorentina si consolidò- -definitivamente proprio agli inizi degli anni Settanta con alla testa Paolo Barile, in una Facoltà di Giurisprudenza in cui, oltre (per breve tempo) a Mario Galizia, [80] venne chiamatone 1971 da Siena Enzo Cheli, primo degli allievi di Barile e vincitore di concorso a cattedra nel 1967[81], per il Diritto costituzionale. Alberto Predieri, chiamato a metà degli anni Sessanta a Scienze politiche per le Istituzioni di diritto pubblico, ascese invece alla

[74] V. per questo S. Romano,*Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, *1933,pass.*

[75] V. F. Ruffini,*I diritti di libertà*,Firenze,Barbera,1946 (2a ed. con prefazione di P. Calamandrei e aggiornamento della documentazione comparatistica di M. Galizia).

[76] V. P. Barile, *La costituzione come norma giuridica*, cit.

[77] V. P. Barile*, Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953

[78] V. J.C. Adams, *Il diritto costituzionale americano : linee essenziali* presentazione di Piero Calamandrei ; brevi nozioni introduttive di Paolo Barile,Firenze,La Nuova Italia,1954.

[79] Padova, Cedam, 1972

[80] M. Galizia risulta vincitore del concorso di Messina per il Diritto costituzionale italiano e comparato (1964): vincitori (Giovanni Motzo; Mario Galia; Savatore Villari); Commissione (Paolo Biscaretti di Ruffia, Giuseppe Guarino, Paolo Barile, Vezio Crisafulli, Vincenzo Sica). Sarà straordinario di Istituzioni di diritto pubblico a Scienze politiche di Pavia tra il 1966 e il 1970, verrà chiamato a Istituzioni di diritto pubblico a Giurisprudenza di Firenze e poi si trasferirà a Roma sulla cattedra che aveva a suo tempo Costantino Mortati nel 1974.

[81] Si tratta del concorso bandito dalla facoltà di Giurisprudenza di Ferrara per il diritto costituzionale:vincitori Enzo Cheli,Fausto Cuocolo,Pietro G. Grasso;commissari: Biscaretti di Ruffia Paolo, presidente, Giuseppe Guarino, Paolo Barile, Giuseppe Ferrari, Leopoldo Elia.

ISSN 2279-7238

cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato di Scienze politiche alla fine dello stesso decennio .[82]

Nel corso di un quindicennio si aggiungeranno, nella linea diretta di Barile , Ugo De Siervo, Paolo Caretti,Stefano Merlini,Roberto Zaccaria e Stefano Grassi, in un contesto fiorentino che vide apparire anche gli allievi Predieri a Scienze politiche (in particolare Giuseppe Morbidelli per le Istituzioni di diritto pubblico (1966) e, dopo la morte di Maranini, per il Diritto costituzionale italiano e comparato.[83]

Sarebbe però errato, anche per un osservatore esterno, isolare queste vicende – semplicemente tratteggiate- dallo sviluppo della comunità complessiva in cui pubblico e privato (penso a Carlo Furno, Firenze 1913-ivi 1970, e a Mauro Cappelletti, Folgaria, 1927-Fiesole, 2004) nell'Ateneo fiorentino si sono strettamente connessi a quello *stile fiorentino* oramai consolidato, che ha aperto queste riflessioni e che continua a caratterizzare anche il presente.

[82] La scuola maraniniana, dopo la scomparsa del maestro,vide la chiamata di Silvano Tosi a seguito del primo concorso per la cattedra di Diritto parlamentare (vincitori:Giuliano Amato, Valerio Onida, Silvano Tosi; Commissari: Giorgio Balladore Pallieri, presidente, Carlo Lavagna, Giuseppe Cuomo, Antonio La Pergola e Temistocle Martines, segretario). Su cui v. L. Ciaurro, *Per una cattedra di diritto parlamentare*, Nomos-leattualitaneldiritto.it .

[83] Predieri vinse il concorso bandito a Catania (1964) per le Istituzioni di diritto pubblico:vincitori (Leopoldo Mazzarolli, Sebastiano Cassarino, Alberto Predieri); Commissari: Carlo Esposito, Giuseppe Guarino, Enrico Guicciardi, Roberto Lucifredi, Pietro Virga .

ISSN 2279-7238

Il principio della effettività della tutela giurisdizionale: alla ricerca del difficile equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*

di Donatella Del Vescovo**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Excursus storico. - 3. Il cambio di orientamento del giudice dell'Unione. - 4. L'espressa competenza del giudice dell'Unione. - 5. Interpretazione restrittiva del diritto alla difesa. - 6. Recenti orientamenti della giurisprudenza unionale. - 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ha un rilievo centrale nel sistema processuale sovranazionale. Esso ha come destinatari, da un lato, il legislatore europeo, il quale di tale principio deve tener conto nell'approntare gli strumenti di tutela azionabili dal soggetto e, dall'altro, il giudice nazionale, il quale nell'esercizio della funzione giurisdizionale deve lasciarsi orientare da tale principio al fine di fornire al soggetto una tutela più ampia e satisfattoria delle sue ragioni.

Nel sistema processuale europeo il principio trova riconoscimento esplicito nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e negli articoli 7 e 13 della CEDU, che sanciscono il diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla Convenzione stessa siano stati violati.

Appare da sé poi, che il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve trovare realizzazione nell'ambito del giusto processo, altro principio fondante del sistema processuale europeo, enunciato dall'art 6 della CEDU. Tutela giurisdizionale che può essere identificata nella protezione offerta ai singoli dalle norme materiali in quanto assicurata dalla giurisdizione. Il suo potenziamento pertanto, all'interno del processo unionale, richiede da un lato la garanzia di un accesso ragionevolmente agevole alla tutela giurisdizionale, da realizzarsi attraverso la previsione di titoli di giurisdizione uniformi e dall'altro, la garanzia di un'efficacia non meramente domestica dell'accertamento compiuto dal giudice, cioè la possibilità di far valere ovunque in Europa le posizioni giuridiche oggetto di tale accertamento[84].

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatrice di Diritto dell'Unione Europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

[84] V. in proposito sentenza della Corte di giustizia, del 28 marzo 2000, in Causa C-7/98, Krombach, in *Raccolta*, 2000, I-1935; sentenza della Corte di giustizia, del 3 dicembre 2003, in Causa C-116/2002, Gasser, in *Raccolta*, 2003, I-1469. Si v. inoltre H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, règlement n. 44/2001*, Paris, 2002, 56.

ISSN 2279-7238

La necessità di predisporre una effettiva tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali a livello unionale è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Siffatta tutela infatti stabilisce norme di protezione che si fondano su un insieme di fonti di diritto: le disposizioni dei Trattati, compresa la Carta dei diritti fondamentali dell'UE; le Convenzioni internazionali a cui si rifanno i Trattati - segnatamente la CEDU e la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati; i diritti fondamentali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; nonché gli strumenti giuridici internazionali a cui aderiscono gli Stati membri, oltre a quelli cui aderisce l'UE.

Nel concreto tra le tante regole del giusto processo, in questa sede ci si occuperà nello specifico dei diritti della difesa, ossia del diritto per i sospetti terroristi destinatari di un provvedimento di inclusione in apposite *blacklist* di ottenere la comunicazione delle motivazioni di tale inclusione, nel momento in cui il provvedimento è stato adottato o al più presto possibile, in modo da consentire loro di esercitare entro determinati termini una giusta difesa o il diritto di presentare ricorso. L'osservanza di tale obbligo di comunicare detti motivi è infatti necessaria, sia per consentire ai destinatari delle misure restrittive di difendere i loro diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se sia utile per loro adire il giudice europeo, sia per consentire pienamente a quest'ultimo di esercitare il controllo della legittimità dell'atto unionale contenente il provvedimento restrittivo, cui è tenuto ai sensi del TUE e del TFUE. Pertanto la mancata previsione di una comunicazione degli elementi di fatto giustificativi dell'inserimento negli elenchi suddetti rende evidente la lesione dei diritti della difesa.

La disamina degli interventi giurisprudenziali in materia consentirà di mettere in luce il carattere ondivago del giudice europeo che nel corso degli anni è passato dal riconoscimento della prevalenza di esigenze di lotta al terrorismo rispetto alla difesa dei diritti fondamentali, fino ad una totale tutela proprio dei diritti dell'individuo, per poi tornare nuovamente ad adottare una posizione più restrittiva del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

La decisione presa dal giudice comunitario nella sentenza Kadi del 2005 – in quanto priva di specifici precedenti e soprattutto in quanto ampiamente discutibile nelle soluzioni e nelle prospettive che apre, in particolare con riguardo alle tematiche dei diritti fondamentali – offre lo spunto per diverse riflessioni, che toccano aspetti cruciali dell'ordine costituzionale nazionale ed europeo. Un esame critico del percorso argomentativo seguito dal giudice a partire da questa sentenza sembra il modo migliore per "veicolare" queste riflessioni, anche nella prospettiva di verificare se effettivamente il diritto ad una giusta difesa venga o meno definitivamente rispettato.

A tal fine, per meglio contestualizzare e intendere le diverse posizioni adottate dal giudice europeo, si comincerà da una breve sintesi delle circostanze e delle vicende sottostanti.

ISSN 2279-7238

2. Excursus storico.

Prima di riepilogare l'originaria giurisprudenza in materia però, è necessario precisare tre concetti fondamentali.

Innanzitutto l'Unione, non è direttamente vincolata al dettato della Carta delle Nazioni Unite, dato che non ha partecipato alla stessa. Ciò nonostante, gli Stati facenti parte dell'Unione hanno aderito alle Nazioni Unite, assumendo dunque delle responsabilità a livello internazionale. Dato che successivamente l'Unione si è arrogata i poteri per adempiere agli obblighi derivanti dalla Carta in ambito di politica estera e sicurezza comune, allora, la stessa dovrà considerarsi vincolata indirettamente alla Carta delle Nazioni Unite in quanto altrimenti si avrebbe una scissione tra potere (in capo all'Unione) e responsabilità per l'erronea o mancata attuazione degli obblighi derivanti dalla Carta (in capo agli Stati)[85].

In secondo luogo si deve definire la funzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu. Tale organo ha unicamente la funzione di porre in essere atti *ad hoc* per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale mentre non può porre in essere atti para legislativi. La sua funzione è piuttosto quella di adottare misure collegate ad un caso concreto, attraverso risoluzioni che devono essere, ai sensi dell'articolo 25 della Carta delle Nazioni Unite, attuate obbligatoriamente dai singoli Stati aderenti alle Nazioni Unite[86]. A tal proposito le risoluzioni di *freezing*, sono finalizzate a congelare i fondi di soggetti sospettati di avere contatti con organizzazioni terroristiche e perciò inseriti in liste nere, per cui la singola risoluzione, per poter divenire effettiva (non essendo prevista alcuna diretta

[85] A tal proposito occorre dire che l'UE non essendo membro Onu non sarebbe, in linea di principio vincolata agli atti del Consiglio di sicurezza, tuttavia vi sono nel suo Trattato istitutivo e di funzionamento, disposizioni che attribuiscono alla stessa la competenza per l'attuazione delle risoluzioni Onu in determinate materie. La base normativa di questi rapporti a livello unionale si ritrova infatti sia nel TUE che nel TFUE. All'art. 42.1 del TUE, si dichiara che l'Unione nel perseguire l'obiettivo della pace e sicurezza internazionale si attiene ai principi della carta Onu. Mentre il TFUE, nell'art. 208.2, nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, stabilisce che l'Unione e gli Stati membri rispettano gli impegni e tengono conto degli obiettivi riconosciuti nel quadro delle Nazioni Unite e delle altre Organizzazioni internazionali competenti.

[86] Le linee strategiche della lotta al finanziamento del terrorismo internazionale sono state tracciate, nei principi guida, dall'Onu nel 1999, attraverso la Convenzione di New York, con la quale per la prima volta è stata riconosciuta un'autonoma rilevanza della materia; con la stipula della Convenzione, sono state poste le basi a livello internazionale per la repressione penale del fenomeno e per l'estensione al medesimo del sistema di presidi già esistente per la prevenzione e il contrasto del riciclaggio. Nello stesso anno, con la risoluzione n. 1267/1999 il Consiglio di sicurezza dell'Onu ha introdotto come ulteriore misura, specifica per la lotta al terrorismo, una procedura di "congelamento" dei fondi e delle risorse economiche detenuti da persone collegate alla rete terroristica Al-Qaeda, sulla base di una *blacklist* gestita da un apposito comitato (Comitato per le Sanzioni); la risoluzione n.1373/2001 in seguito ha ampliato la portata del sistema delle liste di congelamento, estendendola ad ulteriori liste di persone sospettate di appartenere o sostenere organizzazioni terroristiche gestite direttamente dagli Stati membri. L'Onu ha adottato due nuove risoluzioni nei confronti di Al-Qaeda (risoluzione n. 1989/2011) e dei Talebani (risoluzione n. 1988/2011), in precedenza disciplinati in un'unica risoluzione del Consiglio di sicurezza (risoluzione n.1267/1999). Sono state rafforzate le garanzie procedurali a tutela dei soggetti listati, aumentando la trasparenza dei procedimenti di *listing* e *delisting,* ed è stata rafforzata la figura dell'*Ombusdperson*, competente a valutare le istanze di *delisting.*

ISSN 2279-7238

applicabilità), dovrà essere recepita da norme statali o, nel caso che qui interessa da un regolamento dell'Unione europea[87].

In terzo luogo, riguardo l'impugnabilità degli atti PESC, è ormai assodato che non è possibile esperire l'azione di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE nei confronti di atti adottati nell'ambito dell'ex secondo pilastro, a meno che l'atto non ricada nell'ambito dell'art. 275 TFUE[88]. Questo risulta proprio essere il caso del regolamento attuativo di una risoluzione di *freezing*, potenzialmente lesivo almeno del diritto di proprietà del singolo destinatario. L'art. 275.2 TFUE infatti, si riferisce alla competenza della Corte a pronunciarsi sui ricorsi in annullamento che concernono "il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al Titolo V, capo 2 del Trattato sull'Unione europea". Viene così introdotto nel Trattato l'indirizzo giurisprudenziale emerso dalla sentenza Kadi in poi[89], ribadendo il diritto dei privati di ricorrere contro quelle sanzioni individuali adottate

[87] L'obbligo degli Stati che sono membri dell'UE di attuare le risoluzioni Onu deriva, a livello internazionale, dagli artt. 25 e 48 della Carta delle Nazioni Unite. In particolare l'art. 48 afferma che, le decisioni del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale possono essere eseguite dagli Stati membri delle Nazioni Unite direttamente o mediante la loro azione nelle Organizzazioni internazionali competenti. Questa disposizione non obbliga le Organizzazioni internazionali ad attuare le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, ma sancisce la libertà degli Stati membri di scegliere le forme e i mezzi attraverso cui dare attuazione agli obblighi internazionali. In tal modo si esclude la possibilità per gli Stati di sottrarsi all'adempimento delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in virtù della loro appartenenza all'Unione europea e dell'estraneità di quest'ultima alle Nazioni Unite. A tale proposito rileva inoltre l'art. 103 della Carta Onu, a norma del quale «in caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai membri delle Nazioni Unite con il presente statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, prevarranno gli obblighi derivanti dal presente statuto». In base a questa disposizione nel caso di decisioni del Consiglio di sicurezza dirette ad imporre sanzioni, gli Stati membri delle Nazioni Unite sono tenuti a collaborare nell'attuazione delle misure coercitive, disapplicando altri obblighi convenzionali da cui sono vincolati, qualora l'applicazione di quest'ultimi sia in contrasto con quanto stabilito dall'organo Onu. Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu sono state recepite nel territorio dell'Unione Europea attraverso due distinti provvedimenti del Consiglio: il regolamento (CE) n. 337/2000 (in seguito abrogato dal regolamento (CE) n. 467/2001, a sua volta sostituito dal regolamento (CE) n. 881/2002, emanato in attuazione della risoluzione n. 1267/1999, per i nominativi designati dal Comitato per le Sanzioni Onu; il regolamento (CE) n. 2580/2001, emanato in attuazione della risoluzione n. 1373/2001, per gli ulteriori nominativi designati nell'ambito della giurisdizione dell'Unione Europea, su proposta delle autorità competenti dei diversi Paesi. Negli anni seguenti, misure di congelamento analoghe a quelle previste per i terroristi sono state applicate dall'Unione Europea, anche su impulso dell'Onu, per sanzionare i governi di Paesi accusati di gravi violazioni dei diritti umani, o di minacciare la pace e la sicurezza internazionale; in quest'ultima fattispecie rientrano i Paesi coinvolti in attività di proliferazione di armi di distruzione di massa, al centro di un più ampio pacchetto di misure restrittive. V. a tal proposito G. DE MINICO, *Libertà in tempo di ordinario terrorismo,* in *Federalismi.it*, n. 10/2015; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea,* Torino, 2015, 271.

[88] Riguardo la politica estera e di sicurezza comune (II pilastro), la regola resta l'incompetenza della Corte di giustizia dell'Unione europea infatti l'art. 275 TFUE dichiara che: "la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni. Tuttavia vi sono 2 eccezioni, la prima (art. 40 TUE) riguarda il controllo sul rispetto, da parte delle istituzioni dell'Unione, delle competenze generali dell'Unione e può condurre all'annullamento di un atto emanato ai sensi delle disposizioni sulla PESC in materia. La seconda si riferisce agli atti in materia di PESC che stabiliscono misure restrittive (per esempio, il congelamento dei beni, risorse economiche) a carico di privati: essi sono soggetti al controllo di legittimità che la Corte di giustizia dell'Unione esercita, in via generale, sugli atti dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE e che, in presenza dei motivi di illegittimità previsti da tale norme, può condurre al loro annullamento. In merito all'individuazione e costruzione dei valori della PESC nella giurisprudenza della Corte si v. C. MORVIDUCCI, *I valori dell'azione esterna nella prassi PESC*, in E. SCISO, R. BARATTA,C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione Europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, 53 ss.

[89] Sentenza della Corte di giustizia, del 3 settembre 2008, nelle cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi, in *Raccolta*, I-6351, che riforma le discusse sentenze del Tribunale di I grado del 21 settembre 2005, in Causa T-315/01, Kadi c. Consiglio e Commissione, in *Raccolta*, II-3649, e in Causa T-306/01, Yusuf c. Consiglio e Commissione, in *Raccolta*, II-3533.

ISSN 2279-7238

nei loro confronti, quale che sia il soggetto dell'UE (Organo od Istituzione) ad averlo adottato.

Tornando all'oggetto della nostra analisi occorre rilevare che i fatti che sono all'origine dei casi Yusuf e Kadi sono sin troppo noti per essere qui analiticamente ripercorsi. Basterà ricordare quanto segue. Il 17 ottobre 2001, il Comitato per le sanzioni inseriva i nominativi dei signori Yousuf e Kadi nella lista nera internazionale delle persone sospettate di avere rapporti con Al-Qaeda[90]. L'Unione europea inseriva, a sua volta, i nominativi nella sua lista nera, e le amministrazioni degli Stati membri davano immediata applicazione alla misura di sequestro dei beni.

In questa coppia di sentenze, di cui già la dottrina ha ampiamente discusso [91], l'inadeguatezza del sistema di tutela giurisdizionale dipendeva dalla mancanza di disposizioni che contenessero possibili rimedi contro gli atti di recepimento che prevedevano l'inserimento nelle liste (in questo caso il regolamento), se non la sola possibilità di chiedere la revisione al Comitato per le sanzioni Onu[92], organo ausiliario del

Inoltre con riferimento alla sentenza della Corte di vedano S. CASSESE, *Ordine comunitario e ordine globale,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2008, 1091 ss.; E. CHITI, *I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1093 ss. , mentre con riferimento a quelle del Tribunale si fa rinvio a B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado,* in *Il diritto dell'UE*, 2006, 333 ss.; D. SIMON, F. MARIATTE, *Le Tribunal de première instance des Communautés: Professeur de droit international? À propos des arrêts Yusuf, Al Barakaat International Foundation et Kadi du 21 septembre 2005*, in *Europe*, 12/2005, 6 ss.

[90] In materia si v. per tutti F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, in *Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara (12 e 13 dicembre 2008*), Padova, 2010.

[91] Sentenze del 21 settembre 2005, Causa T-315/01, Kadi c. Consiglio e Commissione e Causa T-306/01, Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione, in *Raccolta*, 2005, II, 03649. Tra i successivi contributi relativi alla coppia di sentenze del 21 settembre 2005 si possono segnalare quelli di E. CHITI, *La prevalenza del diritto delle Nazioni Unite su quello europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 150 ss.; G. DELLA CANANEA, *Una indebita limitazione del* due process of law *da parte delle Nazioni Unite e dell'Unione europea*, *ibidem*, 155 ss.; B. CONCOLINO, *L'applicazione delle sanzioni del Consiglio di sicurezza nella CE: competenza vincolata c. tutela dei diritti umani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 147 ss.; R. DICKMANN, *L'efficacia delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nell'ordinamento comunitario*, in *www.federalismi.it*; A. GIANELLI, *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 131 ss.; P. BONETTI, *In nome della sicurezza internazionale si possono limitare i diritti di difesa, di giusto processo e di proprietà di potenziali finanziatori del terrorismo?*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, I, 144 ss.

V. inoltre, quantomeno, E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council and the Rule of Law,* in *Global Law Working Paper*, 11/2005 (consultabile nel sito Inernet www.law.nyu.edu); C. TOMUSCHAT, *Primacy of the United Nations Law. Innovation Features in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2006, 537 ss.; I. LEY, *Legal Protection Against the UNSecurity Council Between European and International Law: a Kafkaesque Situation?*, in *German Law Journal*, 2007, 279 ss.; C. ECKES, *Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures. The Yusuf and Kadi Judjments of the Court of First Instance*, in *European Law Review*, 2008, 74 ss; E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadì,* in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 1075 ss; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, 2002; G. BONVICINI, *L'Unione europea attore di sicurezza regionale e globale,* in *Quaderni del centro Altiero Spinelli,* Milano, 2015, 152 ss; V. SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'Onu*, in *Rassegna forense*, 2006, I, 147-190; S. FANCELLO e A. PIOLETTI, *Misure antiterrorismo dell'Onu e dell'Unione europea e diritti fondamentali*, in *Foro it.,* 2006, IV, c. 94 ss.; G. DE AMICIS, *Il blocco dei beni e il ruolo dei giudici UE. Gli obblighi ONU non possono ridurre i diritti fondamentali,* in *Dir. e giust.,* 2006, n. 4, 121 ss.

[92] In base a questo sistema le persone indicate nei provvedimenti restrittivi dell'Unione non hanno altra possibilità per tutelare i propri diritti che chiedere ai Paesi di cittadinanza o di residenza di promuovere una domanda di cancellazione al Comitato per le sanzioni, presentando a tal fine tutte le informazioni necessarie. Se tale Paese accoglie la richiesta, deve cercare di convincere il governo che abbia proposto l'iscrizione dell'interessato nell'elenco, a presentare una richiesta al Comitato per le sanzioni, il quale decide all'unanimità. È evidente che tale procedimento non ha alcun

ISSN 2279-7238

Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, di natura esclusivamente politica e non giurisdizionale[93]. In sostanza questa violazione del diritto della difesa inerisce all'atto comunitario volto a dare attuazione alla risoluzione del Consiglio di sicurezza e dunque non all'atto Onu in se.

Il giudice comunitario in queste sentenze, ha assunto un atteggiamento netto. Secondo lo stesso infatti, gli atti di inclusione nelle liste erano insindacabili da parte sua, in quanto costituivano soltanto una misura esecutiva di una ben più importante decisione del Consiglio di sicurezza. Vi era in sostanza, secondo il Tribunale di I grado, una prevalenza della Carta delle Nazioni Unite sul Trattato CE, che impediva ai giudici europei di giudicare la legittimità o meno di una decisione del Consiglio di sicurezza[94]. Il Tribunale invero, ha stabilito la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite sia sul diritto nazionale che su quello comunitario[95]. Pertanto la Comunità deve essere considerata vincolata a questi obblighi alla stessa stregua dei suoi membri, i quali sono tenuti a disapplicare "qualsiasi disposizione di diritto comunitario, seppur di diritto primario o un principio generale di tale diritto, che ostacoli la buona esecuzione dei vincoli loro derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite"[96].

Sostanzialmente l'interpretazione del Tribunale nelle sentenze del 2005 si basava sulla prevalenza degli obblighi contratti ai sensi della Carta delle Nazioni Unite sul diritto interno degli Stati membri e sugli obblighi di diritto internazionale pattizio, compresi quelli

carattere giudiziario ed è rimesso interamente alla discrezionale valutazione di un organo governativo quale il Comitato per le sanzioni (nonché dello stesso governo al quale l'interessato abbia chiesto di assumere una iniziativa per la cancellazione). Il diritto dei singoli ad essere ascoltati veniva concepito dunque solo nell'ambito di un procedimento a più livelli all'interno del quale fondamentale era il ruolo svolto dalle autorità nazionali. Quando tuttavia l'autorità nazionale competente rifiutava nei confronti dei soggetti colpiti dalle misure di congelamento di sottoporre il loro caso al Comitato per le sanzioni al fine di un riesame era prevista la possibilità di proporre ricorso giurisdizionale. Per completare il quadro il principio della effettività della tutela giurisdizionale veniva compromesso anche dalla assoluta segretezza degli elementi di prova forniti dai singoli Stati membri al Comitato per le sanzioni, così come dei motivi che erano a fondamento della inclusione nelle liste. A tale sistema è stata data esecuzione nell'Unione mediante l'adozione di una posizione comune nel quadro della PESC e la successiva emanazione di un regolamento comunitario contenente in allegato l'elenco delle persone individuate dal Comitato per le sanzioni.

[93] Per i giudici europei infatti, l'esistenza di una procedura di riesame avviabile dinanzi al Comitato per le sanzioni "non offre manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale" (par. 322 sent. Kadi) essendo evidente che si tratta di una procedura "di natura diplomatica e interstatale" (par. 323) che come tale contraddistingue il procedimento stesso dinanzi al Comitato: quest'ultimo infatti assume le proprie decisioni per approvazione (per *consensus*), laddove ciascuno dei suoi membri dispone di un diritto di veto, potendo pertanto bloccare l'assunzione della decisione.

[94] Il Tribunale in questa sentenza assume un approccio monista, ossia riguardo all'Unione europea (all'epoca della sentenza Kadi I si parla di Comunità) e ordinamento delle Nazioni Unite, esse sono parte del medesimo sistema. Tra esse prevarrà, a livello gerarchico, il secondo. Le ragioni della prevalenza della Carta delle Nazioni Unite sono: in base all'art 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati una parte ratificante non può invocare ragioni di diritto interno per giustificare il mancato adempimento di un Trattato; in base all'art. 25 della Carta delle Nazioni Unite vi è l'obbligo per gli Stati di dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu; in base all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite vi è prevalenza del dettato della Carta sul diritto dei singoli Stati aderenti alle Nazioni Unite.

[95] In merito al primato della Carta delle Nazioni Unite sul diritto costituzionale interno di ogni Stato membro V. le sentenze della Corte di giustizia, del 24 novembre 1992, Causa C-286/90, Anklagemyndigheden c. Peter Michael Poulsen e Diva Navigation Corp., in *Raccolta,* 1992, I-06019, e del 16 giugno 1998, Causa C-162/96, A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz., in *Raccolta*, 1998, I-03655; in dottrina si v. A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, 2002, 48 ss.

[96] V. par. 240, Causa T-315/01.

ISSN 2279-7238

provenienti dalla CEDU e dal Trattato CE[97]. L'autorità giurisdizionale comunitaria pertanto poteva effettuare soltanto un controllo sulla legittimità di un regolamento comunitario attuativo delle risoluzioni Onu – e quindi indirettamente esercitare un sindacato sulla legittimità delle stesse risoluzioni – per verificare il rispetto dello *jus cogens* e, segnatamente, delle norme imperative sulla tutela universale dei diritti della persona umana[98]. Essa infatti sosteneva in base ad approccio monista che l'Unione (all'epoca della sentenza Kadi si parla di Comunità) e l'ordinamento delle Nazioni Unite sono parte del medesimo sistema. Tra essi prevale a livello gerarchico, il secondo[99].

Le conclusioni del Tribunale avevano suscitato critiche proprio perché la mancanza di sindacabilità stabilita dallo stesso avrebbe garantito in futuro una sorta di immunità giurisdizionale, sia alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza che ad ogni atto interno di esecuzione, rispetto all'applicazione dei diritti fondamentali. Pertanto l'eventuale cancellazione dalla *blacklist* rimaneva – e, pur con alcune innovazioni, rimane oggi, quantomeno con riguardo alla "lista madre", ossia quella adottata a livello delle Nazioni Unite e vincolante, dal punto di vista del diritto internazionale per tutti i Paesi aderenti all'Onu – di esclusiva competenza del Comitato per le sanzioni, al di fuori di qualsiasi procedura giurisdizionale e in perdurante assenza di poteri decisori in capo ad organi terzi ed imparziali.

L'evoluzione giurisprudenziale della sentenza Yousuf e Kadi sono le sentenze Ayadi e Hassan emesse nel luglio 2006, laddove il Tribunale di I grado[100] ha stabilito che il soggetto interessato da una sanzione debba poter ricorrere dinanzi ad un giudice nazionale e, in assenza di una tutela giurisdizionale adeguata, debba sopperire a favore dell'individuo la protezione diplomatica[101]. Ne consegue che l'individuo interessato da una sanzione può

[97] Il principale "punto debole" della ricostruzione in questione consisteva chiaramente – come si era tentato di dimostrare a suo tempo – nella circostanza che la prevalenza assoluta ed incondizionata degli obblighi derivanti dall'ordinamento delle Nazioni Unite si giustificava «dal punto di vista del diritto internazionale». Laddove invece, dal punto di vista dei diritti interni, in particolare ma non solo italiano, si potevano, con tutta evidenza, sollevare fortissime obiezioni, basate sulla pacifica prevalenza, rispetto ai vincoli internazionali, (quantomeno) dei supremi diritti e principi costituzionali. E tali obiezioni – con altrettanta evidenza – avrebbero potuto e dovuto ripercuotersi sulla posizione dell'ordinamento comunitario (e dunque, precipuamente, sul rango ivi spettante agli obblighi derivanti dall'ordinamento delle Nazioni Unite), privando di fondamento gli argomenti grazie ai quali il Tribunale aveva affermato la sostanziale insindacabilità dei regolamenti attuativi delle "sanzioni Onu" ed il connesso "accantonamento" degli stessi diritti e principi fondamentali dell'Unione.

[98] In sostanza, nell'argomentazione del Tribunale la prevalenza dei vincoli derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite (e più in generale degli obblighi internazionali di origine pattizia) su tutti i vincoli interni compresi, dunque, quelli di rango costituzionale, o "super-costituzionale" (ricordiamo che sullo sfondo c'era il problema del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo: inviolabili perfino mediante revisione della Costituzione) veniva fatta discendere dai principi del diritto internazionale consuetudinario, richiamandosi al riguardo l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati «che codifica tali principi».

[99] Il Tribunale di I grado pertanto, in queste sentenze, ha rigettato tutti i motivi di ricorso, ritenendo tra l'altro inesistente l'obbligo di notificare agli iscritti nelle liste fatti ed elementi di prova a loro carico, in quanto le misure restrittive imposte, non risultavano lesive dei diritti fondamentali della persona umana riconosciuti a livello universale.

[100] Sentenze del Tribunale di I grado, del 12 luglio 2006, T-49/04, Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, in *Raccolta*, 2006, II-00052, e T-253/02, Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea, in *Raccolta,* 2006, II-02139.

[101] La posizione del Tribunale di considerare la protezione diplomatica (Sentenza Ayadi, par. 141 e 149), come rimedio sufficiente per tutelare un individuo colpito da misure restrittive, appare in contrasto con ciò che la Corte Internazionale di giustizia aveva detto in passato (nella sentenza Barcelona Traction del 15 febbraio 1970, Belgio c. Spagna), ossia che nel caso ci fossero rimedi giurisdizionali disponibili a livello regionale per la tutela dei diritti fondamentali essi andrebbero sicuramente preferiti alla protezione diplomatica. Il Tribunale, imponendo agli Stati

ISSN 2279-7238

proporre ricorso dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali, contro un eventuale rifiuto abusivo, da parte dell'autorità nazionale competente, di sottoporre il suo caso per il riesame al Comitato per le sanzioni. Inoltre, secondo costante giurisprudenza[102], in assenza di una disciplina comunitaria in tal senso, spetta all'ordinamento nazionale disciplinare la procedura dei ricorsi giurisdizionali volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. Il Tribunale pertanto ribadisce la posizione presa in Kadi, ossia la sua totale mancanza di competenza sulle risoluzioni del Consiglio di sicurezza recepite nell'ordinamento europeo.

La scelta accolta dal Tribunale non risultava condivisibile, in quanto è noto che la tutela diplomatica non presenta alcuna garanzia di effettività, dipendendo dalla discrezionalità di azione dello Stato al quale viene richiesto un intervento. Il Tribunale in questo caso, oltre a considerarla equivalente a quella giurisdizionale, sembra anche aver dimenticato che essa non è un diritto soggettivo proprio del cittadino comunitario[103]. L'esercizio della protezione diplomatica infatti, non conferisce un diritto alla persona interessata di adire direttamente il Comitato per le sanzioni dell'Onu che è l'unica autorità competente a decidere sulla domanda di riesame, con la conseguenza che la tutela dei suoi diritti, dipenderà essenzialmente dalla protezione diplomatica che lo Stato, che è l'unico titolare di tale diritto, offre ai propri cittadini[104].

Queste pronunce, sebbene si iscrivessero nel medesimo percorso tracciato dal Tribunale con le sentenze Yusuf e Kadi, hanno operato, in aggiunta, alcune precisazioni riguardo alla

---

l'obbligo di esercitare la protezione diplomatica ha superato quanto è previsto in merito a questo problema al livello del diritto internazionale. Secondo la tradizionale ricostruzione che emerge nella sentenza della Barcelona Traction, infatti, il ricorso alla protezione diplomatica non costituisce un obbligo ma una facoltà. La discrezionalità dipenderebbe dalla necessità di prendere in considerazione ragioni di natura politico internazionale, che potrebbero indurre a sacrificare le posizioni del singolo a favore degli interessi collettivi. La sentenza, relativa all'identificazione dello Stato legittimato ad intervenire in protezione diplomatica nell'ipotesi in cui il soggetto leso nel godimento dei diritti che gli Stati sono tenuti a garantire agli stranieri sia una persona giuridica, si sofferma incidentalmente sulla distinzione tra obblighi reciproci degli Stati, quali sono quelli che sorgono nell'ambito della protezione diplomatica tra lo Stato territoriale al quale la violazione è imputabile e lo Stato nazionale del soggetto leso, ed obblighi di carattere collettivo od *erga omnes*, che gli Stati assumono nei confronti della Comunità internazionale nel suo insieme. Questi ultimi obblighi riguardano tutti gli Stati, nel senso che, in considerazione dell'importanza dei diritti che sorgono in corrispondenza degli obblighi *erga omnes*, tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti ricevano tutela. V. in materia M. GESTRI, *Consiglio di sicurezza e sanzioni mirate, Obblighi degli stati in "protezione diplomatica" dei singoli?* in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, 353-366.

[102] Si v. sentenza della Corte di giustizia, dell' 8 novembre 2005, Causa C-443/03, Leffler, in *Raccolta*, I-9611.

[103] Sul punto, alla luce delle argomentazioni del Tribunale di I grado veniva ribadito che - nell'ambito di un ricorso relativo alla violazione da parte delle autorità nazionali competenti del diritto degli interessati a domandare il riesame del loro caso al fine di ottenere la loro cancellazione dalla lista - è compito del giudice nazionale applicare il diritto interno provvedendo contemporaneamente a garantire la piena efficacia del diritto comunitario. Proprio nel rispetto di detto principio, il giudice nazionale può, ove occorra, disapplicare una norma nazionale che vi si opponga, come nel caso di una norma che escluda dal controllo giurisdizionale il rifiuto da parte delle autorità nazionali di agire al fine di assicurare la protezione diplomatica dei propri cittadini.

[104] Numerose sono anche qui le questioni riproposte dal giudice comunitario: autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto al diritto internazionale e al sistema giuridico creato dalle NU; necessità di attuazione a livello nazionale delle risoluzioni Onu in conformità alle norme costituzionali; effettività delle istanze di sicurezza dei cittadini e questione dei diritti delle persone sospettate di appartenere ad organizzazioni terroristiche.V. sentenza Ayadi, cit., par. 150 e 152; V. B. CONCOLINO, *L'accesso ai documenti in materia di terrorismo. Note a sentenza. Tribunale di primo grado delle comunità europee, sentenza 26 aprile 2005, cause riunite T-110/03, T-150/03, T-405/0, Jose Maria Sison contro Consiglio dell'Unione europea,* in *DPCE*, 2006, Vol. III, 1136

ISSN 2279-7238

procedura di cancellazione dalla lista e alla portata del relativo controllo giurisdizionale[105]. Dunque, la posizione inizialmente assunta dalla giurisprudenza comunitaria in tema di misure restrittive non aveva risolto il lamentato deficit di tutela nell'ambito delle procedure di *listing*, visto che il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e quello ad un giusto processo avevano ricevuto inadeguata garanzia dalla possibilità, concessa dal regolamento controverso (attuativo di risoluzioni del Consiglio di sicurezza Onu), di chiedere la revisione delle liste al solo Comitato per le sanzioni.

3. Il cambio di orientamento del giudice dell'Unione.

Nelle sentenze successive il Tribunale di I grado si è indirizzato verso una più ampia tutela dei diritti di difesa arrivando ad affermare l'estensione del proprio controllo sugli atti comunitari che attuano le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, circoscrivendolo tuttavia alle sole ipotesi in cui gli atti comunitari stessi non fossero espressione di un potere vincolato, ma comportassero un margine di valutazione discrezionale da parte delle istituzioni comunitarie, che in tal caso non potevano derogare alle garanzie a tutela dei diritti di difesa[106].

Una pronuncia solo apparentemente discordante con la originaria giurisprudenza è la sentenza resa nel caso OMPI. Parliamo di una mera apparenza in quanto il problema qui si poneva in termini diversi. Nello specifico, mentre nelle sentenze Yusuf e Kadi del 2005, l'identificazione dei soggetti da sanzionare è stata fatta sulla base di una delibera del Comitato per le sanzioni Onu e pertanto le Istituzioni europee non avevano alcun potere in merito, nel caso dell'OMPI, l'obbligo generico derivante dalla risoluzione n. 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza[107] ha demandato agli Stati membri dell'Onu il compito di identificare concretamente quali siano le persone, i gruppi e le entità nei confronti dei quali adottare le sanzioni previste da tale risoluzione.

Il punto che faceva la differenza rispetto al caso Kadi va identificato nella circostanza secondo la quale la lista contenente il nome dell'OMPI era allegata al regolamento n.

[105] Queste sentenze sono state annullate dalla Corte di giustizia con sentenza del 3 dicembre 2009, (cause riunite C-399/06 P e C-403/06 P). La Corte infatti, ha dato ragione ai ricorrenti annullando anche i regolamenti impugnati nelle parti in cui riguardano i signori Ayadi e Hassan.

[106] Proprio su queste basi infatti, è stata dichiarata l'illegittimità dell'atto comunitario per violazione dei diritti fondamentali, nella parte relativa all'interessato.

[107] La risoluzione n. 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza, che, all'art. 1, lett. c), impone agli Stati l'obbligo "di congelare senza indugio i fondi e gli altri strumenti finanziari o risorse economiche delle persone che commettono o tentano di commettere atti di terrorismo, li agevolano o vi partecipano, delle entità appartenenti a tali persone o da esse controllate, e delle persone ed entità che agiscono in nome o dietro istruzione di tali persone o entità". A tal fine, il Consiglio ha adottato, a norma dell'art. 15 TUE (art. 29 TFUE) e dell'art. 34 TUE (ora abrogato), le posizioni comuni 2001/930/PESC, relativa alla lotta al terrorismo, e 2001/931/PESC, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo nei confronti di coloro che risultano coinvolti in atti terroristici.

ISSN 2279-7238

2580/2001[108], nel quale l'individuazione da parte della Comunità dei soggetti destinatari delle sanzioni era avvenuta in maniera del tutto autonoma, svincolata cioè dalle prescrizioni del Consiglio di sicurezza. Viceversa, nelle ipotesi in cui le istituzioni agiscano in base ad una "competenza vincolata", indipendentemente da "alcun margine di discrezionalità autonomo", i diritti fondamentali ricevono tutela in quanto sanciti dalle norme del diritto internazionale appartenenti allo *jus cogens*[109]. Le istituzioni dell'Unione cui gli Stati membri hanno delegato le competenze in materia, hanno agito quindi in esercizio di "un potere proprio, che comporta una valutazione discrezionale"[110].

Pertanto tenendo a mente questa considerazione vediamo come con la sentenza OMPI si sia dato avvio ad una nuova fase della giurisprudenza comunitaria, contraddistinta da interventi del Tribunale di I grado di tutela dei principi che caratterizzano la tradizione costituzionale europea. Dunque è proprio la sentenza OMPI[111] a sancire per la prima volta l'annullamento di una decisione comunitaria di inserimento nelle liste, perché "non adeguatamente motivata". Tale sentenza si segnala infatti come una delle più importanti decisioni rese dal giudice comunitario sul diritto alla difesa.

In questo caso il Tribunale, precisando che "un severo controllo giurisdizionale indipendente e imparziale appare tanto più indispensabile poiché rappresenta la sola garanzia procedurale che consenta di assicurare il giusto equilibrio fra le esigenze della lotta contro il terrorismo internazionale e la tutela dei diritti fondamentali"[112], accoglie il ricorso e, constatandone il difetto di motivazione e la violazione dei summenzionati diritti fondamentali, annulla la decisione del Consiglio per la parte che riguarda la OMPI[113]. In

[108] Regolamento (CE) n. 2580/2001 del 27 dicembre 2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, in *GUCE*, L 344, del 28 dicembre 2001.

[109] V. Tribunale di I grado, OMPI, cit., punto 140. Ove si tratti dell'esercizio di una "competenza vincolata", il Tribunale ritiene che "il regolamento impugnato, laddove nell'allegato indica specificamente il ricorrente quale destinatario di un provvedimento individuale di congelamento dei fondi, è sufficientemente motivato in virtù del rinvio effettuato … alla corrispondente designazione operata dal Comitato per le sanzioni".

[110] Su indicazione del Regno Unito infatti, il Consiglio ha proceduto all'inserimento della OMPI negli elenchi dei soggetti nei confronti dei quali si applicano le misure di congelamento con la posizione comune 2002/340/PESC e la decisione 2002/334/CE. V. posizione comune 2002/340/PESC e decisione 2002/334/CE, entrambe del 2 maggio 2002, in *GUUE*, L 116, del 3 maggio 2002.

[111] Sentenza del Tribunale di I grado, del 12 dicembre 2006, Causa T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran contro Consiglio dell'Unione europea (OMPI), in *Raccolta*, 2006, II-04665, par. 119. A marzo 2001 tale Organizzazione istituita nel 1965, con l'obiettivo di creare un regime democratico in Iran, è stata inserita nell'elenco delle organizzazioni vietate ai sensi della legge nazionale sul terrorismo, pur avendo questa Organizzazione dichiarato di voler rinunciare a qualsiasi attività di lotta armata. Il 2 maggio 2002 l'OMPI è stato introdotto nella lista europea allegata alla posizione comune 2002/340/PESC e da lì in poi in ogni aggiornamento successivo. Sulla sentenza OMPI v. A. BALSAMO, G. DE AMICIS, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *C.P.*, 2009, Vol. XLIX, n.1, 419.

[112] V. Tribunale di I grado, OMPI, cit., punto 155.

[113] In una tale circostanza – precisa il Tribunale – in assenza di ragioni imperative riguardanti la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri il rispetto dell'obbligo di motivazione costituisce "l'unica garanzia" che consenta all'interessato, almeno dopo l'adozione di una decisione iniziale di congelamento dei fondi, di avvalersi utilmente dei ricorsi a sua disposizione per contestare la legittimità della detta decisione". Circa il fatto che le esigenze di sicurezza nazionale, quali la lotta al terrorismo, possano giustificare alcune compressioni del diritto alla difesa, v. P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici,* Napoli, 2004, 203. Segnatamente, per quanto riguarda la diffusione degli elementi a carico o le modalità di accesso al fascicolo, cfr., inoltre, Corte europea dei diritti umani, Jasper c. Regno Unito, ricorso n. 27052/95, sentenza del 16 febbraio 2000, par. 51-53, e la giurisprudenza ivi indicata. Sulla legittimità, fondata su motivi di interesse pubblico relativi alla pubblica sicurezza ed alle relazioni internazionali, delle decisioni con cui il Consiglio ha negato sia la

ISSN 2279-7238

particolare, la comunicazione al soggetto interessato delle ragioni specifiche e concrete su cui si fonda la decisione del Consiglio è tanto più necessaria, laddove si tratti di una decisione successiva, che in seguito ad un riesame confermi il mantenimento delle misure sanzionatorie[114], considerato che in tale circostanza dette misure non devono né beneficiare di un effetto sorpresa né, applicarsi con effetto immediato[115] in quanto già in vigore. Il Tribunale infatti opera una distinzione tra decisione iniziale di congelamento dei fondi[116] e quelle successive[117]. Secondo lo stesso non essendo state notificate le ragioni tali da giustificare l'inserimento nella lista, né per quanto riguarda la decisione iniziale né per quelle successive, la decisione impugnata, violando l'obbligo di motivazione ha impedito alla ricorrente di esercitare in maniera soddisfacente il diritto ad una difesa congrua.

Tuttavia sebbene il Tribunale con la sentenza del 2006 avesse disposto l'annullamento della decisione con cui l'OMPI era stata inserita tra i soggetti nei cui confronti si applica il regolamento n. 2580/2001, il Consiglio, con la decisione 2009/62/CE[118], ha mantenuto il nominativo dell'OMPI nell'elenco dei destinatari delle misure di congelamento[119]. Per questo motivo l'OMPI propose nuovamente ricorso al Tribunale per ottenere

consultazione, anche solo parziale, dei documenti che hanno determinato e che giustificano l'inserimento o il mantenimento del nominativo di una persona nell'elenco di coloro che sono assoggettati al congelamento dei capitali e delle attività finanziarie previsto dal regolamento (CE) n. 2580/2001, sia la comunicazione del nome degli Stati che hanno fornito taluni documenti a tale riguardo, v. sentenza della Corte di giustizia, del 1° febbraio 2007, Causa C-266/05 P, Sison c. Consiglio.

[114] V. Tribunale di I grado, OMPI, cit., punto 151; Corte di giustizia, Kadi, cit., punti 347-349.

[115] V. Corte di giustizia, Kadi, cit., punti 338-341.

[116] La procedura che conduce alla decisione iniziale si articola su due livelli: uno nazionale e uno comunitario. Dal punto di vista nazionale, in forza dell'art. 1 della posizione comune 931/2001, la competente autorità giurisdizionale adotta nei confronti dell'interessato una decisione di avvio dell'indagine o una pronuncia di condanna. Nel secondo livello, il Consiglio, all'unanimità decide di includere il nome dell'individuo in questione nella lista, sulla base di informazioni precise. A tale procedura decisionale in due fasi corrisponde una doppia tutela giurisdizionale. Secondo il Tribunale infatti, il diritto al contraddittorio deve essere tutelato al primo stadio ovvero davanti ai giudici nazionali. In particolare, spetta esclusivamente al giudice nazionale competente pronunciarsi sulla regolarità del procedimento che ha condotto all'adozione della decisione nazionale e sul rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo svolgimento di siffatto procedimento. In questa fase pertanto deve essere riconosciuta all'interessato la possibilità di far valere il suo punto di vista, salva ovviamente la possibilità delle limitazioni al diritto della difesa giustificate dal diritto nazionale in particolare per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. A livello comunitario invece, secondo il Tribunale la tutela giurisdizionale presenta una portata non particolarmente rilevante: al giudice comunitario infatti, spetta esclusivamente verificare la sussistenza delle condizioni legali di applicazione del regolamento (CE) n. 2580/2001. Tale sindacato si esaurisce nella possibilità di valutare gli elementi di prova e di informazione dai quali risulta l'esistenza di una decisione nazionale e di verificare, limitatamente al procedimento svolto dinanzi alle istituzioni comunitarie, il rispetto dei diritti della difesa. In merito alla decisione iniziale di inserimento nell'elenco, per motivi di sicurezza e per non compromettere l'effetto sorpresa, è previsto l'obbligo di comunicare gli elementi a carico del soggetto sanzionato solo in seguito.

[117] Più ampia risulta invece la tutela degli interessati in relazione alle decisioni successive, adottate dal Consiglio nelle procedure di riesame periodiche. In tal caso infatti, non essendo necessario salvaguardare l'effetto sorpresa, bisognerà procedere ad una comunicazione dei nuovi elementi a carico e all'audizione del soggetto implicato. In questa fase al Consiglio spetta anche un altro importante compito ossia di verificare le motivazioni che hanno portato il giudice nazionale ad assumere la decisione iniziale. Esse infatti, non solo consentono all'interessato di capire le ragioni alla base dell'iscrizione nella lista e eventualmente di impugnare l'atto, ma permettono ai giudici di valutare appieno tale contestazione. Pertanto le motivazioni devono contenere il riferimento a precise informazioni desunte da decisioni rese dalle autorità giurisdizionali nazionali nel rispetto dei diritti della persona, oppure se il Consiglio ha fondato la sua decisione su informazioni comunicate dagli Stati membri senza l'intervento di un giudice nazionale, che debbano indicare le ragioni per le quali queste informazioni siano tali da giustificare l'inserimento nella lista.

[118] V. decisione 2009/62/CE del 15 luglio 2008, in *GUUE*, L 188, del 16 luglio 2008.

[119] Detta decisione era stata adottata sulla base di nuove informazioni e di nuovi elementi trasmessi dalla Procura antiterrorismo di Parigi, senza che questi ultimi fossero stati previamente comunicati all'Organizzazione interessata.

ISSN 2279-7238

l'annullamento anche della decisone suddetta. Con sentenza del 4 dicembre 2008[120] il Tribunale, riprendendo le motivazioni utilizzate nella precedente sentenza, ha annullato anche la nuova decisione, soffermandosi sempre sulla inosservanza dell'obbligo di motivazione da parte del Consiglio, mancanza che ha condotto all'ennesima violazione dei diritti della difesa.

Il caso in cui invece è stato fondamentalmente negato l'accesso ai documenti di un individuo inserito nelle liste è il caso Sison [121]. Anche in questo caso come nella sentenza OMPI, il ricorrente, viene colpito da una sanzione, che viene adottata in via unilaterale dalla Comunità. Pertanto l'atto comunitario risulta essere, in tale frangente, non più vincolato da una risoluzione Onu, ma discrezionale.

Nello specifico il signor Sison, oltre a presentare ricorso per l'annullamento della decisione 2002/974[122] con cui era stato inserito nelle liste terroristiche, aveva anche chiesto di poter consultare i documenti che avevano portato il Consiglio ad adottare suddetta decisione[123].

Il giudice comunitario nella sentenza dell' 11 luglio 2007[124] ha ribadito quanto già detto nella sentenza OMPI riguardo l'obbligo di motivazione, arrivando tuttavia a conclusioni differenti se non addirittura opposte. Infatti ha sostenuto che le informazioni in possesso delle Istituzioni europee e concernenti persone sospettate di terrorismo, sono da qualificarsi come confidenziali e come tali sono sottratte in linea di principio all'accesso al pubblico. In questa prospettiva la tutela dell'interesse pubblico relativo alla sicurezza collettiva, prevale sull'interesse del singolo alla divulgazione dei documenti, senza che sia necessario fornire all'interessato particolari motivazioni [125]. Il profilo interessante infatti è che nelle argomentazioni del Tribunale, la classificazione di un atto come confidenziale è rimessa alla

[120] Sentenza del Tribunale di I grado, del 4 dicembre 2008, Causa T-284/08, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran contro Consiglio dell'Unione europea (OMPI), in *Raccolta*, 2008, II-3487. Per un ulteriore commento si v. A. M. R. SCERBO, *Il Tribunale di I grado si pronuncia sulla controversia tra il Consiglio e l'Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, in *DPCE*, 2009, n.1, 120 ss.

[121] Sentenza del Tribunale di I grado, dell'11 luglio 2007, Causa T-47/03, in *Raccolta,* 2007, II-00073. Con la sentenza pronunciata il 26 aprile 2005 nelle cause riunite T-110/03, T-150/03 e T-405/03, José Maria Sison c. Consiglio, il Tribunale di I grado ha respinto la domanda d'annullamento proposta dal ricorrente contro tre decisioni con cui il Consiglio gli ha negato la consultazione di documenti, che costituiscono la base della sua decisione di includerlo nell'elenco delle persone soggette a misure restrittive specifiche destinate a combattere il terrorismo, ai sensi dell'art. 2, n. 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001. Il sig. Sison con il presente ricorso chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale.

[122] V. decisione del Consiglio n. 2002/974/CE del 12 dicembre 2002, che attua l'art. 2 , par. 3 del regolamento (CE) n. 2580/2001, relativo a misure restrittive specifiche contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, in *GUUE*, L 337, del 13 dicembre 2002, 85-86.

[123] Il signor Sison, non aveva potuto beneficiare del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in quanto gli era stato negato l'accesso ai documenti posti alla base dell'iscrizione del suo nome nella lista, negandogli in tal modo i diritti ad una difesa efficace. Il Consiglio aveva negato l'accesso alla consultazione dei documenti richiamando al riguardo l'art. 4, n.1, lett a) del regolamento (CE) n. 1049/2001. Secondo il Consiglio infatti la divulgazione della documentazione in esame, avrebbe potuto nuocere alla sicurezza pubblica e alle relazioni internazionali. Di fronte al diniego, Sison aveva proposto 3 separati ricorsi (Causa T-110/03, Causa T-150/03, Causa T-405/03) contro le decisioni, chiedendone l'annullamento. I ricorsi sono stati in seguito riuniti. Si v. I. TAPPEINER, *The fight against terrorism. The lists and gaps,* in *Utrecht L.R.*, 2005, vol. 97, n.1, 115.

[124] Si v. sentenza del Tribunale di I grado dell'11 luglio 2007, Causa T-47/03, Sison c. Consiglio, in *Raccolta*, 2007, II-73.

[125] Si v. a tal proposito D. MARTY, *United Nations Security Council and European Union blacklists of Europe Committee on legal affairs and Human rights report,* 16 november 2007, 8.

ISSN 2279-7238

competenza altamente discrezionale dell'Istituzione europea (in questo caso il Consiglio), la cui decisione è "coperta" dalla responsabilità politica dell'organo e davanti alla quale il sindacato del giudice si arresta[126].

La posizione del giudice europeo negando in questo caso il diritto alla difesa di un individuo ha impedito allo stesso di ottenere un'effettiva tutela giurisdizionale e questo ha suscitato perplessità, in quanto sebbene vi sia un interesse pubblico alla segretezza delle informazioni, occorrerebbe comunque un bilanciamento tra interessi pubblici e privati senza per questo rinunciare al diritto alla difesa, da sempre ritenuto uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea[127].

Altrettanto dubbia appare l'affermazione del Tribunale che la comunicazione della motivazione al pubblico del documento richiesto avrebbe leso l'interesse relativo alla pubblica sicurezza[128], in quanto una tale affermazione rischia di portare a ritenere che, a qualsiasi persona iscritta nell'elenco di sospetti terroristi, debba essere negato il diritto di accesso ai documenti[129].

Il giudice comunitario pertanto, contrariamente a quanto affermato nel caso OMPI, asserisce la preminenza dell'interesse generale sulla lotta al terrorismo, rispetto all'interesse individuale alla divulgazione dei documenti. Esso infatti sembra prospettare un'inversione di tendenza rispetto alla progressiva apertura che precedentemente aveva caratterizzato l'atteggiamento delle istituzioni europee (politiche e giurisdizionali) in tema di accesso ai documenti, determinando una svalutazione del ruolo della motivazione, che diventa non più necessaria di fronte all'esigenza di tutelare interessi pubblici prevalenti

4. L'espressa competenza del giudice comunitario.

La continua ricerca di un equilibrio tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali continuò da parte della Corte nella sentenza Kadi del 2008, laddove troviamo la ferma volontà del giudice comunitario di garantire nuovamente la protezione dei diritti

[126] Come afferma S. VEDASCHI, *War on terrorism v. openness*, in *Dir. Pub. Com. Eur.*, 694, il Tribunale è come se facesse un atto di fede nei confronti del Consiglio, fondando su di esso l'intera argomentazione della decisione.
[127] V. sentenza della Corte di giustizia, del 13 febbraio 1979, Causa C-85/76, Hoffman c. La roche, in *Raccolta*, 1979, 461, punto 9.
[128] Cfr. sentenza Sison, cit., parr.76 -77.
[129] Infatti se i documenti che lo riguardano impongono per la loro peculiare natura una discrezione apposita, è verosimile aspettarsi che il loro accesso verrà negato con una motivazione generica di diniego e questo comporterà inevitabilmente l'impossibilità di fondare un ricorso con dati sufficienti per vincerlo. Con queste considerazioni il Tribunale sembra aver accolto il principio di una presunzione di riservatezza delle informazioni concernenti persone o enti sospetti di terrorismo e da qui la conclusione che, nel caso in oggetto, il documento avrebbe necessariamente leso l'interesse pubblico alla sicurezza.

ISSN 2279-7238

fondamentali, affermando la centralità del principio ad un rimedio giurisdizionale effettivo anche in seguito all'inserimento nelle liste[130].

Le sentenze emesse il 21 settembre 2005 dal Tribunale di I grado[131], annullate dalla Corte di giustizia il 3 settembre 2008 con la sentenza Kadi, avevano circoscritto entro un ambito alquanto limitato il sindacato giurisdizionale del giudice comunitario sui regolamenti che danno attuazione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza Onu, e costituivano quindi espressione di una competenza vincolata, senza alcun margine di discrezionalità autonomo.

In appello la Corte di giustizia ha completamente stravolto il percorso interpretativo seguito dal Tribunale di I grado[132]. Infatti contrariamente all'orientamento precedente accolto dal Tribunale, che sanciva l'impossibilità per il giudice comunitario di sindacare il contenuto del regolamento, limitandone il controllo al rispetto dello *ius cogens*, la Corte di giustizia sancì espressamente una sua competenza riguardo alle violazioni dei diritti fondamentali in materia di terrorismo internazionale e congelamento dei beni. Così facendo la Corte rivendicava l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione e ciò implicava un sostanziale disconoscimento del primato del diritto internazionale e, in particolare, del diritto derivante dalla Carta delle Nazioni Unite.

In questa pronuncia per un verso sono stati riaffermati a vantaggio dei soggetti ricorrenti i diritti e principi "costituzionali" fondamentali dell'ordinamento europeo e, per l'altro, su un piano più generale, si è fornita una ricostruzione dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento comunitario, sostanzialmente opposta rispetto al semplicistico e inaccettabile modello proposto dal Tribunale. Qui si ridisegnano completamente le relazioni tra l'Unione europea e l'Onu, partendo sempre dall'assunto secondo cui, le competenze dell'Unione devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale, compresi i settori in cui incide il cap. VII della Carta dell'Onu[133], e affermando che i principi regolatori dell'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite, non escludono la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla legittimità interna del regolamento comunitario sotto il profilo della sua compatibilità con i diritti fondamentali[134].

---

[130] Sentenza della Corte di giustizia, del 3 settembre 2008, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, in *Raccolta*, 2008, I-06351.

[131] Sentenza del Tribunale di I grado, del 21 settembre 2005, Yusuf, Causa T-306/01, e Kadi, Causa T-315/01, cit., 17.

[132] La decisione della Corte fu subito definita "storica" da molti autori: cfr. ad esempio, quanto alla dottrina italiana, l'intitolazione della sezione dedicata a tale sentenza in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, X, 1088 ss.: "Terrorismo internazionale e principi di diritto. Una sentenza della Corte di giustizia che fa storia" (con contributi di A. SANDULLI, *Caso Kadi: tre percorsi a confronto*; S. CASSESE, *Ordine comunitario e ordine globale*; E. CHITI, *I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo*; M. SAVINO, *Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo; quale bilanciamento?*; G. VESPERINI, *Il principio del contraddittorio e le fasi comunitarie di procedimenti globali*; G. DELLA CANANEA, *Un nuovo* nomos *per l'ordine globale*). Sulla sentenza del 3 settembre 2008 v. inoltre R. DICKMANN, *Il "principio di legalità comunitaria" nel sindacato della Corte di giustizia delle Comunità europee degli atti comunitari esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite* (nota a sentenza della Corte di giustizia del settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05), in *www.federalismi.it*; V. SCIARABBA, O. POLLICINO, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, I, 159 ss.; G. F. FERRARI, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?, ibidem*, 187-192.

[133] Parr. 291 e 293 sentenza Kadi.

[134] Par. 299 sentenza Kadi. Secondo costante elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali di diritto di cui la Corte è chiamata a garantire l'osservanza,

ISSN 2279-7238

La Corte nel 2008 è giunta alla conclusione secondo cui "gli obblighi imposti da un accordo internazionale, non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso". Di conseguenza la Corte ha annullato il regolamento impugnato nella parte relativa ai ricorrenti, consentendo al contempo un mantenimento provvisorio dei suoi effetti, per un periodo non eccedente i tre mesi, così da lasciare agli organi competenti il tempo per adottare, ove lo reputassero necessario, nuovi provvedimenti[135]. Pertanto non era "da escludere che, nel merito, potesse comunque rivelarsi giustificata l'applicazione di misure restrittive ai ricorrenti", risultando quindi necessario mantenere, ex art. 231 TCE, gli effetti del regolamento controverso per un periodo "tale da consentire al Consiglio di porre rimedio alle violazioni constatate", e cioè in sostanza di "reiterare" le misure rispettando però, questa volta, attraverso gli opportuni accorgimenti procedurali, i diritti e principi "costituzionali" propri dell'ordinamento comunitario, nei termini precisati, almeno nei tratti essenziali, dalla stessa Corte.

La Corte di giustizia in sostanza, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale Maduro, accoglie un approccio dualista, in cui diritto dell'Unione e ordinamento delle Nazioni Unite sono due sistemi tra loro diversi e separati[136]. Non ha senso pertanto parlare di gerarchia. Di sicuro esiste un dialogo tra i due ordinamenti, essendo l'Unione permeabile alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, ma nel momento in cui una risoluzione viene recepita all'interno dell'Unione, il giudice europeo dovrà controllare la legittimità della stessa alla luce del plesso normativo europeo (un diritto più tassativo rispetto allo *jus cogens* e per questo meno malleabile e meno soggetto a sentenze "politiche").

Punto saliente pertanto risulta essere l'assunto che il diritto internazionale può trovare applicazione nell'ordinamento europeo solo nel caso in cui non risulti incompatibile con i principi costituzionali di quest'ultimo. Dunque nessun atto comunitario, sebbene di

traendo ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dalle indicazioni emergenti dai Trattati internazionali in tema di diritti dell'uomo, cfr. sentenza della Corte di giustizia, del 26 giugno 2007, C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones, in *Raccolta*, 2007, punto n. 29. Conseguentemente, sempre secondo la Corte, il rispetto di tali diritti costituisce una condizione di legittimità della normativa comunitaria, e le istituzioni di una "comunità di diritto" quale quella costituita fra gli Stati membri dell'UE, non possono ritenersi sottratte al controllo della conformità dei loro atti alla "carta costituzionale fondamentale" rappresentata dal Trattato CE (parr. 281, 284 e 316).

[135] E ciò in quanto, come osservava la Corte, "l'annullamento … del regolamento controverso con effetto immediato avrebbe potuto arrecare un pregiudizio grave ed irreversibile all'efficacia delle misure restrittive imposte da tale regolamento e che la Comunità è tenuta ad attuare, dal momento che, nel lasso di tempo che precede la sua eventuale sostituzione con un nuovo regolamento, il sig. Kadi e la Al Barakaat avrebbero potuto assumere provvedimenti per evitare che possano esser loro nuovamente applicate misure di congelamento di capitali".

[136] Come osservato dall'Avvocato Generale M. Poiares Maduro nelle sue conclusioni del 23 gennaio 2008, dal principio di autonomia del sistema comunitario - affermato dalla Corte sin dal 5 febbraio 1963 con la nota sentenza Van Gend en Loos - non può desumersi negativamente che l'ordinamento giuridico interno della Comunità e l'ordinamento giuridico internazionale "si passino accanto ignorandosi come navi nella notte": il Giudice comunitario deve scrupolosamente tener conto, nel suo apprezzamento, degli obblighi che vincolano la Comunità sul piano internazionale, ma la determinazione dell'effetto di tali obblighi all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario va calibrata con riferimento all'esigenza di salvaguardare la "struttura costituzionale creata dal Trattato".

ISSN 2279-7238

attuazione del diritto internazionale, può essere sottratto al sindacato giurisdizionale[137]. Pertanto detta sentenza è riuscita a superare la distinzione tra l'ipotesi di misure comunitarie autonome e quella di misure meramente attuative di decisioni delle Nazioni Unite, eliminando le rispettive differenti forme di tutela[138].

Alla sentenza della Corte nel caso Kadì il Tribunale fa riferimento nella sentenza Othman c. Consiglio e Commissione, dell'11 giugno 2009[139]. In questo caso, dato che il Consiglio non aveva comunicato al ricorrente gli elementi a suo carico per fondare le misure restrittive imposte nei suoi confronti, né gli aveva concesso il diritto di prenderne conoscenza entro un termine ragionevole dopo la loro adozione, egli non aveva potuto difendere i sui diritti e in particolare quello al contraddittorio dinanzi al giudice comunitario, per cui doveva rilevarsi una violazione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.

Il Tribunale ha accolto il ricorso, ricordando che nella sentenza Kadì la Corte di giustizia aveva annullato il medesimo regolamento n. 881/2002 (attuativo di una risoluzione Onu)[140],

[137] Sentenza Kadi, par. 298. Ci pare pertinente ricordare in proposito che ai sensi dell'art. 24 della Carta delle NU il Consiglio di sicurezza svolge il ruolo di supremo tutore della pace e della sicurezza internazionale. In questa veste il Consiglio di sicurezza ha creato, con la risoluzione n. 1267 del 1999, un sistema coordinato di sequestro dei beni di persone fisiche e giuridiche sospettate di finanziare (o partecipare a) reti terroristiche internazionali. Questo strumento comprime da un lato il diritto di proprietà, poiché limita – sia pure in via temporanea - il libero godimento dei beni da parte dei presunti terroristi; dall'altro, i diritti di *due process*, pregiudicati dalla procedura amministrativa che conduce all'inserimento di un nominativo nella *black list* dell'Onu. Il problema di fondo sta nel fatto che l'ordinamento delle NU fatica a trovare, al suo interno, i correttivi necessari per rimediare a questo *deficit* di tutela. E' vero che, in linea di principio, le decisioni del Consiglio di sicurezza devono rispettare i diritti umani. Ed è anche vero che una risoluzione del Consiglio di sicurezza - la risoluzione n.1822 del 30 giugno 2008 - invita gli Stati membri ad indicare in modo dettagliato i motivi della richiesta di *listing* (par. 12), a comunicare tempestivamente gli addebiti alle persone incluse nell'elenco (par. 17) e ad esaminare in tempi rapidi le richieste di riesame ricevute dal Focal Point appositamente istituito con la risoluzione n.1730 del 2006 (par. 20). Peraltro la sentenza Kadi non fa menzione della risoluzione n.1822 del 2008, limitandosi a fare riferimento (par. 324) alle regole di procedura indicate nelle *guidelines* del Comitato per le sanzioni dell'Onu. Tuttavia, il rispetto di tali principi non è garantito da alcun giudice, poiché la Corte internazionale di giustizia ha da tempo chiarito di non avere giurisdizione sulle decisioni del Consiglio di sicurezza. *International Court of Justice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 giugno 1971*, in *J.C.J. Reports*, 1971, 16 ss, spec. 45.

[138] Si ricorderà che l'orientamento del Tribunale dal quale la Corte si dissocia acquisendo una posizione di netta antitesi, offre tutela a diritti della difesa e di proprietà quali diritti fondamentali dell'Unione solo riguardo ad "autonome" misure comunitarie non attuative di decisioni Onu. In tal senso infatti con la sentenza OMPI il Tribunale aveva annullato una decisione del Consiglio UE, adottata sulla base di misure di alcuni Stati membri e non di una misura delle Nazioni Unite, in quanto il procedimento seguito non aveva rispettato i diritti di difesa del ricorrente.

[139] V. sentenza del Tribunale di I grado, del 11 giugno 2009, Causa T-318/01, Othman c. Consiglio e Commissione, in *Raccolta,* II-1627, sul punto D. SIMON, *Sanctions antiterroriste set droits fondamentaux*, in *Europe,* n. 297, 2009, 15-16; V. SCIARABBA, *Misure antiterrorismo e diritti fondamentali: c'è un giudice a Lussemburgo, ora anche due,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1571-1577.

[140] Il 16 gennaio 2002 il Consiglio di sicurezza ha adottato la risoluzione n. 1390 (2002), che stabilisce le misure da applicare contro Osama bin Laden, i membri dell'Organizzazione Al-Qaeda nonché i Talebani e altri individui, gruppi, imprese ed entità ad essi associati. Tale risoluzione prevede in sostanza, ai suoi paragrafi 1 e 2, il mantenimento delle misure imposte ai sensi dei paragrafi 4, lett. b), della risoluzione n. 1267 (1999), e 8, lett. c), della risoluzione n. 1333 (2000), in particolare il congelamento dei capitali.
Ritenendo che un'azione della Comunità fosse necessaria al fine di attuare la suddetta risoluzione, il 27 maggio 2002 il Consiglio ha adottato la posizione comune 2002/402/PESC, concernente misure restrittive nei confronti di Osama bin Laden, dei membri dell'Organizzazione Al-Qaida e dei Talebani e di altri individui, gruppi, imprese ed entità ad essi associate e che abroga le posizioni comuni 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC e 2001/771/PESC (*GUCE*, L 139, 4). L'art. 3 di tale posizione comune prescrive, tra l'altro, la prosecuzione del congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie o economiche degli individui, gruppi, imprese e entità quali figurano nell'elenco predisposto dal Comitato per le sanzioni secondo le risoluzioni del Consiglio di sicurezza n. 1267 (1999) e n. 1333 (2000). Il 27 maggio 2002 il Consiglio ha adottato, sulla base degli artt. 60, 301 e 308 TCE, il regolamento (CE)

ISSN 2279-7238

nella parte in cui riguardava i ricorrenti (Kadi e Al Barakaat International Foundation), disponendo il congelamento dei loro beni, a causa di una evidente violazione dei diritti fondamentali, quali il diritto di difesa, il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo ed il diritto di proprietà.

Il Tribunale a sua volta, in una posizione di sostanziale simmetria con la svolta giurisprudenziale segnata dalla Corte di giustizia nel settembre 2008, si pronuncia a favore dell'annullamento del regolamento n. 881/2002, per violazione dei diritti fondamentali di Othman[141]. Infatti poiché il Consiglio non aveva comunicato al ricorrente gli elementi assunti a suo carico per fondare le misure restrittive imposte nei suoi confronti[142], né gli aveva concesso il diritto di prenderne conoscenza entro un termine ragionevole dopo l'adozione di tali misure, egli non era stato in grado di esprimere in tempo utile il suo punto di vista in proposito[143].

Il nuovo orientamento in tema di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della lotta al terrorismo viene ripreso dalla Corte di giustizia nella sentenza di appello Ayadi e Hassan del dicembre 2009[144], in cui, in totale sintonia con i concetti definiti in Kadì 2008, la Corte ribadisce che, i giudici comunitari sono competenti ad esercitare un controllo sulle misure di attuazione dell'UE alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e ha proceduto pertanto all'annullamento delle decisioni del Tribunale. Si ricorderà infatti che i ricorsi di annullamento dei sig.ri Ayadi e Hassan nel 2006 furono respinti dal Tribunale, che aveva statuito la totale mancanza di competenza delle giurisdizioni comunitarie.

In questa decisione finale emerge una reale preoccupazione per una tutela effettiva della pace e della sicurezza internazionale minacciate dal terrorismo, anche se è ancora più accentuata la volontà di indirizzare la soluzione del problema in direzione degli Stati membri, insistendo ripetutamente sul ricorso a rimedi giurisdizionali interni per tutelare la posizione degli interessati.

---

n. 881/2002, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani e abroga il regolamento (CE) n. 467/2001 (*GUCE*, L 139, 9).

141 Nel proprio ricorso, a sostegno delle domande di annullamento dei regolamenti (CE) n. 467/2001 e 2062/2001, il ricorrente ha invocato sostanzialmente tre motivi: il primo relativo alla violazione degli artt. 60 e 301 TCE nonché ad un eccesso di potere, il secondo alla violazione dei suoi diritti fondamentali quali garantiti dagli artt. 3 e 8 della CEDU nonché dei principi generali di proporzionalità e sussidiarietà, e, il terzo alla violazione dell'obbligo di motivazione (par. 59 sent.). Ciononostante il ricorrente, nelle sue osservazioni depositate presso la cancelleria del Tribunale il 31 ottobre 2008, ha dichiarato di rinunciare, alla luce della sentenza Kadi della Corte, al primo e al terzo motivo di ricorso. Di conseguenza ha sviluppato nuovi argomenti nell'ambito del motivo inerente la violazione dei suoi diritti fondamentali. Si vedano i parr. 63-66 della sentenza.

142 Riguardo all'accertamento della legittimità dell'atto impugnato, anche qui come nella sentenza Kadi, viene rilevata la violazione dei diritti di difesa del ricorrente, in particolare quello al contraddittorio.

143 Sia il Consiglio che la Commissione hanno sottolineato l'importanza e la necessità - proprio a seguito della sentenza Kadi - di mettere il ricorrente nelle condizioni di conoscere le motivazioni dei provvedimenti adottati nei suoi confronti, consentendogli di far valere le proprie osservazioni a riguardo, così parr. 71 e 73 sent. Sul punto proprio il Tribunale segnala (par. 97 sent.) che il Consiglio e la Commissione avevano dichiarato di avere già "intrapreso talune azioni, in particolare presso il Comitato per le sanzioni, al fine di adeguare i procedimenti comunitari di congelamento dei capitali ai principi annunciati dalla Corte" nella sentenza Kadi (si rinvia ai parr. 72 e 73 della sentenza).

144 V. sentenza della Corte di giustizia, del 3 dicembre 2009, Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea, Commissione, e Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea, procedimenti riuniti C-399/06 P e C-403/06 P, in *Raccolta,* 2009, I-11393.

ISSN 2279-7238

Anche la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è trovata in quel periodo_(2012) [145] ad affrontare il delicato bilanciamento tra diritti fondamentali dell'individuo e tutela della sicurezza nazionale ed internazionale contro il terrorismo. Essa infatti condannò la Svizzera per violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) CEDU[146].

I giudici di Strasburgo in questo caso richiamano espressamente la sentenza Kadi del 2008, nella parte in cui si rileva che "i principi che disciplinano l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite, non comportano l'esclusione di un controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali, per il fatto che l'atto in questione mira ad attuare una risoluzione del Consiglio di sicurezza adottata in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite".

Lo stesso principio viene applicato dai giudici di Strasburgo nel caso in esame, affermando che la natura vincolante delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo, non dispensa, gli Stati parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal dovere di rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione stessa.

La sentenza della Corte EDU pertanto rileva che, nel caso di specie, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza non impediscono in alcun modo all'autorità elvetica di introdurre meccanismi interni per verificare che le misure, adottate a livello nazionale, siano conformi non soltanto agli ordini internazionali, ma anche ai diritti fondamentali dei destinatari di tali misure. Questo perché, secondo la Corte EDU, la sanzione lasciava agli Stati sufficiente discrezionalità. Essa pertanto si ritrova a confermare non solo la sentenza Kadi del 2008, ma anche la Othman del 2009, relativamente al fatto che se c'è discrezionalità nell'adottare sanzioni, allora il controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'atto diventa più puntuale[147].

[145] Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, del 12 settembre 2012, ric. n. 10593/08, Nada c. Svizzera.

[146] Nel procedimento promosso da Youssef Nada, uomo d'affari italo-egiziano, il ricorrente era stato confinato per diversi anni nell'enclave di Campione d'Italia, poiché sospettato di essere legato, anche finanziariamente, alla rete terroristica di Al-Qaeda ed Osama Bin Laden. Nel 2001 pertanto, la Confederazione elvetica inseriva il nominativo di Nada in una *blacklist* e gli vietava il transito e l'ingresso in Svizzera, impedendogli in tal modo di muoversi da Campione, dove l'uomo d'affari risiedeva. Tale provvedimento restrittivo si collocava nell'ambito dello specifico contesto delle misure antiterrorismo che la Svizzera, in quanto membro dell'Onu, era chiamata ad attuare in ottemperanza alle diverse risoluzioni (fra cui si annoverano, *inter alia*, la n. 1267/1999 e la n. 1333/2000) del Consiglio di sicurezza. Nel corso degli anni il ricorrente adiva più volte le Corti nazionali, chiedendo l'eliminazione del proprio nominativo dalla *blacklist*, ma senza ottenere alcun risultato. Esaurite le vie di ricorso interno, Nada ricorreva alla Corte EDU, lamentando la violazione degli artt. 5, 8 e 13 Cedu, sostenendo tra l'altro che il divieto di entrare in Svizzera violasse il proprio diritto al rispetto della vita privata - inclusa quella professionale - e familiare. Nada lamentava, inoltre, di non essere stato messo in condizione di ricorrere a rimedi giurisdizionali effettivi ed altresì di essere stato privato, da parte delle autorità svizzere - che non avevano effettuato alcun controllo sulla legittimità di tali misure restrittive - della propria libertà personale.

[147] La Corte ritiene pertanto che la Svizzera non abbia "armonizzato" gli obblighi internazionali (attraverso un'attuazione delle sanzioni conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e pertanto non abbia, assicurato al ricorrente gli strumenti giurisdizionali effettivi e le garanzie di contraddittorio che avrebbero potuto condurre ad una richiesta di cancellazione del proprio nominativo dall'elenco oppure ad una deroga al congelamento dei beni. Sulla scorta di tali osservazioni, che muovono da un'esigenza di armonizzazione tra tutela dei diritti fondamentali del singolo e salvaguardia della sicurezza nazionale e internazionale, la Corte, all'unanimità, riconosce la violazione dell'art. 8 e dell'art. 13 Cedu e condanna lo Stato convenuto al risarcimento di 30.000 euro.

ISSN 2279-7238

Nel luglio 2013 si conclude definitivamente la vicenda Kadi, con la sentenza della grande sezione della Corte di giustizia[148], in cui la Corte assume un profilo ancora più garantista. In questa pronuncia la Corte ribadisce che "spetta al giudice europeo chiedere se necessario, all'autorità competente dell'Unione di produrre informazioni o elementi riservati per esaminare la legittimità delle misure restrittive" [149]. Ma sottolinea "occorre che le informazioni e gli elementi prodotti suffraghino i motivi posti a carico della persona interessata nel senso più preciso ed inequivoco"[150]. Nel caso in cui l'Istituzione competente dell'Unione non renda accessibili al giudice europeo gli elementi probatori allora questi non potranno costituire fondamento della decisione di iscrizione nelle liste impugnata, in quanto il giudice risulterebbe impossibilitato a constatare la fondatezza di tali motivazioni[151].

La Corte nella sentenza richiama ben tre articoli della Carta dei diritti fondamentali, da cui trae le sue deduzioni in ordine al tipo di controllo giurisdizionale da assicurare e, più in generale, ai compiti spettanti al giudice dell'Unione in situazioni di questo genere[152].

Di conseguenza la Corte sancisce che "vero è che considerazioni imperative riguardanti la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri possono ostare alla comunicazione all'interessato di determinate informazioni o di alcuni elementi probatori. Tuttavia, in casi simili, spetta al giudice dell'Unione, cui non possono essere opposti il segreto o la riservatezza di tali informazioni o elementi, attuare, nell'ambito del controllo giurisdizionale che esercita, tecniche che consentano di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza relative alla natura e alle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare la decisione di cui trattasi, con la necessità di garantire adeguatamente all'interessato il rispetto dei suoi diritti processuali, quali il diritto ad essere sentito e il principio del contraddittorio"[153].

Qualora il giudice europeo giunga alla conclusione che non vi siano ragioni valide che ostino "alla comunicazione, per lo meno parziale, delle informazioni o degli elementi probatori in oggetto, esso permette, all'autorità competente dell'Unione, di procedere nei

---

[148] V. sentenza della Corte di giustizia, del 18 luglio 2013, in cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e 595/10 P su impugnazioni della sentenza del Tribunale del 30 settembre 2010 presentate dalla Commissione europea, dal Consiglio dell'Unione europea e dal Regno Unito, in *Raccolta*, 2013, 518.

[149] Par. 120 della sentenza.

[150] Par. 122 della sentenza.

[151] Par. 137 della sentenza.

[152] In primo luogo richiama l'art. 41 della Carta (Par. 99 della sentenza. L'art. 41 veniva già richiamato nella sentenza del 21 dicembre 2011, C-27/09 P, Francia c. People's Mojahedin Organization of Iran) che enuncia il "diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento che gli rechi pregiudizio" e il "diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale".
In secondo luogo, si richiama l'art. 47 («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»), dal quale si desume la necessità che «l'interessato possa conoscere la motivazione della decisione adottata nei suoi confronti affinché possa difendere i propri diritti nelle migliori condizioni possibili e decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente e affinché quest'ultimo possa pienamente esercitare il controllo della legittimità della decisione in questione».
Infine la Corte si ricollega all'art. 52, par. 1, il quale, disciplinando la «portata dei diritti garantiti» dalla stessa Carta, subordina l'ammissibilità di ogni limitazione all'esercizio dei medesimi alla condizione che la limitazione rispetti il contenuto essenziale del diritto di cui trattasi e, in ossequio al principio di proporzionalità, sia necessaria e corrisponda effettivamente ad obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione.

[153] Par. 125 della sentenza.

ISSN 2279-7238

confronti della persona interessata"; qualora invece risulti "che le ragioni addotte dall'autorità competente dell'Unione effettivamente ostino alla comunicazione all'interessato di informazioni o elementi probatori prodotti dinanzi al giudice europeo, sarà necessario bilanciare adeguatamente le esigenze imposte dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, e in particolare dal rispetto del principio del contraddittorio, con quelle derivanti dalla sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri", ad esempio avvalendosi di "possibilità quali la comunicazione di una sintesi del contenuto delle informazioni o degli elementi probatori in questione".

Ed è esattamente questo lo schema di verifica che la Corte applica con rigore nelle circostanze della causa, giungendo alla conclusione che "nessuna delle accuse formulate a carico del sig. Kadi, nell'esposizione dei motivi fornita dal Comitato per le sanzioni, è idonea a giustificare l'adozione, a livello dell'Unione, di misure restrittive nei suoi confronti, e ciò vuoi per insufficienza di motivazione, vuoi per assenza di elementi d'informazione o di prova, atti a suffragare il motivo di cui trattasi, a fronte delle circostanziate contestazioni opposte dall'interessato"[154].

Decisivo dunque appare il passaggio in cui il giudice europeo attribuisce a se stesso "il compito di attuare, nell'ambito del controllo giurisdizionale da esso esercitato, tecniche che consentano di conciliare, per un verso le legittime preoccupazioni di sicurezza quanto alla natura e alle fonti di informazioni prese in considerazione nell'adottare l'atto di cui trattasi e, per altro verso, la necessità di concedere in maniera adeguata al singolo di beneficiare delle regole procedurali"[155]. La Corte attribuisce quindi a sé medesima il potere di individuare il punto di equilibrio tra le ragioni di pubblica sicurezza e i diritti procedurali del singolo. Ciò comporta che le autorità giurisdizionali - nell'attività di valutazione dei limiti imposti alle garanzie di comunicazione e audizione da loro svolta - devono poter avere accesso "anche" alle informazioni tenute segrete per ragioni di sicurezza[156].

5. Interpretazione restrittiva del diritto alla difesa.

Mentre la giurisprudenza fino a questo punto si era concentrata soprattutto sugli atti comunitari di attuazione della normativa internazionale, sebbene con qualche eccezione[157], a partire dalla sentenza Ezz, si opera una distinzione netta tra le decisioni sanzionatorie adottate autonomamente dall'Unione e quelle che danno attuazione alle misure decise dal Comitato per le sanzioni Onu. Per quest'ultime, con la sentenza Kadi 2008, si è posto

[154] Par. 163 della sentenza.
[155] Corte di giustizia, sentenza *Kadi*, par. 344.
[156] Il Tribunale di I grado ha chiarito questa implicazione in una decisione che sotto molti profili anticipa quella in commento, ma che, a differenza del caso in esame, riguardava una autonoma misura europea di sequestro dei beni di una organizzazione sospettata di attività terroristiche, non emanata in attuazione di decisioni Onu. In sentenza del Tribunale di I grado, del 12 dicembre 2006, Causa T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran (OMPI), par. 155-156. Su questi aspetti si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Return to the due process o f law: the European Union and the fight against terrorism*, in *European Law Review,* 2007, vol. 32, 895.
[157] V. Sentenza del Tribunale di I grado, dell'11 luglio 2007, Causa T-47/03, Sison, cit.

ISSN 2279-7238

termine alla questione della sindacabilità degli atti di attuazione. Infatti l'ordinamento europeo, a costo di un rispetto rigoroso dei diritti dell'uomo, può arrivare a violare gli obblighi contenuti nelle risoluzioni delle Nazioni Unite, qualora questi siano incompatibili con i suoi principi costituzionali.

Diverso discorso vale per le sanzioni adottate unilateralmente dall'Unione, da questo momento in poi infatti, la questione si pone non più in termini di coordinamento tra obblighi convenzionali e rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione stessa, ma soltanto in termini di valutazione dell'atto comunitario alla luce del principio dell'onere della prova. In questo ultimo caso bisogna evidenziare che il controllo operato dal giudice europeo risulta paradossalmente molto meno puntuale rispetto a quello operato nei confronti degli atti comunitari che ricalcano quelli del Comitato per le sanzioni.

Pertanto con la sentenza Ezz del 27 febbraio 2014[158] il giudice europeo sembra rendersi conto della necessità di contemperare due diverse esigenze, ossia il diritto dell'individuo a difendersi e di conseguenza ad avere accesso alle motivazioni alla base della procedura che lo interessa, e i motivi di sicurezza dello Stato basati sulla mancanza di indizi in base al quale ha maturato la colpevolezza dell'indagato.

Con questa sentenza il Tribunale arriva ad una soluzione di compromesso, adottando una interpretazione più restrittiva del diritto alla difesa e sostenendo che non è necessario che l'individuo venga a sapere sulla base di quali elementi sia stato sottoposto a misure restrittive, ma basta che lo sappia il giudice nazionale.

A seguito degli accadimenti politici avvenuti in Egitto a partire dal gennaio 2011, il Consiglio dell'Unione europea aveva adottato, il 21 marzo 2011, ai sensi dell'articolo 29 TUE, la decisione 2011/172/PESC, concernente misure restrittive nei confronti di determinate persone[159].

Secondo il giudice europeo una prima misura di congelamento dei beni come quella contenuta nell'allegato della decisione 2011/172, e nell'allegato I del regolamento n. 270/2011, deve poter giovarsi dell'effetto sorpresa[160]. Per tale motivo il Tribunale afferma che il Consiglio non è tenuto, prima dell'adozione di una simile misura, ad avvertire le persone destinatarie di una misura di questo genere e a comunicare i motivi della stessa alla persona interessata, in quanto se il Consiglio dovesse attendere che siano state pronunciate condanne penali nei confronti di dette persone ad opera dei giudici egiziani, l'effetto utile della decisione 2011/172 sarebbe seriamente compromesso[161]. Infatti in una simile ipotesi, le persone interessate disporrebbero, nel corso del procedimento penale, del tempo necessario per trasferire i loro beni in Stati che non pratichino alcuna forma di cooperazione con le autorità egiziane.

[158] V. Sentenza del Tribunale di I grado, del 27 febbraio 2014, Causa T-256/11, in *Raccolta*, 2014, 93.
[159] In *GUUE*, L 76, del 22 marzo 2011, 63.
[160] Ai sensi dell'articolo 215, paragrafo 2, TFUE e della decisione 2011/172, il Consiglio ha adottato il regolamento (CE) n. 270/2011, del 21 marzo 2011, concernente misure restrittive nei confronti di determinate persone, entità e organismi in considerazione della situazione in Egitto.
[161] Sentenza Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione, cit., par. 52, par. 338.

ISSN 2279-7238

Tuttavia il principio del rispetto dei diritti della difesa, nonché il diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'articolo 47, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, impongono, in linea di principio, che l'autorità dell'Unione, che adotta un atto che comporti misure restrittive a carico di una persona o di un'entità, comunichi i motivi su cui tale atto è fondato, per cui, il Consiglio avrebbe dovuto adempiere tale obbligo mediante una comunicazione individuale[162].

Di contro invece, il Tribunale afferma che, la motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Ne deriva che un atto che arreca pregiudizio è sufficientemente motivato quando sia stato emanato in un contesto noto all'interessato, che gli consenta di comprendere la portata del provvedimento adottato nei suoi confronti[163]. La motivazione infatti indicava, da un lato, che il procuratore generale egiziano aveva deciso di confiscare i beni delle persone elencate e, dall'altro, che tale confisca era stata "approvata dal giudice penale". Inoltre secondo la giurisprudenza, soltanto su richiesta della parte interessata il Consiglio è tenuto a consentire l'accesso agli elementi di prova su cui si è fondato per disporre un congelamento dei beni[164]. La comunicazione spontanea di tali elementi di prova costituirebbe infatti una condizione eccessiva.

Bisogna del resto ricordare che secondo il principio della presunzione di innocenza consacrato, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, all'articolo 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, nell'ambito dell'applicazione di misure restrittive, "l'identificazione di una persona come responsabile di un reato non comporta […] necessariamente una condanna per tale reato"[165]. Per cui il Consiglio, adottando la decisione 2011/172, non ha riconosciuto le persone colpevoli, ma si è limitato a precisare che diverse categorie di persone erano sottoposte ad un congelamento dei loro beni, atto che di per sé era privo di carattere penale. Il Consiglio infatti ha iscritto il nome dei ricorrenti nell'elenco allegato alla decisione 2011/172, per il solo motivo che essi erano sottoposti ad un procedimento giudiziario in Egitto, lasciando quindi al giudice nazionale la competenza a decidere sull'atto in questione.

La decisione del Tribunale è stata impugnata dinanzi alla Corte che rigettando tutte le richieste dei ricorrenti ha dato ampiamente ragione al Tribunale di I grado confermando la decisione di quest'ultimo[166].

[162] v. sentenza della Corte di giustizia, del 15 novembre 2012, Causa C-417/11 P, Consiglio c. Bamba, parr. 50 e 53, e giurisprudenza ivi citata.
[163] v. sentenza della Corte di giustizia, Consiglio c. Bamba, cit. supra, parr. 53 e 54, e giurisprudenza ivi citata.
[164] v., in tale senso, sentenza del Tribunale di I grado, del 14 ottobre 2009, Bank Melli Iran c. Consiglio, T-390/08, in *Raccolta,* II-3967, par. 97.
[165] v. Corte EDU, sentenze Allenet de Ribemont del 10 febbraio 1995, serie A, n. 308, parr. da 35 a 36, e Lizaso Azconobieta c. Espagne del 28 giugno 2011, n. 28834/08, par. 37.
[166] V. sentenza della Corte di giustizia, Causa C-220/14 P, del 5 marzo 2015, Ahmed Abdelaziz Ezz, Abla Mohammed Fawzi Ali Ahmed, Khadiga Ahmed Ahmed Kamel Yassin, Shahinaz Abdel Azizabdel Wahab Al Naggar, c. Consiglio dell'Unione europea, e Commissione europea, in *Raccolta*, 2015, 147 ss.

ISSN 2279-7238

L'impostazione di questa sentenza in merito all'onere della prova viene seguita dal Tribunale nella successiva sentenza Portnov[167], dell'ottobre 2015. Anche in questo caso infatti viene lasciata al giudice nazionale la responsabilità a pronunciarsi sulla decisione di inserimento nella lista per il sequestro dei beni del ricorrente. Il Tribunale, richiamando più volte la sentenza Ezz, afferma che i ricorrenti erano stati oggetto di un'ordinanza del procuratore generale del Paese terzo interessato diretta al sequestro dei loro beni, la quale era stata approvata da un giudice penale[168]. Di conseguenza, l'applicazione di misure restrittive nei confronti dei ricorrenti di cui trattasi si basava su concreti elementi di fatto, di cui il Consiglio aveva preso conoscenza.

Per il Tribunale però il Consiglio aveva erroneamente considerato che il ricorrente fosse sottoposto a un'investigazione o a un'indagine preliminare poiché la lettera del Procuratore, sulla quale tale iscrizione si basava, faceva un generico riferimento ad indagini condotte nei confronti del ricorrente, senza tuttavia fornire sufficienti precisazioni quanto ai fatti alla base di tali indagini[169].
Il Tribunale pertanto accolse il ricorso del sig. Portnov e annullò il congelamento dei beni pronunciato nei suoi confronti. Secondo il giudice europeo infatti, una persona non può essere qualificata come responsabile dell'appropriazione indebita di fondi per il solo fatto di essere sottoposta a un'indagine preliminare.

Pertanto il ragionamento in questione non è tanto sul diritto ad una giusta difesa, quanto sull'esistenza o meno di una premessa per l'inserimento nelle liste. L'organo deputato a questo accertamento risulta pertanto essere solo il giudice nazionale, in quanto al giudice unionale spetta unicamente il compito di controllare la legittimità del sistema.

Successivamente nel caso Azarov[170] il Tribunale ha specificato quali sono le circostanze che giustificano l'adozione di misure restrittive, laddove queste sono legate alla mera esistenza di indagini collegate e sviamento di fondi pubblici. Questa sentenza rientra nell'ottica seguita dal giudice europeo di rafforzare le garanzie giuridiche a favore delle persone colpite da tali misure, richiedendo quindi al Consiglio di verificare che i giudici statali indichino i fatti concreti alla base delle loro indagini. Solo in questo caso infatti è permesso al Consiglio di procedere al congelamento delle risorse economiche di questi individui.

Con questa sentenza il sig. Azarov ha ottenuto l'annullamento delle misure impugnate per gli stessi motivi addotti nella causa Portnov[171]. Infatti, quando il sig. Azarov è stato inserito

[167] V. sentenza del Tribunale di I grado, del 26 ottobre 2015, Causa T-290/14, Portnov c. Consiglio, in *Raccolta*, 2015, 806.
[168] V. sentenza Ezz e a. c. Consiglio, cit, par. 132.
[169] V. sentenza Portnov c. Consiglio, cit., par. 40-44.
[170] V. sentenza del Tribunale di I grado, del 28 gennaio 2016, Causa T-331/14, Mykola Yanovych Azarov c. Consiglio, in *Raccolta*, 2016, 49.
[171] Il Tribunale infatti, ha considerato il ricorso ammissibile nonostante entrambi gli atti del 2014 impugnati non siano più in vigore e siano stati sostituiti da altri a loro volta impugnati dal ricorrente. Il giudice dell'Unione riconosce che il sig. Azarov mantiene l'interesse ad agire in relazione all'annullamento degli "atti originari", poiché i provvedimenti restrittivi sono suscettibili di ledere la reputazione di uomo politico e di uomo d'affari, principio stabilito per la prima volta nella Causa Abdulrahim c. Consiglio e Commissione (sentenza del 28 maggio 2013, Causa C-239/12 P). Non è chiaro se queste considerazioni si applicherebbero anche a ricorrenti che non siano uomini politici e uomini d'affari. Tuttavia in linea di principio, tutte le persone i cui beni vengono congelati avrebbero diritto ad ottenere la stessa tutela.

ISSN 2279-7238

nella lista non era stato ancora aperto alcun procedimento penale nei suoi confronti. Dunque, la decisione del Consiglio difetterebbe di motivazione. Infatti solo successivamente all'inserimento nella lista del ricorrente, venne mandata una lettera dell'ufficio del Procuratore generale dell'Ucraina all'Alto rappresentante dell'Unione europea, la quale indicava che erano state aperte indagini relative alla commissione del reato di sviamento dei fondi pubblici.

Il Tribunale mantiene fermo il principio stabilito in Ezz, sulla base del quale, nell'ambito dell'applicazione di misure restrittive, "l'identificazione di una persona come responsabile di un reato non comporta […] necessariamente una condanna per tale reato"[172]. Esso distingue tuttavia le circostanze del ricorso in esame da quelle presenti nella causa Ezz in cui sia il Tribunale, che la Corte di giustizia avevano confermato la legalità delle misure restrittive adottate. Infatti, nella causa riguardante il cittadino egiziano, "i ricorrenti erano stati quantomeno oggetto di un'ordinanza del Procuratore generale del Paese terzo interessato diretta al sequestro dei loro beni, la quale era stata approvata da un giudice penale". Invece la lettera dell'ufficio del Procuratore generale dell'Ucraina, non poteva costituire una base fattuale sufficientemente solida[173] ai fini dell'inserimento del nome del ricorrente nell'elenco.

Alla luce di ciò, occorre soffermarsi su una evidente differenza, in quanto nella causa Ezz la Corte di giustizia aveva stabilito che "al Consiglio o al Tribunale non competeva verificare la fondatezza delle indagini alle quali i ricorrenti erano sottoposti, ma unicamente verificare la fondatezza della decisione di congelamento dei fondi"[174], mentre nel presente ricorso il Tribunale impone in sostanza al Consiglio di verificare se esistano prove sufficienti per l'avvio delle indagini da parte delle autorità dello Stato terzo. Si tratta di un obbligo non facilmente assolvibile dal Consiglio, ma che è comunque funzionale alla protezione dei diritti delle persone, ivi incluse quelle appartenenti alla *leadership* politica statale, che sono meramente indagate per sviamento di fondi pubblici.

Questo orientamento giurisprudenziale trova conferma anche nelle sentenze successive. Nelle sentenze pressoché identiche Yanukovych[175] e Klyuyev[176] del settembre 2016 invero, il Tribunale accoglie le domande dei ricorrenti in quanto il Consiglio non poteva adottare

[172] V. sentenza della Corte di giustizia, Ezz e a. c. Consiglio, cit., par. 72.
[173] Occorre ricordare che, sebbene il Consiglio disponga di un ampio margine di discrezionalità circa i criteri generali da prendere in considerazione ai fini dell'adozione di misure restrittive, l'effettività del controllo giurisdizionale garantito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esige che, nell'ambito del controllo della legittimità delle motivazioni su cui si fonda la decisione di iscrivere o di mantenere il nome di una determinata persona in un elenco di persone sottoposte a misure restrittive, il giudice dell'Unione si assicuri che detta decisione, la quale riveste portata individuale per tale persona, poggi su una base fattuale sufficientemente solida. Ciò implica una verifica dei fatti allegati nell'esposizione delle motivazioni che sottende tale decisione, di modo che il controllo giurisdizionale non si limiti alla valutazione dell'astratta verosimiglianza delle motivazioni dedotte, ma verta sulla questione se tali motivazioni, o per lo meno una parte di esse considerata di per sé sufficiente per supportare la decisione stessa, siano fondate in modo sufficientemente preciso e concreto (v. sentenza della Corte di giustizia, del 21 aprile 2015, Anbouba c. Consiglio, C-605/13 P, in *Raccolta*, 2015, parr. 41 e 45 e giurisprudenza ivi citata).
[174] V. sentenza della Corte di giustizia, Ezz e a. c. Consiglio, cit., par. 77.
[175] V. sentenza del Tribunale di I grado, del 15 settembre 2016, Causa T-348/14, Oleksandr Viktorovych Yanukovych, c. Consiglio dell'Unione europea, in *Raccolta*, 2016, 508.
[176] V. sentenza del Tribunale di I grado, del 15 settembre 2016, Causa T-340/14, Andriy Klyuyev, c. Consiglio dell'Unione europea, in *Raccolta*, 2016, 496.

ISSN 2279-7238

misure restrittive nei loro confronti senza conoscere esattamente i fatti che le avevano giustificate. Infatti la motivazione di una misura di congelamento deve indicare le ragioni specifiche e concrete per le quali il Consiglio considera applicabile all'interessato la normativa pertinente[177]. A tal riguardo, dato che il giudice dell'Unione ha dichiarato che l'identificazione di una persona come responsabile di un reato non implicava necessariamente una condanna per tale reato, ciò non toglie che, dalla giurisprudenza[178] emerge che, in caso di contestazione, è all'autorità competente dell'Unione e quindi al Consiglio che spetta dimostrare la fondatezza dei motivi posti a carico della persona interessata, e non già a quest'ultima che spetta produrre la prova negativa dell'infondatezza di tali motivi[179].

Di sicuro l'avvio di un procedimento giudiziario ai sensi del codice di procedura penale ucraino costituisce un elemento di cui il Consiglio può tenere conto per determinare l'esistenza di fatti che giustificano l'adozione di misure restrittive a livello dell'Unione e per valutare la necessità di adottare siffatte misure al fine di garantire gli effetti delle azioni condotte dalle autorità nazionali. Questo non esclude che l'adozione di misure restrittive rientra nella competenza del Consiglio, il quale decide in modo autonomo sulla necessità e sull'opportunità di adottare simili misure, alla luce degli obiettivi della PESC, a prescindere da una richiesta in tal senso da parte delle autorità del Paese terzo in questione e di qualsiasi altra disposizione da loro adottata a livello nazionale, purché si fondi su una base fattuale solida ai sensi della giurisprudenza pertinente[180].

In virtù di tali considerazioni il Tribunale annulla entrambi le decisioni di inserimento nell'elenco, fino all'entrata in vigore delle decisioni successive che enunciano in modo sufficiente gli elementi che ne costituiscono il fondamento.

A tale riguardo occorre constatare che non competeva al Consiglio verificare la fondatezza delle indagini alle quali i ricorrenti erano assoggettate, bensì unicamente esaminare la fondatezza delle decisioni di congelamento dei fondi, alla luce degli elementi di prova che gli sono stati sottoposti[181]. Entrambi gli imputati hanno pertanto proposto ricorso dinanzi alla Corte che non si è ancora pronunciata in merito.

[177] V. tra le altre sentenza del Tribunale di I grado, del 14 aprile 2016, Causa T-200/14, Ben Ali c. Consiglio, par. 96 e giurisprudenza ivi citata.
[178] In caso di contestazione, è all'autorità competente dell'Unione che incombe il compito di dimostrare la fondatezza dei motivi posti a carico della persona interessata, e non già a quest'ultima di produrre la prova negativa dell'infondatezza di tali motivi (sentenze del 18 luglio 2013, Commissione e a. c. Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, parr. 120 e 121, e del 28 novembre 2013, Consiglio c. Fulmen e Mahmoudian, C-280/12 P, parr. 65 e 66).
[179] v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia, del 5 marzo 2015, Causa C-220/14 P, Ezz e a. c. Consiglio, punti 71 e 72.
[180] v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia, del 21 aprile 2015, Causa C-605/13 P, Anbouba c. Consiglio, in *Raccolta*, 2015, 248, parr. 41 e 45 e giurisprudenza ivi citata.
[181] v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia, del 5 marzo 2015, Causa C-220/14 P, Ezz e a. c. Consiglio, cit., par. 77.

ISSN 2279-7238

6. Recenti orientamenti della giurisprudenza unionale.

Le ultime sentenze in materia di tutela giurisdizionale effettiva, si iscrivono nel medesimo percorso tracciato dal giudice dell'Unione a partire dal 2014 con la sentenza Ezz.

In tale ottica si inserisce la sentenza Safa[182]. Mediante la sua impugnazione la Safa Nicu Sepahan Co., società per azioni iraniana dedita ad attività nucleari, ha chiesto l'annullamento parziale della sentenza del Tribunale del 25 novembre 2014[183], che aveva annullato gli atti[184] che dispongono l'iscrizione del nome della ricorrente negli elenchi, respinto la domanda di risarcimento dei danni materiali e condannato il Consiglio a versare un risarcimento di 50.000 euro a titolo del danno non patrimoniale sofferto dalla ricorrente. La Safa chiese di condannare il Consiglio al pagamento della somma di 5. 662.737,40 di euro, oltre ad interessi, a titolo di risarcimento del danno materiale subìto a motivo dell'inserimento di detta ricorrente nell'elenco dei soggetti sanzionati.

Anche in questo caso i punti cruciali dell'interpretazione fatta dalla Corte sono il difetto di motivazioni e la tutela giurisdizionale effettiva. Dato che il Consiglio ha indicato che l'unico elemento di cui esso disponeva, riguardante l'adozione e il mantenimento di dette misure restrittive, era una proposta di iscrizione promanante da uno Stato membro e che le informazioni contenute in tale proposta erano state riprodotte nella motivazione delle disposizioni controverse, il Tribunale aveva concluso, al par. 38 della sentenza impugnata, che il Consiglio non aveva dimostrato la fondatezza dell'allegazione secondo cui la Safa era una società che aveva fornito del materiale illecito. Poiché tale allegazione costituiva l'unico motivo sotteso all'adozione e al mantenimento di misure restrittive nei confronti della Safa, il Tribunale aveva annullato le disposizioni controverse. Inoltre, aveva constatato l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli, limitando però l'entità del risarcimento.

La Corte ha respinto l'impugnazione proposta ma ha condiviso l'argomentazione sottesa alla sentenza del Tribunale per quanto concerne l'annullamento. Ha infatti affermato che è anzitutto per rispondere all'esigenza di garantire un controllo giurisdizionale effettivo degli atti con cui vengono imposte tali misure che l'obbligo del Consiglio di sostenere con elementi di prova i motivi che giustificano la loro adozione si è progressivamente definito, al pari dell'obbligo di motivare tali atti, nelle sentenze pronunciate dai giudici dell'Unione[185].

---

[182] v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia, del 30 maggio 2017, Causa C-45/15 P, Safa Nicu Sepahan Co. c. Consiglio dell'Unione europea, in *Raccolta*, 2017, 402.

[183] V. sentenza del Tribunale di I grado, del 25 novembre 2014, Safa Nicu Sepahan c. Consiglio, Causa T-384/11, in *Raccolta*, 2014, 986.

[184] V. Allegato I del regolamento di esecuzione (CE) n. 503/2011 del Consiglio, del 23 maggio 2011, che attua il regolamento (CE) n. 961/2010 concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, in *GUUE*, del 24 maggio 2011, L 136, 26.

[185] V., ad esempio, sentenze del 18 gennaio 2007, PKK e KNK c. Consiglio (C-229/05 P, parr. da 111); del 29 giugno 2010, E e F (C-550/09, par. 57); del 13 marzo 2012, Melli Bank c. Consiglio (C-380/09 P, par. 46); del 12 dicembre

ISSN 2279-7238

Il richiamo alla sentenza Kadi risulta palese laddove la Corte ribadisce che il Consiglio deve fornire, in caso di contestazione, informazioni ed elementi di prova nonché la verifica dei fatti che suffraghino le motivazioni addotte ai fini dell'adozione di misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche. Quest'obbligo incombente al Consiglio risultava già, alla data dell'adozione delle disposizioni controverse, da una consolidata giurisprudenza della Corte, contrariamente a quanto sostenuto dallo stesso secondo cui all'epoca dei fatti non era ancora chiaramente consolidata la giurisprudenza in base al quale spettava a lui fornire, in caso di contestazioni, gli elementi di prova[186].

L'incapacità del Consiglio di produrre dinanzi al giudice dell'Unione qualsiasi elemento di prova che consentisse di valutare la legittimità delle misure restrittive adottate nei confronti della ricorrente, ha reso pertanto impossibile qualsiasi controllo giurisdizionale della fondatezza del motivo addotto per giustificare l'adozione di tali misure[187], rendendo illegittimi, anche per questo motivo, gli atti che hanno portato all'inserimento contestato.

Di conseguenza la Corte ha dichiarato che la violazione dell'obbligo suddetto, costituiva una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli. La conclusione che precede non viene invalidata dall'argomento del

---

2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio (T-228/02, par. 159); del 21 marzo 2012, Fulmen c. Consiglio (T-439/10 e T-440/10), parr. 96 e 97, e del 18 luglio 2013, Commissione e a. c. Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P), par. 142. È interessante osservare che, nella sentenza del 18 febbraio 2016, Consiglio c. Bank Mellat (C-176/13 P), il giudice dell'Unione ha confermato l'obbligo del Consiglio di dimostrare la fondatezza delle misure restrittive adottate con elementi di informazione e di prova che consentano al giudice stesso di verificarne la legittimità (par. da 112), precisando, tuttavia, che il Consiglio non è tenuto, quanto meno per quanto riguarda un primo atto di inserimento in un elenco, ad esaminare la pertinenza e la fondatezza di tali elementi, qualora gli vengano presentati da uno Stato membro o dall'Alto rappresentante dell'Unione (par. da 91).

[186] Secondo una giurisprudenza consolidata (v. a tal proposito le sentenze del 1 giugno 1994, Causa C-136/92 P, Commissione c. Brazzelli Lualdi e a., in *Raccolta*, 1994, 211, punti 66 e 81, e del 9 settembre 1999, Causa C-257/98 P, Lucaccioni c. Commissione, in *Raccolta*, 1999, 402, punto 34, nonché ordinanza del 14 dicembre 2006, Causa C-12/05 P, Meister c. UAMI, in *Raccolta,* 2006, 779, punto 82), qualora il Tribunale abbia constatato l'esistenza di un danno, esso è competente in via esclusiva a valutare, entro i limiti della domanda proposta, le modalità e l'entità del risarcimento del danno stesso. Date tali circostanze, occorre dichiarare che il Tribunale ha sufficientemente motivato la propria decisione indicando i criteri adottati per determinare l'importo del risarcimento. Inoltre nonostante le misure restrittive in questione continuassero a produrre effetti pregiudizievoli nei confronti della Safa, occorre constatare che essa non aveva presentato un argomento siffatto in primo grado. Da ciò deriva, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia, del 28 giugno 2005, Cause C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a. c. Commissione, in *Raccolta,* 2005, 408, punto 165 e la giurisprudenza ivi citata), che un motivo presentato per la prima volta nell'ambito del giudizio di impugnazione dinanzi a quest'ultima deve essere respinto in quanto irricevibile. Infatti, nell'ambito di un giudizio di impugnazione, la competenza della Corte è limitata unicamente all'esame della valutazione compiuta dal Tribunale riguardo ai motivi che sono stati discussi dinanzi ad esso. Da ciò deriva che, permettere a una parte di sollevare in tale contesto un motivo che essa non aveva sollevato dinanzi al Tribunale, equivarrebbe a permetterle di sottoporre alla Corte – la cui competenza in materia di impugnazione è limitata – una controversia più ampia di quella su cui il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi. Di conseguenza, anche tale argomento viene respinto in quanto irricevibile.

[187] Il principio secondo cui deve essere garantito un controllo giurisdizionale effettivo sugli atti con cui il Consiglio adotta misure restrittive nei confronti delle persone fisiche o giuridiche è stato affermato dalla Corte molto prima delle sentenze del 21 marzo 2012, Fulmen c. Consiglio (T-439/10 e T-440/10,) e del 18 luglio 2013, Commissione e a. c. Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P). Essa ha affermato, in termini chiari e inequivocabili, che tali misure devono essere sottoposte «a un controllo giurisdizionale adeguato della [loro] legalità sostanziale» e che la portata di tale controllo deve estendersi, in particolare, alla «verifica dei fatti nonché degli elementi probatori e di informazione invocati a [loro] sostegno». L'iscrizione e il mantenimento per quasi tre anni della ricorrente negli elenchi in questione non è mai stato sostenuto da un qualsiasi elemento di prova, il che ha reso impossibile qualunque controllo giurisdizionale da parte del giudice dell'Unione.

ISSN 2279-7238

Consiglio attinente alle difficoltà connesse al carattere riservato di informazioni od elementi di prova che sostengono le motivazioni di una decisione che infligge misure restrittive a una persona fisica. Dunque la Corte respinge il motivo dell'impugnazione.

La questione si è posta anche sotto il profilo del risarcimento del danno, ma non ha portato ai fini dell'esame che qui si svolge conclusioni aggiuntive. La Corte infatti fa suo il ragionamento del Tribunale per quanto concerne la richiesta di un risarcimento maggiore. A questo proposito la Safa censurò il Tribunale per averle concesso soltanto un importo insignificante di 50.000 euro a titolo di risarcimento del danno subìto, sebbene, detto giudice avesse constatato che si trattava di una violazione particolarmente grave i cui effetti erano perdurati per quasi tre anni.

Anche nella sentenza Al-Faqih[188] la Corte segue l'impostazione tracciata dal Tribunale di I grado. In questo caso i ricorrenti avevano impugnato il rigetto della loro richiesta di annullamento dell'atto che imponeva loro particolari misure restrittive[189].

Alla base dell'argomentazione della Corte è sempre la sentenza Kadi del 2013[190]. La Commissione infatti aveva rispettato le tre garanzie procedurali evidenziate dalla Corte nella sentenza Kadi, operando un riesame minuzioso, autonomo e critico delle osservazioni delle parti nonché dell'inserimento deciso dal Comitato per le sanzioni e spingendosi fino ad un esame approfondito e compiuto in prima persona delle conclusioni di detto Comitato. Per cui il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo in questo caso risultava rispettato.

Come si è sopra visto, il Tribunale, con una sentenza del 28 gennaio 2016 aveva accolto il ricorso presentato da Azarov[191] annullando i regolamenti che lo riguardavano. Tuttavia successivamente, il 4 marzo 2016, il Consiglio ha adottato una nuova decisione[192], che reiterava le misure restrittive riguardanti il ricorrente al 6 marzo 2017. Tali atti sono stati oggetto di un nuovo ricorso, proposto dal ricorrente dinanzi al Tribunale al fine di far annullare anche questi atti.

Ad avviso del ricorrente infatti, la decisione del Consiglio di mantenere l'inserimento del suo nome nell'elenco con la creazione di un'altra decisione PESC, non era motivata da alcuna circostanza. Inoltre, il fatto che il Consiglio non avesse comunicato tali motivazioni né simultaneamente all'adozione delle misure restrittive, né il prima possibile dopo averle adottate, avrebbe costituito una violazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

---

[188] Sentenza della Corte di giustizia, del 15 giugno 2017, Causa C-19/16 P, Al-Bashir Mohammed Al-Faqih e altri c. Commissione europea e Consiglio dell'Unione europea, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

[189] Con la loro impugnazione dinanzi alla Corte, i sigg. Al-Bashir Mohammed Al-Faqih, Ghunia Abdrabbah e Taher Nasuf nonché la Sanabel Relief Agency Ltd avevano chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale di I grado, del 28 ottobre 2015, Al-Faqih e a. c. Commissione (T-134/11, non pubblicata,) con cui lo stesso respingeva il loro ricorso avverso l'annullamento.

[190] Sentenza della Corte di giustizia, del 18 luglio 2013, (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P), cit.

[191] Sentenza del Tribunale di I grado, del 7 luglio 2017, Causa T-215/15, Mykola Yanovych Azarov, c. Consiglio dell'Unione europea, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

[192] V. decisione (PESC) 2016/318, con il suo regolamento di esecuzione (UE) n. 2016/311, in *GUUE*, 2016, L 60, 1.

ISSN 2279-7238

Nella sentenza Al-Faqih sebbene si riprenda l'orientamento giurisprudenziale precedente in cui la motivazione dell'adozione di un atto non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, viene per la prima volta in rilievo "il grado di precisione" della motivazione di un atto. Secondo la Corte infatti, la motivazione di un provvedimento deve essere proporzionato alle possibilità materiali ed alle condizioni tecniche o di tempo disponibile nelle quali questo deve essere adottato[193].

Nel caso di specie, si deve rilevare che la motivazione dell'inserimento del nome del ricorrente nel nuovo elenco è specifica e concreta ed enuncia gli elementi che costituiscono il fondamento di tale mantenimento, ossia il fatto che il ricorrente sia sottoposto a un procedimento penale avviato dalle autorità ucraine per appropriazione indebita di fondi o di beni pubblici. Il ricorrente contesta a tal proposito la violazione dei suoi diritti di difesa, in quanto il Consiglio gli avrebbe comunicato informazioni che non erano sufficientemente precise, onde consentirgli di far conoscere in modo utile il suo punto di vista sugli elementi addotti a suo carico. Anche in questo caso si fa esplicito riferimento alla sentenza OMPI, in quanto nel caso di una decisione successiva di congelamento dei capitali, in forza della quale è mantenuto il nome di un individuo nell'elenco delle persone i cui capitali sono congelati, ci deve essere precedentemente una comunicazione degli elementi valutati a carico del destinatario oltre ad essergli conferita l'opportunità di essere previamente sentito[194].

Tale diritto di essere previamente ascoltato deve essere maggiormente rispettato, secondo il giudice europeo, qualora il Consiglio abbia preso in considerazione nuovi elementi a carico della persona interessata dalla misura restrittiva e il cui nome sia soggetto al mantenimento nell'elenco in esame[195]. Questa procedura obbliga pertanto il Consiglio ad ascoltare il ricorrente prima di adottare i suddetti atti[196]. Ma dato che il Consiglio aveva adempiuto puntualmente ai propri obblighi relativi al rispetto dei diritti della difesa, dando la possibilità al ricorrente di avere accesso alle informazioni e agli elementi di prova che avevano motivato il mantenimento delle misure restrittive nei suoi confronti e di presentare le sue osservazioni a titolo della sua difesa, il Tribunale rigetta l'impugnazione.

[193] V. in tal senso anche sentenza del Tribunale di I grado, del 14 aprile 2016, Causa T-200/14, Ben Ali c. Consiglio, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 95 e giurisprudenza ivi citata. Il par. 95 infatti recita: " Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 296 TFUE et de l'article 41, paragraphe 2, sous c), de la charte des droits fondamentaux doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée. Ainsi, d'une part, un acte faisant grief est suffisamment motivé dès lors qu'il est intervenu dans un contexte connu de l'intéressé, qui lui permet de comprendre la portée de la mesure prise à son égard. D'autre part, le degré de précision de la motivation d'un acte doit être proportionné aux possibilités matérielles et aux conditions techniques ou de délai dans lesquelles celui-ci doit intervenir".

[194] V., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia, del 21 dicembre 2011, Causa C-27/09 P, Francia c. People's Mojahedin Organization of Iran, cit., par. 62.

[195] V. sentenze della Corte di giustizia, del 18 giugno 2015, Causa C-535/14 P, Ipatau c. Consiglio, par. 26, e del 13 settembre 2013, Causa T-383/11, Makhlouf c. Consiglio, par. 43.

[196] V. parr. 8 e 17 della sentenza Al-Bashir Mohammed Al-Faqih, cit.

ISSN 2279-7238

Nella sentenza Hamas[197] le questioni sollevate coincidono, in ampia misura, con quelle oggetto della causa Azarov. Come l'impugnazione proposta nell'ambito della suddetta causa anche la presente impugnazione invita essenzialmente la Corte a rivalutare la struttura del meccanismo con il quale sono mantenute misure restrittive dell'UE (ai sensi della posizione comune 2001/931 e del regolamento n. 2580/2001), nonché il ruolo degli Stati membri e degli Stati terzi in tale schema.

Il Consiglio dell'Unione europea ha impugnato la sentenza pronunciata dal Tribunale nella causa T-400/10[198], che annullava una serie di decisioni e di misure esecutive che iscrivevano Hamas nell'elenco delle persone a cui era vietato erogare servizi finanziari, evocando come prove sia una decisione statunitense del 18 luglio 2012, che una decisione del Ministro degli Interni del Regno Unito del 29 marzo 2001. Secondo il Consiglio dato che le decisioni summenzionate sono tuttora in vigore e pertanto sussistono ancora i motivi che hanno fondato l'iscrizione di Hamas nell'elenco di congelamento dei capitali, bisogna concludere che il ricorrente deve restare iscritto in detto elenco. Il Tribunale invece aveva annullato le sue decisioni, in quanto il Consiglio aveva fatto riferimento a decisioni anteriori ai fatti di cui trattasi, mentre aveva l'onere di provare che i fatti e le prove su cui si basava continuano a giustificare la sua valutazione[199].

Orbene, abbiamo più volte evidenziato nella giurisprudenza in merito che, quanto maggiore è il periodo intercorso tra i fatti di cui trattasi e la nuova decisione del Consiglio di mantenere una persona o un gruppo nell'elenco, tanto più stringente è l'obbligo del Consiglio di verificare con diligenza se, all'atto del suo riesame, la sua conclusione continui a essere validamente fondata sulla decisione in parola e sui fatti alla base di essa. Esiste a tal proposito una certa giurisprudenza secondo cui basta, per mantenere una misura sanzionatoria, che ci sia prova di un elemento che giustifichi la misura[200]. Quindi, in tal caso, la mancanza della prova di nuove attività terroristiche di Hamas non bastava a rendere illegittimo il regolamento se questo era sostenuto da altre argomentazioni.

Secondo la Corte, il Tribunale era legittimato a ritenere che, in mancanza di nuove o altre decisioni di un'autorità competente, idonee a costituire una base per considerare che sussistessero ragioni per mantenere Hamas nell'elenco, il Consiglio non poteva fondarsi su una lista di attacchi terroristici asseritamente compiuti da detta organizzazione senza che detti fatti fossero indicati nelle decisioni di un'autorità competente. La Corte ribadisce ancora una volta, seguendo i suggerimenti dell'Avvocato generale[201], che una decisione del Consiglio di congelamento di capitali in materia di terrorismo, non può poggiarsi su elementi che il Consiglio abbia estrapolato dalla stampa o da Internet e permettere al Consiglio di agire in tal modo, significherebbe riconoscere a tale Istituzione la possibilità di

[197] V. sentenza della Corte di giustizia, del 26 luglio 2017, Causa C-79/15 P, Hamas c. Consiglio, non ancora pubblicata in *Raccolta*.
[198] V. sentenza del 17 dicembre 2014, Causa T-400/10, Hamas c. Consiglio, in *Raccolta,* 2014,1095.
[199] Parr. 126 e 127 della sentenza impugnata.
[200] Sentenza della Corte di giustizia, del 28 novembre 2013, Causa C-348/12 P, Consiglio c. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, par. 72 e la giurisprudenza ivi citata.
[201] V. conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston del 22 settembre 2016.

ISSN 2279-7238

svolgere funzioni di autorità competente ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931[202].

Per garantire efficacemente il diritto alla difesa quindi, i giudici di Lussemburgo, in mancanza di un'ulteriore o di una più recente decisione di un'autorità competente (riguardante altri fatti), affermano che l'onere della prova rimane in capo al Consiglio il quale è tenuto comunque riesaminare se, sulla base dei fatti e delle prove contenuti nella decisione su cui si è precedentemente basato, continui a sussistere il rischio di un coinvolgimento in atti terroristici e quindi un motivo per l'iscrizione. Ciò, nel caso in questione, comportava che il Consiglio avrebbe dovuto anche spiegare perché l'ordinanza britannica di proscrizione del 2001 continuava a costituire una base sufficiente per la sua decisione di iscrivere Hamas nell'elenco.

La Corte ha però accolto l'argomentazione del Consiglio, secondo cui il Tribunale, dopo aver accertato che alcune delle ragioni non erano idonee a giustificare la decisione di mantenere Hamas nell'elenco e dovevano pertanto essere annullate, dovesse poi procedere espressamente ad esaminare le altre ragioni e verificare se almeno una di esse fosse in sé sufficiente a suffragare tale decisione. Infatti, solo ove tali altre ragioni non fossero state anch'esse sufficientemente precise e concrete da giustificare l'iscrizione nell'elenco, le misure contestate potevano essere annullate. Il Tribunale in questo caso ha però omesso di compiere tali accertamenti. Il ragionamento del Tribunale era limitato essenzialmente a una valutazione di fatto, ossia che il Consiglio avesse soltanto citato le precedenti decisioni nazionali e dichiarato che restavano valide. Per tali ragioni, la Corte ha ritenuto di annullare la sentenza del Tribunale.

Sia la domanda di Hamas in primo grado, sia l'impugnazione dinanzi alla Corte, vertevano essenzialmente su aspetti processuali piuttosto che di merito, ossia riguardanti soltanto la garanzia dello stato di diritto, il rispetto del giusto processo e i diritti della difesa. La Corte pertanto si è astenuta dall'esprimere qualsiasi opinione sulla questione di merito, ossia se la condotta contestata ad Hamas, come esaminata e valutata da decisioni di autorità competenti, abbia permesso di iscrivere e mantenere il soggetto in questione nell'elenco incriminato, attribuendo in sostanza l'onere della prova unicamente in capo al Consiglio, in quanto la decisione iniziale (o le decisioni iniziali), utilizzata come fondamento per procedere all'iniziale iscrizione, non può sempre essere sufficiente nel contesto del riesame.

7. Conclusioni.

Il recente orientamento del giudice europeo appare indubbiamente innovativo, perché ridisegna, definendolo in termini più concreti e garantisti, il complesso percorso

[202] Posizione comune 2001/931/PESC del 27 dicembre 200, del Consiglio relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, pubblicata nella *GUCE*, del 28 dicembre 2001, L 344.

ISSN 2279-7238

interpretativo avviato nel 2005 con le prime pronunce del Tribunale di prima istanza, mirando ad una determinante valorizzazione del controllo giurisdizionale.

La giurisprudenza in materia è stata incerta passando dall'affermazione progressiva del diritto alla difesa ad un bilanciamento tra valori diversi, quali la tutela del singolo da un lato e la tutela degli interessi statali dall'altro. In tutto questo ha fortemente inciso la percezione del terrorismo che nel corso degli anni si è acuita notevolmente. È inevitabile infatti evidenziare la maggiore efficacia di un'azione antiterroristica comune rispetto ad iniziative condotte in modo isolato dagli Stati membri.

Ciò che va segnalato è proprio la rinnovata funzione del sindacato di legittimità o validità riconosciuta ora al giudice dell'Unione nella materia in questione, che svolge un'opera di integrazione del quadro normativo basato sui principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Il giudice unionale infatti, nella sua attività giurisdizionale, non si limita semplicemente ad un sindacato di legittimità o meno dell'atto, ma concorre a individuare e a costruire i valori della PESC, assumendo quindi un ruolo propulsivo che prima non gli competeva, avendo egli sempre avuto semplicemente una funzione cassatoria.

Ai fini di una maggior tutela del diritto ad una giusta difesa va precisato quindi, che la persona o entità interessata può, nell'ambito del ricorso proposto contro il suo mantenimento nell'elenco controverso, contestare la totalità degli elementi sui quali il Consiglio si fonda, per dimostrare la persistenza del rischio della sua implicazione in attività terroristiche, indipendentemente dalla questione se tali elementi siano ricavati da una decisione nazionale di un'autorità competente o da altre fonti. In caso di contestazione pertanto spetta al Consiglio stabilire la fondatezza dei fatti allegati e al giudice dell'Unione verificare la loro esattezza materiale[203].

Questo pare voglia esprimere l'insieme di regole esistente non soltanto nel sistema europeo, ma altresì nell'ordine giuridico internazionale nel cui ambito si ritrovano già una serie di principi consacrati in Trattati, norme primarie prodotte da organizzazioni internazionali, norme secondarie, principi giurisprudenziali quali la trasparenza, il diritto ad essere ascoltati, l'obbligo di motivazione, il diritto ad ottenere il riesame giurisprudenziale degli atti.

Si è già detto della difficoltà di bilanciare, conciliandoli, il valore della sicurezza e della lotta al terrorismo internazionale da una parte, e il valore della tutela dei diritti fondamentali dei singoli dall'altra.

Con riferimento alle misure contro il terrorismo decise sia in sede Onu che in ambito comunitario, si è visto come sia particolarmente arduo realizzare la conciliazione tra detti valori, sia perché l'attuazione di tali misure dà luogo a un fenomeno pluriordinamentale, sia

[203] V., per analogia, sentenze della Corte di giustizia, del 18 luglio 2013, Cause C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, Commissione e a. c. Kadi, cit., parr. 121 e 124, nonché del 28 novembre 2013, Causa C-280/12 P, Consiglio c. Fulmen e Mahmoudian, parr. 66 e 69.

ISSN 2279-7238

anche per il differente livello di tutela riservato ai diritti fondamentali dei singoli negli ordinamenti coinvolti.

Si è anche detto che sono gli Stati membri dell'Unione europea a provvedere all'attuazione delle decisioni vincolanti del Consiglio di sicurezza mediante l'adozione di posizioni comuni a livello dell'Unione, seguite dall'emanazione di atti dell'Unione (i regolamenti) e, successivamente, di provvedimenti nazionali, ponendo in evidenza che il fenomeno in questione coinvolge gli ordinamenti dell'Onu, dell'Unione europea e degli Stati membri.

Si è tuttavia potuto constatare quanto sia differente il livello di tutela assicurato ai diritti fondamentali degli individui nei diversi ordinamenti interessati. Infatti, mentre gli ordinamenti degli Stati membri e quello dell'Unione riconoscono un ricco *corpus* di diritti e, soprattutto assicurano la tutela giurisdizionale di questi ultimi, il sistema delle Nazioni Unite non trova termini di paragone. Soprattutto tale sistema non contempla la possibilità di un controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti dell'uomo da parte degli atti vincolanti - per l'appunto le risoluzioni - adottate dal Consiglio di sicurezza, sulla base dell'art. 41 della Carta. L'assenza di procedure di controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali, non viene compensata, in questi casi, dalla previsione di un'apposita procedura di cancellazione dalle liste, la quale per il meccanismo di cui dispone, non è in grado di creare un sistema di garanzia dei diritti fondamentali comparabile a quello predisposto dagli ordinamenti statali e dal sistema giuridico comunitario.

Occorre tuttavia rilevare, che dal complesso delle sentenze commentate in questo lavoro, emerge significativamente la contraddizione in atto tra l'alto livello di codificazione ed elaborazione degli strumenti di tutela dei diritti umani codificato nel continente europeo, e l'eccessiva compressione degli stessi posta in essere dai giudici unionali, sulla spinta di eventi quali la crisi economica globale, le migrazioni, e la minaccia del terrorismo transnazionale. La maniera più efficace per proteggere la democrazia da un pericolo esterno infatti, prevede la realizzazione, solo astrattamente semplice, di un bilanciamento di interessi. Il giudice unionale è chiamato a porre su un piatto della bilancia la necessità di proteggere la democrazia, dalla minaccia rappresentata dal terrorismo e sull'altro l'esigenza di garantire la tutela dei diritti fondamentali dell'essere umano dalla limitazione eccessiva dovuta all'applicazione delle misure di emergenza.

In uno stato di eccezione, quale quello determinato dal terrorismo, i diritti individuali si trovano a essere limitati allo scopo, giudicato primario, di garantire la sicurezza nazionale. Troppo spesso l'introduzione di misure che intervengono in senso restrittivo sull'apparato di garanzie individuali o l'irrigidimento della normativa in determinati settori, viene giustificata perché ritenuta strumento indispensabile nella lotta al terrorismo. In queste condizioni il rischio è quello di una strumentalizzazione. Per scongiurare il verificarsi di tale prospettiva l'unica soluzione pare essere quella dell'individuazione di un punto di equilibrio che consenta il raggiungimento di un compromesso accettabile, e comunque a breve termine, tra esigenze di tutela della pubblica sicurezza e garanzia dei diritti individuali.

ISSN 2279-7238

È proprio a queste diverse problematiche che è dovuto l'orientamento oscillante dei giudici europei che sembra abbia trovato la sua strada una volta per tutte. Non ci resta che attendere e riservare ai posteri l'ardua sentenza.

ISSN 2279-7238

La sussidiarieta' tra asimmetrie giudiziali ed asimmetrie sostanziali della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea *

di Francesco Bocchini**

SOMMARIO: 1.- Premessa: metodi ed obiettivi. - 2.- La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. - 3.- Sul dualismo tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. - 4.- La giurisprudenza della Corte Costituzionale. - 5.- Consonanze e dissonanze tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 6.- Riflessione finale.

1.- Premessa: metodi ed obiettivi.

Il lavoro si propone di analizzare il senso e la portata del principio di sussidiarietà nel "diritto vivente" della giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea mettendo a confronto le due giurisprudenze[204].

Il problema è esistano asimmetrie giudiziarie della giurisprudenza relative all'applicazione del principio e, quindi, esistano asimmetrie sostanziali, nell'esperienza giuridica.

Pertanto, dopo aver evidenziato che il principio di sussidiarietà, pur avendo carattere giuridico e non politico, ha natura di clausola generale[205], onde essa è dotata di un elevato

* Contributo sottoposto a *double blind peee review*.

** Professore associato Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise

[204] Sulle peculiarità attuali della giustizia costituzionale v. B. CARAVITA DI TORITTO, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, pp. 60 ss.; ID. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti,* Napoli, 2012, pp. 30 ss.; E. CATELANI- S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, 2015; E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte Costituzionale nella dinamiche dei poteri*, Bologna, 1999, pp. 50 ss.; E. MALFATTI- S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, pp. 15 ss.; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, pp. 50 ss.; A. RUGGERI, *La Corte Costituzionale "equlibrista" tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la corte EDU*, in *Quad. europei*, 36, 2011, pp. 4 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale,* Bologna, 1977 pp. 50 ss. Sulla leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee v. A. SPADARO-P. FALZEA-L. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, pp. 70 ss.; P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*[4], Torino, 2014, pp. 461 ss.

[205] L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*[4], Milano, 2010, pp. 414 ss.; S. A. de **León**, Regions and Subsidiarity in the European Union: A Look at the Role of the Spanish and other Regional Parliaments in the Monitoring of Compliance with the Principle of Subsidiarity, in Eur. Public Law, 2012, pp. 305–321; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; P.A. FERAL, *Le principe de subsidiarité: progrès ou statu quo après le traité d'Amsterdam?*, in *Rev. Marché Un. Eur.,* 1998, p. 3; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto delle Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007; P. KIIVER, *The early warning system for the principle of subsidiarity: constitutioanlo theory and empirical reality, London,* 2012; R. HOFMANN, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p.37; L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *Il principio*

ISSN 2279-7238

grado di elasticità rimessa al giudizio insindacabile della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, il lavoro esamina il problema se il principio di sussidiarietà di origine sovranazionale sia applicato, in maniera divergente, nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento sovranazionale. Si domanda, allora, se esso non si configuri tendenzialmente come un Giano bifronte nei due ordinamenti.

La ricerca tende, infatti, a porre in evidenza le asimmetrie tra ordinamento sovranazionale e ordinamento italiano in ordine all'applicazione giurisprudenziale concreta del principio di sussidiarietà a fronte dell'astratta unicità della enunciazione teorica. Invero le asimmetrie sono rilevanti nonostante l'ascendenza europea del principio di sussidiarietà nella Costituzione.

La prima asimmetria ha natura politico-istituzionale e concerne la stessa origine storica del principio nei due ordinamenti. In Europa -come apparirà dal lavoro- il principio di sussidiarietà è introdotto per trovare un bilanciamento tra la sovranità storica degli Stati nazionali e la faticosa conquista di uno spazio normativo oltre che politico autonomo dell'Europa. In Italia, invece, il punto di equilibrio è rovesciato, nel senso che, all'opposto, esso si pone tra la sovranità storica dello Stato centralista ed il livello più vicino ai cittadini rappresentato dalle Regioni, che cercano di costruirsi una identità politica e normativa all'interno di uno Stato sovrano.

La seconda asimmetria ha natura giuridico-formale, nel senso che mentre in Europa il principio di sussidiarietà viaggia a senso unico, perché sono solo gli Stati a ricorrere contro gli atti legislativi delle istituzioni europee, posto che l'Unione europea non ha mai proposto ricorso contro gli atti legislativi statali per violazione del principio di sussidiarietà, a danno dell'Unione europea, nell'ordinamento italiano il principio di sussidiarietà non viaggia su un solo binario, ma su due binari, perché anche lo Stato può ricorrere avverso le leggi regionali per violazione del principio di sussidiarietà a danno dello Stato.

La terza asimmetria concerne il fatto che in Europa la Corte di Giustizia è arrivata, dopo un lungo percorso, a controllare le "condizioni sostanziali" che devono ricorrere per l'applicazione del principio di sussidiarietà, laddove la Corte Costituzionale ha controllato, sin dall'inizio, le condizioni "sostanziali" nell'applicazione del principio di sussidiarietà e, di recente, ha richiesto la "concertazione" e, addirittura, l'intesa tra Stato e Regioni, rendendo, così, negoziabile, in concreto, il principio di sussidiarietà, in contrasto con l'orientamento della Corte di Giustizia.

La quarta asimmetria concerne la condotta dello Stato italiano che invoca una applicazione del principio di sussidiarietà innanzi alla Corte di Giustizia a favore del livello più vicino ai cittadini che rispetto all'Europa è rappresentato dagli Stati, laddove davanti alla Corte Costituzionale, al di là delle enunciazioni astratte, esso tende ad applicare una filosofia

di sussidiarietà orizzontale e la formazione delle norme, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, p. 305.

ISSN 2279-7238

regionalista a danno dell'autonomia legislativa delle Regioni.

L'analisi si conclude con una riflessione sul rapporto tra la giurisprudenza in tema di sussidiarietà e la giurisprudenza in tema di controlimiti nazionali ai limiti comunitari posti dall'ordinamento sovranazionale agli ordinamenti nazionali, in applicazione del principio di sussidiarietà.

2. - La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea muove da un rilievo di ordine quantitativo concernente il numero delle decisioni. Dal 2001 ad oggi, a fronte di circa duecento sentenze della Corte Costituzionale sul principio di sussidiarietà, si registrano poche decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che hanno espressamente fatto applicazione del principio. Questo dato è rilevante se si pensa che il principio di sussidiarietà è stato introdotto nel Trattato di Maastricht del 1992 e, cioè, dieci anni prima dell'introduzione dello stesso principio nella Costituzione italiana avvenuta nel 2001.

Per comprendere il senso, la portata e l'evoluzione storica del principio di sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea a fronte della giurisprudenza della Corte Costituzionale appare opportuno muovere dall'enunciazione del principio di sussidiarietà[206].

---

[206] Sulla portata del principio di sussidiarietà v. il contributo anticipatore del tema di A. LUCARELLI, *Percorsi del regionalismo* italiano, Milano, 2004, pp. 130 ss. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 66; V. BOCCHETTI, *The principle of subsidiarity in the European Union, more than five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon: outcomes and unresolved questions*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, pp. 13 ss.; M. C. CICIRIELLO, *La Comunità europea ed i suoi principi giuridici*, Napoli, 2004, pp. 164 ss.; D.Z. CASS, *The World That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and Divisions of Powers within the European Community, CLMR,* 1992, 6, pp. 1107 ss.; L. CHIEFFI (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 609; N. EMILIOU, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against the "Enterprise of Ambition"?*, ELR, 1992, P. 404; J. ISENSEE, *Subsidiarität sprinzip und Vrefassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, 1986, p. 137; H. RAINER, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1-2, 1993, pp. 23 ss.; P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 1, 2000, pp. 96 ss.; P. KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity, Constituional Theory and Empirical Reality*, Routledge, 2012, pp. 146 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, pp. 55 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, pp. 5 ss.; P. RIDOLA, *Forma di Stato e principio di sussidiarietà*, in *Associazione italiana Costituzionalisti* (a cura di), *La riforma costituzionale (Atti del convegno 6-7 novembre 1998),* Padova, 1999, pp. 177 ss.; A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; pp. 44 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, 5, 2006, pp. 1 ss.; T. VAN DEN BRINK, *The Substance of Subsidiarity: The Intepretation and Meaning of the Principle after Lisbon*, in M. TRYBUS- L. RUBINI (eds.), *The*

ISSN 2279-7238

Esso è enunciato, per la prima volta, nel 1992 nel Trattato di Maastricht all'esito di un lungo dibattito che trova schierati da un lato la dottrina sociale della Chiesa con l'enciclica di Leone XIII dell'anno 1901 (Rerum Novarum) e con l'enciclica di Pio XI dell'anno 1941 (Quadrigesimo anno), dall'altro il pensiero liberale e dall'altro ancora, il pensiero solidarista socialista. Non a caso l'artefice principale della enunciazione del principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht fu Jacque Delors, cattolico e socialista[207].

Ma il principio nasce subito come un Giano bifronte perché esso intende creare un ponte tra due obiettivi confliggenti: il rafforzamento dell'Europa nei confronti degli Stati, da un lato, e, dall'altro, la difesa della sovranità degli Stati nei confronti dell'Europa. Non a caso le due principali problematiche delle quali la dottrina si occupa sono la natura del principio di sussidiarietà (politica o giuridica) e la sua funzione.

La dottrina, infatti, appare divisa su entrambe le questioni.

Alcuni autori[208] ritengono che il principio abbia natura politica e non giuridica, costituendo il risultato e la premessa dell'allargamento dell'intervento dell'Unione europea in tutti i settori strumentali allo sviluppo della stessa Unione, avendo il principio carattere politico e non giuridico senza possibilità di ricorso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Altri autori[209] ritengono, invece, che il principio dovesse garantire non lo sviluppo dell'Unione europea, ma la sovranità degli Stati nei confronti dell'Europa.

E' importante fissare bene questi caratteri del principio[210] sia perché l'evoluzione successiva della giurisprudenza si comprende alla luce della natura compromissoria del principio, sia perché il dibattito sulla natura del principio, in sede europea, consente un

future of European Law after Lisbon, Cheltenham, 2011, pp. 169 ss. Sulla problematica dei beni comuni v., inoltre, l'efficace prospettiva di A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, 2011, pp. 50 ss.; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013 pp. 50 ss.

[207] Sul contributo di Delors v. L. SICO, voce *Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario,* in *Enc. dir. Agg.*, vol V, Milano, 2001, pp. 1062 ss.; A. TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, pp. 268 ss.; ID., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, pp. 42 ss.; E. VINCI, *Sussidiarietà, democrazia e trasparenza nel Trattato di Maastricht*, in *Jus*, 1994, pp. 453 ss.

[208] R. CARANTA, *I rapporti tra Regioni e Comunità europea: verso un nuovo modo di tutela degli interessi nazionali,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 1229 ss.

[209] L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*[4], cit., pp. 416 ss.

[210] Sulla natura giuridca o politica del principio di sussidiarietà nell'ordinamento europeo v., per tutti, P. GALLAGHER, *The Treaty of Amsterdam and fundamental rights*, in *Irish Journal of European Law*, 1998, pp. 21 ss.; G.F. MANCINI- V. DI BUCCI, *Le development des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire*, in *Collected courses of the Academy of European Law*, I, 1990, pp. 27 ss.; M.H. MENDELSON, *The European Court oif justioce and Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 1981, pp. 125 ss.;. G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Annuario 1999. La Costituzione europea (Atti del XIV Convegno Annuale promosso dall'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Perugia, 7-8 ottobre 1999),* Padova, 2000; D. RECCHIA, *Corte di giustizia delle Comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un "catalogo" europeo dei diritti fondamentali?*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario (Atti del Seminario di Roma, 15-16 ottobre 1990)*, Milano, 1991, pp. 123 ss.; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, pp. 1041 ss.; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 59 ss.; F. ZAMPINI, *La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit européen*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, pp. 659 ss.

ISSN 2279-7238

confronto con l'enunciazione del principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana che avverrà diversi anni dopo, come si vedrà nel seguito della ricerca.

La natura compromissoria del principio emerge dalla sua stessa enunciazione letterale che è espressa non in termini positivi, ma negativi. La lettera del Trattato recita che l'Unione europea non può legiferare in materia di potestà legislativa concorrente con gli Stati, a meno che gli Stati svolgano un'azione "insufficiente" per il raggiungimento di un determinato obiettivo, che "meglio" possa essere raggiunto dalle istituzioni europee. D'altro canto, l'alternativa in ordine alla natura politica o giuridica del principio è stata, poi, nei fatti, superata, perché, al di là dei dibattiti teorici, le istituzioni europee non si sono lasciate intimorire dalla pesante "atmosfera politica" di Maastricht tesa a rafforzare la sovranità degli Stati ed hanno legiferato, con molta larghezza, in materie di potestà legislativa concorrente, grazie soprattutto al fatto che gli Stati, così prodighi nel denunciare, sul piano politico, ogni invasione alla propria sovranità da parte delle istituzioni europee, sono stati, poi, avari di ricorsi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, per denunciare la violazione del principio di sussidiarietà, come subito apparirà.

Ciò detto in ordine alla natura giuridica del principio, dopo un articolato dibattito la dottrina[211] chiarisce che la nota più costruttiva del principio è la sua "dinamicità" fatta propria dalla giurisprudenza costante e consolidata della Corte di Giustizia.

La dottrina ha trasformato, cioè, l'originaria "contraddittorietà" del principio, intesa come nota negativa in una sorta di nota positiva, trasformando la "contraddittorietà" in "elasticità del principio"[212] collegata alla "affermazione più avanzata del nuovo paradigma delle relazioni tra cittadini e istituzioni"[213]. E' stato, così, evidenziato[214] che il principio può essere considerato come un "ascensore" con conseguente moto e ascendente degli Stati verso l'Unione e discendente dell'Unione verso gli Stati e, quindi, neutro nei rapporti tra la potestà legislativa degli Stati e la potestà legislativa delle istituzioni europee.

L'immagine dell'ascensore sembra rispondere bene al carattere "dinamico" del principio ben evidenziato dalla dottrina[215], perché la sussidiarietà, come un ascensore, può sia privare gli Stati di competenza, quando una loro azione è insufficiente per raggiungere un obiettivo del Trattato, sia privare le istituzioni europee di competenza quando l'azione degli Stati sia riconosciuta come sufficiente a raggiungere gli obiettivi europei. Ma, sempre sul piano giuridico, la conclamata natura di "clausola generale" del principio, ha portato la dottrina a poggiare, come si vedrà, il medesimo principio sulle ginocchia dei giudici della Corte di

---

[211] G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, 1998; L. SICO, voce *Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario,* cit., p. 1062; A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. un. eur.,* 1996, p. 64; ID., *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. un. eur.,* 1997, pp. 229 ss. ; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*[4], cit., p. 83.

[212] L. CARPENTIERI, *La sovranità tributaria alla prove dell'Unione europoea e delle spinte federaliste interne*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, p. 230; P. SYRPIS, *Legitimising European Governance: Taking Subsidiarity Seriously within the Open Method of Coordination*, EU Working Paper, Law, 10, 2002; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*[4], cit., pp. 82 ss.

[213] L'immagine è di D. DONATI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella legislazione regionale*, in *www.astrid.it*.

[214] R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2017 p. 91.

[215] A. TIZZANO-R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*[4], Torino, 2016, pp. 326 ss.

ISSN 2279-7238

Giustizia dell'Unione europea, chiamata a riempire, di fatto, volta a volta, il principio stesso di contenuto concreto, individuando i parametri stessi per la sua applicazione[216].

Tanto premesso sul piano generale e venendo alle singole esigenze, è possibile dividere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in due periodi cronologicamente e giuridicamente distinti.

Il primo periodo (1992-2002) è caratterizzato da tre tratti distintivi: a) rispetto, senza alcun sindacato, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in via di principio, delle motivazioni adottate dalle istituzioni europee per attrarre in sussidiarietà le competenze legislative concorrenti degli Stati; b) assenza tendenziale di controllo da parte della Corte di Giustizia della "sufficienza" o "insufficienza" delle azioni degli Stati, in ordine al raggiungimento degli obiettivi europei; c) riconoscimento della legittimità di tutti gli atti legislativi delle istituzioni europee impugnati dagli Stati per manifesta violazione del principio di sussidiarietà.

Il secondo periodo (dal 2002 ad oggi) è caratterizzato da due tratti distintivi: a) applicazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea prima del Protocollo c) del Trattato di Amsterdam del 1997 e, poi, del Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona del 2007 sul controllo delle condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà (art. 5, c.d. procedimentalizzazione del principio); b) controllo, pertanto, del rispetto da parte degli Stati e delle istituzioni europee non solo delle regole del procedimento, ma anche delle condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà (sufficienza o insufficienza dell'azione degli Stati e grado di qualità dell'azione delle istituzioni europee in una sorta di giudizio di comparazione).

L'esame delle singole decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea conferma l'assunto partendo da una riflessione generale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che applica espressamente il principio di sussidiarietà, si riduce a sette decisioni in venticinque anni di applicazione del principio, su ricorso degli Stati avverso atti legislativi delle istituzioni europee[217]. Non vi è, invece, un solo ricorso delle istituzioni europee avverso gli atti legislativi degli Stati per violazione della competenza legislativa europea.

Tanto premesso, nel primo periodo (1992-2002), vi sono solo quattro ricorsi da parte degli Stati e, solo, in un caso, la Corte di Giustizia ha annullato un atto legislativo delle istituzioni europee per violazione del principio di sussidiarietà. Tale osservazione tornerà utile quando si porrà a confronto la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea con la giurisprudenza della Corte costituzionale[218].

---

[216] A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiasrietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 1, pp. 59 ss.; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1999, pp. 726 ss.; J. SCHWARZE, *The Principle Subsidiarity and the Distribution of Powers*, in U. KARPEN (a cura di), *National Legislation in tha European framework*, Baden-Baden, 1995, pp. 132.151.

[217] Per un'efficiente esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*[4], cit., pp. 295 ss.; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Il dir. dell'Uni. eur.*, 1999, pp. 727 ss.; A. TIZZANO-R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*[4], cit., pp. 325 ss.

[218] E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*[2], Torino, 2015, pp. 45 ss.

ISSN 2279-7238

Ciò detto vengo all'esame delle singole decisioni della Corte di Giustizia, anche alla luce della dottrina[219].

Con la sentenza n. 84 del 1996 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel caso Gran Bretagna contro Comunità Europea, avente ad oggetto l'impugnativa di una direttiva in ordine alla organizzazione dell'orario di lavoro dei dipendenti di un'impresa, rigetta il ricorso con una motivazione che non esamina, nel suo contenuto concreto, il principio di sussidiarietà. Il ricorso, quindi, è deciso e rigettato, prescindendosi dall'esame del contenuto concreto del principio di sussidiarietà, nonostante la violazione del principio fosse stata denunciata dalla Gran Bretagna e, successivamente, dalla Germania. E analogo esito avrà il ricorso deciso con la sentenza n. 233 del 1997.

Tutto ciò avveniva nonostante gli Stati in questi giudizi avevano chiesto, in modo chiaro, che la Corte di Giustizia esercitasse un controllo di sufficienza o insufficienza dell'azione degli Stati per raggiungere gli obiettivi europei, ponendo il problema dell'onere della prova in ordine alla sufficienza o meno dell'azione degli Stati. Invero gli Stati avevano domandato alla Corte di Giustizia che fosse l'Unione europea, che aveva emanato gli atti legislativi europei (direttive) a danno della potestà legislativa statale, a fornire la prova che l'azione degli Stati fosse insufficiente e l'azione delle Istituzioni europee fosse migliore e non viceversa. Ma la Corte di Giustizia non valorizza questo motivo del ricorso, rifugiandosi dietro un altro motivo di ricorso nel quale gli Stati si dolevano che la decisione di adottare l'atto legislativo europeo non fosse motivata. Il solo difetto di motivazione attrae tutta l'attenzione della Corte di Giustizia distolta dall'esame concreto sostanziale del contenuto del principio di sussidiarietà e dal problema dell'onere della prova, forse perché, come appare dalla esplicazione della motivazione, il ricorso per difetto di motivazione costituiva l'alibi per non sindacare le condizioni sostanziali e materiali del principio di sussidiarietà. Una volta esaurita la propria attenzione sulla motivazione degli atti legislativi europei, la Corte di Giustizia conclude agevolmente che l'atto legislativo è sufficientemente motivato, arrivando ad affermare che la motivazione può essere, anche, "implicita", non potendosi "pretendere che questo principio di sussidiarietà sia menzionato espressamente"! In breve, la prudenza e la cautela nell'annullare un atto legislativo delle istituzioni europee fanno della Corte di Giustizia non il baluardo degli Stati nei confronti di eventuali abusi delle istituzioni europee ma, almeno nei primi anni di vigenza del principio di sussidiarietà, come si è detto, il garante delle istituzioni europee nei confronti degli Stati.

Ma nel 1997 viene emanato il c.d. Protocollo di Amsterdam che detta le prime regole specifiche per l'applicazione del principio di sussidiarietà. E, allora, con tre sentenze n. 376

[219] Per un commento analitico delle più importanti decisioni della v. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale,* in *AA. VV.. Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, pp. 383-414: A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà,* in *Quad. cost.,* 1, 2001, pp. 14-17; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione europea e il principio di sussidiarietà,* in *Dir. un. eu.,* 1-2, 1997, pp. 232 ss.; V.G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1, 1993, p. 83; L. P. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2004, pp. 1457 ss.; J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità,* in *Quad. cost.,*, 1, 2000, p. 14.

ISSN 2279-7238

del 2000, n. 377 del 2001 e n. 491 del 2002, l'una sulle invenzioni biotecnologiche e le altre due sul tabacco, la Corte di Giustizia comincia ad applicare il Protocollo di Amsterdam non solo nella parte nella quale il Protocollo impone la procedimentalizzazione dell'iter legislativo europeo, imponendo alle istituzioni europee, ma, anche, nella parte nella quale indica le condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà, vale a dire la ricorrenza di quelle che ho definito le condizioni negative e positive perché la sussidiarietà possa trovare applicazione [220].

In realtà, il clima generale cambia dopo l'emanazione del Protocollo di Amsterdam. E, finalmente, arriva la prima sentenza della Corte di Giustizia di annullamento di un atto legislativo europeo, costituito dalla Direttiva n. 43 del 1998 in tema di pubblicità e vendita del tabacco. Questa sentenza n. 376 del 2000, per la verità, non annulla la Direttiva per violazione giuridica del principio di sussidiarietà, ma per la erronea "base giuridica" posta dalle istituzioni europee a fondamento della Direttiva.

La dottrina[221] ha salutato questa sentenza di annullamento come la prima decisione sul principio di sussidiarietà nella quale la Corte di Giustizia comincia a porre un freno alla vera e propria alluvione di atti legislativi europei.

In breve la dottrina guarda il *decisum* (annullamento di una Direttiva europea), più che la motivazione della sentenza.

Sia come sia, la Corte di Giustizia, pur non accogliendo letteralmente il punto del ricorso relativo alla violazione del principio di sussidiarietà, di fatto, arriva allo stesso risultato per altra via, annullando, per la prima volta, una direttiva proposta dalla Commissione e approvata dal Consiglio e dal Parlamento europeo. La dottrina parla, a ragione, di "*de facto subsidiarity analysis*" per significare, qui, che la Corte di Giustizia sembra avvisare le istituzioni europee che è inaugurata l'era dell'annullamento degli atti legislativi europei, vuoi per violazione del principio di attribuzione (teoria della cd. base giuridica della competenza), vuoi per violazione del principio di sussidiarietà. È un passo in avanti rispetto alla giurisprudenza precedente, perché l'annullamento degli atti legislativi europei, per violazione del principio di sussidiarietà, diventa ora, dopo la sentenza del 2000, possibile, anche se negli anni successivi la Corte di Giustizia –come si dirà- non annullerà alcun atto legislativo europeo per violazione del principio di sussidiarietà.

Infatti con la sentenza n. 377 del 2001 la Corte di Giustizia afferma che il principio di sussidiarietà non è violato quando a) la motivazione della Direttiva 98/44 CE impugnata è sufficiente, ancorchè implicita, perché nei Considerando della Direttiva n. 44 del 1998 si chiarisce che, in mancanza di un intervento sovranazionale, lo sviluppo delle legislazioni e delle prassi nazionali avrebbe ostato al buon funzionamento del mercato interno delle invenzioni biotecnologiche; b) l'azione degli Stati non consente di perseguire l'obiettivo

[220] A. TIZZANO-R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*[4], cit., p. 48.

[221] P. LARGHEZZA, *Sul divieto di pubblicità dei prodotti da fumo*, in *Il Foro it.*, 4, 2000, pp. 505 ss.; A. ODDENINO, *La tutela della salute è e resta ancillare rispetto alle altre politiche della comunità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 1, 2001, pp. 380 ss.; L. P. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia*, cit., pp. 1465 ss.; G.E. VIGEVANI, *La Corte di giustizia e la pubblicità del fumo*, in *Quad. cost.*, 1, 2001, pp. 237 ss.

ISSN 2279-7238

consistente nel garantire il buon funzionamento del mercato interno delle invenzioni biotecnologiche a causa delle divergenze tra le normative e prassi nazionali, che la sentenza elenca, onde il risultato non sarebbe raggiungibile con la variegata legislazione dei singoli Stati membri.

A sua volta, con la sentenza n. 491 del 2002, occupandosi ancora della materia del tabacco, la Corte di Giustizia assolve la Direttiva comunitaria 2001/37/CE relativa alla lavorazione, alla presentazione ed alla vendita dei prodotti del tabacco, laddove, con la prima sentenza 376 del 2000, sempre in tema di tabacco, la Corte di Giustizia aveva annullato la Direttiva, per violazione, anche se solo implicita, del principio di sussidiarietà[222].

La sentenza n. 491 del 2002 ha esaminato la Direttiva, anche se l'esame ha avuto esito positivo, sotto il profilo della violazione o meno del principio di sussidiarietà, perché, essendo stati rigettati tutti gli altri motivi di ricorso, la Corte di Giustizia ha dovuto esaminare, ai fini della decisione (punti 177-185), anche il motivo relativo alla presunta violazione del principio di sussidiarietà. La trattazione alquanto approfondita del principio di sussidiarietà dimostra quanta strada è stata percorsa dalla Corte di Giustizia rispetto al primo periodo di applicazione del principio.

In tale prospettiva, la Corte di Giustizia non esita ad affermare che: a) la sussidiarietà attiene all'esercizio delle competenze e non alla loro attribuzione; b) la Direttiva correttamente individua la base giuridica della sua emanazione nell'art. 95 TUE che non attribuisce alle istituzioni europee una competenza esclusiva, in presenza della quale l'utilizzazione del principio di sussidiarietà sarebbe stata impossibile, ma solo una competenza concorrente con quella degli Stati "per migliorare le condizioni di realizzazione e di perseguimento del mercato interno", attraverso l'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi, nonché attraverso l'eliminazione di distorsioni della concorrenza, a causa delle differenze delle legislazioni e prassi nazionali relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco. E l'indicazione dell'art. 133 del Trattato, in aggiunta all'art. 95, come secondo fondamento normativo della Direttiva, secondo la Corte di Giustizia, non ha leso la sostanza della procedura di consultazione seguita nel caso di specie"; c) l'obiettivo del legislatore europeo non poteva essere realizzato in modo soddisfacente mediante una azione intrapresa a livello dei singoli Stati membri per la ricordata diversità di legislazione e prassi tra i diversi Stati; d) l'azione comunitaria, rappresentata dall'emanazione della Direttiva, non ha sorpassato la misura necessaria per realizzare l'obiettivo cui tale azione era diretta[223].

In questa sentenza n. 491 è possibile ravvisare, in relazione alla disciplina del principio di sussidiarietà, due "occasioni mancate": a) la prima occasione mancata è non aver preso posizione in ordine al problema dell'onere della prova delle condizioni che legittimano la

[222] F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Il Dir. dell'un. eur.*, 2004, pp. 633 ss.
[223] A. ALEMANNO, *In margine alla sentenza Critish American Tobacco continua la saga "Union de Pequeòos Agricultores – Jego-Quére?*, in *Dir. un eur.,* 2004, p. 183; ID., *Contentieux: Arrét Directive tabac II*, in *Rev. Droit Unioe europ*, 2002, pp. 852 ss.; F. MARIATTE, *Recevabilité ed cométencesz du Juge national, commentaire n. 48*, in *Europe*, 2003, pp. 13 ss. D. SLATER, *The scope of EC harmonising powers: the ECJ'S Tobacco Case (C-491/01) in Perspective, in German Law Journal*, vol. 4, 2, 2003.

ISSN 2279-7238

legislazione europea in sussidiarietà, per chiarire se la prova dovesse essere fornita dallo Stato ricorrente che impugna l'atto legislativo europeo per qualche suo vizio, sulla base del principio processuale generale sull'onere della prova (*actore non probante reus absolvitur*) o dall'autore dell'atto legislativo impugnato, per l'eventuale sua maggiore vicinanza alla prova; b) la seconda occasione mancata concerne il mancato chiarimento di cosa significhi "insufficienza dell'azione degli Stati" e "azione migliore delle istituzioni europee".

Le occasioni mancate risulteranno, come si dirà, evidenti quando, nel secondo periodo, il Protocollo c) di Amsterdam del 1997 verrà sostituito dal Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona del 2007 che non detterà solo regole di procedure di consultazione ma, anche, cinque precetti di sostanza: a) l'obbligo di motivazione della sussidiarietà negli atti legislativi europei, tenuto conto che, come è noto, i Parlamenti nazionali emanano atti legislativi nazionali senza alcun obbligo di motivazione; b) l'obbligo di redazione *di schede* (ma per la verità il Protocollo non usa l'indicativo per indicare l'obbligo, ma il condizionale "ogni progetto di atti legislativi *dovrebbe* essere accompagnato da una *scheda"*); c) l'obbligo di indicazione dell'impatto finanziario del progetto legislativo; d) l'obbligo di indicazione degli "indicatori qualitativi" e, ove possibile, quantitativi "che confortano" la preferenza per l'atto legislativo europeo come migliore rispetto agli atti legislativi statali; e) l'obbligo di contenimento degli oneri per l'attuazione degli atti legislativi.

Si è richiamata l'attenzione sull'articolo 5 del Protocollo n. 2, perché trattasi di requisiti di contenuto o sostanziali della sussidiarietà e non di mera procedura[224]. La Corte di Giustizia che, nel primo decennio, è stata quasi abbagliata dalla luce europeista, ora sarà chiamata dal Protocollo n. 2 nel secondo periodo a controllare le condizioni e procedurali e sostanziali della legislazione europea in sussidiarietà. Ma va subito rilevato che la Corte di Giustizia, come era stata molto prudente nell'applicazione dell'articolo 5 del Trattato, così appare prudente nell'applicazione del contenuto del Protocollo ponendo l'accento sempre sul profilo procedimentale, preferendo controllare solo eventuali *errores in procedendo* delle istituzioni europee.

Il primo periodo lascia, quindi, in eredità al secondo periodo "l'inizio dei lavori" per l'individuazione del contenuto concreto della disciplina del principio di sussidiarietà.

Nel secondo periodo il potere politico, di fronte alla reticenza o prudenza della Corte di Giustizia, nel riempire di contenuto concreto la "clausola generale" della sussidiarietà, modifica nel 2007, con il Trattato di Lisbona Protocollo n. 2, il Protocollo c) del Trattato di Amsterdam del 1997.

Con questo Protocollo n. 2, oltre a dettare sempre più precise condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà, viene creato, in tema di rapporti tra Parlamenti nazionali ed istituzioni europee, quello che, nel linguaggio della sussidiarietà, è chiamato il cartellino arancione che si aggiunge al cartellino giallo già previsto dal Protocollo c) del

[224] P. DE PASQUALE, *La sussidiarietà nell'ordinamento comunitario: i meccanismi di controllo del principio di sussidiarietà e diritti*, in V. BALDINI (a cura di), Napoli, 2007, pp. 205 ss.

ISSN 2279-7238

Trattato di Amsterdam[225]. In sostanza, anche il Protocollo n. 2 non prevede cartellini rossi perché non è previsto, in nessun caso, l'obbligo delle istituzioni europee di ritirare la proposta legislativa europea inviata ai Parlamenti nazionali, in caso di motivato dissenso dei Parlamenti, posto che il c.d. cartellino giallo, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Protocollo n. 2 implica che "qualora i Parlamenti nazionali abbiano rilevato il mancato rispetto del principio di sussidiarietà almeno con un terzo dei voti attribuiti ai Parlamenti stessi il progetto di atto legislativo europeo deve essere riesaminato[226]. Il Protocollo n. 2 prevede il c.d. cartellino arancione che, a sua volta, non prevede solo l'obbligo del riesame, già previsto dal c.d. cartellino giallo, ma obbliga la Commissione e il legislatore europeo a rispettare una determinata procedura, nel riesame della proposta di atto legislativo europeo, espressamente disciplinata nel dettaglio dal Protocollo.

Venendo all'esame dettagliato di questo secondo periodo della giurisprudenza (dal 2002 ad oggi) è possibile individuare due sottoperiodi: il primo caratterizzato dalla prevalente attenzione alla violazione delle regole di procedura da parte delle istituzioni europee (*errores in procedendo*) e il secondo caratterizzato dalla attenzione della Corte di Giustizia alle condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà.

Venendo all'esame del primo sottoperiodo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra peccare per eccesso e per difetto. Per eccesso perché la procedimentalizzazione eccede il contenuto del principio di sussidiarietà, posto che le istituzioni europee potrebbero, nei singoli casi concreti, realizzare meglio degli Stati gli obiettivi del Trattato, essendo l'azione di questi ultimi insufficiente, nonostante i Parlamenti nazionali non siano stati consultati regolarmente prima dell'emanazione dell'atto legislativo con conseguente violazione delle regole del procedimento.

Orbene in questi casi la violazione della regola di procedura potrebbe portare all'annullamento dell'atto legislativo europeo, nonostante la mancata violazione sostanziale del principio di sussidiarietà in sé.

La giurisprudenza stessa pecca, poi, per difetto, perché nonostante il rispetto delle regole di procedura con la consultazione dei Parlamenti nazionali, l'atto legislativo europeo dovrebbe essere, egualmente, annullato per violazione del principio sostanziale di sussidiarietà, tutte le volte che l'azione degli Stati sia stata più che sufficiente a raggiungere l'obiettivo europeo.

La dottrina[227] quasi unanime ha esaltato la c.d. procedimentalizzazione del principio di

[225] C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 2-3, p. 361; A.G. TOTH, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, in *Common Market Law Rev.,* 1992, pp. 1079 ss.

[226] Infatti l'art. 7, comma 3, del Protocollo n. 2, prevede che "qualora la Commissione scelga di mantenere la proposta anzitutto deve spiegare in un parere motivato perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato ed i pareri motivati devono essere sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura nelle forme previste dalle lett. a) e b) del comma 3 dell'art. 7".

[227] A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2782; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiaretà nel nuovo ordine regionale,* in *Le Reg.*, 2, 2004, p. 578; R. DICKMAN, *La Corte Costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 12, 2003; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V*, in *Quad. cost.*, 4, 2003, pp. 818 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non*

ISSN 2279-7238

sussidiarietà come se si trattasse del "riempimento del contenuto" evanescente della clausola generale della sussidiarietà. Ma, a ben vedere, il riempimento sostanziale della clausola generale avrebbe dovuto attenere non al procedimento, ma al contenuto sostanziale della clausola che avrebbe dovuto arricchirsi di regole tese a specificare quando l'azione degli Stati è "insufficiente" e quando l'atto legislativo europeo è "migliore" per raggiungere l'obiettivo europeo. In breve, nonostante l'emanazione del Protocollo n. 2 di Lisbona, rimangono i seguenti interrogativi: a) che tipo di insufficienza legislativa rileva giuridicamente, di tipo quantitativo o qualitativo o entrambi? b) qual è il parametro di giudizio per giudicare il raggiungimento o meno dell'obiettivo europeo? c) quando l'azione delle istituzioni europee è migliore di quella degli Stati? d) come si ripartisce l'onere della prova nei giudizi aventi ad oggetto la violazione del principio di sussidiarietà?

Questi problemi sono lasciati in eredità alle ultime sentenze, che vengono, ora, all'esame.

Con le sentenze n. 176 del 2011 e n. 288 del 2012, la Corte di Giustizia finalmente controlla le condizioni sostanziali perché la sussidiarietà possa essere esercitata. Tale esame ha ad oggetto l'analisi sia della condizione negativa relativa alla non sufficienza dell'azione legislativa degli Stati sia della condizione positiva della migliore azione dell'azione legislativa europea.

La questione oggetto del giudizio decisa con la sentenza n. 176 era se la Direttiva 2009/12 (sul funzionamento degli aeroporti, con un volume di traffico annuale superiore ai cinque milioni di passeggeri in ciascun Stato membro), che prevedeva taluni obblighi a carico dei gestori degli aeroporti a tutela dei viaggiatori, violasse o meno il principio di sussidiarietà. In concreto i ricorrenti lamentavano il fatto che il legislatore europeo avesse con la Direttiva n. 12 attratto nella disciplina europea anche gli aeroporti con un numero di passeggeri inferiore a cinque milioni, solo perché questi ultimi erano gli "aeroporti principali" del Paese[228].

La Corte di Giustizia sembra farsi più "ardita", perché svolge una motivazione quasi di merito. Se la Direttiva n. 12 -dice la Corte di Giustizia- ha dettato regole non solo per gli aeroporti con un numero di passeggeri superiore a cinque milioni, ma anche per i "maggiori aeroporti del Paese" con un numero di passeggeri inferiore a cinque milioni "ciò vuol dire –sono parole della Corte di Giustizia - che il legislatore dell'Unione ha, ritenuto legittimamente, che anche gli aeroporti che costituiscono l'aeroporto principale dello Stato membro, indipendentemente dal numero concreto annuale di passeggeri, si presume dispongano di una posizione privilegiata e, quindi, da disciplinare".

La motivazione della Corte di Giustizia sembra forse un po' sbilanciata a favore delle istituzioni europee, ma la strada percorsa dalla sentenza sembra essere quella giusta. E

regolamentare …) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia, in *Forum Quad. cost.*, 2, 29 ottobre 2003; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Reg.*, 1, 2004, pp. 7 ss.

[228] S. M. CARBONE, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastutture del trasporto 1,* in *Dir. Un. eur.*, 3, 2002, pp. 425 ss.; S. M. CARBONE-F. MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, pp. 95-131.

ISSN 2279-7238

questa tendenza della Corte di Giustizia a non concentrare più la propria attenzione sul difetto di motivazione dell'atto legislativo o sul procedimento seguito dalle istituzioni europee per la sua emanazione, ma sulle condizioni sostanziali della sussidiarietà tende a rafforzarsi negli ultimi anni, anche perché dopo il Protocollo n. 2 le istituzioni europee, ormai, rispettano le regole procedurali, sia relative al procedimento interno di approvazione dell'atto legislativo, sia relative alle consultazioni esterne dei Parlamenti nazionali. In breve, la procedimentalizzazione da condizione forte per l'applicazione del principio di sussidiarietà, come nel passato, è ridotta come è stato detto[229], a livello di mero "indice semantico" della stessa sussidiarietà.

Non basta. La Corte con la ricordata sentenza affronta, finalmente, anche il tema della ripartizione dell'onere della prova dei requisiti sostanziali della sussidiarietà. Questo onere è addossato agli attori e, cioè, agli Stati ricorrenti. Dice la Corte di Giustizia: "Nella fattispecie, il Granducato di Lussemburgo non ha chiarito (ma qui "chiarito" sta per "provato") dettagliatamente la misura in cui una normativa nazionale potrebbe realizzare sufficientemente l'obiettivo perseguito dalla Direttiva 2009/12 in modo da consentire un sindacato giurisdizionale sulla relativa questione da parte della Corte di Giustizia".

Questa presa di posizione della Corte di Giustizia sull'onere della prova impone una sola osservazione. Se da un lato il ricorrente, che impugna un atto legislativo europeo, davanti alla Corte di Giustizia deve provare la violazione dell'articolo 5 TUE e, quindi, l'assenza delle condizioni negative e positive previste dalla norma ricordata sulla base del principio processuale di ascendenza romanistica *actore non probante reus absolvitur,* va anche detto che l'istituzione europea chiamata in causa, se vuole evitare veramente l'annullamento dell'atto legislativo, ha tutto l'interesse essa a provare che, all'opposto, ricorrono tutte le condizioni poste dall'articolo 5 cit. per l'esercizio del potere legislativo in sussidiarietà.

Un'ultima riflessione in ordine alla sentenza n. 176. La motivazione della sentenza n. 176, addossando l'onere della prova agli Stati ricorrenti, tende ad applicare l'art. 5 del Protocollo in modo un po' astratto, laddove l'art. 5 cit. avrebbe dovuto comportare il riscontro materiale degli indici quantitativi e qualitativi dell'azione legislativa europea[230].

E veniamo all'esame dell'ultima sentenza, la n. 288 del 2012. La Corte di Giustizia, qui, esamina una questione a monte della problematica dell'applicazione del principio di sussidiarietà. Come è noto, l'articolo 5, comma 3, TUE prevede che il principio di sussidiarietà opera solo "nei settori che non sono di competenza esclusiva" delle istituzioni europee.

Nel caso in esame la Corte di Giustizia, avendo acclarato che il finanziamento pubblico di un aeroporto (Lipsia) rientrava non nella materia della "pianificazione territoriale", ma

[229] A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà,* in *Quad. Cost.*, 1 2001; ID., *La sussidiarietà tra valori e regole* in *Dir. e giur. Agr. e amb.*, 2. 2004, pp. 69 ss; ID., *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri* in *Dir. un. eur.*, 1, 2005 pp. 20 ss.

[230] J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2006, pp. 285 ss.

ISSN 2279-7238

nella materia degli "aiuti di Stato" di competenza esclusiva dell'Unione, esclude, conseguentemente, l'applicazione del principio di sussidiarietà, senza entrare nel merito dello stesso.

La sentenza appare interessante perché dimostra che, accanto all'area decisionale propria relativa al controllo del principio di sussidiarietà, esiste un'altra area decisionale anch'essa molto ampia, in concreto, se non in astratto, avente ad oggetto la qualificazione della competenza dell'Unione europea come esclusiva o meno, posto che l'attribuzione della competenza esclusiva dell'Unione europea comporta l'esclusione della stessa dall'area dell'esercizio della competenza in sussidiarietà.

3. - Sul dualismo tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato l' "elasticità" del principio di sussidiarietà. Tale elasticità è stata rappresentata con l'immagine dell' "ascensore" perché essa è caratterizzata da un moto ascendente degli Stati nazionali nei confronti dell'Unione europea e da un moto discendente dell'Unione europea nei confronti degli Stati nazionali. Tale moto, del resto, caratterizza la natura di clausola generale e, quindi, neutra del principio di sussidiarietà ogni qualvolta si pone a confronto la potestà legislativa degli Stati e la potestà legislativa delle istituzioni europee.

La conclamata natura di clausola generale del principio di sussidiarietà ha, come esposto sin qui, condotto, sia pure con molta difficoltà, la giurisprudenza della Corte di Giustizia all'individuazione del contenuto concreto del medesimo principio per consentirne una concreta applicazione nel diritto vivente[231].

L'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha posto in evidenza: a) nel primo periodo (1992-2002) una tendenziale tutela del principio della sovranità europea nei confronti degli Stati nazionali che avevano impugnato gli atti legislativi delle istituzioni europee; b) nel secondo periodo (2002-2017) l'applicazione delle condizioni procedurali statuite dal Protocollo n. 2 sulll'esercizio della sussidiarietà (c.d. procedimentalizzazione del principio); c) nel terzo ed ultimo periodo, il controllo da parte della Corte di Giustizia del rispetto delle condizioni sostanziali (sufficienza o meno dell'azione degli Stati e delle Istituzioni europee) per l'applicazione del principio di sussidiarietà.

L'orientamento della Corte di Giustizia sull'applicazione del principio di sussidiarietà previsto dall'articolo 5 del Trattato dell'Unione europea, in buona sintesi, ha posto in risalto a) l'obbligo di motivazione degli atti legislativi europei ancorché implicito; b) l'obbligo del rispetto del procedimento previsto dalla normativa; c) il rispetto delle condizioni sostanziali per l'emanazione degli atti legislativi.

[231] M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 40 ss.

ISSN 2279-7238

A questo punto della ricerca appare opportuno mettere a confronto con la giurisprudenza europea la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul c.d. principio di sussidiarietà verticale previsto dall'articolo 118, comma 1, Cost.

4. - La giurisprudenza della Corte Costituzionale.

L'esame della giurisprudenza della Corte Costituzionale, in ordine all'applicazione del c.d. principio di sussidiarietà verticale, previsto dall'art. 118 Cost., muove dall'esame della sentenza n. 303 del 2003 con la quale la Corte Costituzionale ha applicato il principio di sussidiarietà nella potestà legislativa.

Il tema è noto. L'art. 118 Cost. recita: "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurane l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".

Con la sentenza n. 303 del 2003[232] la Consulta ha affermato che l'art. 118, comma 1, Cost. che testualmente si riferisce alle sole funzioni amministrative, per il rispetto del principio di legalità deve riferirsi alle corrispondenti funzioni legislative. La sentenza n. 303 introduce, in realtà. l'esigenza di un meccanismo dinamico nell'esercizio delle funzioni e legislative e amministrative, in forza del quale, per rendere meno rigida la distribuzione delle funzioni legislative ed amministrative, è possibile per lo Stato attrarre, in sussidiarietà, anche la funzione legislativa, per esigenze unitarie, insieme alle correlate funzioni amministrative [233]. Per la Consulta, inveri, "attrazione in sussidiarietà" ed "esercizio unitario" della funzione legislativa in sussidiarietà sono due facce della stessa medaglia. E la Consulta è stata chiamata dalle Regioni a verificare se l'attrazione in sussidiarietà della competenza legislativa regionale alla potestà legislativa dello Stato fosse giustificata dalla necessità di "assicurare l'esercizio unitario della funzione legislativa"[234].

---

[232] FR. BOCCHINI, *La trasversalità delle competenze legislative regionali nella Costituzione*, Roma, 2015, pp. 68 ss.

[233] A. RUGGIERI, *Il parallelismo redivivo e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica pronuncia. Nota Corte costituzionale, n. 303 del 2003,* in "*Forum a Quaderni costituzionali del 29 ottobre* 2003", 2, 2003, pp. 11 ss.

[234] Nella giurisprudenza successiva la Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 6 del 2004, 383 del 2005 e 231 del 2005, 213 del 2006, 133 del 2006, 278 del 2010, 179 del 2012, 261 del 2015, 198 del 2017 conferma l'orientamento espresso nella sentenza n. 303 del 2003 affermando che allorché sia ravvisabile un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzione amministrative, lo Stato è abilitato, oltre che ad accentrare siffatto esercizio ai sensi dell'art. 118 Cost., anche a disciplinarlo per legge, e ciò anche quando quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale. Lo sviluppo della dottrina e della giurisprudenza successive alla sentenza n. 303 del 2003 meritano attenzione proprio nella prospettiva di una corretta comparazione tra le due giurisprudenze perché emergono due profili di indubbio interesse. Il primo profilo concerne taluni tentennamenti della Consulta rispetto alla sentenza n. 303 sui quali la dottrina (v. M. LARICCIA, *Un nuovo criterio per interpretare il rapporto tra funzioni legislative e amministrative: la Corte trorna sui propri passi rispetto alla "chiamata in sussidiarietà"*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2009, p. 64, in commento alla sentenza della Consulta n. 350 del 2008) ha richiamato l'attenzione. Il secondo profilo riguarda il

ISSN 2279-7238

Il controllo dell'*esercizio unitario* delle competenze legislative, implicitamente previsto dall'art. 118 Cost., porta la Corte Costituzionale ad esaminare, almeno in numerose decisioni, solo il merito dei conflitti tra Stato e Regioni per verificare se il ricorso da parte dello Stato ad una mera clausola di stile ("assicurare l'esercizio unitario della funzione legislativa") non nasconda un eccesso di potestà legislativa dello Stato a danno delle Regioni[235].

Questo esame del merito non è frequente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale perché quest'ultima, quando può, allontana da sé il sindacato di merito, evocando il solo vizio procedimentale di mancata "consultazione" o "intesa" con le Regioni da parte dello Stato. Ciò non toglie che, in una serie di decisioni[236], esista questo controllo di merito in ordine alla ricorrenza o meno della necessità di un esercizio unitario della funzione legislativa[237] nella materia specifica sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale.

In buona sintesi, la Corte Costituzionale ha reiteratamente affermato il principio che, allorquando sia ravvisabile un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative e, quindi, legislative, lo Stato è abilitato, oltre che ad accentrare

---

dibattito più recente nel quale la dottrina (C. CORSI-M. ROSINI, *Le fonti degli enti locali attraverso la lente della giurisprudenza (2007-2012)*, in *Oss. sulle fonti*, 3, 2012, pp. 9 ss.) esalta la filosofia del regionalismo concorrente e non duale, affermando, in vario modo, il principio di leale collaborazione che valorizza tutte le competenze non più destinate a restare separate, ma ad intersecarsi (sentenze n. 213/2006, n. 133/2006, n. 231/2005). D'altra parte -si osserva- tale collaborazione è necessaria nell'ottica del principio di un regionalismo concorrente e non puramente duale, da "separati in casa", quale si addice ad una società veramente pluralista nella quale i settori secondario e terziario hanno assunto un'indiscutibile prevalenza sulla produzione agricola caratterizzata da un assetto sociale più stabile, quindi, più scomponibile atomisticamente. Questa giurisprudenza ha dato un vestito giuridico, come è stato bene osservato dalla dottrina (C. CORSI-M. ROSINI, *Le fonti degli enti locali attraverso la lente della giurisprudenza (2007-2012)*, in *Oss. sulle fonti*, 3, 2012, pp. 9 ss.), alla gestione delle politiche pubbliche di livello nazionale consentendo un effettivo concorso e una reale cooperazione ordinata che supera, così, il principio duale della separazione tra le competenze. Con il richiamo alle "politiche pubbliche" e ai "patti politici" di collaborazione tra Stato e Regioni la dottrina (V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze "storiche"*, in *Le Reg.*, 4-5, 2008, p. 777) comincia a rendersi conto che il vero vuoto nella nostra Costituzione sia l'assenza di meccanismi di collaborazione tra la potestà legislativa dello Stato e la potestà legislativa delle Regioni che avrebbero dovuto fornire al sistema italiano un quadro istituzionale entro il quale identificare lo Stato come tutto e le Regioni come parti (A. CERRI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti fra Stato e Regioni dal luglio 1981 al luglio 1986: linea di tendenza e problemi aperti* in *Le Reg.*, 1-2, 1987, p. 29).

[235] Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 232.

[236] Corte Costituzionale, 11 dicembre 2015, n. 261; Corte Costituzionale, 28 maggio 2014, n. 144; Corte Costituzionale, 19 dicembre 2012, n. 293; Corte Costituzionale, 27 giugno 2012, n. 163; Corte Costituzionale, 5 aprile 2012, n. 80; Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 232; Corte Costituzionale, 22 luglio 2010, n. 278.

[237] La Corte Costituzionale ha osservato in molte sentenze che l'esame del merito ("l'esercizio unitario della funzione legislativa") è sufficiente per giudicare sulla legittimità dell'avocazione in sussidiarietà v., *ex multis,* Corte Costituzionale nn. 7/2016, 144/2014, 228/2013, 101/2013, 50/2013, 293/2012, 163/2012, 120/2012, 80/2012, 232/2011, 278/2010, 215/2010, 121/2010, 16/2010, 254/2009, 251/2009, 247/2009, 232/2009, 88/2007, 214/2006, 31/2005, 424/2004, 6/2004, 303/2003), laddove in altre sentenze accompagna l'esame del merito relativo all'esercizio unitario della funzione legislativa alla verifica in ordine al coinvolgimento o meno da parte dello Stato delle Regioni nel procedimento di emanazione dell'atto legislativo (v. *ex multis*, Corte Costituzionale nn. 110/2016, 7/2016, 189/2015, 261/2015, 171/2015, 163/2012. 232/2009, 148/2012, 168/2009, 76/2009, 133/2008, 63/2008, 328/2006, 383/2005).

ISSN 2279-7238

amministrativamente siffatto esercizio ai sensi dell'art. 118 Cost., anche a disciplinarlo per legge e ciò anche quando quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o persino residuale. Affinché tuttavia la c.d. chiamata in sussidiarietà possa ritenersi legittima, la Corte Costituzionale ha chiarito che è necessario che la valutazione dell'interesse unitario sottostante all'assunzione di funzioni legislative regionali da parte dello Stato risulti proporzionata e rispondente a ragionevolezza e che siano, altresì, previste adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento delle funzioni allocate in capo agli organi centrali, in modo da contemperare le reciproche esigenze di Stati e Regioni, nell'esercizio unitario di date competenze da parte dello Stato e delle Regioni.

In particolare, la legislazione statale di questo tipo -afferma la Consulta- può "aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumono il *dovuto risalto* le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà"[238]. E la dottrina[239] ha osservato che con l'espressione "dovuto risalto" la Corte Costituzionale sembra sfuggire da una motivazione più rigorosa, essendo di tutta evidenza la differenza sostanziale tra la "consultazione" obbligatoria, ma non vincolante delle Regioni nel procedimento di avocazione allo Stato di una funzione legislativa regionale e "l'intesa" con le Regioni che comporterebbe un vero e proprio diritto di "veto" da parte di una Regione, che rifiuti l'accordo con lo Stato su un qualsiasi testo legislativo emanato dallo Stato in sussidiarietà.

A mio avviso, delle due l'una: o si applica il principio di sussidiarietà e, allora, è indispensabile il sindacato sull'esercizio unitario della funzione legislativa da parte dello Stato, sempre che si tenga fermo il principio del carattere giuridico e non politico del medesimo principio o si richiede l'intesa dello Stato con le Regioni, ma, in tal caso, si nega il carattere giuridico inderogabile del principio di sussidiarietà, che presuppone l'attrazione della potestà legislativa in sussidiarietà, per definizione senza intesa, con le Regioni, non essendo la materia della avocazione in sussidiarietà "disponibile" dalle stesse Regioni[240] e,

[238] Sul punto, v., *ex* pluris, le sentenze della Corte Costituzionale 11 dicembre 2015 n. 261, Corte Costituzionale 11 luglio 2012, n. 179, Corte Costituzionale 22 luglio 2010 n. 278, Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n. 383, Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 6, Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303. Sull'ascesa della funzione normativa dal livello regionale al livello statale e sul coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento delle funzioni allocate in capo agli organi centrali v., *ex multis*, le sentenze della Corte Costituzionale 11 luglio 2012, n. 179, Corte Costituzionale, 27 giugno 2012, n. 163, Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 232, Corte Costituzionale 9 novembre 2007, n. 374, Corte Costituzionale 16 marzo 2007 n. 88, Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303. Sulla legislazione statale in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, v. *ex multis* le sentenze della Corte costituzionale 22 luglio 2010, n. 278, Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n. 383 e Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 6.

[239] V., da ultimo, M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà ed "esplicitazione" dei relativi presupposti*, cit. pp. 4706 ss; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*[4], cit., pp. 314 ss.; N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in *Oss. sulle fonti*, 2000, p. 80; A MANZELLA, *La ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Quad. cost.*, 3, 2000, pp. 531 ss.

[240] Le motivazioni delle sentenze della Consulta sono eloquenti, come risulta, *ex plurimiis* dalle sentenze che si esaminano in questa sede. Con la sentenza n. 261 del 11 dicembre 2015 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 1, decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 in materia di porti e aeroporti civili di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117,

ISSN 2279-7238

comma 3, Cost. convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, ha esaminato il merito della predisposizione del piano strategico nazionale, volto ad accrescere la competitività del sistema portuale e logistico marittimo italiano e ad agevolare "la crescita dei traffici, delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in rela1zione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità portuali esistenti". In questo caso la Regione si doleva della circostanza di non essere stata coinvolta nelle procedure di azione del piano: aspetto sul quale, osserva la Corte, la norma censurata rimane completamente silente. Pertanto, la norma impugnata è stata dichiarata illegittima costituzionalmente nella parte in cui non prevede che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni. Con la sentenza n. 144 del 28 maggio 2014 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 commi da 1 a 6 della legge 12 novembre 2011 n. 183 nella parte in cui si applicava anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza primaria e integrativa/attuativa della Regione autonoma Valle d'Aosta in materia di organizzazione amministrativa, ha analizzato il merito dell'art. 14 legge n. 183 del 2011, che estende espressamente fino al 31 dicembre 2013 all'intero territorio nazionale la medesima disciplina prevista dall'art. 43 decreto legge n. 78 del 2010, che ha previsto la possibilità di istituzione e la relativa regolamentazione delle zone a burocrazia zero nel meridione in Italia e che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui è destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente o residuale". La Consulta ha concluso che nelle materie di competenza della Regione autonoma ricorrente, una legge statale può attribuire funzioni amministrative a livello centrale e regolarne l'esercizio se detti una disciplina logicamente pertinente (dunque, idonea) alla regolazione delle suddette funzioni che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tali fini e che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Pertanto l'intera normativa censurata è incostituzionale perché non assicura l'esercizio unitario e perchè le funzioni amministrative de quibus non possono essere rivolte adeguatamente agli ordinari livelli inferiori. Con la sentenza n. 293 del 19 dicembre 2012 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 bis, comma 4 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito dalla legge 22 dicembre 2011 n. 214 in materia di lavori pubblici, ha esaminato il merito della norma impugnata che prevede l'istituzione, a livello regionale, dell'elenco-anagrafe presso l'assessorato competente per le opere pubbliche. La Consulta ha osservato che questa prescrizione eccede le finalità del coordinamento dei dati ledendo l'autonomia organizzativa della Regione. In particolare la Corte ha ritenuto illegittime le norme statali che indicavano l'organo regionale titolare della funzione amministrativa, trattandosi di "normativa di dettaglio attinente all'organizzazione interna della Regione". Nel caso in esame non si ravvisano le ragioni che possano consentire al legislatore statale, non solo di porre a carico della Regione un obbligo collaborativo di raccolta dati, ma anche di selezionare il soggetto regionale deputato a svolgerlo. Pertanto l'art 44-bis, comma 4, del decreto legge 201/2011, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole "presso gli assessorati regionali competenti per le opere pubbliche". Con la sentenza n. 163 del 27 giugno 2012 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, commi 1 e 3, decreto legge 6 luglio 2011 n. 98 convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 in materia di sviluppo delle reti nazionali di trasporto dell'energia elettrica e di gas naturale, ha esaminato il merito della determinazione degli indirizzi da parte dello Stato dello sviluppo delle reti nazionali di trasporto dell'energia elettrica e di gas naturale. In questo caso la Regione si duole della circostanza che le disposizioni statali, incidendo su una materia di competenza regionale concorrente, non prevedano alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni, né in relazione all'adozione del progetto strategico, né con riguardo alla realizzazione concreta sul territorio regionale degli interventi previsti in esso. La Corte osserva che la "rilevanza del potere di emanazione di tali indirizzi sulla materia energetica della sua sicura indiretta

ISSN 2279-7238

perciò, "negoziabile".

Vero è che un'autorevole dottrina[241] ritiene che la visione integralmente procedimentale della sussidiarietà è intimamente connessa con la natura stessa delle "istanze unitarie" menzionate dalla Costituzione nel primo comma dell'articolo 118. Secondo questa prospettiva le "istanze unitarie" di cui all'articolo 118, comma 1, Cost. non esisterebbero al di fuori del procedimento attraverso il quale si arrivi a determinarle e, principalmente, non esisterebbero senza l'accordo dei soggetti interessati. E ciò perché la dimensione imperativa o inderogabile degli interessi non sarebbe data ontologicamente, ma sarebbe determinata convenzionalmente. In questa prospettiva la conclusione della tesi è che il principio di sussidiarietà sarebbe disponibile e, quindi, convenzionalmente negoziabile.

La Corte Costituzionale, quando ha esteso il principio di sussidiarietà dall'area amministrativa all'area legislativa, ha emanato una sentenza additiva, posto che nel testo costituzionale il principio di sussidiarietà non trova applicazione testuale ai procedimenti legislativi, sia statali sia regionali[242].

E la Corte Costituzionale, quando ha emanato la sentenza n. 303 del 2003, non ha tenuto conto della giurisprudenza consolidata secondo la quale le "procedure collaborative" tra Stato e Regioni non trovano applicazione nell'attività legislativa dello Stato, salvo che l'osservanza delle stesse sia imposta direttamente o indirettamente da norme costituzionali (sentenze nn. 196 del 2004, 297 del 2012, 273 del 2013 e 13 del 2015).

E, francamente, ritenere che la procedura collaborativa tra Stato e Regioni nell'attività legislativa sia imposta dall'articolo 118 Cost. sul principio di sussidiarietà appare eccessivo per il fatto che l'articolo 118 Cost. disciplina solo direttamente l'esercizio dell'attività amministrativa e non quella legislativa. La Corte Costituzionale se ha trasferito il principio di sussidiarietà dall'attività amministrativa all'attività legislativa non può, poi, arrivare a "retrocedere" la materia, trasferita dalla amministrazione alla legislazione, qualificandola addirittura, "disponibile" e, quindi, "negoziabile" attraverso "intese convenzionali". Perché con ciò la Consulta finirebbe con l'attribuire un sostanziale "diritto di veto" alle Regioni,

---

incidenza sul territorio e, quindi, sui relativi poteri regionali, rende costituzionalmente obbligata la previsione di un'intesa in senso forte tra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali, rappresentato in sede di Conferenza unificata" (sentenza n. 383 del 2005). Di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale del l comma 1 dell'art 30 del d.l. 98/2011 nella parte nella quale prevede che il Ministero dello sviluppo economico predisponga un progetto strategico, senza una previa intesa con la Conferenza unificata, violando il principio di leale collaborazione (v., in tal senso, anche Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n. 383; Corte Costituzionale 29 gennaio 2005 n. 62; Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 66; Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303).

[241] O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto, in Le Reg.*, 4, 2004, pp. 941 ss.; R. DICKMAN, *La Corte Costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, cit.; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V Cost.,* in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, pp. 11 ss.

[242] A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.,* 2003, pp. 2776 ss.

ISSN 2279-7238

condizionando la competenza legislativa in sussidiarietà al "consenso" delle Regioni, su ogni singola legge statale. L'intesa sempre auspicabile non può, a mio sommesso avviso, essere imposta come condizione della chiamata in sussidiarietà, essendo ragionevole, invece, considerare come obbligatoria, ma non vincolante la "concertazione". Questa, può, attraverso la leale collaborazione, portare ad un'intesa tra Stato e Regioni, ma non necessariamente. Inoltre un'eventuale "intesa" può imporsi ed eludere lo scrutinio di costituzionalità della Consulta sulla ricorrenza o meno delle condizioni della sussidiarietà?

Esprimo, pertanto, la mia perplessità nei confronti di visioni integralmente procedimentali della sussidiarietà, nel senso che il procedimento obbligatorio di consultazione può ben tradurre il valore della leale collaborazione, ma con due limiti: l'assenza di "intesa" o "consenso" tra Stato e Regioni non implica un veto o avocazione della materia da parte dello Stato in sussidiarietà e, per converso, la presenza di intese tra Stato e Regioni non può rendere negoziabile la legislazione e non può eludere lo scrutinio della Consulta in ordine alla ricorrenza o meno delle istanze unitarie che legittimino costituzionalmente la chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato.

5.- Consonanze e dissonanze tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Il quadro generale della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte Costituzionale in ordine al principio di sussidiarietà impone, ora, di porre a confronto le due giurisprudenze[243].

Occorre ricordare gli enunciati normativi del principio di sussidiarietà in Europa e in Italia perché vi è una diversità testuale di base tra i due testi normativi. L'art. 5 del Trattato affida a due parametri, il sindacato della Corte di Giustizia (da un lato, "l'insufficienza" dell'azione degli Stati nel conseguire il risultato previsto dal Trattato e, dall'altro, la necessità che il risultato possa essere conseguito "meglio" dalle istituzioni comunitarie), laddove l'art. 118 Cost. affida il sindacato di controllo della legittimità costituzionale ad un solo parametro "l'esercizio unitario della funzione **amministrativa**".

Tanto premesso la prima riflessione concerne il fatto che la base politico-istituzionale e la base giuridico-formale del principio di sussidiarietà in Europa e in Italia, a ben vedere, sono diverse.

Anche se in entrambi gli ordinamenti, quello europeo e quello italiano, la sussidiarietà indica un criterio analogo (la prossimità ai cittadini) attraverso cui esercitare un certo tipo di competenze, esistono, per cominciare, differenze del contesto politico-istituzionale, nel quale i due principi si collocano.

[243] V., in dottrina, L.P. VANONI, *Fra Stato e Unione Europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 6, 2004, pp. 1457 ss.; J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2006, pp. 285 ss.

ISSN 2279-7238

In Europa, il problema della sussidiarietà è affrontato per trovare un punto di equilibrio tra la sovranità storica degli Stati nazionali e una faticosa ricerca di "identità" della Comunità europea. In Italia, invece, il problema politico e giuridico di partenza è posto in modo diverso nel senso che il livello statale più lontano dai cittadini (lo Stato) ha una sovranità indiscussa e radicata nella storia, laddove il livello più vicino ai cittadini (le Regioni) cerca faticosamente una rilevanza autonoma, ma all'interno di uno Stato sovrano.

In Europa, quindi, come è stato osservato[244], il problema era porre un limite ai poteri dell'Unione per salvaguardare la sovranità degli Stati, laddove in Italia la sovranità storica non era delle Regioni, bensì dello Stato e, quindi, il problema della sussidiarietà, era quello di sottrarre qualche potere amministrativo (e, poi, legislativo) allo Stato centralista, onde la sussidiarietà traduceva il problema del decentramento dei poteri dello Stato.

La riprova più convincente dell'assunto risiede nel fatto che in Europa il principio di sussidiarietà è a senso unico: gli Stati ricorrono contro gli atti legislativi delle istituzioni europee, laddove l'Unione europea non può ricorrere avverso gli atti legislativi degli Stati per violazione del principio di sussidiarietà. Nel nostro ordinamento il problema è rovesciato.

Le Regioni ricorrono contro gli atti legislativi statali lesivi della competenza legislativa regionale, ma, ecco il punto, anche lo Stato ricorre molto spesso avverso gli atti legislativi regionali per violazione delle proprie competenze legislative e per violazione del principio di sussidiarietà "rovesciato" e, cioè, perché le Regioni ormai legiferano anche laddove lo Stato ha legiferato meglio in modo unitario.

Questa asimmetria appare evidente proprio se si pone a confronto la giurisprudenza della Corte di Giustizia con la giurisprudenza della Corte Costituzionale. La Corte di Giustizia non ha mai annullato la legge di uno Stato per violazione del principio di sussidiarietà, laddove la Corte Costituzionale ha annullato decine di leggi regionali per violazione del principio di sussidiarietà, in tutti i casi nei quali le Regioni hanno esercitato competenze legislative pur spettanti allo Stato in via esclusiva o concorrente, anche se il richiamo del principio di sussidiarietà traspare meno nelle sentenze della Corte Costituzionale quando sono dichiarate incostituzionali leggi regionali o, per lo meno, traspare, ma sotto le spoglie del c.d. esercizio unitario in sussidiarietà.

Ciò detto sul profilo politico-istituzionale vengo all'esame del fondamento giuridico-formale del principio di sussidiarietà. Anche qui esistono differenze.

Per cominciare sul piano giuridico-formale il principio di sussidiarietà mentre nell'ordinamento sovranazionale è un principio di struttura dell'ordinamento stesso, nell'ordinamento nazionale è fondato sull'art. 5 Cost., posto che l'art. 118 Cost. è, sul piano giuridico-formale, una norma sulle funzioni amministrative, non tenendo conto della sentenza della Corte Costituzionale n. 303 del 2003.

Il principio di attribuzione, che è il presupposto giuridico del principio di sussidiarietà, che attiene, invece, all'esercizio dell'attribuzione, vale a dire, ai modi di esercizio della

[244] G. AMATO, *Costituzione europea e parlamenti*, in *Nomos*, 1, 2002, p. 14.

ISSN 2279-7238

competenza legislativa attribuita dall'ordinamento giuridico, opera in maniera diversa nell'ordinamento sovranazionale e nell'ordinamento italiano[245].

Invero la competenza concorrente, che costituisce l'attribuzione di base di tutte le competenze legislative agli Stati membri ed alle istituzioni europee, opera in Europa e in Italia in maniera diversa. In Europa, la potestà legislativa concorrente delle istituzioni europee e degli Stati non è ripartita come in Italia tra potestà legislativa di dettaglio (Regioni) e potestà legislativa di principio (Stato), perché il riparto non è verticale posto che la competenza spetta per intero agli Stati e l'Unione può legiferare solo ove ricorrano le condizioni della sussidiarietà. Ma le due potestà legislative sono attribuite all'Unione e agli Stati membri nella loro interezza e, quindi, gli Stati possono emanare atti legislativi che regolano per intero la materia con regole normative e di principio e di dettaglio.

Inoltre a parità di condizioni nel sistema costituzionale italiano il principio di sussidiarietà opera anche dove l'ordinamento prevede una competenza legislativa "residuale" delle Regioni non concorrente laddove in Europa a parità di condizioni, e, in assenza di una competenza legislativa concorrente, non opera il principio di sussidiarietà.

E veniamo, ora, al confronto più diretto tra le due giurisprudenze[246]. L'evoluzione mostra alcuni tratti caratteristici. In Europa si tende ad applicare il principio di sussidiarietà conseguente alla sua natura giuridica e non solo politica, mentre in Italia, nel decennio 1992-2001 il principio di sussidiarietà non è stato ancora introdotto. E ciò comporta che la Corte Costituzionale non deve affrontare il problema della natura giuridica o politica del principio di sussidiarietà e, quindi, il problema della sua giustiziabilità, perché la Corte di Giustizia ha, già, affrontato e risolto, ormai, in senso positivo condiviso il problema.

Il secondo problema che la Corte Costituzionale trova già risolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ad oggetto il chiarimento del quesito se il principio di sussidiarietà sia posto a tutela della sovranità degli Stati nei confronti dell'Europa o a tutela dell'Europa nei confronti degli Stati. Anche qui la giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostra che il problema va superato avendo il principio carattere "dinamico" e, quindi, ascendente e discendente, perché dotato di elasticità. E la Corte Costituzionale anche questo problema lo trova risolto.

L'evoluzione delle due giurisprudenze testè esaminate mostra che le due "locomotive" delle due Corti abbiano, negli anni, viaggiato in senso inverso. La Corte di Giustizia, partita dalla stagione dell'*affectio* nei confronti dell'Unione europea nella quale ha viaggiato sul binario dell'attrazione in sussidiarietà delle competenze legislative statali all'Unione europea, in campi sempre più "sconfinati", ha, poi, lentamente, rallentato la corsa, abbandonando il controllo formale della procedura di emanazione degli atti legislativi europei e sviluppando un "controllo di dogana" a favore degli Stati, sempre maggiore avente ad oggetto la sussistenza delle "condizioni sostanziali" per legittimare l'attrazione in

[245] D.U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, pp. 541 ss.

[246] H. BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constituion européenne*, in *Revue du droit de l'Union européen*, 2005, pp. 25 ss.

ISSN 2279-7238

sussidiarietà, da parte dell'Unione europea di una eccessiva potestà legislativa, a danno degli Stati.

Viceversa, la Corte Costituzionale, partita dalla stazione della sovranità storica statale, legittimando una potestà legislativa statale molto forte a danno delle Regioni, ha viaggiato, poi, sul binario inverso, perché ha gradualmente cominciato ad imporre allo Stato prima la "concertazione" e, poi, "l'intesa", quasi che volesse, all'opposto, e forse oltre il segno, rendere il principio di sussidiarietà "disponibile" e, quindi, "negoziabile" tra Stato e Regioni.

6.- Riflessione finale.

La prima riflessione finale è il rilievo che la Corte di Giustizia non ha mai annullato un atto legislativo europeo, salvo un caso nel quale, però, la base giuridica della decisione non è stata la violazione del principio di sussidiarietà, ma la violazione della base giuridica della legislazione in sussidiarietà, tanto che la dottrina ha parlato di "*de facto subsidiarity analisys*". Emerge, così, una forte asimmetria con la Corte Costituzionale che ha annullato a ripetizione leggi statali per violazione delle competenze legislative regionali.

La seconda riflessione, che si collega alla prima riflessione, concerne lo "strabismo" degli Stati che praticano davanti alla Corte Costituzionale un "centralismo statale", contro il quale si battono, in sede europea, davanti alla Corte di Giustizia, versando lacrime di coccodrillo contro il "centralismo" dell'Unione europea a loro danno.

In una visione globale del fenomeno, allora, le asimmetrie sostanziali e giudiziali della giurisprudenza costituzionale italiana e della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ruotano intorno all'applicazione del principio della sovranità dello Stato che in Europa "va in sofferenza" ogni qualvolta entra in gioco l'applicazione del principio di sussidiarietà da parte dell'Unione europea[247]. La Consulta, a sua volta, per allievare "tale sofferenza" ha costruito, in Italia, la teoria dei controlimiti in forza della quale nonostante l'eccessiva applicazione del principio di sussidiarietà la sovranità degli Stati è difesa sul terreno dei controlimiti degli ordinamenti nazionali.

Questa asimmetria di fondo tende ad aumentare perché la dichiarazione di incostituzionalità frequente delle leggi regionali alimenta il contenzioso davanti alla Corte Costituzionale, laddove il contenzioso davanti alla Corte di Giustizia presenta una significativa latitanza degli Stati proprio per la "severità" del sindacato tradizionale della Corte di Giustizia. In conseguenza di ciò, si verifica in corrispondenza dell'asimmetria giudiziale relativa al contenuto del sindacato, una asimmetria sostanziale nell'applicazione del principio di sussidiarietà. Ne discende che lo Stato italiano che soccombe innanzi alla Corte di Giustizia, anche per la propria sostanziale inerzia nei confronti degli atti legislativi

[247] A. PAPA, *Le Regioni italiane nella multilevel governace euroepa*¸ in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, p. 57; E. DE MARCO, *La sovranità dello Stato tra "pluralismo" e "integrazione sovranazionale"*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, 1, Padova, 1995, pp. 333 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1, 1996, pp. 83 ss.

ISSN 2279-7238

comunitari che legiferano in sussidiarietà, sembra volersi "rifare" davanti alla Corte Costituzionale a danno delle Regioni, generando una sorta di asimmetria sostanziale più evidente della asimmetria giudiziale.

A questo punto è possibile formulare un'ipotesi: il principio di sussidiarietà previsto espressamente dall'art. 5 del Trattato e dall'art. 118 Cost. ha lo stesso significato nel "diritto vivente" della giurisprudenza europea ed italiana, per tutte le ragioni dette sostanziali e giudiziali? L'ipotesi è che i due principi abbiano nell'effettività diversa natura sostanziale, al di là di ogni astrattismo e concettualismo.

A questo punto si potrebbero trarre, in presenza di una asimmetria tra l'alluvione di declaratorie di illegittimità costituzionali di leggi regionali italiane da parte della Corte Costituzionale e la sostanziale assenza di sentenze di annullamento da parte della Corte di Giustizia di atti legislativi comunitari in applicazione del principio di sussidiarietà, due conclusioni.

In primo luogo l'eccesso di "regionalismo" e lo scarso "federalismo" della Corte Costituzionale non dovrebbe arrivare fino al punto di non applicare a favore della potestà legislativa regionale finanche principi che la stessa Corte Costituzionale enuncia in astratto a favore delle Regioni, ma che, poi, in concreto, non applica. Si pensi a tutte le occasioni mancate[248] nelle quali la Corte Costituzionale ha, in astratto, affermato ma, in concreto,

[248] Corte Costituzionale, 2 marzo 2004, n. 72; Corte Costituzionale, 22 luglio 2009, n. 225; Corte Costituzionale, 22 maggio 2013, n. 93; Corte Costituzionale, 1 luglio 2015, n. 124; Corte Costituzionale, 16 settembre 2016, n. 210. La giurisprudenza della Corte Costituzionale (Corte Costituzionale, 2 marzo 2004, n. 72; Corte Costituzionale, 22 luglio 2009, n. 225; Corte Costituzionale, 22 maggio 2013, n. 93; Corte Costituzionale, 1 luglio 2015, n. 124; Corte Costituzionale, 16 settembre 2016, n. 210.), aveva enunciato in numerose sentenze alcuni principi che aprivano nuovi spazi per legiferare alla competenza legislativa regionale pure in materie riservate alla competenza legislativa statale esclusiva. È stato affermato in dottrina (V. CRISAFULLI-L. PALADIN- S. BARTOLE- R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*[2], Padova, 2008 pp. 1053 ss.) che le indicazioni normative contenute nell'art. 117, comma 2, Cost. sono di natura poliforme e non possono essere "pietrificate" dall'interprete. Invero solo alcune delle medesime sembrano riferirsi a settori materiali di attività, mentre altre si riferiscono ai compiti propri dello Stato, di natura tale che possono essere soddisfatti mediante interventi legislativi all'interno di discipline appartenenti alle materie più diverse. Pertanto il contenuto dell'art. 117, comma 2, Cost. non è omogeneo nel senso che l'intervento del legislatore statale esclusivo avviene in titoli legittimanti diversificati. Essendo l'elenco eterogeneo il criterio interpretativo per dare un contenuto alla scarna indicazione non può essere univoco. Tale impostazione ha trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale, 26 luglio 2002, n. 407) che ha sottolineato "che non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come materie in senso stretto". Il legislatore costituzionale ha, quindi, disordinatamente infiltrato nell'elenco delle materie ambiti normativi che non sono materie in senso proprio ma competenze astratte del legislatore statale che investono una pluralità di settori. Si è parlato di competenze trasversali o di materie non materie legittimanti per l'esercizio della competenza legislativa statale che non sono materie in senso tecnico. Ma dire materie non materie significa dire interessi tutelati e, quindi, l'antica distinzione delle competenze per materie si concreterebbe in nuovi meccanismi distributivi. Il primo meccanismo di distinzione delle competenze -come si è detto- è rappresentato dalle materie trasversali dove rileva non la ricerca della materia in senso tecnico ma il perseguimento dell'interesse nazionale onde la materia -si è detto-

ISSN 2279-7238

negato, nei singoli casi concreti sottoposti al giudizio, la competenza legislativa delle Regioni a legiferare in materie di esclusiva competenza legislativa statale in tutti i casi nei quali le Regioni per la stessa Consulta sono facultate dalla Consulta a legiferare "per sopperire alle lacune della legislazione statale o per dettare una legislazione più rigorosa di quella statale o per legiferare in materie funzionalmente connesse alle materie di competenza legislativa statale o a tutela di interessi peculiari locali".

La seconda conclusione è che la giurisprudenza e la dottrina comunitarie possono, allora, essere di grande utilità all'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale[249], perché, accanto ad un atteggiamento più liberale nei confronti delle leggi regionali, la Corte Costituzionale potrebbe non più allontanare da sé la verifica delle condizioni sostanziali

viene smaterializzata. Ne consegue che la perdita di fisicità delle materie conduce a "ragionare sempre meno in termini di oggetti, di funzioni, di competenze, perché le etichette usate in Costituzione sono sempre meno interpretabili come contenitori" (R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale: rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memorie di Livio Paladin*, Napoli, 2004, p. 318.). Ma l'apparente allargamento della materia statale che diventa da verticale trasversale non deve, per la Consulta, sacrificare necessariamente la potestà legislativa regionale concorrente o residuale. Invero il rapporto tra le materie regionali e la cura degli interessi trasversali è espressione di una relazione biunivoca nel segno della reciprocità. Ne consegue che la perdita della fisicità della materia, secondo la Consulta, non si manifesta solo a danno delle Regioni ed a vantaggio della competenza legislativa statale ma, anche, a favore delle Regioni (Corte Costituzionale 26 luglio 2002, n. 407; Corte Costituzionale, 24 giugno 2003, n. 222; Corte Costituzionale, 7 ottobre 2003 n. 307; Corte Costituzionale, 5 novembre 2004, n. 320.). Ne consegue una possibile coesistenza tra titoli di legittimazione statale e regionale perfettamente coerente con l'equordinazione delle due potestà legislative. Questa concorrenza atipica tra leggi dello Stato e leggi delle Regioni può avvenire, anche, nelle materie che rappresentano il nocciolo duro della competenza legislativa esclusiva statale (Corte Costituzionale, 22 luglio 2005, n. 300) o della competenza legislativa regionale (Corte Costituzionale, 17 marzo 2006, n. 116). La dottrina (R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale: rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, cit., pp. 319-320) con il conforto della Consulta ha osservato che lo Stato ha il compito di individuare i punti di equilibrio tra interessi protetti costituzionalmente, residuando alle Regioni la possibilità di intervenire nel rispetto di quegli stessi principi posti dallo Stato nelle materie di esclusiva competenza statale (c.d. concorrenza atipica distinta dalla concorrenza tipica prevista dall'art. 117, comma 3, Cost). Tale relazione si configura come dinamica perché il risultato dipende, caso per caso, dal fascio di interessi costituzionalmente tutelati presi in considerazione. Ma questa valutazione caso per caso ha comportato, però, naturali oscillazioni nella giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale, 7 novembre 2003, n. 331) che la Consulta ha, anche, teorizzato lì dove ha osservato che non si può demarcare, in via assoluta, la linea di confine tra competenze legislative statali e competenze legislative regionali. Ma a questo punto è stato osservato in dottrina (V. CRISAFULLI-L. PALADIN-S. BARTOLE- R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*[2], cit., pp. 1058 ss.) che la riserva allo Stato del potere di individuare i punti di equilibrio tra Stato e Regioni non significa riconoscere alla legge statale una supremazia gerarchica rispetto alla legge regionale. Infatti viene, qui, in gioco un altro principio, quello di sussidiarietà, che sovrintende a qualsiasi illegittimo spoglio delle attribuzioni regionali e pone alla competenza legislativa statale il canone della "ragionevolezza" e della "proporzionalità".

[249] L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea,* Milano, 2014, pp. 294 ss.; G. TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, Bruxelles 25 maggio 2012, in *www.cortecostituzionale.it,* pp. 1 ss.

ISSN 2279-7238

del principio di sussidiarietà sull'altare dell'intesa tra Stato e Regioni, perché il principio di sussidiarietà ha natura inderogabile ed imperativa e non dispositiva, onde, a mio avviso, le condizioni essenziali della sussidiarietà non sembrano "negoziabili" tra Stato e Regioni e, a maggior ragione, "scambiabili" sul piano politico.

Un'ulteriore riflessione si impone.

Il tema dei cc.dd. controlimiti appare *prima facie* lontano dal principio di sussidiarietà. Ma, a ben guardare, non è così. La Corte Costituzionale ha affermato, a più riprese, il principio che lo Stato italiano consente, ai sensi dell'articolo 11 Cost. alle "limitazioni di sovranità" che derivano dall'adesione dell'Italia al Trattato dell'Unione europea, ma non a quelle limitazioni che contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e con i diritti inviolabili della persona umana che concorrono ad individuare la stessa "identità costituzionale" dello Stato. E ciò in forza di quelli che la Corte Costituzionale ha battezzato come i "controlimiti alle limitazioni di sovranità". In forza di questi ultimi la prevalenza del diritto sovranazionale non può giungere sino ad intaccare il "nucleo duro" dei valori costituzionali fondamentali degli Stati membri[250].

[250] Il tema dei controlimiti è molto noto e presenta già una ricca letteratura. Per una recentissima ed efficace sintesi di tutte le problematiche v. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 10 ss. La teoria dei controlimiti è stata elaborata –com'è noto- in Italia dalla Corte Costituzionale, così come da altri giudici costituzionali europei, come un argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamento sovranazionali ed internazionali oltre che del diritto comunitario e delle leggi costituzionali e di revisione della Costituzione (da ultimo, R. CALVANO, *La Corte Costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in www.federalismi.it, n. 1, 2016, pp. 2 ss. che ricorda la storica sentenza n. 1 del 1988 come prima decisione in materia ed ivi la giurisprudenza successiva). Il recente ritorno di attualità della teoria si deve, poi, probabilmente, all'attualità della normativa tributaria europea. Infatti la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 8 settembre 2015, nel caso Taricco, si è occupata della prescrizione del reato di evasione I.V.A. che –com'è noto- è una un'imposta europea. Ma, la Corte Costituzionale, dopo il caso Taricco, con l'ordinanza ancora più recente n. 24 del 26 gennaio 2017 ha rinviato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea alcune questioni problematiche in merito all'applicazione dei principi che la stessa Corte di Giustizia aveva enunciato con la nota sentenza Taricco. L'ordinanza di rinvio del 2017 appare importante perché è la prima volta che è sollevato un possibile conflitto tra la normativa europea ed i principi supremi dell'ordine costituzionale. In concreto la Consulta, con la sentenza Taricco, aveva affermato che il giudice nazionale poteva disapplicare la c.d. prescrizione breve in materia di I.V.A. allungando il termine di prescrizione del reato consentendo un effettivo prolungamento della prescrizione oltre i limiti di legge allo scopo di garantire in Italia l'effettiva riscossione dell'I.V.A., tributo di natura europea. A questo punto, la Consulta, con l'ultimissima ordinanza ricordata, ha effettuato un rinvio alla Corte di Giustizia che –come correttamente ha osservato la dottrina (A. FRANCO, *Disapplicazione della prescrizione per i reati iva, principi costituzionali e controlimiti: l'ordinanza di rinvio della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia UE,* in *Riv. it. di Dir. pubbl. com.*, 2, 2017, p. 489) – sembra avere principalmente il ruolo di avvisare la Corte di Giustizia che ove l'orientamento espresso nella sentenza Taricco fosse confermato con la conseguente autorizzazione implicita alla disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della prescrizione breve per i reati di evasione I.V.A., la Consulta si vedrebbe costretta ad attivare i cc.dd. controlimiti per opporre una barriera di ordine costituzionale interno all'applicazione della normativa sovranazionale. In sostanza, la Corte Costituzionale, al di là delle apparenze dialettiche, sembra voler favorire una risoluzione della questione in modo conciliativo e senza contrapposizione con la Corte di Giustizia dell'Unione europea. Questa lettura nell'ordinanza recentissima della Corte Costituzionale merita di essere condivisa, come si dirà nel testo. La letteratura sul principio dei controlimiti in generale è molto vasta, *ex multis*, v. in dottrina i numerosi contributi (O. CHESSA, M. DELMAS-MARTY,; P. FARAGUNA, A. RUGGERI, C. SOTIS) raccolti sistematicamente in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 165 ss. ed, in particolare, v., inoltre, in questo volume, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 291 ss., M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur. cost.*,, 5, 2014, pp. 3899 ss.; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in www.federalismi.it, 24, 2014; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fina mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC,* 2, 2016, p. 7.; M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali,* in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2, 2009, pp. 341 ss.; G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti,* in *Giur. cost.,* 1, 2016, pp. 329 ss.; F. ROSSI, *L'obbligo di disapplicazione in malam partem*

ISSN 2279-7238

La ragione di questo collegamento tra la teoria della sovranità e la teoria dei controlimiti è che il principio di sussidiarietà è "inciso" dalla teoria dei controlimiti. E ciò perchè la sovranità statale può essere limitata dalla legislazione europea a causa dell'applicazione del principio di sussidiarietà, ma -ecco il punto- tale limitazione ha un controlimite tratto dai "valori costituzionali fondamentali" e dai diritti inviolabili della persona umana della Costituzione italiana onde l'Unione europea non può legiferare in sussidiarietà in tema di "valori costituenti fondamentali".

L'insufficienza dell'azione degli Stati e la migliore qualità dell'azione delle istituzioni europee non bastano più. Il diritto sovranazionale trova una barriera ulteriore che non c'è nel principio di sussidiarietà e che la Corte Costituzionale erige sempre di più nei rapporti con la Corte di Giustizia, di fronte al dilagare di una legislazione europea che appare, ormai, senza più limiti, nel disciplinare ogni profilo del valore della vita dei cittadini d'Europa.

Non è agevole dire quale sia il punto di equilibrio tra la teoria della sovranità e la teoria dei controlimiti, dopo anni di silenzio degli Stati (solo sette ricorsi degli Stati nazionali per violazione del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni europee), ma sembra utile l'auspicio che il tempo delle "barricate" sia sostituito dal tempo del maggiore "dialogo" tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte Costituzionale[251].

della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di Giustizia, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1, 2016, pp. 376 ss.; Sui singoli controlimiti v. Corte Costituzionale nn. 284/2007, 73/2001, 168/1991, 232/1989, 114/1988, 170/1984, 18/1982, 48/1979, 183/1973, 32/1971, 31/1971, 30/1971. Con riferimento ai diritti umani fondamentali della CEDU v. Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348; Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349.

[251] Sul punto v., già, E. GROSSO, *Il dialogo necessario: la Cour d'arbitrage belga e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell'ordine giuridico interno*, in G.G. FLORIDIA-G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006, pp. 259 ss.; A. RUGGERI, "*Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie a tutela dei diritti fondamentali*, in *I Quad. eur.*, n. 59, 2013 pp. 10 ss.; G. MASTRODONATO, *I principi della disciplina antitrust nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e nel dialogo tra le Corti*, in *Foro. Amm-Cd.S.,* 2013, p. 319; G.M. SALERNO, *La riscossione dei diritti aeroportuali negli aeroporti dell'Unione europea tra sussidiarietà verticale e leale cooperazione orizzontale: osservazioni a margine della decisione della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 12 maggio 2011, in causa C-176/09,* in *Riv. it. dir., pubbl. com.*, 1, 2012, p. 125.

ISSN 2279-7238

La categoria giuridica dei beni comuni tra dimensione locale e attività giurisprudenziale, oltre l'assolutismo giuridico. Brevi note comparative*

di Annamaria Abbruzzese**

SOMMARIO: 1. Premessa e piano dell'indagine – 2. Struttura e funzione dell'attuale categoria demaniale: verso un nuovo modello – 3. Sdemanializzazione e proprietarizzazione: una comparazione diacronica – 4. Beni pubblici in pubblico uso versus beni pubblici in proprietà pubblica: verso la rivalutazione di antiche categorie giuridiche – 5. Verso la costruzione di una categoria giuridica: spunti giurisprudenziali e normativi – 6. La necessità di una categoria giuridica: l'opinione dei giuristi – 7. Oltre l'assolutismo giuridico: il ruolo della comunità – 8. Riflessioni di sintesi.m, 2018, pp. 273.

1. Premessa e piano dell'indagine

Il tema dei beni comuni negli ultimi anni è al centro di un ricco ed intenso dibattito che vede coinvolti studiosi delle diverse discipline[252]; esso è indice dell'esigenza che si è accentuata durante la recente crisi economica[253] e che ha visto l'affievolimento dello Stato sociale[254], il progressivo deterioramento e depauperamento di importanti risorse comuni, unitamente alla privatizzazione di numerosi beni già considerati pubblici[255]. Tutto ciò ha indotto ad un'attenta riflessione giuridica su alcuni beni che assolvono all'interesse sociale, servendo la stessa collettività256. Si tratta di beni destinati ad un "uso comune", che al di là della proprietà - tendenzialmente dello Stato o comunque di enti pubblici - sono in grado di soddisfare i diritti fondamentali della persona e della comunità nel suo complesso.

Fino a quando i beni pubblici sono stati utilizzati dal dominus-proprietario pubblico per la crescita economica del Paese, il tema dei beni comuni è rimasto sullo sfondo della

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di ricerca, presso Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro.

252 Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi,* in *Politica del diritto,* 1/2014, Bologna: il Mulino, p. 3*;* sul punto si veda anche S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e internazionale*, VII, 2013; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari: Laterza, 2013; S. SETTIS, *Azione popolare*, Torino: Einaudi, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari: Laterza, 2011.

253 Cfr. A. CIERVO, *Beni comuni*, Roma: Ediesse, 2012, p. 1.

254 Sul punto si veda anche quanto osservato da Alberto Lucarelli in *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari: Laterza, 2013, pp. 15-16, ove l'autore afferma che: «lo Stato sociale, formalmente previsto in Costituzione, è stato lasciato a se stesso, ed è nostro compito indefettibile affermare un concetto di diritto pubblico che assuma tra i suoi compiti quello di gestire la *res publicae*, in funzione del perseguimento di interessi generali e di soddisfacimento delle nuove e drammatiche esigenze sociali, e soprattutto di riconoscere l'esistenza delle *res communes omnium*, e cioè dei beni comuni».

255 Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Roma-Bari: Dissensi, 2011, p. 35.

256 Cfr. P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it.*

ISSN 2279-7238

scena[257], esso è infatti diventato oggetto di attenzione solamente a partire dai processi di privatizzazione degli anno '90 – determinati quasi certamente da un' interpretazione di stampo liberista del diritto europeo - che hanno minato alla base i valori fondamentali della persona, della comunità e dello Stato democratico[258], rilevando ed evidenziando la fragilità dell'attuale categoria demaniale a perseguire la funzione sociale legata ai beni pubblici, atti a garantire la tutela dei diritti fondamentali ed a conservare lo *status* di inalienabilità[259]. Da qui la necessità di configurare all'interno dell'ordinamento giuridico la categoria dei beni comuni, secondo processi fondativi o anche soltanto quale definizione di variabile a categoria già esistente, da tutelare attraverso un'adeguata copertura normativa[260].

La tematica dei beni comuni mette, tuttavia, in risalto anche la difficoltà da parte dello Stato di far fronte ai bisogni sociali e ciò si traduce nella necessità, anche in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, di un più intenso protagonismo dei cittadini nelle decisioni legislative e nella gestione di beni connessi con il godimento di libertà e diritti fondamentali[261].

Con il presente scritto si intende offrire un contributo al dibattito attualmente in corso circa la necessità di costruire la categoria giuridica dei beni comuni, quale *species* dei beni pubblici. A tal fine si rende indispensabile ricostruire la categoria dei beni pubblici, ripristinando l'originaria distinzione tra bene pubblico e proprietà pubblica - ricondotti erroneamente ad *unum* dalla visione proprietaria-privatistica della pandettistica tedesca - ed innovare il regime giuridico dei beni pubblici istituendo un nesso di corrispondenza tra beni pubblici e principi costituzionali, da attuare attraverso norme di rango primario[262].

Si tratta di un' indagine che si snoderà tra l'attività dottrinale, alcuni significativi interventi giurisprudenziali e l'attività normativa posta in essere dai governi locali, che in assenza di un dato legislativo hanno reinterpretato le norme sulla proprietà pubblica, elaborando il concetto giuridico dei beni comuni.

---

[257] Il giornalista e politico Guido Gonella nel 1938 nel testo "La nozione di bene comune", sottolineava quando negli anni Trenta si rivendicavano i misconosciuti diritti della persona e si lavorava per l'avvento di un sistema democratico, sembrava che il problema del future non fosse tanto l'affermazione dei diritti della persona quanto la chiara coscienza dei suoi doveri: rivendicare la priorità del bene comune sul bene particolare. Diceva Gonella: «tutte le democrazie tendono a scivolare verso forme di individualismo egoista e chi vuole saldo e duraturo il sistema democratico deve insistere sui doveri della persona verso la comunità, deve rivendicare la priorità del bene comune sul bene particolare»: cfr. G. GONELLA, *La nozione di bene comune*, Milano, ristampa 1959, I edizione Milano, 1938, ora in Aa. Vv., *Sulla scuola italiana del diritto*, Milano, 2011, pp. 121-125; A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, II, 2017, p. 1.

[258] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1.

[259] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014. (paragrafo 7).

[260] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1; ID., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014, passim.

[261] Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi,* in *Politica del diritto,* 1/2014, Bologna: il Mulino, p. 2; sul punto si veda anche G. ARENA E C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma: Carocci, 2012; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, pp. 461-462; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali,* Milano: Giuffré, 2011, IV, pp. 271-275; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, Firenze: Firenze University Press, 2010, p. 333.

[262] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 4-5.

ISSN 2279-7238

Uno studio che partirà da una riflessione intorno alla struttura ed ai limiti dell'attuale modello demaniale per destrutturarlo e riassegnargli - alla luce di quel filone di studi che dà rilievo alle fasce di utilità prodotte dai beni piuttosto che al bene stesso qualificando la proprietà pubblica come una "proprietà necessaria" per lo svolgimento dei suoi compiti - la sua originaria funzione di "dominio collettivo", accessibile a tutti, incommerciabile ed inappropriabile in via esclusiva, riattribuendo allo Stato, attraverso una complessiva rivalutazione delle categorie giuridiche elaborate dalla giurisprudenza romana, la sua originaria funzione di "amministratore" di una *res* che rimane nella proprietà collettiva, considerata *communis omnium*, ma posta tra quelle oggetto di riserva statale e dunque, *extra commercium*[263].

Nel corso dell'indagine verrà altresì evidenziato un interessante parallelismo tra l'attuale processo di sdemanializzazione e proprietarizzazione dei beni pubblici ad opera dello Stato e le concessioni sovrane verificatesi durante l'età feudale, dal quale emergerà come le attuali dismissioni non sono affatto un argomento *de iure condendo* e soprattutto, che già la dottrina feudale tentava di riassegnare al demanio il suo originario significato attraverso il ripristino dei principi romanisti, secondo i quali la categoria demaniale esprimeva la sua più stretta relazione tra beni, collettività e territorio[264].

La riflessione intorno ai beni comuni consentirà, infine, anche un ragionamento intorno al ruolo della comunità all'interno dello Stato ed in ordine ad una nuova dimensione del diritto pubblico, teso a superare l'assolutismo giuridico per recuperare un sostanziale pluralismo giuridico che conduca ad un radicale mutamento del rapporto fra Stato e comunità, avviando un modello di gestione partecipata, così come quello presente nell'ordinamento elvetico, del quale verranno analizzati i caratteri salienti – anche in relazione alla tutela dei beni comuni – in una prospettiva di analisi comparatistica[265].

2. Struttura e funzione dell'attuale categoria demaniale: verso un nuovo modello

La categoria beni comuni, già presente nell'ordinamento giuridico romano, messa sullo sfondo, dapprima dalla concezione patrimoniale del sovrano emersa durante l'età feudale, successivamente dal concetto di *utilitas* illuministico ed infine dal binomio *dominus-imperium*

[263] *Ivi*, pp. 4-7; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano: Giuffré, 1969, pp. 277-278; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, T. 1.2, *I Beni pubblici*, in *Trattato di diritto Privato,* (diretto da) M. BESSONE, vol. VII, Torino: Giappichelli, p. 101.

[264] Cfr. E. CORTESE, s.v. *Demanio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffré, 1963, pp. 71-83; M.A. BENEDETTO, s.v. *Demanio*, in *Nuovissimo Digesto*, vol. V, Torino: Utet, 1981, pp. 423-427; F. LAURIA, *Demani e Feudi nell'Italia meridionale*, Napoli: Tipografia degli artigianelli, 1923, pp. 309-313; R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle Province Napoletane*, Milano: Editrice Libraria, 1909, pp. 2-45.

[265] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014. (paragrafo 1); N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo,* Milano: Franco Angeli, 2014, passim.

ISSN 2279-7238

elaborato dalla pandettistica tedesca[266], è stata riportata in luce nel corso dell'anno 2007 grazie ai lavori della Commissione Rodotà, che nello schema di disegno di legge-delega[267] ha definito i beni comuni come "quei beni che per la loro funzione sono atti a soddisfare i diritti fondamentali dell'uomo, servendo immediatamente non il *dominus* - ossia l'amministrazione pubblica - ma la collettività intera", riportando così in primo piano il concetto di "fasce di utilità"[268] che i beni pubblici dovrebbero garantire, concetto messo sullo sfondo da quello di "appropriazione" elaborato dalla dottrina civilista italiana e che durante i lavori di stesura del Codice civile del 1942 optò per una nozione di bene inteso come "*res* valutabile economicamente e passibile di proprietà", ritenendo al contrario, la qualifica di "bene comune" inidonea ad offrire adeguata tutela giuridica ai beni di interesse pubblico[269].

Da tale elaborazione ne è conseguito, per come attentamente osservato da Santoro Passarelli, che i beni (*rectius* le cose) inappropriabili non possono essere intesi come categorie giuridiche, in quanto inidonei a formare dei rapporti giuridici: la categoria giuridica esiste se c'è un rapporto strutturale che dà luogo a rapporti giuridici e tali rapporti, ad avviso della dottrina civilistica, si esauriscono nel rapporto di appropriazione, escludente ed esclusivo; tutto ciò, vale anche per i beni pubblici in virtù della concezione proprietaria-pubblica de l'*Etat administrative* francese napoleonico e di quella proprietario-privatistica della pandettistica tedesca, che hanno identificato i beni pubblici con la proprietà pubblica, riducendoli ad *unum*, configurando così rapporti escludenti, riconducibili a quelli di ordine soggettivo, che legano il *dominus* al bene privato[270].

---

[266] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1; si veda anche P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanista e nella Costituzione repubblicana*, in *federalismi.it*, 5/2011, passim.

[267] La Commissione Rodotà, istituita con Decreto del Ministero della Giustizia il 21 giugno del 2007, i cui lavori si sono conclusi nel febbraio del 2008, definisce i beni comuni come l'insieme delle cose espressive di utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona: in questo modo nella formalizzazione della categoria si è cristallizzato il criterio cardinale dello scrutinio che deve essere compiuto per valutare quali beni vadano ritenuti comuni nell'interesse alla cui realizzazione il diritto sul bene in questione è preordinato: M. GRANDI, "«Les choses communes» e l'art. 714 «code Napolèon»", in *Rivista critica del diritto privato*, XXXI, 2013, pp. 217-222. I risultati raggiunti dalla Commissione non hanno avuto, tuttavia, alcun esito legislativo: pertanto, a tutt'oggi vengono considerate beni giuridici solamente le entità che possono costituire oggetto di diritti, senza alcun riguardo alla loro funzione economica-sociale: al riguardo si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 52.

[268] Sul punto è interessante osservare quanto detto da Hohfeld in relazione alla proprietà, il quale, in netto contrasto con il modello compatto proposto dalla pandettistica tedesca, la definiva come un complesso aggregato di diritti, privilegi, poteri e immunità, dove l'oggetto passa in secondo piano perché ciò che conta sono le prerogative e gli obblighi di cui i proprietari sono titolari di fronte a soggetti non proprietary. A suo avviso, la proprietà non è un monolite, ma un fascio di situazioni soggettive positive che tendono a disaggregarsi, ed è proprio lavorando sulla tendenza alla disaggregazione delle utilità prodotte dai beni e degli *entitlements* ad essi inerenti che possiamo ragionare in termini giuridici di beni comuni, a partire da una decostruzione del diritto di proprietà nella sua centralità, compattezza ed intangibilità: cfr. W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in Yale L.J., 1917, p. 718; A. QUARTA, *Non – proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni,* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 69-70.

[269] Cfr. P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile e nel sistema giuridico romano,* in *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi,* (a cura) di M.P. BACCARI, Modena: Mucchi, 2011, p. 112.

[270] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 2-6. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli: Jovene, 1964, pp. 55-102.

ISSN 2279-7238

In tal modo il rapporto che lega l'amministrazione al bene demaniale è divenuto nella sostanza un rapporto di natura proprietaria, dove il *dominus*, anziché agire quale rappresentante della collettività e consentire a quest'ultima il libero accesso ed il pieno godimento della *res*, agisce nell'interesse esclusivo della pubblica amministrazione, limitando accessibilità e fruibilità attraverso processi di privatizzazioni e atti di concessione, divenuti sempre più frequenti con l'aggravarsi della crisi economica[271].

Tale stato di cose è da attribuirsi all'attuale struttura della categoria demaniale, caratterizzata dall'ascesa proprietaria determinata da una strumentale riutilizzazione dei principi romanisti ad opera della pandettistica tedesca, che ha erroneamente individuato il fondamento del diritto romano nella sovranità dell'individuo proprietario, teso a governare un mondo di cose naturalmente disposte all'appropriazione, mettendo sullo sfondo il rapporto funzionale della *res* e privilegiando invece il rapporto soggettivo, sino a far coincidere il diritto di proprietà con il bene stesso[272].

L'attuale modello demaniale infatti, integralmente fondato su una struttura di ordine soggettivo e sul concetto di appropriazione, non tiene affatto conto della funzione sociale del bene pubblico, svilendo così una delle dimensioni del bene pubblico, orientato a soddisfare gli interessi del *dominus* (pubblica amministrazione), anziché le esigenze della *communitas* ed i processi di privatizzazione, che hanno coinvolto la proprietà pubblica nella specie del demanio, rappresentano un importante esempio, idoneo a rilevare le patologie e dunque, i limiti fisiologici dell'attuale categoria demaniale[273].

Sulla scorta di tali presupposti, al fine di promuovere un cambiamento giuridico, politico e culturale importante, sarebbe opportuno se non addirittura necessario, superare i suddetti limiti - legati alla proprietà dei pubblici poteri - attraverso un processo di destrutturazione dell'attuale categoria demaniale, teso a ripristinare il distinguo tra beni pubblici e proprietà pubblica e riassegnare al demanio, attraverso una rivalutazione dei principi romanisti, la qualifica di "cosa"[274], ossia di *res* che non può essere oggetto di diritti e dunque, di appropriazione da parte di terzi e più specificatamente, di *res* non suscettibili di alcun rapporto giuridico privato: *res communis omnium* ed *extra commercium*[275].

Tutto ciò consentirebbe di superare il concetto di appropriazione per i beni pubblici e di far prevalere la dimensione funzionale su quello strutturale, in modo da impedire atti di discrezionalità del *dominus*, al quale verrebbe invece nuovamente attribuito il ruolo di

---

[271] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014. (paragrafo 2); D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rass. dir. pub. eur.*, 2/2014.

[272] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 5-6.

[273] *Ivi,* pp. 2-6; sul concetto di appropriazione e di formazione dei rapporti giuridici si veda anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 55-102; S. PUGLIATTI, s.v. *Cosa in senso giuridico (teoria generale),* in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 19-25; S. PUGLIATTI, s.v. *Beni (Teoria generale*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Milano: Giuffrè, 1959, pp. 164-171.

[274] Il termine cose non rinvia tanto ad un aspetto naturalistico, quanto piuttosto ad un rapporto giuridico di quello proprio dei diritti soggettive, riferibile ad una capacità non patrimoniale: cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 102-103 nota n. 109.

[275] Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 3-4.

ISSN 2279-7238

guardiano e regolatore della dimensione funzionale - così come nell'ordinamento romano - e non più di quella strutturale della categoria demaniale[276].

Quanto sin qui detto potrebbe dunque rappresentare una valida premessa per ricostruire la categoria dei beni pubblici e creare su delle nuove basi la categoria giuridica dei beni comuni composta da beni demaniali, che in virtù delle loro specifiche funzioni, siano da considerare *communis omnium* ed in quanto tali, necessariamente sottratti al commercio giuridico[277].

Attualmente tutto ciò, in assenza di un preciso dato legislativo, è reso possibile da una progressiva e crescente affermazione di concetti giuridici elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ma anche e soprattutto dall'attività normativa posta in essere da alcuni governi locali, che prendendo atto del fatto che le due differenti categorie - quella dei beni pubblici e quella della proprietà pubblica - si sono identificate, svilendo il ruolo e la funzione originale dei beni pubblici, alimentano l'affermazione della categoria giuridica beni comuni[278].

In una prospettiva di analisi comparatistica è interessante notare come nell'ordinamento elvetico invece, la logica proprietaria, in relazione ai beni ritenuti funzionali allo svolgimento della personalità umana sia stata superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sin dall'inizio del secolo scorso, attraverso l'inserimento nel Codice civile svizzero di una specifica previsione normativa (art. 28) che prevede un diritto generale della personalità, il cui riconoscimento è un diritto individuale a carattere generale, teso verso la tutela di ogni consociato[279].

Su tali basi l'ordinamento elvetico è riuscito a garantire tutela giuridica ai beni prescindendo dalla loro titolarità, purché essi siano strettamente connessi alla persona: il diritto all'acqua, all'ambiente, al territorio etc…, sono riconosciuti come diritti dell'individuo in quanto persona, necessari per l'esercizio della sua personalità, e non come diritti dell'individuo in quanto proprietario, legati a profili di carattere meramente economico: in questo modo essi sono stati fatti rientrare nel diritto generale della personalità espressamente sancito dall'art. 28 del Codice menzionato[280], che ha dunque costituito la via per garantire tutela giuridica anche ai beni comuni[281].

---

[276] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafi 2 e 3); A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 2-6; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 55.

[277] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 1).

[278] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 4-5; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna: il Mulino, 2013; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona: Ombre corte, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, cit.; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni,* cit.; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno e post-moderno*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 2012.

[279] Cfr. H. GIESKER, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimshäre. Ein Beitrag zu der Lehr von den Individualrechten*, Zürich: Druck von Zürcher und Furrer, 1904, p. 12; K. SPECKER, *Die Persönlichkeitsrechte*, Zürich: Recht Zürich, 1910, p. 31; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova: Cedam, 1979, pp. 31-34.

[280] Per la storia della codificazione svizzera in una prospettiva comparata, in cui vengono evidenziati gli influssi subiti dalla dottrina francese e tedesca durante la stesura del codice civile svizzero, si veda A. GAMBARO E R. SACCO, *Trattato di diritto comparato. Sistemi giuridici comparati*, Milanofiori: Utet, 2014, pp. 287-291.

[281] Sul punto si veda S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit., p. 153.

ISSN 2279-7238

3. Sdemanializzazione e proprietarizzazione: una comparazione diacronica

L'intensificarsi delle operazioni di dismissione di beni appartenenti allo Stato o agli enti pubblici territoriali, ha portato da un lato, alla rottura del nesso tra proprietà pubblica e destinazione pubblica e dall'altro, all'appropriazione da parte di soggetti privati dei beni pubblici, creando così, come diceva Oreste Ranelletti già alla fine del XIX secolo, «una sorta di proprietà privata corretta da un regime vincolistico amministrativo»[282]. Così facendo è stato introdotto nel nostro ordinamento positivo – per come attentamente osservato da Vincenzo Cerulli Irelli – "il principio della valorizzazione dei beni pubblici"[283].

Tale stato di cose è stato determinato dall'operazione di identificazione dei beni pubblici con la proprietà pubblica, che ha comportato lo svilimento dei beni pubblici, orientati a soddisfare gli interessi del *dominus*, piuttosto che le esigenze della collettività: la proprietà pubblica, sovrapponendosi al modello demaniale ed in generale ai beni pubblici in uso pubblico, ha legato il bene alla funzione che il *dominus* intende attribuirgli, configurando così rapporti escludenti, riconducibili a quelli di natura soggettivi[284].

Si tratta dunque, di un modello demaniale determinato dalla prevalenza della dimensione soggettiva e strutturale del rapporto, piuttosto che della dimensione oggettivo-funzionale e che in virtù di ciò, rende possibile alla sovranità statuale decidere discrezionalmente di cambiare titolo e destinazione del bene o addirittura, di attribuire al bene una funzione diversa: un modello che proprio per queste sue caratteristiche non impedisce affatto la svendita dei beni pubblici in generale e demaniali in particolare (*rectius* beni comuni), limitando, al contrario, accessibilità e fruibilità secondo logiche legate al profitto[285].

I processi di privatizzazione, incentivati da un'interpretazione di stampo liberista del diritto europeo, sono dunque una diretta conseguenza della struttura della categoria demaniale così come venutasi a configurare con l'affermarsi delle idee della pandettistica tedesca[286].

L'attuale fenomeno della sdemanializzazione dei beni demaniali e pubblici in generale, nei confronti dei quali lo Stato si pone come fosse il proprietario, presenta tuttavia un sorprendente parallelismo con la concezione patrimoniale emersa durante l'età feudale, in forza della quale veniva attribuito al sovrano non soltanto una facoltà di supremo controllo

---

[282] Cfr. O. RANELLETTI, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, in *La Legge*, XXXII (1892), p. 245, ora in ID., *Scritti giuridici scelti, IV – I beni pubblici*, Napoli: Jovene, 1992, p. 4; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 3-12.

[283] Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 12. Sul punto si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2003. Titolarità e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego,* Milano: Astrid, 2004, p. 17, ove l'autore afferma di non condividere il suddetto principio.

[284] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 4-7.

[285] *Ivi*, pp. 6-7; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 267.

[286] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 6-7.

ISSN 2279-7238

sulle attività pubbliche, ma anche un diritto di dominio su tutto quanto non formasse oggetto di immediata proprietà privata, riservandogli al contempo un diritto di alta proprietà e giurisdizione su tutti i beni destinati alla collettività, diritto che si configurava come dominio assoluto dello Stato sui beni destinati alla collettività.

Il *princeps,* dunque, per come rilevato dall'Horn, giurista tedesco del XVII secolo, non era solo *dominus quoad protectionem, iurisdictionem, administrationem*, ma deteneva anche una *potestas perfecte disponendi*, in quanto sovrano e dunque, unico proprietario di essi[287].

Tale potere consentiva ai sovrani di elargire concessioni in favore dei signori feudatari, anche di beni demaniali, ogni qual volta che lo ritenevano opportuno ed in modo del tutto discrezionale, sia per esigenze di carattere economico che di stabilità politica ed in totale dispregio al principio di inalienabilità dei beni demaniali prescritto da Federico II agli inizi del XIII secolo[288]. Quest'ultimo, infatti, nel richiamare le fonti romanistiche nelle proprie disposizioni normative, aveva evidenziato non solo l'inalienabilità dei beni demaniali, ma anche la stretta relazione intercorrente tra territorio e collettività, precisando che il sovrano era solo il *maritus Reipublicae,* ed il *demanium regni* da lui posseduto non era altro che la *dos Reipublicae* su cui egli esercitava la sua vigilanza e l'amministrazione; quindi, da "buon padre di famiglia" e non anche da proprietario, non poteva distrarlo o venderlo ad altri, se non quando queste sue disposizioni avessero avuto come conseguenza l'accrescimento del demanio e dunque, il benessere della collettività: il demanio era infatti un dominio pubblico e in quanto tale, destinato alla collettività[289].

Nonostante l'abolizione delle leggi feudali sul finire del XIX secolo, l'affermarsi dell'*Etat administratif* francese napoleonico e soprattutto l'affermarsi dell'indirizzo pandettistico tedesco, hanno fatto sì che gli studi giuridici italiani si allontanassero dalla tradizione romanista e che il concetto di proprietà dei beni pubblici si affermasse definitivamente: il demanio è divenuto così sinonimo di proprietà individuale dell'ente pubblico[290].

---

[287] Cfr. M.A. BENEDETTO, s.v. *Demanio,* cit., pp. 423-427; CORTESE, s.v. *Demanio*, cit. pp. 71-83; *Atti del convegno di studi in onore di Gian Domenico Romagnosi nel bicentenario della nascita (Salsomaggiore 1761-Milano 1835), Salsomaggiore 30 settembre-3 ottobre 1961*, Milano 1961, pp. 324-325; G.D. ROMAGNOSI, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia,* Firenze 1834, p. 1287; ID., *Condotta delle acque*, Milano 1843, p. 37.

[288] Molta importanza aveva invece dato Federico II alle terre demaniali: per tutelarle e preservarle dagli abusi feudali egli emanò infatti, diverse leggi, tra cui ricordiamo in particolare la costituzione *Dignum fore*, in forza della quale prescrisse che chiunque possedeva terre o cose demaniali senza privilegio regio avrebbe dovuto restituirle il giorno di Natale; in diverse occasioni, per punire il feudatario, egli non esitò a ridurre in demanio le città già infeudate, motivo per cui durante il suo regno il numero delle città demaniali aumentò notevolmente: cfr. F. LAURIA, *Demani e Feudi nell'Italia meridionale,* cit., pp. 138-148.

Tipica espressione della concezione patrimoniale dei *bona publica*, era l'istituto della regalia, secondo il quale veniva attribuito ai sovrani non soltanto una facoltà di supremo controllo sulla vita pubblica ma anche un diritto di dominio su tutto quanto non formasse oggetto di immediate proprietà privata. Tale istituto rappresenta il tentativo di evitare l'alienazione dei beni pubblici, sulla base della tradizione romana: cfr. M.A. BENEDETTO, s. v. *Demanio*, cit., pp. 423-427.

[289] Cfr. R. TRIFONE, *Feudi e demani eversione della feudalità. Eversione della feudalità nelle Province Napoletane*, cit., pp. 50-52.

[290] Il demanio è divenuto in pratica una sorta di diritto dominicale della persona giuridica statale, simile ai beni privati e in quanto tale, soggetto alla libera determinazione del legislatore, anche in senso dismissivo.

ISSN 2279-7238

Tutto ciò ha avuto come diretta conseguenza che anche per i beni demaniali e pubblici in generale, così come per quelli privati, valesse il principio de "l'appropriazione e valutazione economica", elaborato dalla dottrina civilista italiana[291].

4. Beni pubblici in pubblico uso versus beni pubblici in proprietà pubblica: verso la rivalutazione di antiche categorie giuridiche.

L'affermazione del principio secondo il quale il bene pubblico, anche se destinato ad una funzione pubblica e persino qualora appartenga al demanio, possa essere privatizzato e divenire oggetto di diritti di carattere patrimoniale in capo a soggetti terzi, dimostra che ci troviamo di fronte ad un modello normativo che rende necessaria la costruzione di una dottrina dei beni pubblici del tutto diversa da quella attuale, che sta invece conducendo al declino la categoria del demanio[292].

L'attuale disciplina dei beni pubblici si muove in una dimensione soltanto legislativa, con pochi e comunque deboli riferimenti costituzionali, fatti essenzialmente consistere nel solo art. 42 della Costituzione e senza che vi sia alcuna norma di rango primario che dia concreta attuazione ai principi costituzionali, nonostante la rilevanza costituzionale dei diritti di proprietà - e più in generale dei regimi giuridici di appartenenza e di appropriazione[293].

Tutto ciò rappresenta dunque, un'indispensabile premessa per ritenere necessaria una innovazione del regime giuridico dei beni pubblici[294].

Significative sono al riguardo le osservazioni mosse da un giurista d'oltralpe, Yves Gaudemet, il quale nel constatare il paradosso della mancata istituzione di un nesso di corrispondenza tra beni pubblici e diritti costituzionali, sostiene - sulla scorta dell'antico insegnamento romano secondo il quale le *res que publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur* - che il demanio è luogo e strumento naturale di esercizio di numerose libertà fondamentali pertanto, esso non deve essere protetto e conservato in sé e per sé, ma in virtù delle utilità che procura e tra queste, in primo luogo, l'esercizio delle libertà individuali e collettive[295].

A suo avviso, oltre a dover inserire un complesso di norme di rango costituzionale per rafforzare la tutela della categoria demaniale, occorre separare la titolarità dello Stato sul bene dalla sua destinazione, essendo l'ente pubblico un mero custode e amministratore dei beni destinati a soddisfare un interesse pubblico collettivo[296].

---

[291] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 4.
[292] Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 12-13; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica*, cit., p. 17; M. RENNA, s.v. *Beni pubbllici*, in *Dizionario di diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, I, Milano: Giuffré, 2006, p. 723.
[293] Si perpetua una ormai lunga consuetudine di studio che ha consegnato la disciplina dei beni pubblici ai "mezzi di azione della pubblica amministrazione": cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 14-16; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 443-445.
[294] Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 17.
[295] Cfr. Y. GAUDEMET, *Libertés publiques et domain public*, in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, 1998, pp. 125-134; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 57-95.
[296] Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 95.

ISSN 2279-7238

Sulla scia del giurista francese, anche per il professore e avvocato del XX secolo Enrico Guicciardi, assume rilievo la funzione del bene pubblico piuttosto che la proprietà statale, definendo quest'ultima come una "proprietà necessaria per lo svolgimento di certe sue funzioni e l'adempimento di certi suoi fini"[297], una mera intestazione dalla quale discendono doveri di cura e manutenzione per il soddisfacimento di fini pubblici rispetto ai quali essa si prospetta indispensabile, pertanto, in alcun modo essa potrà essere assimilata al dominio privatistico[298]. Una proprietà resa necessaria per lo svolgimento delle sue funzioni e dei suoi fini, per il raggiungimento dei quali deve avere dei beni demaniali, allo stesso modo in cui per esistere deve avere un territorio[299].

In ordine a tale ultimo punto, già i primi teorici dello Stato moderno avevano in effetti evidenziato che lo Stato non può esistere se non sia dotato di un territorio e di un suo patrimonio, si legge infatti in Jean Bodin, ritenuto il maggior teorico del concetto moderno di sovranità, che: «oltre alla sovranità, a formare lo Stato concorre necessariamente qualcosa di comune e pubblico: strade, mura, piazze, la giustizia, le pene *etc*… e tutte le altre cose comuni o pubbliche o di ambo i tipi, senza niente di pubblico non vi può essere Stato, tali beni sono destinati a restare nella riserva dello Stato per l'utile suo – che è un utile collettivo per definizione – e secondo un titolo che non può essere assimilato a quello dominicale privato»[300].

Anche il giurista tedesco Otto Mayer, uno dei più noti cultori del diritto amministrativo di fine Ottocento, nel riprendere e rivalutare i principi della dottrina e giurisprudenza romanista, sosteneva - distaccandosi con ciò in modo netto dalla dottrina pandettistica, la quale a suo avviso aveva fatto una strumentale riutilizzazione delle tecniche romanistiche - che la proprietà dei beni pubblici è solo una maschera che serve a nascondere lo "*Starke Mann*", ossia un ente pubblico gestore, forte, che esercita sul bene una potestà amministrativa che egli definisce "*öffentliche Sachverwaltung*", ossia una potestà amministrativa di sorveglianza e di amministrazione; Mayer pone l'accento sull'ente gestore-autorità, indipendentemente dalla proprietà ed escludendo totalmente l'applicabilità della normativa privatistica dalla disciplina dei beni pubblici, la quale sostiene essere, per definizione, contraria agli interessi della collettività, in capo alla quale invece sussiste un diritto pretensivo nei confronti dei mandati istituzionali, posti lì unicamente per la tutela dei beni pubblici e l'assolvimento dei bisogni della collettività[301].

---

[297] Cfr. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, 1934, ristampa anast. 1989, Cedam: Padova, p. 14; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 96.

[298] Estremamente interessante sono anche le osservazioni fatte da Lorenzo Meucci, il quale ricorre alla figura della proprietà pubblica non per indebolire il profilo dell'appartenenza collettiva, ma per rafforzarlo; a suo avviso infatti, lo Stato è sì proprietario dei beni pubblici, ma non nel senso di persona giuridica, bensì come popolo organizzato, per cui l'uso spetta alla collettività intesa nell'accezione romanistica di *universitas*, di cui lo Stato rimane un mero amministratore: cfr. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino: Fratelli Bocca, 1905, pp. 315-324; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 98-100.

[299] Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 96-97.

[300] Cfr. J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, (a cura) di M. ISNARDI PARENTI, vol. I, Torino, 1988, Libro I, p. 177; B. DE JOUVENEL, *La sovranità*, trad. it. di E. SCIACCA, Milano, 1971; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 69-70.

[301] Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 277-278; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 137.

ISSN 2279-7238

Il requisito specifico della titolarità va dunque individuato nella natura della funzione alla quale sono destinati i beni: solo così sarà possibile riportare la comunità alla *res,* saldando il rapporto funzionale tra *dominus* e beni e riassegnare allo Stato la sua originaria funzione di amministratore di un bene che rimane in proprietà della collettività, in modo da assicurare ai cittadini condizioni di libero accesso ed eguale uso.

In tal senso può certamente dirsi che la categoria demaniale rappresenta il modo attraverso il quale si sottrae alla commerciabilità un bene ritenuto necessario ad una funzione pubblica e per garantire alla collettività il libero accesso ed eguale godimento: essa rappresenta in pratica un regime di particolare protezione grazie al quale l'ente pubblico impedisce ai privati di divenirne i titolari[302]; da ciò ne consegue che i beni demaniali, nei confronti di terzi, non possono neppure essere considerati beni ai sensi dell'art. 810 c.c., ma semplici "cose", poiché dalle stesse assume valore giuridico esclusivamente il valore d'uso e non già quello di scambio[303].

In tale prospettiva la teoria della riserva è probabilmente quella che più si approssima alla essenza giuridica della demanialità: essa infatti, muovendo dall'assunto secondo il quale l'ordinamento giuridico garantisce non tanto la proprietà, quanto piuttosto la libertà patrimoniale dei soggetti privati, intesa quale capacità dei medesimi di appropriarsi di ogni bene, si pone come limite alla legittimazione di soggetti privati di appropriarsi di detti beni; essa ha dunque lo scopo di rendere la proprietà accessibile a tutti, impedendo al contempo l'esplicazione della capacità dei privati a divenire titolari di beni pubblici in generale e demaniali in particolare, e di rafforzare così l'appartenenza di detti beni in capo alla collettività: nessuno può divenire proprietario di tali beni per assicurare a tutti la possibilità di usarli[304].

Potrebbe pertanto essere utile ripartire da quanto detto sino a qui per tentare di avviare una rilettura dei beni pubblici volta a ripristinare l'originaria distinzione tra bene pubblico e proprietà pubblica, e costruire su nuove basi giuridiche la categoria dei beni comuni, quale sub categoria giuridica dei beni pubblici, individuando i beni comuni tra

---

Sulla nozione di proprietà pubblica introdotta dalla pandettistica tedesca, Caputi Jambrenghi insieme a Cerulli Irelli rilevano come in realtà tale nozione, creata dalla pandettistica tedesca per spiegare la natura dei poteri dominicali sui beni demaniali da parte dello Stato, venne in realtà introdotta con lo scopo di sottrarre all'applicazione della normativa civilistica i beni pubblici e sottrarli al regime dell'alienabilità e commerciabilità; ciò in quanto i giuristi tedeschi avevano un problema che non si poneva ai giuristi italiani e francesi, ossia quello di giustificare un regime derogatorio al codice civile dei beni appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali, in forza del quale si disponeva l'incommerciabilità e l'inalienabilità dei beni pubblici, ad esempio il codice napoleonico del 1805, il codice sardo del 1827 e quello del regno d'Italia del 1865, prevedevano già il regime dell'inalienabilità ed incommerciabilità dei beni pubblici: per i giuristi tedeschi invece, la disciplina della proprietà era unica, per cui la disciplina ivi prevista si sarebbe dovuta applicare a tutti i beni indipendentemente dalla soggettività pubblica del proprietario. Tale dottrina tuttavia, è stata in larga parte fraintesa: cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, s.v. *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, Torino: Utet, 1987, p. 273.

[302] Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 55-56; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., pp. 72-74.

[303] Il termine cose non rinvia tanto ad un aspetto naturalistico, quanto piuttosto ad un rapporto giuridico di quello proprio dei diritti soggettivi, riferibile ad una capacità non patrimoniale: cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 102-103 nota n. 109; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 112; S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano: Giuffré, 1962, pp. 80-150.

[304] Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 103-104; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 55.

ISSN 2279-7238

quelli oggetto di riserva statale, e più specificatamente, tra tutti quei beni, che sulla scorta delle loro funzioni, non possono essere dismessi dallo Stato in quanto ritenuti essenziali allo svolgimento dei suoi compiti ed indispensabili per il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali della collettività: beni pubblici che in virtù delle loro specifiche funzioni non possono essere oggetto di appropriazione da parte di terzi e che pertanto, esulano da ogni logica economica e dinamica commerciale, esattamente come avveniva nell'ordinamento giuridico romano con le *res communis omnium*, che pur essendo beni pubblici, erano considerati *extra commercium*.

Trattasi di una categoria giuridica, che proprio in virtù di tali caratteristiche, non è immediatamente sovrapponibile a quella dei beni pubblici, ma è espressione di una sua specificità; un rapporto *genus* (beni pubblici) – *species* (beni comuni), da tutelare con apposita ed adeguata copertura normativa, fissando principi-valori a livello costituzionale da attuare concretamente attraverso norme di rango primario che impediscano ogni sorta di potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione.

In tal modo la disciplina codicistica dei beni pubblici verrebbe ad essere completamente innovata ed armonizzata con la Costituzione, mentre il bene pubblico e demaniale in particolare (*rectius* comune), verrebbe nuovamente ad essere legato alla sua funzione, piuttosto che al *dominus*[305].

5. Verso la costruzione di una categoria giuridica: spunti giurisprudenziali e normativi

I processi di privatizzazione e di concessione dei beni demaniali, divenuti negli ultimi tempi sempre più frequenti, sono la naturale conseguenza del potere discrezionale del *dominus* di disporre di detti beni, azioni resi possibili, come abbiamo visto sopra, dalla fragilità della categoria del demanio a perseguire da un lato, lo *status* dell'inalienabilità e dall'altro la funzione sociale legata ai beni stessi, nonché dalla mancanza di un'adeguata copertura normativa, non solo a livello costituzionale, che ponga degli argini a tale potere discrezionale. Tutto ciò ha spinto dottrina, giurisprudenza e governi locali, verso l'elaborazione di concetti giuridici finalizzati alla costruzione di una specifica categoria in grado di tutelare i beni comuni attraverso un'adeguata copertura normativa, svilendo il ruolo fondativo della nozione di appropriabilità, escludente ed esclusiva[306].

Ci si chiede tuttavia, se l'elaborazione dottrinale, giurisprudenziale e la realtà locale possano effettivamente spostare l'asse degli elementi fondativi della categoria giuridica, a prescindere dal dato legislativo, dando maggiore fondamento giuridico al concetto dei beni comuni. Al riguardo torna utile un'osservazione fatta già negli anni quaranta da uno dei maggiori giuristi del XX, Salvatore Pugliatti, in base alla quale la formazione dei concetti

[305] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica,* cit., (paragrafo 9-11).
[306] Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 3.

ISSN 2279-7238

giuridici sarebbe caratterizzata dalla fissazione di un *corpus* di regole provenienti dalla volontà legislativa, ovvero da una scelta di diritto positivo posta in essere dal legislatore che trasformi il concetto giuridico in categoria giuridica per ancorarla al diritto positivo vigente; proprio in virtù di questa derivazione non può escludersi che il dato reale – teso a trasporre il concetto giuridico in categoria giuridica attraverso la dottrina, la giurisprudenza e la normazione locale – possa modificare il concetto legislativo, ossia l'istituto giuridico[307].

In tal senso un riferimento di capitale rilievo è certamente la sentenze n. 3665 del 14 febbraio 2011 resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella quale la Suprema Corte, reinterpretando il concetto di demanialità ed auspicando una politica amministrativa di tipo orizzontale per un maggiore coinvolgimento dei cittadini nella gestione dei beni funzionali al soddisfacimento degli interessi dell'intera collettività, ha precisato che «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale, detto bene è da ritenersi "comune", vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini e al di fuori dell'ormai datata prospettiva della proprietà codicistica»[308].

Come possiamo notare in questa importante pronuncia la Suprema Corte ha adoperato il concetto di beni comuni, indicando con esso beni, che a prescindere dal titolo di proprietà, sono funzionali al perseguimento e soddisfacimento degli interessi della collettività costituzionalmente riconosciuti. In questo senso i beni pubblici possono intendersi di duplice appartenenza: alla collettività fruitrice e all'ente esponenziale che ha il compito di garantire la fruizione e la conservazione del bene comune. La Cassazione dunque, richiamando gli articoli 2, 9 e 42 della Costituzione, al fine di tutelare la personalità umana e il suo corretto svolgimento nello stato sociale, ha superato la vecchia concezione proprietaria dello Stato-persona, per assicurare l'uso e il servizio che il bene deve offrire alla collettività nella realizzazione dei valori costituzionali. Un aspetto saliente di questa sentenza è che essa prescinde dal titolo di proprietà, passandolo in secondo piano rispetto alla funzione sociale del bene, definendo in tal senso i beni comuni[309].

Significative azioni volte a costruire la categoria dei beni, dando attuazione ad una nuova forma di azione pubblica per la loro tutela e garantendo al contempo un maggior coinvolgimento del pubblico interessato sia nella fase decisionale che in quella gestionale, non sono mancate neppure a livello locale.

---

[307] *Ivi,* pp. 2-3; ID., *crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso I beni comuni*, in *Diritto e Società*, 3/2016, pp. 483-492. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffré, 1954.

[308] Cfr. S. LIETO, «*Beni comuni» diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto,* 2/2011, pp. 331-335.

[309] Cfr. A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 6/14, pp. 30-31; C. M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, XII, 2011, pp. 2506-2514; E. PELLECCHIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro italiano*, I, 2012, p. 573. Su di essa si vedano anche le considerazioni di P. GROSSI, *I beni: itinerari fra "moderno" e "post-moderno"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXVI, 4/2012, pp. 1081-1083.

ISSN 2279-7238

In Italia, il primo comune ad aver istituito un Assessorato con delega specifica ai beni comuni, modificando il proprio Statuto comunale ed inserendo i beni comuni tra gli interessi da riconoscere e tutelare come funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, è stato il comune di Napoli, il quale ha preso le mosse dall'idea secondo cui, per essere sottratti alla logica dell'uso esclusivo, i beni comuni necessitino di una gestione condivisa e partecipata, che sia la sintesi delle esigenze e delle istanze delle collettività.

Un primo e importante esempio che dimostra come la città di Napoli abbia inteso tutelare i beni comuni sono le iniziative intraprese per tutelare la risorsa idrica. Quest'ultima, all'indomani del referendum popolare del 2011 in cui la cittadinanza si era espressa contro la privatizzazione dell'acqua, con delibera n. 740 del 15.6.2011, ha riconosciuto la risorsa idrica come un bene comune pubblico essenziale, con l'intento di garantirne una fruizione collettiva equa e solidale, aperta anche alle generazioni future, attraverso un governo pubblico partecipato[310], provvedendo poi, con delibera successiva – la n. 942 del 23.09.2011 - a modificare lo Statuto della società che si occupava delle risorse idriche nel territorio campano, trasformandola da società per azioni avente scopo di lucro ad ente con finalità prettamente sociali, con capitale totalmente pubblico, di proprietà del comune di Napoli[311]. È così che nasce l'ABC Napoli, acronimo che sta per Acqua Bene Comune[312].

Altro esempio significativo, che dimostra come l'amministrazione comunale di Napoli intende tutelare i beni comuni attraverso l'attività legislativa comunale, è la delibera comunale del 29.12.15, che riconosce il regolamento d'uso civico e collettivo urbano dell'ex Asilo Filangieri, elaborato collettivamente durante un tavolo di lavoro pubblico tenutosi ogni settimana da maggio 2012 a dicembre 2015. Nella dichiarazione si legge: «La proprietà dello stabile – in quanto demanio comunale – è del Comune di Napoli, che nella piena disponibilità dell'immobile, qualificandolo come "bene comune", lo vincola alla destinazione di uso di un "centro di produzione", inteso quale luogo adibito alla creazione e fruizione delle arti e della cultura, in cui si esercitano e sperimentano forme di democrazia partecipativa che determinano le condizioni d'uso collettivo dello spazio, nella consapevolezza che "vi è una stretta connessione fra l'interesse della collettività alla conservazione degli usi civici e il principio democratico di partecipazione alle decisioni in

[310]Cfr. A. TURCHIANO, *I beni comuni e il servizio idrico integrato. Napoli parte dall'A.B.C.*, in *Gazzetta Amministrativa. Contratti, Servizi Pubblici e Concorrenza,* I, 2012, pp. 216-219.

[311] È a questa nuova realtà che viene affidato il compito di gestire la captazione e la distribuzione dell'acqua, oltre che il recupero, la depurazione e lo sversamento dei liquami reflui: gli utili andranno in investimenti, mentre le tariffe saranno modulate su criteri di reddito e livelli di consumo, garantendo un quantitativo minimo giornaliero alle famiglie meno abbienti ed evitando l'intromissione di operatori privati.

[312] Di recente anche il comune di Torino con delibera del 9 ottobre 2017 ha approvato la trasformazione di SMAT S.p.A. in Azienda di diritto pubblico, rispettando, a distanza di sei anni, la volontà popolare espressa dal Referendum del 2011. Torino diventa così la seconda grande città italiana, dopo quella di Napoli, a dare attuazione democratica all'esito referendario, collocandosi insieme ad altre grandi città europee come Amburgo, Barcellona, Berlino, Londra, Montpeillier, Nizza, Parigi e Tolosa, tra quelle che hanno già ripreso in mano la pubblica proprietà e la gestione partecipativa della loro acqua. In ordine alla gestione e valorizzazione della risorsa idrica e dell'ambiente in generale è stata avanzata l'idea di provvedervi attraverso l'istituto del trust o della fondazione senza scopo di lucro, attribuendo all'affidatario del bene il potere-dovere di gestire e valorizzare il bene stesso. Sul punto si veda L. CASERTANO, *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*, Milano: Giuffrè, 2008, pp. 72-96; S. RICCI, *Trust e non profit*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2013.

ISSN 2279-7238

sede locale" (Corte Cost. 345/1997) […] La presente dichiarazione ispirandosi a un'interpretazione estensiva degli usi civici regola l'utilizzo degli spazi dell'*Asilo* e degli strumenti di produzione ivi contenuti, garantendo la fruibilità, l'inclusività, l'imparzialità, l'accessibilità e l'autogoverno, al fine di assicurare la conservazione del bene per le future generazioni e il diritto d'uso collettivo da parte della comunità di riferimento».

L'amministrazione comunale di Napoli, attraverso l'approvazione di una serie di delibere, ha dunque contribuito in modo significativo alla costruzione di una categoria giuridica dei beni comuni, dando al contempo impulso ad una nuova forma di diritto pubblico, che in linea con i lavori della Commissione Rodotà, tuteli e valorizzi quei beni funzionali a garantire i diritti fondamentali di appartenenza collettiva, che non possono essere sottratti né al godimento, né ad una gestione condivisa e partecipata della comunità.

Le iniziative intraprese dal comune di Napoli, volte ad allargare la partecipazione civica ai processi decisionali relativi ai beni comuni attraverso il referendum, rappresentano una sfida importante in vista del coinvolgimento dei cittadini nella determinazione della politica comunale: è infatti da questa città del Sud che in Italia ha avuto inizio un percorso politico-partecipato per costruire una nuova forma di azione pubblica locale per la tutela dei beni comuni.

6. La necessità di una categoria giuridica: l'opinione dei giuristi

Con i beni comuni compare dunque, una dimensione diversa, che ci porta al di là dell'individualismo proprietario e della tradizionale gestione pubblica dei beni: non si tratta di un'altra forma di proprietà, ma de "l'opposto della proprietà" dove nessuno ha la possibilità di escludere l'altro, sia nella gestione che nel godimento della *res*[313].

Tale concetto esprime l'aspirazione al superamento delle forme proprietarie tipiche dell'ideologia borghese, fondate sull'appropriazione e lo sfruttamento individuale dei beni[314]; esso ha di mira la "costituzionalizzazione della persona, attraverso strumenti diversi da quelli proprietari e fuori da una logica puramente mercantile"[315]. In tal modo anche la lacuna presente nel nostro Codice civile[316] verrebbe ad essere colmata attraverso i principi costituzionali che pongono al centro dell'attenzione la persona e i suoi interessi, da rendere

[313] Cfr. S. RODOTÀ, *Il valore dei beni comuni*, in *acquabenecomune.org.*; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi,* cit., pp. 1-2.

[314] Sul punto si veda A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit.

[315] Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari: Laterza, 2012, pp. 105-112.

[316] Secondo Alberto Lucarelli la soppressione dell'art. 811 c.c. (il quale così recitava: "I beni sono sottoposti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale") ad opera dell'art. 3 del decreto luogotenenziale del 14 settembre 1944 n. 287 ha lasciato una grave lacuna; l'urgenza di abrogare il riferimento all'ordinamento corporativo ha infatti impedito al legislatore dell'epoca di accorgersi della grave soppressione del riferimento alla "funzione economica del bene". Né al riguardo sono stati più apportati correttivi, per cui ancora oggi sono considerati beni giuridici "le cose che possono formare oggetto di diritti" (art. 810 c.c.): cfr. P. MADDALENA, *I Beni comuni nel codice civile e nel sistema giuridico romano*, in *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi,* cit., p. 112.

ISSN 2279-7238

effettive attraverso il riconoscimento di diritti inviolabili e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale[317].

Subito dopo la conclusione dei lavori della Commissione Rodotà, numerosi sono stati gli interventi dei giuristi circa la necessità o meno di dare vita ad una categoria in grado di offrire adeguata tutela giuridica ai beni comuni. Tra i favorevoli possiamo certamente annoverare i Professori Luigi Ferrajoli, Alberto Lucarelli, Stefano Rodotà ed il giudice emerito della Corte Costituzionale Paolo Maddalena, i quali, in un'ottica riformista sia a livello di codificazione che di carta costituzionale, partono dallo stravolgimento della storica funzione del demanio per motivare la necessità di costruire una categoria dei beni comuni, che l'ordinamento giuridico deve tutelare e salvaguardare anche a beneficio delle generazioni future[318].

A parere degli autori, i beni comuni, mirando alla soddisfazione dei diritti fondamentali, superano il binomio titolarità-destinazione incentrato sul rapporto soggetto-bene, rapporto che non è stato in grado di istituire nessuna corrispondenza con i diritti fondamentali dal momento che la funzione sociale del demanio è rimasta collegata al potere discrezionale del dominus, piuttosto che alla realizzazione da soddisfare nell'interesse della collettività. Non si tratta di una categoria sovrapponibile *sic et simpliciter* a quella dei beni pubblici perché essa è espressione di una sua specificità e pertanto, il suo fondamento giuridico va desunto da quel complesso di principi e articoli presenti nella prima parte della Costituzione, che orientano beni e servizi nel rispetto di principi di solidarietà e giustizia sociale, piuttosto che da un'interpretazione estensiva dell'art. 42 della Costituzione[319]: una categoria giuridica in cui la natura giuridica del diritto prevale su quella del bene, la funzione sul titolo e le istanze sociali su quelle individuali[320].

La fruizione collettiva di fronte a beni qualificati come comuni si porrebbe allo stesso tempo come limite e condizione alla proprietà: quest'ultima verrebbe così a perdere i suoi caratteri di pienezza ed esclusività riconosciutili sin dalla rivoluzione borghese, in virtù della tutela dei diritti fondamentali e che l'ordinamento dovrebbe giungere a riconoscere come prevalenti rispetto a logiche individualistiche e di mero profitto[321].

In un'ottica tutt'altro che riformista si pone invece il comparatista torinese, Professore Ugo Mattei, anche lui membro della Commissione Rodotà, nonché promotore e patrocinante del referendum sull'acqua.

---

[317] Cfr. A. LUCARELLI, in *Diritto private e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, di F. LUCARELLI e L. PAURA, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 170.

[318] Cfr. A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., pp. 34-39.

[319] *Ibidem*; A. LUCARELLI, A. BARLETTA, I. EMMA, G. BIANCO, M. COSULICH, P. STANCATI, A. CIERVO, G. DI GENIO, S. GAMBINO, *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?,* Torino: Giappichelli, 2016, pp. XXX-XXXI.

[320] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 37; A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., pp. 38-39; D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, cit.

[321] La prospettiva dei suddetti giuristi si basa dunque su un diritto naturale laico, ispiratore di riforme legislative a tutela dei diritti fondamentali della persona e delle generazioni future e ciò richiede di riflettere anche su un'eventuale modifica della nostra Carta Costituzionale, così da riconoscere e garantire i beni comuni a livello costituzionale: cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 37.

ISSN 2279-7238

Secondo Mattei, pur essendo necessaria la creazione di una categoria di beni comuni, questa non è, tuttavia, realizzabile, non essendovi delle caratteristiche oggettive valide per tutti i beni comuni e che consentono a priori di identificare il bene come comune, dipendendo tale qualifica dai diversi contesti sociali[322].

Non solo, ma a suo avviso, affinché possa affermarsi il "comune" occorre destrutturare l'attuale diritto di stampo liberale-borghese, dando vita, attraverso una rivoluzione, ad una nuova produzione giuridica dal basso, spingendosi così oltre lo Stato ed il costituzionalismo borghese. Secondo Mattei non ha senso una teoria dei beni comuni non collegata ad una prassi di lotta costituente volta a stabilire un nuovo potere, perché il diritto non è mai stato a favore del "comune", ma protettore dell'accumulazione capitalistica[323].

Neppure sono mancate opinioni contrarie alla creazione di una categoria giuridica, ritenendola inutile se non addirittura dannosa, atteso che la stessa condurrebbe verso una svalutazione del concetto pubblico senza offrire nessuna valida alternativa oltre alla "vaga idea" di fare affidamento sulla capacità della società di autorganizzarsi e fare a meno del potere pubblico[324]. In tal senso si veda quanto sostenuto da Carlo Iannello nel suo scritto: "beni pubblici *versus* beni comuni", nel quale critica aspramente la ricostruzione della categoria demaniale fatta dai sostenitori della categoria dei beni comuni, evidenziando altresì come, a suo avviso, la confusione tra demanio e proprietà individuale dell'ente, importata in Italia nel 1920 dall'ordinamento tedesco, sia stata ampiamente smentita, chiarita e superata sin dal 1963 grazie ad un illuminante lavoro di Massimo Severo Giannini - *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*[325] - nel quale l'autore ha reinterpretato il concetto di demanio e di beni pubblici in conformità al loro autentico significato, ossia quello di beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva[326].

Carlo Iannello, infatti, rifacendosi alla teoria di Giannini, secondo la quale la categoria del demanio ha rappresentato il luogo in cui sono state custodite le cose comuni necessarie

---

322 Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un nuovo manifesto*, cit., p. 53-55; A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., p. 39.

323 Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un nuovo manifesto*, cit., pp. 53-55; ID., *Teoria e prassi costituente, nel governo del comune*, in *Tempo di beni comuni*, pp. 321-331; A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., pp. 39-40.

324 Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *forum dei quaderni costituzionali* (24 settembre 2013), p. 7.

325 L'autore ha chiarito che per comprendere la materia demaniale occorreva ritornare alle origini, ossia rivolgere l'attenzione ai dati che hanno determinato la nascita dell'istituto demaniale, che affonda le sue radici nei fenomeni di appartenenza collettiva dei beni che servono ad una data comunità per soddisfare le proprie vitali esigenze. Il demanio, rileva Giannini, è stato all'origine una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni. Rilevatosi essenziale trovare chi potesse provvedere alla sua manutenzione, si individuò nel *dominus* terre, poi nel sovrano e infine nello Stato. Ma inavvertitamente ad un certo punto si sono invertite le parti e si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni, gravati da servitù di uso da parte della collettività. Si è giunti così a rompere il legame tra beni e collettività, determinando un paradossale capovolgimento dei rapporti per cui si attribuì all'ente territoriale la proprietà individuale del bene e ai componenti la collettività un diritto d'uso. Sul punto si veda quanto scritto diffusamente da M.S. Giannini, *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963,* Roma: Bulzoni, 1963.

326 Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., p. 5; V. CERULLI IRELLI, *Uso pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano: Giuffré, 1992, pp. 956-960.

ISSN 2279-7238

per la sopravvivenza umana e amministrate dallo Stato nell'interesse della collettività[327], ritiene che quanto c'è di "comune" sia stato prodotto dalla società e concorre alla formazione della sfera pubblica, vivendo dentro questa dimensione e contribuendo a dare volto sociale alla stessa idea di pubblico, pertanto, a suo avviso, il diritto pubblico, proprio con riferimento alla materia dei beni, manifesta tutto il suo contenuto sociale.

L'autore ritiene dunque, che al di fuori di questo involucro protettivo, il "comune" resterebbe indifeso, con il rischio di essere annientato dalla volontà individuale[328]. Tutto ciò che serve alla comunità per garantire la sopravvivenza propria e dei singoli diventa cosa pubblica ed è sottratta all'arbitrarietà delle volontà individuali per garantirne l'accesso universale. Il senso della pubblicità dei beni e degli istituti che tale pubblicità garantiscono, come quello del demanio, è quello di garantire l'appartenenza collettiva di tutti quei beni necessari per la vita stessa della comunità[329].

Secondo tale ricostruzione, la materia dei beni pubblici svelerebbe il senso più antico del legame tra comunità e territorio: legame così intenso da fondare la comunità, le cose comuni e lo stesso ordinamento giuridico.

La teoria dei beni comuni invece a suo avviso, svalutando il pubblico, renderebbe più difficile e problematica la difesa delle cose comuni[330].

Tale critica, sebbene fondata sulle delle valide premesse, non tiene tuttavia in considerazione che la creazione di una categoria giuridica dei beni comuni non ridimensionerebbe affatto gli spazi pubblici, semplicemente sottrarrebbe al soggetto pubblico il dominio autoritario di tali spazi, evitando processi di sdemanializzazione per garantire attraverso un governo pubblico partecipato, i diritti fondamentali dei cittadini, rinvigorendo quell'antico legame tra beni, territorio e collettività[331].

7. Oltre l'assolutismo giuridico: il ruolo della comunità

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto come l'attuale modello demaniale non sia più in grado di garantire né la funzione sociale dei beni, né tanto meno l'interesse generale dei

[327] Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., pp. 7-8. Sul punto è interessante quanto osservato da V. CAPUTI JAMBRENGHI, s.v. *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, Torino: Utet, 1987, p. 1095: «Nei beni pubblici, dunque, lo Stato-amministrazione e gli enti territoriali mostrano, si direbbe fisicamente, la loro vera idoneità di struttura giuridica politicamente motivata all'utile e al servizio del pubblico. Il demanio e il patrimonio indisponibile finiscono quasi sempre per rappresentare l'espressione tangibile ed esterna – necessariamente predisposta alla fruizione di tutti i cittadini . di un'entità altrimenti soltanto politica e giuridica, epperò astratta, quale è lo Stato: nei beni pubblici – può dirsi- c'è concretezza dello Stato, se essi sono teatro di un suo incontro quotidiano con la realtà delle persone. È di estremo interesse – è il caso di aggiungere - come questo incontro valga a rilevare quanto di pubblico c'è (e deve esserci) in ogni privato che gode e usa la *res* e quanto di privato e di patrimoniale (l'interesse alla conservazione e all'uso perenne di un bene con oneri manutentivi ridotti al minimo e persino con un margine di utile, dove l'ordinamento lo consenta) c'è (e deve esserci) nell'ente territoriale cui la *res* appartiene».

[328] Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., p. 8.

[329] *Ibidem*

[330] *Ivi*, p. 10.

[331] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 67; A. LUCARELLI, *Beni Comuni. Contributo per una teoria giuridica,* cit. (paragrafo 11).

ISSN 2279-7238

consociati, in virtù del potere discrezionale dell'ente *proprietario* nel disporre della *res,* sottraendola al libero accesso e godimento della collettività, senza peraltro coinvolgere in dette decisioni il popolo, ormai solo apparentemente sovrano[332].

La sovranità legislativa, piuttosto che la sovranità popolare, unitamente alla struttura demaniale, priva di adeguata copertura non solo costituzionale, hanno infatti consentito allo Stato di orientare i beni pubblici verso finalità di ordine economico, piuttosto che sociali.

L'intreccio tra assolutismo giuridico e liberismo economico ha così nel tempo impedito alla popolazione di partecipare attivamente alla vita della *res publicae*, per relegarla a mera depositaria della produzione giuridica; cosicché per reagire alla supremazia della legge scollegata dalla comunità, occorre riaffermare la sovranità popolare[333], ed il principio di cui all'art. 1 della Costituzione per assumere i caratteri dell'effettività, deve essere il risultato di un processo, che al di là delle norme costituzionali, conduca ad un radicale mutamento del rapporto fra Stato e società, che consenta alla comunità di poter partecipare in modo attivo alle scelte decisionali del Paese ed alla gestione dei beni pubblici[334].

La partecipazione civica [335] - la cui essenzialità è stata anche empiricamente dimostrata dal premio Nobel per l'economia, Elinor Ostrom - consente infatti l'uso, la conservazione e finanche la valorizzazione di beni orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali, garantendo la loro fruizione nel tempo, contrariamente alla privatizzazione e alla statalizzazione, che hanno invece generato spreco e degrado, senza alcuna garanzia di conservazione per le generazioni future: l'attuale difficoltà da parte dello Stato di dare le risposte Keynesiane alla collettività, rappresenta un esempio concreto del fallimento della gestione statale dei beni pubblici[336].

---

[332] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni Comuni. Contributo per una teoria giuridica,* cit. (paragrafo 3).

[333] L'assolutismo giuridico si configura quale modello di compressione dei diritti, proprio laddove la sovranità legislativa si pone al di sopra della sovranità popolare: cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1998, pp. 3-6.

[334] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 6-7); C. MORTATI, *Principi fondamentali (artt. 1-12), in Commentario della Costituzione* (a cura di) G. BRANCA, Bologna-Roma: Zanichelli, 1975, p. 26.

[335] Oggi più che mai la comunità – sia quale singolo individuo, sia attraverso associazioni rappresentative – reclama fortemente la possibilità di trovarsi dentro i processi decisionali che la riguardano, senza essere costretta semplicemente a subirli e solo predisponendo strumenti in grado di permettere l'instaurarsi di un dialogo concreto tra istituzioni e cittadini sarà possibile garantire un solido consenso alle macro-decisioni pubbliche, evitando conflitti o disinteresse che portano all'inapplicabilità della normativa varata: in molti ordinamenti ai privati è attribuita la primaria responsabilità nella gestione diretta, mentre ai pubblici poteri è riservato un compito sussidiario di integrazione e supporto.

[336] La vera e grande scoperta di Elinor Ostrom sta nell'avere evidenziato che le comunità organizzate possono essere in grado di regolamentare efficacemente l'uso dei beni comuni a vantaggio di tutti: dal momento che il mercato e l'intervento pubblico hanno nel tempo aggravato la situazione delle risorse naturali e dei beni comuni in generale, secondo la Ostrom occorre promuovere l'economia della condivisione e forme di gestione democratica dei beni condivisi da parte della comunità organizzata. Interessante risulta essere anche il caso degli irrigatori di Valencia, i quali attraverso dei regolamenti specificavano tempo e modi per attingere dalle acque dei canali: cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Actions,* New York: Cambridge University Press, 1990, trad. it. (a cura) di G. VETRITTO, F. VELO con titolo *Governare i beni collettivi*, Venezia: Marsilio, 2006, pp. 97-98, 107-108, 132-156. Si tratta di una consapevolezza da cui muovono interessanti riforme legislative anche in alcune esperienze giuridiche dell'America Latina: al riguardo si veda S. LANNI, "Reivendicaciones indigenas y resistencias homogeneizadoras: el «derecho a la consulta previa»", in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXI-XXXII, 2011, passim.
Anche nei paesi dell'America Latina il tema dei beni comuni è particolarmente sentito e seguito da molti anni, coinvolgendo la tutela dei diritti delle numerose comunità indigene presenti. Per quanto concerne il diritto a fruire delle risorse dei loro territori da parte dei popoli indigeni, grande importanza riveste la *Dichiarazione sui diritti dei popoli*

ISSN 2279-7238

Tutto ciò non significa ovviamente che la partecipazione non vada governata dalle istituzioni pubbliche, infatti i principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, unitamente al coinvolgimento popolare per il perseguimento di interessi generali ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non devono indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato, al contrario, sulla base di un riconoscimento costituzionale e di una modifica del codice civile, potrebbe essere utile introdurre una legge generale statale e poi eventualmente di settore, che disciplini i beni comuni, i diritti fondamentali ed i servizi pubblici essenziali ad essi riconducibili[337].

Tutto ciò eviterebbe il crearsi di inutili localismi e regionalismi che contribuirebbero a frammentare ulteriormente la tutela dei diritti fondamentali. Il rischio è infatti quello che possano formarsi microsistemi di *governance* dei beni comuni, magari anche efficienti, ma che tuttavia rischiano di mettere in crisi il principio di eguaglianza, attraverso una frammentazione della tutela dei diritti: "la *governance* può infatti costituire un valore aggiunto soltanto se si snoda nell'ambito di politiche pubbliche determinate e definite da istituzioni rappresentative di livello nazionale"[338], così come avviene nella Confederazione elvetica, dove in determinate materie la legge federale si limita ad individuare esclusivamente le norme generali e di principio, spettando poi a ciascun Cantone e Comune precisare quali siano le disposizioni normative di dettaglio[339].

Sul punto è interessante notare, ad esempio, come per quanto riguarda la disciplina del demanio idrico, non esiste nella Confederazione elvetica un demanio federale, ma soltanto un demanio comunale e cantonale, per cui la Legge federale si limita ad individuare esclusivamente le norme generali e di principio, spettando poi a ciascun Cantone e Comune precisare quali siano le disposizioni normative di dettaglio. L'art. 664 del c.c. svizzero sottopone i beni del demanio naturale e artificiale ai poteri di alta polizia del Cantone in cui si trovano; l'alta polizia richiama la competenza normativa generale di diritto pubblico dei singoli Cantoni, che possono esercitarla entro i limiti definiti dal diritto privato federale, il

indigeni deliberata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2007, volta a contrastare la spoliazione di terre ai popoli indigeni (*land grabbing*), anche se i principi garantisti espressi non hanno carattere vincolante, con quel che ne consegue. Al riguardo si veda A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, in *Historia et ius*, cit., p. 33; S. LANNI, *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 137-149; S. NESPOR, L'irresistibile ascesa dei beni comuni, cit., p. 2.

337 Appare dunque, proficua l'opzione di lasciare al potere sovranazionale l'individuazione di norme di principi generali e condivise, rimettendo ai singoli contesti regionali e comunali la determinazione delle disposizioni di dettaglio, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale e verticale, riconosciuto dalla nostra Costituzione e introdotto con la riforma del titolo V (L. cost.18 ottobre 2001 n. 3). In tal modo si favorirebbe un ruolo da protagonista delle realtà locali, dei singoli e della collettività nella gestione dei beni connessi con il godimento di libertà e diritti fondamentali.
Al riguardo si pensi all'esperienza del diritto comune medievale dove il pluralismo era un elemento di ricchezza: il sistema giuridico medievale si reggeva infatti in forza di un regime dinamico di fonti concorrenti, imperniato però su alcuni principi di fondo incontestabili. Oggi non appare più vincente l'opzione dal sapore tardo-illuministico di regolamentare i poteri pubblici, i produttori e i consumatori all'interno di una griglia rigida di disposizioni per lo più statali, al contrario, appare più proficua l'opzione di lasciare al potere sovranazionale l'individuazione dei pochi principi 'naturali' (generali e condivisi), rimettendo il più possibile entro il bacino comune di poche norme regionali il fluire inevitabilmente mutevole delle esigenze o quindi delle risposte giuridiche da dare a quelle esigenze.

338 Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica,* cit., pp. 40-47.

339 Cfr. D. CASILINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 82-83; P. MOOR, *Droit Administratif*, Berna: Stämpfli & Cie, 1992, vol. III, p. 256.

ISSN 2279-7238

quale continua ad applicarsi in via sussidiaria per le parti non derogate a livello cantonale. Il diritto federale non impone la qualificazione del potere dei Cantoni sui beni demaniali come prerogativa di natura proprietaria, lasciando a questi ultimi la possibilità di accogliere i diversi modelli teorici della proprietà pubblica, della sovranità sui beni demaniali o dell'appartenenza collettiva dei beni demaniali sottoposti a servitù legale di diritto pubblico[340].

Sullo specifico tema della partecipazione civica, la Confederazione elvetica fa certamente da maestra; qui infatti sin dal XIII secolo la popolazione si è organizzata per gestire direttamente le risorse naturali comuni: gli abitanti del villaggio di Torbel, ad esempio, già nel 1224 rappresentavano la principale unità decisionale, avendo costituito un'associazione per regolamentare l'uso delle risorse naturali come la montagna, la risorsa idrica, le terre non coltivate e le foreste, di cui era organizzata una gestione in grado di preservare le risorse naturali dai danni ambientali e umani, con la prevenzione di qualsiasi forma di spreco attraverso regolamenti locali, decisi e approvati dagli stessi utenti/proprietari[341]. Nel tempo le decisioni vennero poi affidate alla *Landesgemeinde* ossia ad un'assemblea formata da uomini in età per portare le armi, ciò accadeva ad esempio nei Cantoni di − Zug, Uri, Swiyz, Unterwalden e Appenzell −, oppure ad una Dieta federale formata da delegati dei Cantoni, dove però i cittadini dei rispettivi Comuni dovevano provvedere alla ratifica delle decisioni prese dalla Dieta federale, ciò accadeva nei Cantoni nati come associazioni come − Graubünden e Wallis −, oppure ancora, come nel Canton − Genf − , ad un Consiglio Generale formato da cittadini e borghesi[342].

La partecipazione popolare, costituzionalizzata solo nel XIX secolo[343], continua ancora oggi a rappresentare per la Confederazione elvetica un elemento essenziale nella gestione degli interessi pubblici, consentendo al popolo di interagire con i Comuni e i Cantoni attraverso i referendum[344], in tal modo si avrà una maggiore armonizzazione delle diverse esigenze locali e l'aumento del senso civico dei cittadini nei riguardi della *res publicae*[345].

---

[340] Cfr. D. CASILINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., pp. 82-83; P. MOOR, *Droit Administratif*, cit., p. 256.

[341] Cfr. R. MCC. NETTING, *Balancing on an Alp: Ecological change and Continuity in Swiss Mountain Community*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 139-145; E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., pp. 97-103.

[342] L'osservazione su questo punto è di N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo,* cit., pp. 17-21. E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., pp. 97-102.

[343] Il referendum popolare è espressamente previsto nel II capitolo della Costituzione svizzera, titolo IV, agli artt. 139-142, mentre la procedura è stata definita in dettaglio con la Legge sui Diritti Politici (LDP) del 17 dicembre 1976, dalla correlata ordinanza del 24 maggio 1978 e dalla Legge sull'Assmblea Federale del 13 dicembre 2003, integrata dalla giurisprudenza del Tribunale Federale in material: cfr. L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati,* Torino: Giappichelli, 2016, p. 419; sul punto si veda anche diffusamente E. GRISIEL, *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Berna: Stämpli, 2004.

[344] La costituzione svizzera ha un sistema di democrazia semi-diretta alquanto complesso, all'interno del quale la dottrina ha distinto fra iniziativa, referendum obbligatorio, facoltativo, ordinario e straordinario. Sul punto si veda più dettagliatamente L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., pp. 419-422; J.-F., AUBERT, *Le Référendum en Suisse: Règles et Applications*, in F. HAMON, O. PASSELECQ (eds), *Référendum en Europe. Bilan et perspectives,* Paris: l'Harmattan, 2001, p. 53; H. KRIESI, A.H. TRECHSEL, *The Politics of Swizterland: Continuity and Change in a Consensus Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P., 2008, p. 59.

[345] Sul punto, tuttavia, occorre osservare come l'ampio uso del referendum abbia inciso sulla qualifica concorsuale della democrazia svizzera, spingendo Governo e Parlamento ad introdurre in via formale o informale, meccanismi di

ISSN 2279-7238

In Italia invece, il capoluogo campano, come abbiamo avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, rappresenta senza dubbio un importante riferimento nello sforzo di garantire una più efficace tutela e gestione dei beni comuni attraverso il coinvolgimento popolare e il ruolo attivo del governo locale.

8. Riflessioni di sintesi

A questo punto delineerò le conclusioni dell'*excursus* sopra esaminato, esprimendo alcune riflessioni *de iure condendo.*

Nelle pagini precedenti abbiamo visto come con l'affermarsi dello Stato moderno e soprattutto con il diffondersi delle idee della dottrina pandettistica tedesca, che hanno definitivamente identificato i beni pubblici con la proprietà pubblica e quindi con la demanialità, l'appropriazione sia divenuta un elemento costitutivo anche per la categoria dei beni pubblici[346].

Di tal ché, la struttura demaniale, supportata da un debole assetto normativo sia di rango costituzionale che primario, ha fatto sì che il bene, pur se pubblico, venisse orientato a soddisfare gli interessi del *dominus* piuttosto che quelli della *communitas,* prescindendo dalle funzioni proprie della *res*, limitando accessibilità e fruibilità attraverso processi di privatizzazione e atti concessori, che hanno cancellato il vero significato del concetto di "pubblico" - etimologicamente del "popolo" - il quale ha così perso ogni relazione con la collettività, così come accaduto durante l'età feudale attraverso le concessioni fatte dal sovrano ai feudatari, in forza della concezione patrimoniale dello Stato allora vigente[347].

Attraverso il percorso di destrutturazione dell'attuale categoria demaniale sopra esaminato, diventa possibile, alla luce di quel filone di studi riconducibile soprattutto alle opinioni di Yves Gaudemet, Enrico Guicciardi ed Otto Mayer ed ad una complessiva rivalutazione delle categorie giuridiche elaborate dalla dottrina e giurisprudenza romana, separare il profilo dominicale del bene da quello funzionale e di affermare che il profilo proprietario dei beni pubblici si riduce al solo aspetto dell'intestazione del bene allo Stato, dalla quale discendono doveri di cura e manutenzione per il soddisfacimento di fini pubblici: si tratta di un tipo di proprietà necessaria, al punto che venendo meno il bene, cessa anche la possibilità dell'esercizio della funzione pubblica[348].

Tutto ciò costituisce un indispensabile premessa per recuperare l'originaria distinzione tra bene pubblico e proprietà pubblica, così da poter ridisegnare su nuove basi giuridiche la

negoziazione partecipativa al fine di scongiurare il pericolo di proposte di referendum, consultando fin dalla fase preparatoria della stesura del progetto di legge tutti i soggetti potenzialmente interessati a contrastarlo: cfr. L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., p. 422.

346 Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 55.

347 Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica,* cit., pp. 45-46.

348 Non si tratta dunque, di insuscettibilità di proprietà private del bene demaniale o pubblico, ma di incapacità di ogni altro soggetto di esercitare sul bene la stessa attività che vi esercitano gli enti pubblici territoriali: cfr. M. Esposito, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 100.

ISSN 2279-7238

categoria dei beni pubblici in generale, demaniali in particolare, e costruire la categoria giuridica dei beni comuni, quale *species* del più ampio *genus* dei beni pubblici.

Più specificatamente, la categoria dei beni comuni, potrà essere costruita prendendo le mosse dalle *res* oggetto di riserva statale, ossia tra tutte quelle *res*, che sulla scorta delle loro funzioni, non possono essere dismesse dallo Stato in quanto ritenute essenziali allo svolgimento dei suoi compiti ed indispensabili per il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali della collettività: beni pubblici che in virtù delle loro specifiche funzioni non possono essere oggetto di appropriazione esclusiva da parte di terzi e che pertanto, esulano da ogni logica economica e dinamica commerciale, esattamente come avveniva nell'ordinamento giuridico romano con le *res communis omnium*, che pur essendo beni pubblici, erano considerati *extra commercium*.

Tale categoria dovrà essere disciplinata con apposita ed adeguata copertura normativa, fissando principi e valori a livello costituzionale - che gli diano fondamento e riconoscimento - da attuare concretamente attraverso norme di rango primario[349].

In tale quadro di cose, la costruzione della categoria giuridica dei beni comuni non solo è possibile, ma si rende anche necessaria al fine di arginare gli abusi del soggetto pubblico sui beni comuni, i quali potranno essere gestiti attraverso forme di democrazia partecipativa che coinvolga la collettività e le istituzioni locali[350], evitando così rapporti di natura escludenti in una nuova dimensione del diritto pubblico ed in armonia con la nozione di sovranità popolare[351], così come avviene nella Confederazione elvetica, dove il popolo partecipa alla gestione degli interessi pubblici, interagendo con i Comuni e i Cantoni, attraverso i referendum[352].

Attualmente non esiste una soluzione unica e definitiva al problema, il lavoro da compiere è ancora tanto e richiede uno sforzo congiunto ed interdisciplinare, ma ciò che occorre principalmente è la volontà ed il coraggio di abbandonare radicati e vecchi condizionamenti, dettati soprattutto dalla pandettistica tedesca, in evidente contrasto con i nostri principi costituzionali, per riconsiderare e rivalutare le antiche categorie giuridiche

---

[349] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica,* cit., (paragrafo 9-11); ID., *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 3.

[350] Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 11); in merito alla partecipazione popolare si veda anche C. AMIRANTE, *Diritto Pubblico*, Torino: Utet, 2011, p. 245, ove l'autore sottolinea come la partecipazione non soltanto implicherebbe diversi effetti positivi ma avrebbe altresì un ruolo salvifico sulla democrazia partecipativa.

[351] Cfr. A LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 6-7). La partecipazione della collettività misura, infatti, il grado di democraticità di uno Stato: quanto più si favorisce l'ingresso dei soggetti direttamente interessati nei processi decisionali, tanto più gli esiti legislativi rispecchieranno la volontà della cittadinanza con contestuale aumento del senso civico nella cura e nella conservazione delle risorse. Democraticità ed efficienza appaiono dunque strettamente interconnesse. In merito si veda G. MICCIARELLI, "I beni comuni e la partecipazione democratica", in *Jura Gentium*, XI, 2014, pp. 58-83; G. HARDIN, "The tragedy of the Commons", in *Science*, vol. 162, CLXII, 1968, pp. 1243-1248; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione,* Firenze: Firenze University Press, 2010, p. 333.
In tal modo verrebbero ad inclinarsi anche alcune rigidità tipiche dello Stato-autorità e della sovranità statuale, ampliando la responsabilità delle istituzioni pubbliche in una visione di Stato-comunità: cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica,* cit., (paragrafo 6).

[352] Sul punto si veda N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo,* cit.; L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., pp. 419-422.

ISSN 2279-7238

elaborate dalla giurisprudenza e dottrina romanista, secondo le quali, in relazione alle *res communi omnium* - ossia ai beni comuni - non rilevava il profilo dominicale del bene ma solo quello funzionale, destinato ad uno scopo di pubblico interesse, ed il demanio esprimeva quel forte legame che dovrebbe sussistere tra beni, collettività e territorio: occorre in pratica un ritorno alle origini per «riporre non solo i nomi alle natie e genuine loro significazioni, ma le idee e le cose al loro posto»[353].

In attesa di tutto ciò, sarà sicuramente indispensabile il contributo dell'attività giurisprudenziale della Suprema Corte e quello normativo delle amministrazioni locali, entrambe volte a ridisegnare, sia pure in fieri, un nuovo assetto normativo dei beni pubblici e della categoria demaniale, superando così l'assolutismo giuridico.

[353] Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 321.

ISSN 2279-7238

Il rinvio "intraistituzionale". una tecnica per la produzione di norme giuridiche nella forma di stato a tendenza sociocentrica*

di Mariangela Atripaldi**

Indice

Capitolo I
Il ruolo del rinvio intraistituzionale nella forma di Stato a tendenza sociocentrica.
La determinazione del quadro introduttivo

1. Gli ambiti e le prospettive della ricerca 2. La genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica 3. Il contributo della teoria di Santi Romano nella identificazione del modello 4. Il processo di metabolizzazione che ha portato alla costruzione del modello 5. Il ruolo del rinvio intraistituzionale nel modello dualistico a tendenza sociocentrica

Capitolo II
La tecnica del rinvio nella ricostruzione della cultura giuridica

1. Introduzione 2. Le prime elaborazioni della cultura giuridica: il concetto di norma in bianco 3. La nozione di rinvio nella interpretazione di Triepel e Zitelmann 4. La tecnica del rinvio come teoria generale del diritto. Il rinvio tra differenti ordinamenti giuridici. 5. Il rinvio come tecnica di produzione normativa: l'oggetto, gli effetti giuridici, le tipologie 5.1. L'oggetto del rinvio 5.2 Gli effetti giuridici del rinvio 5.3 Le tipologie di rinvio 5.3.1. Rinvio autonomo e rinvio eteronomo 5.3.2. Rinvio dichiarativo e costitutivo 5.3.3. Rinvii espressi e taciti 5.3.4. Rinvii enumerativi e a catena 5.3.5. Clausole ombrello 5.3.6. Rinvii statici e dinamici 6. Norme penali in bianco 7. Concetti giuridici indeterminati

Capitolo III
La individuazione del campo teorico nella rappresentazione delle forme di Stato determinate in riferimento alla relazione Stato-società

1. Introduzione 2. I modelli monistici, sociocentrici e statocentrici 3. Il modello dualista a tendenza sociocentrica 4. Gli schemi di collegamento del polo sociale al polo statale: rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi. Partiti. Rivoluzione. 5. L'azione discendente dello Stato verso la società. Il campo degli interventi dello Stato per svolgere la sua azione 'ordinante'.

* Contributo sottoposto a *double bilnd peer review*
** Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tre

ISSN 2279-7238

Capitolo IV
Il quadro di teoria generale per la costruzione del modello identificato dalla Costituzione italiana del '48

1. Introduzione. 2. La configurazione dell'ordinamento come istituzione. Il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse. 3. Assetti istituzionali e istanze pluralistiche: l'esigenza di un Codice di valori. 4. La relazione società-stato nella Costituzione italiana. 5. Il movimento ascendente per la determinazione unitaria del modello giuspolitico: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. 6 (segue): il partito politico, la democrazia partecipativa, gli istituti di democrazia diretta. 7. Il ruolo dello Stato nella rappresentanza del 'politico'. 8. Alcune valutazioni conclusive

ISSN 2279-7238

CAPITOLO I
Il ruolo del rinvio intraistituzionale nella forma di Stato a tendenza sociocentrica. La determinazione del quadro introduttivo

Sommario: 1. Introduzione - 2. La genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica - 3. Il contributo della teoria di Santi Romano nella identificazione del modello - 4. Il processo di metabolizzazione che ha portato alla costruzione del modello - 5. Il ruolo del rinvio intraistituzionale nel modello dualistico a tendenza sociocentrica

1. Gli ambiti e le prospettive della ricerca

Il tema del rinvio, studiato dalla cultura giuridica soprattutto come espediente della scienza e della tecnica della legislazione [1] per raggiungere diversi obiettivi con differenti forme giuridiche, ha acquisito una configurazione unitaria allorchè la tematica è stata affrontata come un problema di teoria generale del diritto. Prospettiva che non vuole escludere l'intervento delle singole discipline giuridiche per individuare soluzioni rilevabili alle loro particolari esigenze[2].

Questa impostazione è stata sollecitata soprattutto da quelle posizioni che hanno messo in relazione il concetto di rinvio con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, ponendo al centro della riflessione la particolare forma di rinvio individuata con il termine di "rinvio intraistituzionale". Con questa formula si vuole "designare il fenomeno del collegamento tra ordinamento originario, scelto come oggetto specifico di indagine, e ordinamenti derivati operanti nell'ambito del primo o viceversa, nonché tra ordinamenti derivati operanti nell'ambito dello stesso ordinamento originario"[3].

Una prospettiva di ricerca che appare quanto mai opportuna in riferimento agli ordinamenti che hanno scelto una forma di Stato, in senso lato, dualistica a tendenza sociocentrica con una configurazione del polo sociale strutturato non su basi "individualistiche" e "atomistiche" ma su una pluralità di gruppi sociali e di istituzioni territoriali idonee a consentire lo sviluppo della personalità dell'uomo.

[1] Sul punto vedi per tutti R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004.
[2] Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, p. 249 ss.
[3] Cfr. F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, p. 165

ISSN 2279-7238

In questo contesto la tecnica del rinvio intraistituzionale è utilizzata da una parte per immettere le istanze espresse dal polo sociale nel polo statuale, dall'altra per consentire la ricomposizione all'unità del 'politico'[4].

Si è quindi in presenza di uno scenario che va ricostruito con una prospettiva comparatistica per verificare come i diversi ordinamenti hanno operato positivamente, in coerenza con il modello che questa prima parte della ricerca si propone di costruire introduttivamente dal punto di vista della teoria generale.

Il programma di ricerca così determinato, quindi, prevede un itinerario argomentativo che va percorso in tutta la sua complessità al fine di identificare gli elementi strutturali, le finalità immediate e strategiche e la stessa genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica.

Ed è questa ultima esigenza a imporre innanzitutto la individuazione del campo teorico nel quale va ad inserirsi il modello. Un campo teorico che presenta idealtipi monistici e dualistici individuabili con lo "sdoppiamento" del 'politico', lo Stato e la società e che pone al centro della riflessione non lo 'Stato' o la 'società', singolarmente presi, ma la loro relazione per consentire di rilevare i diversi modelli non la giustapposizione dei due termini.

Infatti i due poli del 'politico' possono determinare una relazione di disgiunzione fra di essi, ovvero di sussunzione dell'uno nell'altro, talvolta di contiguità, determinando modelli monistici sociocentrici, modelli monistici statocentrici, dualistici a tendenza sociocentrica, dualistici a tendenza statocentrica. Una pluralità di idealtipi che vanno considerati non solo nella loro "purezza" ma anche allorchè nella concreta strutturazione della relazione perdono la loro rigorosità ed ortodossia risentendo delle "sovraordinazioni ideologico-politiche determinate dai contesti storici nei quali sono realizzati"[5].

---

[4] Su questi aspetti, sulle diverse concettualizzazioni e sulle differenti definizioni terminologiche si rinvia al contributo offerto da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra 800 e 900*, Milano, 1986, p. 1 ss.

E' evidente che in questo itinerario non si può prescindere dal fondamentale contributo di Carl Schmitt, che sul concetto di 'politico' offre valutazioni significative. Secondo Schmitt, con questa 'categoria', si vuole 'inquadrare teoricamente un problema di portata smisurata' (postilla alla edizione del 1932 di un Saggio sul concetto di 'politico' comparso per la prima volta nell'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Heidelberg, LVII, 1, pp. 1-33 ma che era stato già trattato in una relazione tenuta alla Scuola Superiore di politica di Berlino nel maggio del 1927), che merita analisi scientifiche per comprendere quella che egli stesso definisce una *res dura*, utilizzando con questo termine una citazione tratta dall'Eneide di Virgilio, Libro I, vv. 563-564.

Sul pensiero di Schmitt cfr., fra tutti, C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico', Saggi di teoria politica*, a cura di GIANFRANCO MIGLIO e di PIERANGELO SCHIERA, Bologna, 1972, p. 89 ss.

[5] Su questo percorso ricostruttivo si rinvia alle riflessioni di P. COSTA, *Lo Stato* immaginario, cit., p. 65 ss.

Sull'itinerario proposto da Pietro Costa si rinvia, fra gli altri, alle riflessioni di N. ANTONETTI, *Unità dello Stato e pluralità degli interessi dopo la Grande Guerra*, in *Scienza & Politica*, 2005; G. AZZARITI, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 1-2, p. 117; F. BARBAGALLO, *Stato nazionale, Costituzione, democrazia in Italia*, in *Studi Storici, Fascismo, antifascismo, democrazia. A cinquant'anni dal 25 aprile,* 1995, p. 625 ss.; F. BARBAGALLO, *Nazione, stato, costituzione in Italia dall'unità alla repubblica*, in *Studi Storici*, 2011, p. 5 ss.; G. BONGIOVANNI, *Kelsen in Italian Fascism*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, p. 427; S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Roma, 1998; E. CHITI, *L'amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, vol. I, Milano, 2006; G. FERRI, *La cittadinanza e la personalità dello stato nel regime fascista*, in M. BARBULESCU, M. FELICI, E. SILVERIO (a cura di), *La cittadinanza tra impero, stati nazionali ed Europa.* Studi promossi per il MDCCC anniversario della Constitutio Antoniniana, Questio, «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER, Roma, 2017, p. 281 ss.; R. Gherardi, *Il Politico ben temperato la via dell'Italia liberale fra scienza e arte di governo*, https://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/3042; F. GALGANO, *Le verità nascoste sotto bella menzogna (The Truth that Hides beneath Falsehood)*, in *Sociologia del diritto*, 2009, 3, p. 5 ss.; L. GAETA, *«La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p. 573; F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica alla Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1998, p. 189 ss.; C. MAGNANI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, 2, p. 349; P. MARCHETTI, *Stato e Sindacati nella giuspubblicistica Italiana tra Biennio Rosso e Corporativismo Fascista*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 2004; M. MERIGGI, *Nell'officina delle parole (Overhauling the meaning of words)*, in *Società e storia*, 2014; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Il Foro Italiano*, vol. 112, 1989, p. 109 ss.; L. NUZZO, *Das Nationalitätsprinzip: der italienische Weg zum Völkerrecht*, in S. DAUCHY, M. VEC (a cura di), *Les conflits entre peuples*, 2011, p. 103; M. S. PIRETTI, *Il rischio della proporzionale: il problema della rappresentanza*

ISSN 2279-7238

Se la rappresentazione del 'politico' è determinata da un sistema bipolare, e quindi dal suo sdoppiamento, emerge l'esigenza di indicare gli schemi di collegamento che consentano la ricomposizione all'unità del modello. Vero è che il problema delle connessioni nell'ambito dei modelli dualistici, acquista un ruolo quanto mai determinante. Questa esigenza è soddisfatta attraverso due movimenti. Uno ascendente che va dalla società allo Stato, con il quale attraverso diversi istituti la società si muove verso lo Stato, il secondo delinea invece un movimento di una diversa direzione nella quale lo Stato, utilizzando tutte le sue potenzialità, contribuisce a dare unità nella rappresentazione giuridica del 'politico'[6].

Una prospettiva di riflessione che consente di programmare lo studio di alcuni istituti chiamati a realizzare l'obiettivo della ricomposizione del 'politico'. Si vuol far riferimento, ad esempio, alla rappresentanza politica, alla rappresentanza degli interessi, al ruolo dei partiti, agli istituti di democrazia diretta, agli strumenti di partecipazione, al campo delle azioni imputate allo Stato per svolgere la sua funzione non solo "ordinante".

Ed è in questo contesto che va verificato quale ruolo è chiamato a svolgere il rinvio intraistituzionale

2. La genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica

In questa complessità, come si è evidenziato, l'indagine è indirizzata al modello dualistico a tendenza sociocentrica al fine di definire in questo contesto il ruolo chiamato a svolgere la tecnica del rinvio per contribuire alla realizzazione di quella forma di Stato in senso lato.

Di qui l'esigenza di spostare l'interesse della riflessione sulla genealogia di questo modello, con la prospettiva di doverlo valutare soprattutto allorchè si sono innestate in esso tutte le potenzialità offerte dalla teoria istituzionistica di Santi Romano[7].

---

politica nell'Italia liberale, in *Scienza e politica : per una storia delle dottrine*, 1989, n. 2, p. 57 ss.; P. RIDOLA, *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola_garanzie-diritti-etc.pdf; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007; G. ROSSI, *The Relevance of G.D. Romagnosi in the Eclipse of Statism: Reflections on the Past and Future of Administrative Law*, in *Diritto pubblico*, 1/2012, p. 1 ss.; L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *P. A. Persona e Amministrazione Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, reperibile su http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1250/1148; D. QUAGLIONI, *Il 'peccato politico' di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma Tre-press; G. SILVESTRINI, *Natural rights and the right to kill. Modern war theories between theoretical models and traditions of thought*, in *Filosofia politica*, 3/2007, p. 425 ss.; P. SCHIERA, *Nuovi elementi di statualità dell'ottocento*, in A. DE BENEDICTIS (a cura di), *Costruire lo Stato, costruire la storia. Politica e moderno fra '800 e '900*, Bologna, 2003, p. 11 ss.; B. SORDI, *Il "Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno"*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 4, 2003.http://hc.rediris.es/04/index.html; F. PIZZOLATO, *Orlando all'assemblea costituente*, in *Rivista AIC*, 3/2016; I. STOLZI, *Fascism and legal culture*, in *Studi storici*, 1/2014, p. 139.

[6] Cfr. V. MURA, *Statualismo e diritto sociale*, Pisa, 1979, p. 15 ss.

[7] La letteratura sulle opere e sulle teorie di Santi Romano è quanto mai vasta.
Si segnalano fra tutti L. AMMANNATI, *Santi Romano al Consiglio di Stato. Il contesto istituzionale e dottrinario*, in *Materiale per una storia della cultura giuridica*, 1992, p. 107 e segg.; A. AMORTH, *Il diritto amministrativo*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 111 e segg.; L. ARATA, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano (e la lettura di Carlo Schmitt)*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1998, p. 253 e segg.; M. BARILLARI, *Considerazioni sulla dottrina dell'Ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, pag. 65 e segg.; M. BARBERIS, *Santi Romano, il neocostituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 349 e segg.; L. M. BENTIVOGLIO, *Santi Romano e la dottrina italiana di diritto internazionale: un esempio di convergenze parallele*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 191 e segg.; C. BERSANI, *Lo stato liberale nel "Diritto pubblico italiano" di Santi Romano*, in *Clio*, 1989, p. 507 e segg.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *L'opera scientifica di Santi Romano nel centenario della nascita (31 gennaio 1875),* in *Amministrare*, 1975, p. 13 e segg.; P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977; N. BOBBIO, *Sulla filosofia dell'istituzione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, p. 100 e segg.; N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di santi Romano*, in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 175 e segg.; M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, p.

ISSN 2279-7238

654 e segg.; A. E. CAMMARATA, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1973, p. 185 e segg.; F. CANFORA, *Considerazioni critiche in ordine alla teoria istituzionale dell'ordinamento giuridico con particolare riferimento alla concezione del Santi Romano*, in *Iustitia*, 1979, p. 290 e segg., G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, 1959, vol. IV, p. 181 e segg.; G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di santi Romano*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, 1959, vol. V, p. 221 e segg.; S. CASSESE, *La formazione dello Stato Amministrativo*, Milano, 1974, p. 21 e segg.; S. CASSESE, *A proposito della pubblicazione de "Il diritto pubblico italiano" di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1989, p. 474 e segg.; S. CASSESE, *La previsione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in *Le caste e la storia: rivista di storia delle istituzioni*, 2012, p. 5 e segg.; S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, p. 177 e segg.; A. CATANIA, *Carl Schmitt e Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987, p. 545 e segg.; W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto dei privati*, in *Foro italiano*, 1933, p. 1381 e segg.; W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli),* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, vol. XII; p. 1 e segg.; G. CHIARELLI, *Il problema dei caratteri differenziali del ragionamento giuridico*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, p. 341 e segg.; G. SCIANFAROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 157 e segg.; F. COCOZZA, *Gli scritti di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1231 e segg.; V. CRISAFULLI, *Ricordo di Santi Romano*, in *Nuova antologia*, 1976, p. 346 e segg.; S. D'ALBERGO, *Riflessione sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, p. 451 e segg.; S. D'ALBERGO, *Il potere sociale nella dottrina di santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano 1997, p. 201 e segg.; M. D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 579 e segg.; A. DE ROBERTO, *Introduzione al tema*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, p. 1 e segg.; G. DEL VECCHIO, *Diritto e istituzione*, in G. DEL VECCHIO, *Studi su diritto*, Milano, 1958, vol. I, p. 151 e segg.; G. FALCON, *Un'ipotesi sulla formazione de l'ordinamento giuridico di Romano*, in *Diritto e società*, 1973, p. 504 e segg.; M. FIORAVANTI, *Stato giuridico e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano*, in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 405; M. FOTIA, *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, in *Diritto e società*, 2011, p. 135; V. Frosini, *Istituzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, vol. IX, p. 266 e segg.; V. FROSINI, *L'attualità di santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 211 e segg.; V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, p. 639 e segg.; V. FROSINI, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale*, in *Scritte in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, vol. I, p. 321 e segg.; G. Gavazzi, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di santi Romano*, Milano, 1977, p. 67 e segg.; A. GIANNINI, *Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1948, p. 189 e segg.; M. S. GIANNINI, *Gli scritti giuridici in onore di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 235 e segg.; M. S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia (Roma, 30 agosto - 3 settembre 1950)*, Roma, Società Italiana di Sociologia, 1951, p. 455 e segg.; M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1958, p. 259 e segg.; C. GORETTI, *Alcune considerazioni critiche su diritto sociale*, in *Annuali della Università di Ferrara*, 1951, p. 1 e segg.; P. GRASSI – A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione della inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella facoltà di giurisprudenza dell'Università di Prea*. A cura di EUGENIO RIPEPE, Pisa, 2013; P. GRASSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 377; J. L. HALPERIN, *Romano Santi*, in *Dictionnaire des grandes ceuvres juridiques sous la direction de Oliver Cayla et Jean-Luis Halpérin*, Paris, 2008, pp. 485 e segg.; G. KALINOWSKI, *Examen de: S. Romano, L'ordre juridique*, 2a éd. Traduction française par L. François et P. Gothot, in *Revue international de Dŕoit compare*, 1976, p. 658 e segg.; F. LANCHASTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo stati di massa*, in *AIC. Rivista telematica giuridica dell'Associazione di Costituzionalisti*, 2011, p. 1 e segg.; S. LARICCIA, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico*, in *Ritorno al diritto*, 2008, p. 82 e segg.; A. LEVI, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914; A. LEVI, *Ordinamento giuridico, fatti e rapporti giuridici*, in A. LEVI, *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, p. 95 e segg; A. LEVI, *Scritti minori di Filosofia del diritto*, Padova, 1957, p. 353 e segg.; C. MAGNAMI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, p. 349 e segg.; A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la previsione pisana di Santi Romano*, in *Diritto e Società*, 2012, p. 461 e segg.; L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, p. 27 e segg.; S. MARTIN – RETORTILLO BAQUER, *La doctrina del ordinamiento juridico de Santi Romano y alguna de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, in *Revista Administración pública*, 1962, p. 39 e segg.; A. MASSERA, *Santi Romano tra "diritto pubblico" e "ordinamento giuridico". A proposito di Santi Romano, Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1989, p. 617 e segg.; A. MASSERA, Orlando, *Romano, Mortati e la forma di governo. Profili storico-dinamici in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, p. 211 e segg.; A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986; P. Mayer, *Préface à: Santi Romano, L'ordre juridique*, Parigi, 2002; L. MAZZAROLLI, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato e la protezione del cittadino*, in *Diritto e società*, 2004, p. 441; G. MELIS, *La giurisdizione sui rapporti di impiego negli enti pubblici. Nuovi documenti e quattro lettere inedite di Santi Romano (1933-1934)*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2007, p. 511 e segg.; R. MENEGHELLI, *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Diritto e società*, 1991, p. 1 e segg.; R. MENEGHELLI, *Rileggendo alcune pagine del Dizionario giuridico di santi Romano*, in *Diritto e società*, 1993, p. 197 e segg.; F. MODUGNO, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, vol. XXIII, p. 69 e segg.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, p. 678 e segg.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV, p. 1 e segg.; M. MONTANARI, *Santi Romano. La crisi dello Stato liberale nella teoria istituzionale del diritto*, in *Lavoro critico*, 1981, p. 61 e segg.; A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su "Lo Stato moderno e la sua crisi" di Santi Romano*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 369 e segg.; V. MURA, *Statalismo e diritto sociale*, Pisa, 1979; A. MUSUMECI, *Santi Romano, un giurista tra due secoli*, in I. BIROCCHI – L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, p. 325; V. E. ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti tra Diritto e Stato (ordinamento giuridico – regola di diritto – istituzione)*, in Rivista di diritto pubblico, 1926, p. 273 e segg.; V. E. ORLANDO, *Ancora del metodo di diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, p. 1 e segg.; V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, V. E. ORLANDO, *Scritti giuridici vari (1941-1952),* Milano, 1955, p. 479 e segg.; S. PANUNZIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929),* Modena, 1931, vol. II, pag. 179 e segg.; E. PARESCE, *Diritto, norma, ordinamento*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1933, 1934, 1935, rispettivamente p. 204 e segg., 346 e segg., 20 e segg.; L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, cit., p. 249 e segg.; C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, p. 1856 e segg.; C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *AIC. Rivista telematica giuridica della Associazione dei Costituzionalisti*, 2012, p. 1 e segg.; P. PIOVANI, *Istituzione in Enciclopedia filosofica*, 1968, vol. III, coll. 1122 e segg.; G. REBUFFA, *Letture di Santi Romano*, in *Politica del diritto*, 1978, p. 779 e segg.; E. RIPEPE, *La teoria*

ISSN 2279-7238

Le ipotesi previste dal quadro teorico sono due. Una configurazione atomistica del polo costituito da un micro-soggetto individuo singolo, un'altra che immette nel polo sociale il complesso delle formazioni intermedie che costituiscono la struttura portante della società nella quale la persona trova la sua collocazione.

3. Il contributo della teoria di Santi Romano nella ricostruzione del modello

Per questa operazione interpretativa correttamente gli studiosi hanno individuato come punto di riferimento iniziale quel modello imputabile anche alla riflessione di Vittorio Emanuele Orlando, il quale, nella configurazione dualistica introduce il 'popolo' come rappresentazione del polo sociale[8], facendo acquisire al modello i connotati di una tipologia a tendenza statocentrica[9]. Infatti l'innesto nella struttura del modello del concetto di '"popolo' permette una rappresentazione organica, sintetica, inarticolata del 'sociale'…"[10], con il conseguente occultamento dello stesso polo sociale e con la emersione del ruolo 'ordinante' del polo statale.

Ed è su questo modello a tendenza statocentrica che incidono decisamente le istanze proposte dalla teoria di Santi Romano con un intervento sulla rappresentanza del polo sociale.

---

dell'ordinamento giuridico: Santi Romano, in E. RIPEPE, *L'età Liberale. Le Scienze Sociali. Diritto*, Roma, 2012, p. 475 e segg.; A. ROMANO, *Santi Romano, La giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Diritto e società*, 2004, p. 7 e segg.; A. ROMANO, *"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2011, p. 241 e segg.; A. ROMANO, *Nota bibliografica su Santi Romano*, in P. GROSSI – A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*. A cura di E. RIPEPE, Pisa, p. 81 e segg.; S. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Studi in memoria di Francesco Vassalli*, Torino, 1960, p. 1371; R. RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della "crisi dello Stato" nell'età giolittiana*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 223 e segg.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945),* Milano, 2009; U. SCARPELLI, *Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista*, in U. SCARPELLI, *L'Etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 315 e segg.; F. G. SCOCA, *L'Evoluzione del processo amministrativo durante la presidenza di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, 2004, p. 183 e segg.; A. TARANTINO, *Un convegno sul pensiero di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1976, p. 116 e segg.; A. TARANTINO, *Dell'istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, p. 169 e segg.; G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento giuridico e la figura pubblica di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine pubbliche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 245 e segg.; G. TARELLO, *Ordinamento giuridico*, in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*. A cura di R. GUASTINI E REBUFFA, Bologna, 1988, p. 186 e segg.; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione nello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra otto e novecento*, Napoli, 1988; V. TONDI DELLA MIURA, *Riflettendo sul centenario della prolusione pisana di Santi Romano: la realtà e l'inquietudine*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, pag. 499 e segg.; R. TREVES, *Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 261 e segg.; G. TREVES, *Riflessioni sul valore attuale dell'insegnamento di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 257 e segg.; F. VERRASTRO, *Un convegno sul consiglio di Stato e Santi Romano*, in *Le Caste e la Storia. Rivista di Storia delle istituzioni*, 2003, pag. 136 e segg.; V. VIGLETTI, *Pluralità di ordinamenti giuridici nell'unità dello Stato*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1937, p. 411 e segg.; G. VOLPE, *Replica al prof. Romano*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1932, p. 129 e segg.; A. VOLPICELLI, *Santi Romano*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, p. 7 e segg.; p. 353 e segg.; A. ZANFARINO, *Sui fondamenti e sui limiti istituzionali della esperienza giuridica*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1960, p. 577 e segg.; G. ZANOBINI, *Recensione a Santi Romano, Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1927, p. 316 e segg.; G. ZANOBINI, *Santi Romano*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1947, p. 279 e segg.; G. ZANOBINI, *Premessa alla raccolta in Santi Romano, Scritti minori*. A cura di GUIDO ZANOBINI, Milano, 1950, p. XXV e segg.; P. ZICCARDI, *Il diritto internazionale*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 147 e segg.

[8] Cfr. V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, p. 26 ss.

[9] Per una diversa configurazione del modello statocentrico nel contesto dell'oggi dinanzi ai processi di globalizzazione si rinvia alla ricostruzione di G. TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 1 ss. ora in G. TEUBNER (a cura di), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, traduzione a cura di R. PRANDINI, Roma, 2005, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, p. 105 ss.

[10] Sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 125

ISSN 2279-7238

Una dottrina, quella del Santi Romano, che anche di recente è stata sottoposta ad una attenta riflessione, al fine di identificare il contributo offerto non solo sul piano della teoria generale[11]. Sotto questo ultimo profilo giustamente si è messo in evidenza come dal punto di vista metodologico, l'impostazione della dottrina romaniana, in contrapposizione alle vecchie ideologie, riporti una visione storica del diritto, ponendosi quindi in una prospettiva costituzionalistica. Tale prospettiva è considerata come la sola che si propone di ricostruire il sistema dei principi generali di diritto pubblico, consentendo al giurista di restare giurista, senza abbandonare il suo canone metodologico[12]. In questo contesto è stato messo in evidenza come l'*Ordinamento giuridico* di Romano del 1918 abbia determinato, nello scenario della teoria generale, una vera rivoluzione copernicana. Un processo che comunque parte da lontano e che si sviluppa lentamente con una lunga preparazione che ha il suo punto di partenza nell'intervento del 1901 dal titolo *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*[13] e prosegue con la nota prolusione pisana del 1909 dal titolo *Lo Stato moderno e la sua crisi*[14].

Una ricostruzione che fa emergere il ruolo di un giurista "storicista" e nel contempo "problematizzatore", chiamato a debellare le dogmatiche costruite a tutela dello Stato di diritto liberale, a contrapporsi al "romanticismo politico", alle mitologie giuridiche, all'eccessivo statalismo, al "regno delle nuvole", alla individuazione dei fatti produttivi di una determinata normatività[15].

Un complesso di valutazioni che, soprattutto in una prima fase, non sempre hanno ottenuto consensi, tanto è vero che si sostiene che la fortuna dell'*Ordinamento giuridico* è stata soltanto postuma[16].

Comunque questi dati rafforzano la convinzione che l'inserimento della teoria romaniana nella tradizione giuspubblicistica italiana non solo ha ampliato la sfera del giuridicamente rilevante, individuando l'esistenza accanto ad un ordinamento 'perfetto e originario' di 'altri

---

[11] Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit. Recentemente questa teoria è stata sottoposta a nuove riflessioni in un convegno tenuto a Palermo il 24 ed il 25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni della pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano. Durante il Convegno ci sono stati gli interventi di Paolo Grossi, presidente della Corte Costituzionale; di Alessandro Pajno, Presidente del Consiglio di Stato moderatore della prima sezione, le relazioni "Diritto costituzionale" di Mario Dogliani, docente emerito dell'Università degli studi di Torino; "Diritto Amministrativo" di Sabino Cassese, School of Government della Luiss Roma; "Diritto Internazionale" di Francesco Salerno, Università degli studi di Ferrara; "Diritto Romano" di Massimo Brutti, docente emerito dell'Università "La Sapienza" Roma; "Diritto Civile" di Salvatore Mazzamuto, docente emerito dell'Università di Roma Tre; "Diritto Ecclesiastico" di Cesare Mirabelli, presidente emerito della Corte costituzionale; "Diritto Penale" di Giovanni Fiandaca, Università degli studi di Palermo; "Filosofia del diritto" di Mauro Barberis, Università degli studi di Trieste; "Storia del diritto" di Bernardo Sordi, Università degli studi di Firenze; "Sociologia del diritto" di Antonio La Spina, Università LUISS "Guido Carli" Roma.
Al termine delle giornate del convegno si è tenuta una Tavola Rotonda, presieduta da Guido Corso, docente emerito, dell'Università di Roma Tre con la partecipazione di Jean-Bernard Auby, Science Po, Cattedra Mutations de l'Action Publique; Giacinto della Cananea, Università degli Studi Tor Vergata Roma, Dian Schefold, docente emerito dell'Università di Bremen, Marco Mazzamuto Università degli Studi di Palermo.

[12] Cfr. sul punto P. GROSSI, *Relazione introduttiva al Convegno tenuto a Palermo il 24 ed il 25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni della pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in corso di pubblicazione per i tipi della Editoriale Scientifica.

[13] Cfr S. ROMANO, *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi, Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 41.

[14] Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 5

[15] Cfr. in tal senso le indicazioni espresse in P. GROSSI, *Relazione introduttiva al Convegno tenuto a Palermo il 24 ed il 25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni della pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, cit.

[16] Su questi aspetti si rinvia alla relazione tenuta da S. Cassese al Convegno del 24-25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni dalla pubblicazione dell'"Ordinamento giuridico" di Santi Romano, che, fra l'altro, ricostruisce il pensiero di M. S. Giannini sull'opera romaniana.

ISSN 2279-7238

ordinamenti' ma ha anche innovato lo schema della rappresentazione giuridica del 'politico'[17].

In altri termini Santi Romano intervenendo nello schema logico individuato dal modello orlandiano elimina l'elemento 'popolo' e lo sostituisce con i gruppi sociali, configurando con essi l'esistenza di ordinamenti giuridici e proponendo di utilizzarli per immettere le istanze espresse dalla società nel modello complessivo.

4. Il processo di metabolizzazione che ha portato alla costruzione del modello

C'è, quindi, un approdo verso un modello dualistico a tendenza sociocentrica? E' questa la domanda che legittimamente la ricerca deve porsi.

Si è sostenuto che il modello romaniano va collocato come un modello bidirezionale, nel senso che da una prospettiva può essere configurato come "monista statocentrico", da un'altra parte "pluralista" "nella rappresentazione del polo sociale della relazione"[18].

In altri termini le istanze sollecitate dall'intervento romaniano non avrebbero 'inventato' il pluralismo, ma avrebbero indicato piuttosto "la possibilità di raggiungerlo attraverso un modello statocentrico, fino a quel momento refrattario ad una tematizzazione 'pluralistica, del polo sociale"[19].

Ne consegue che l'obiettivo di Santi Romano non sarebbe stato "quello di indirizzare il discorso giuspubblicistico verso un referente diverso, ma piuttosto quello di organizzare diversamente (secondo un modello più coerente e 'comprensivo,) gli enunciati intorno ad un referente immutato nella sua tradizionale bipolarità"[20].

E' evidente che, al di là di ogni considerazione critica, da una parte il pensiero romaniano contribuisce alla critica della teoria tradizionale tedesca dello Stato, dall'altra la configurazione del polo sociale, sulla base delle istanze pluralistiche, ha offerto un contributo determinante per la costruzione di quel modello a tendenza sociocentrica che trova la sua descrizione normativa nella Carta costituzionale italiana del '48, alla quale bisogna fare riferimento per cogliere gli aspetti di teoria generale che presiedono a quelle scelte.

Si apre, quindi, un campo di riflessioni che consente di verificare come il modello è costruito attraverso un processo di metabolizzazione sulla base di diverse istanze determinate da differenti fonti culturali ed ideologiche.

Innanzitutto le indicazioni provenienti dal gruppo dossettiano presente in Assemblea costituente, le istanze prodotte dal modello romaniano e dalla tradizione giuspubblicistica italiana, le sollecitazioni offerte da quella cultura che ha operato intorno a *Weimar*.

[17] Cfr. V. MURA, *Statualismo e diritto sociale*, Pisa, 1979, p. 15 ss.
[18] Così P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 133.
[19] Cfr. sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 134
[20] Cfr. sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 135

ISSN 2279-7238

Il contributo alla costruzione del modello dualistico a tendenza sociocentrica è offerta dal gruppo dossettiano già nella relazione presentata alla prima sottocommissione della commissione dei 75 dall'on. La Pira.

In quella relazione c'è il rigetto esplicito di ogni modello monistico statocentrico, legittimato dalla "dura esperienza dello Stato 'totalitario," propugnatore della teoria dei "diritti riflessi", e c'è il riconoscimento che l'apparato costituzionale e politico dello Stato ha la funzione di tutelare i diritti delle persone. Emerge altresì l'esigenza che tra i diritti riconosciuti vadano annoverati anche i diritti sociali ormai legittimati da diverse Costituzioni recenti. Un quadro di indicazioni che comporta anche il rigetto di ogni configurazione monistica sociocentrica[21].

Queste considerazioni impongono al relatore l'esigenza di definire in modo più puntuale la forma di Stato da accogliere. Di qui il rigetto di "quella concezione atomistica che contrappone disorganicamente i singoli allo Stato" senza tener conto di quelle comunità intermedie "che sono la inevitabile e provvida mediazione tra lo Stato ed i singoli…". Ne consegue che qualsiasi libertà civile e politica può essere effettiva da una parte solo se garantita con la tutela dei diritti sociali, dall'altra solo se sono tutelate le formazioni intermedie.

Quindi il rapporto tra l'individuo e lo Stato va correttamente posto. Va respinta la concezione atomistica secondo la quale gli individui si contrappongono allo Stato come singolo, va respinta altresì ogni concezione totalitaria secondo la quale lo Stato "si pone come unico centro creatore di diritti e di funzioni". In tutte e due le concezioni "non vi è posto per un pluralismo di ordinamenti sociali che permetta alla persona un graduale e progressivo svolgimento della sua libertà".

Ma nella costruzione del modello dualistico a tendenza sociocentrica, un contributo altrettanto rilevante è offerto dalla tradizione giuspubblicistica italiana, arricchita dalla concezione del diritto come istituzione e soprattutto dalle istanze pluralistiche introdotte dalle teorie romaniane.

Come già si è avuto occasione di evidenziare, l'opera di Santi Romano è stata valutata in tutta la sua complessità in una fase postuma dopo molti silenzi e diverse critiche.

Anche recentemente è stato ribadito questo atteggiamento, ma nel contempo si è esaltata tutta la forza innovativa di quella teoria, soprattutto quando ricostruisce la istanza pluralistica[22].

Una forza innovativa che emerge soprattutto allorchè la cultura giuridica immette nel quadro determinato dall'opera di Santi Romano le dinamicità che la valutazione dei sistemi operativi evidenzia. Si fa riferimento, ad esempio, alle ricostruzioni elaborate da Massimo Severo Giannini che, con un approccio storicistico, rileva l'ampiezza delle ipotesi

[21] Cfr. la bozza di stampa della Relazione dell'on. La Pira, raccolta dal "Segretariato generale" della Camera dei deputati nel volume Assemblea costituente: atti della Commissione, vol. II, Relazione e proposte, p. 14 ss.
Sull'itinerario percorso nel testo si rinvia anche a p. 100 ss.

[22] Cfr. S. CASSESE, *Relazione "Diritto amministrativo"* in *Atti del Convegno tenuto a Palermo il 24 e 25 novembre 2017*, cit.

ISSN 2279-7238

istituzionali che si possono intravedere fino ai così detti ordinamenti sezionali, sui quali esprime riflessioni quanto mai significative[23].

Altrettanto rilevanti, sotto questo profilo, sono i contributi di Giuseppe Guarino che, intervenendo sulla dinamicità delle istituzioni, cerca di cogliere "la intensità, la velocità ed il ritmo del loro dinamismo", determinato dalle loro strutture e dal movimento incessante prodotto dal coacervo delle relazioni interistituzionali[24].

Altrettanto significativo è il contributo che il dibattito intorno a *Weimar* ha prodotto offrendo dati di teoria generale per la elaborazione del modello. Si vuol far riferimento alle teorie pluralistiche di Ernst Fraenkel, protagonista fin dal 1932 di uno scontro culturale e politico per affermare le radici del suo modello pluralistico[25].

Un itinerario scientifico chiamato a determinare alcuni canoni dell'istanza pluralistica, fissati da un codice di valori cui devono far riferimento le diverse Costituzioni che hanno fatto proprio il principio della "pluralità dei pluralismi".

Ma quali sono i canoni del codice dei valori? Innanzitutto abbandono di ogni configurazione del pluralismo, inteso come pluralismo delle sovranità, anche in una strategia fondata sull'idea che il processo di formazione della opinione politica trova la propria realizzazione attraverso vie pluralistiche. Vero è che "le democrazie occidentali concedono ai loro cittadini la possibilità illimitata di organizzarsi *pluralisticamente* in una molteplicità di associazioni, di essere attivi e di inserirsi collettivamente nella totalità statale"[26].

Tutto ciò, comunque, sulla base non solo di norme procedimentali e di regole del gioco del *fair play*, ma, anche, delle determinazioni fissate dal codice dei valori. Un codice teso ad impedire che la eterogeneità prodotta dalla istanza pluralistica faccia venir meno quel minimo di omogeneità senza il quale emerge il pericolo che lo Stato deperisca per ipotrofia.

5. Il ruolo del rinvio intraistituzionale nel modello dualistico a tendenza sociocentrica

Alla fine di questo itinerario argomentativo si possono individuare i tratti fisionomici del modello dualistico a tendenza sociocentrica, assumendo come oggetto della riflessione altresì l'obiettivo di determinare quale è la funzione del rinvio "intraistituzionale" nel contesto di questa modellistica.

La strutturazione della relazione in questo modello evidenzia la visibilità dei due poli, ma nel contempo la priorità del polo sociale. Ne consegue la esteriorità dello Stato in relazione alla società, il quale, comunque, svolge il ruolo strumentale e, sotto un certo profilo, insostituibile. In altri termini i fini politici generali sono proposti dalla società ma sono

[23] Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 8, p. 53 ss., p. 92 ss.; p. 160 ss.
[24] Cfr. G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Roma-Bari, 2005, p. 3 ss.
[25] Confronta per tutti E. FRAENKEL, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechts-staatlichen Demokratie*, ora in A. V. BRÜNNECK (a cura di), *Ernst Fraenkel, Gesammelte Schriften*, Band 5, *Demokratie und Pluralismus*, Baden-Baden, 2007, p. 256 ss.
[26] Cfr. E. FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello stato di diritto liberal-democratico*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e costituzione in Ernst Fraenkel*, cit. p. 9.

ISSN 2279-7238

soddisfatti con l'intervento dello Stato che, pertanto, agisce "come istanza di conferma e regolamentazione *ex post* di un mondo di azioni e bisogni in sé già compiuto"[27].

Ma quale è la rappresentazione del polo sociale compatibile con questo modello? Non è certamente configurabile come un insieme di individui, ma come un insieme di gruppi e di gerarchie, né altresì come una rappresentazione organica e sintetica, inarticolata[28]. Comunque la società è anche il luogo del conflitto tra gruppi.

In questa configurazione della rappresentazione del 'politico' nell'ambito degli schemi di collegamento del polo sociale con il polo statuale, il rinvio intraistituzionale è utilizzato sia nella fase ascendente che in quella discendente per svolgere differenti ruoli. Nella prima il rinvio va inserito tra quegli istituti che mirano ad avvicinare il polo sociale a quello statale assumendo il ruolo di *Ventilbegriffe*[29], al fine di immettere istanze prodotte dalla società nelle scelte di politica generale determinate dallo Stato; nel secondo movimento il rinvio va collegato tra gli strumenti per consentire quella ricomposizione unitaria del 'politico' che costituisce uno degli obiettivi del modello.

La ricostruzione a livello di teoria generale consentirà di spostare l'analisi a livello dei sistemi positivi per valutare comparativisticamente l'impatto del modello nei differenti ordinamenti, le incidenze su di esso delle sovraordinazioni ideologico-politiche espresse dai diversi contesti storico-ordinamentali, il ruolo svolto dal rinvio intraistituzionale per raggiungere i suoi obiettivi.

[27] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 74
[28] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 125
[29] Sulla configurazione e sulla funzione dei *Ventilbegriffe* v. K. G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1904, p. 86; E. PARESCE, *Interpretazione (filosofia),* in *Encicl. Dir.*, Milano, 1972, vol. XXII e biblio ivi cit.

ISSN 2279-7238

Capitolo II
La tecnica del rinvio nella ricostruzione della cultura giuridica

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le prime elaborazioni della cultura giuridica: il concetto di norma in bianco - 3. La nozione di rinvio nella interpretazione di Triepel e Zitelmann - 4. La tecnica del rinvio come teoria generale del diritto. Il rinvio tra differenti ordinamenti giuridici. - 5. Il rinvio come tecnica di produzione normativa: l'oggetto, gli effetti giuridici, le tipologie - 5.1. L'oggetto del rinvio - 5.2 Gli effetti giuridici del rinvio - 5.3 Le tipologie di rinvio - 5.3.1. Rinvio autonomo e rinvio eteronomo - 5.3.2. Rinvio dichiarativo e costitutivo - 5.3.3. Rinvii espressi e taciti - 5.3.4. Rinvii enumerativi e a catena - 5.3.5. Clausole ombrello - 5.3.6. Rinvii statici e dinamici – 6. Norme penali in bianco. - 7. Concetti giuridici indeterminati. -

1. Introduzione

Il rinvio è uno strumento utilizzato dalla tecnica legislativa per instaurare una relazione tra le norme giuridiche[30].

[30] Per una più ampia e completa definizione del ruolo del rinvio vedi *retro* p.
Sui vari aspetti di tecnica legislativa cfr., fra gli altri, R. PAGANO, *Introduzione alla legistica*, cit., p. 97 ss e bibliografia ivi cit., cui *adde* F. CARNELUTTI, *Tecnica ed arte legislativa*, in *Rivista di Diritto dell'economia*, 1957; A. CHIARELLI, *I problemi della legislazione*, *Dir. Econ.,* 1960; M. Longo, *Per la fondazione di una scienza della legislazione*, in *Dir. Econ.,* 1960; F. GALGANO, *Come fare le leggi civili?*, In *Riv. Dir. Priv.*, 1983; A. A. CERVATI, *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro it.,* 1985; S. BARTOLE (a cura di), *Lezione di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, 1988; F. Bilancia, *Sulla tecnica per migliorare gli enunciati legislativi*, in *Rassegna parlamentare*, 1990, p. 57 ss.; F. CINGOLESI, *All'origine degli studi sulle tecniche legislative: il dibattito sulla fondazione di una scienza della legislazione*, in *Rass. Parl.*, 1998; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998; M. AINIS, *Regole di drafting e regole sul drafting: l'esperienza positiva, rassegna parlamentare*, 1990, p. 168 SS.; C. D'ORTA, V. DI PORTO, *L'attività di drafting nel procedimento legislativo: strutture, regole, strumenti*, in *Rassegna parlamentare*, 1995; V. FROSINI, *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale,* 2000; V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale,* 2001, p. 7 ss.; G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro I, capo III, , Roma, 1984; G. FORTUNATO, Manuale di tecnica normativa, Bergamo, 1994, p. 145; R. GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985; V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 1990; F. LANCHESTER, *Elementi di drafting e procedimento legislativo comparato*, in AA.VV. *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1989; R. LIBERTINI, *Le Regioni e le tecniche legislative*, in *Le Istituzioni del federalismo,* 2002; A. A. MARTINO, *La progettazione legislativa nell'ordinamento inquinato*, in *Studi Parlamentari e di politica costituzionale*, ottobre-dicembre 1977, p. 1 ss; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giuridica Treccani*, I, Roma, 1988; F. MODUGNO, *Validità (teoria generale),* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, P. 44 SS.; C. M. ORLANDO, *Tecnica e politica nella redazione dei testi legislativi, Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure apparati* - vol. IV Camera dei Deputati, 1992; A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rassegna parlamentare*, 1991; R. QUADRI, *Critica del cosidetto problema del rinvio*, Estratto dalla *Giurisprudenza Comparata di Diritti Internazionale Privato*, Vol. X, Roma, 1943; G. U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, pp. 152 ss; G. U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Roma, 1993; M. SALVATORI, *Osservazioni in tema di tecnica legislativa*, in *Legislaz. Econ.,* 1979; G. TREMONTI, *Scienza e tecnica della legislazione*, in *Riv. dir. finanz. e scienza delle finanze*, 1992; A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, in A. F. J. THIBAUT - F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli, 1982; V. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti in Carnelutti*, Padova, 1950; A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano 2002, p. 258; M. ZINGALES, *Aspetti peculiari dell'attuale del legislazione*, in *Foro amm.,* 1980.
Rinvio, secondo l'uso comune della lingua in uno dei suoi significati appare come: "L'azione, l'atto di rinviare".
Questa è la definizione data dal Vocabolario della Treccani.
Una definizione di 'rinvio' è data da, fra gli altri, da N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; p. 198 ss.; V CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. I, Padova, 1984, p. 68 ss.; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 128.
Nell'ordinamento tedesco il concetto di rinvio viene espresso con il termine *Verweisung* e, talvolta, con la dicitura abbreviata di *Verweis.* Nell'uso comune della lingua *verweisen* sta a significare "indicare", "richiamare l'attenzione".

ISSN 2279-7238

In tal senso, il concetto di rinvio è caratterizzato dal riferimento di una norma (la norma di rinvio) ad un altro contenuto determinato dalla norma oggetto del rinvio[31]. Con il rinvio, quindi, una norma giuridica non regola un rapporto ma stabilisce che questo venga disciplinato da un'altra norma.

Per il contenuto a cui si rinvia si utilizza a volte il concetto di "oggetto del rinvio". Oppure "norma a cui si fa riferimento" o anche "disposizione integrativa", "norma di riferimento" oppure "testo di riferimento" o "obiettivo del rinvio". La norma di rinvio viene denominata prevalentemente *prescrizione di rinvio, soggetto del rinvio*[32].

Il rinvio si presenta in forme diverse e può avvenire con o senza indicazione espressa per assolvere a diverse funzioni. Infatti, ad esempio, un rinvio può essere determinato da una lacuna normativa che necessita di un completamento che avviene attraverso l'oggetto del rinvio. In alcuni casi si riscontra un rinvio che prevede anche la ripetizione del testo.

L'utilizzo della tecnica del rinvio, invero, facendo riferimento ad un enunciato già interpretato rende più snello il testo rinviante. Come infatti è stato sostenuto il rinvio evita la ripetizione di formulazioni già esistenti e, quindi, svolgerebbe la funzione di alleggerimento dell'ordinamento[33]. Con questo obiettivo "l'uso della tecnica del rinvio è certamente conveniente ed agevole per coloro che si dedicano all'attività di redazione/stesura dell'articolato di un progetto di legge"[34].

E' da evidenziare però che se non propriamente utilizzato il rinvio può rendere di difficile comprensione ed interpretazione la norma rinviante in quanto potrebbe non essere agevole la ricerca e l'interpretazione di altri testi richiamati.

Nei diversi settori giuridici e con varie sfumature vengono utilizzati anche i termini di *recezione*, *incorporazione*. Si tratta tuttavia di concetti non del tutto appropriati. "Il termine recezione, infatti, viene spesso inteso in senso generale come adozione di parti di sistemi normativi senza limitarsi a un determinato mezzo di adozione. Il concetto di incorporazione viene utilizzato soprattutto per determinati rinvii"[35]. Ad esempio ciò si verifica nell'ipotesi della utilizzazione testuale di norme tecniche.

La formula di rinvio può anche essere rilevabile da una descrizione dell'oggetto del rinvio e dall'indicazione dell'articolo specifico. Potrebbe essere data anche da determinati concetti

---

Cfr. sul punto A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin, 2007, p. 35 ss. secondo il quale "In tal senso, il concetto di *Verweisung* o rinvio è caratterizzato dal riferimento di una norma (*Verweisungsnorm* - norma di rinvio) a un altro contenuto (*Verweisungsobjekt* - oggetto del rinvio). Tale definizione è sostanzialmente riconosciuta in linea generale, ma spesso si utilizza il concetto più limitato della norma piuttosto che l'oggetto del rinvio. Oltre a ciò si utilizzano i termini *bezogene Norm* (norma a cui si fa riferimento) ed *ergänzende Anordnung* (disposizione integrativa), *Bezugsnorm* (norma di riferimento) oppure *Bezugstext* (testo di riferimento) o *Verweisungsziel* (obiettivo del rinvio). La norma di rinvio (*Verweisungsnorm*) viene denominata anche *Verweisungsvorschrift*, *-grundlage*, *-subjekt*, *-träger* o raramente in altro modo.

[31] Sulla diversità ontologica tra "riferimento" e "rinvio" v. G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p.

[32] Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin, 2007, p. 55 ss.

[33] Cfr. A. SOLDANO, *Il rinvio*, in *http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm*

[34] A. SODANO, *Il rinvio*, in *http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm*.

[35] Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 37

ISSN 2279-7238

definiti in altro punto del testo. In alcune ipotesi vengono utilizzati i termini "legale" e "nei modi previsti dalla legge" per consentire un rinvio. Allo stesso modo, l'uso del concetto "necessario" può indicare un rinvio ad obblighi altrimenti disposti.

Pertanto ne consegue che l'indicazione dell'oggetto di rinvio comporta l'esigenza di una attenta interpretazione della norma di rinvio.

Peraltro non si esige che vi sia un determinato "distacco" fra la norma di rinvio e l'oggetto del rinvio. Infatti, gli stessi problemi interpretativi possono emergere indipendentemente dalla collocazione dei paragrafi, se siano o meno in diretta sequenza[36].

Il concetto di rinvio è stato oggetto di studio assiduo da parte della dottrina non solo italiana.

2. Le prime elaborazioni della cultura giuridica: il concetto di norma in bianco

L'itinerario che si va costruendo si propone di individuare quei contributi della cultura giuridica che hanno consentito di dare legittimazione autonoma all'ipotesi di rinvio intraistituzionale.

La cultura giuridica alla fine dell'ottocento elabora per la prima volta il concetto di norma in bianco, una norma, cioè, il cui contenuto viene integrato attraverso il richiamo ad altre norme.

La nozione riguarda quelle norme che, utilizzando il contenuto di altre consentono la loro integrazione senza che fossero recepite[37]. E' il Binding che utilizza la *Blankettstrafgesetz* per norme penali che indicano la fattispecie e/o la sanzione attraverso il rinvio ad altre norme[38].

Questo concetto è stato successivamente utilizzato da altri studiosi applicandolo a diversi ambiti del diritto[39].

3. La nozione di rinvio nella interpretazione di Triepel e Zitelmann

La questione dell'applicazione del rinvio si pose per la prima volta nel 1841 in Inghilterra ed in Germania e successivamente portò ad un dibattitto che coinvolse anche la dottrina francese. Invero la Corte inglese nel Caso *Collier v. Rivaz* applicava le norme straniere e le norme straniere del diritto internazionale privato che, nella fattispecie, rinviavano alle norme inglesi.

---

[36] Per una valutazione più completa dell'itinerario percorso si rinvia alle considerazioni espresse da A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 35 ss.

[37] Sul punto si rinvia anche a P. MEYER, *Blankettverweisungen in Kollektivverträgen*, Köln, 1970, p. 34 ss.

[38] Cfr. G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 della Costituzione, in Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006; K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, p. 372; K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872; K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1907, p. 65 ss.; G. LEONE, *Le norme in bianco*, in *Scritti teorici-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, Messina, 1931; v. M. RONCO, *Il reato*, T.1, Bologna 2007, p. 40 ss.;

[39] Tra questi P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tuebingen, 1911, II, p. 145; e D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906, p. 353

ISSN 2279-7238

Successivamente il caso Forgo del 1874-82 accese il dibattito dottrinale sul tema[40]. Invero in quella fase storica se alcune corti europee riconoscevano la validità del rinvio, la cultura giuridica si mostrava tendenzialmente contraria, mentre la prevalente legislazione non affrontava, ed in alcuni casi, espressamente la escludeva.

In un secondo momento con Triepel [41] e Zitelmann[42] si è affermata la nozione di rinvio come strumento di connessione tra ordinamenti giuridici originari. Invero con il Tripel abbiamo innanzitutto il passaggio da una visione monistica ad una visione dualistica del diritto basata sulla originarietà e sulla autonomia dell'ordinamento internazionale e dell'ordinamento statale. Nell'analizzare i rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento statale Tripel evidenzia come questi possano riguardare sia il contenuto delle norme appartenenti ai diversi ordinamenti sia quello tra le fonti. In particolare il Triepel definisce recezione di diritto straniero la riproduzione in un ordinamento di norme prodotte da una fonte di un altro ordinamento. La recezione può consistere nella riproduzione delle norme dell'altro ordinamento attraverso un richiamo espresso alle norme prodotte da una determinata fonte. Il rinvio può essere anche tacito verso norme già redatte o non ancora formulate da un'altra fonte. Queste ultime ipotesi Triepel le definisce "norme di ricezione in bianco" richiamandosi all'espressione del Binding[43]. Quelle che riproducono la norma straniera non vengono condizionate dalle eventuali modifiche successive del diritto straniero. Quelle, invece, che rinviano al diritto senza riportare il testo vengono invece condizionate dalle modifiche. Invero può verificarsi che la fonte non vuole o non può prevedere che le norme non siano soggette alle modifiche del diritto straniero.

Per il Tripel esistono anche "norme in bianco che non implicano recezione"[44] in quanto rinviano al diritto straniero ma senza recepirne il contenuto nel diritto nazionale[45].

Un altro studioso delle forme essenziali del rinvio, soprattutto in riferimento al diritto internazionale privato è Ernst Zitelmann[46]. Nel suo *Internationales Privatrecht*[47] Zitelmann individua le norme che delimitano la competenza degli ordinamenti statuali e le norme materiali di rinvio che prevedono la disciplina di rapporti attraverso rinvio totale o parziale.

Distinta dal rinvio Zitelmann portò avanti la figura della norma di applicazione che nel pensiero del Tripel veniva definita come norma di conflitto cioè le norme di diritto internazionale privato.

Questi contributi hanno offerto alla cultura giuridica le basi per un'ampia ed articolata ricostruzione della tematica. Infatti dietro l'estesa tipologia del rinvio si possono individuare diverse forme giuridiche e differenti motivi e conseguenzialmente anche

[40] Sul caso Forgo e sulla ricostruzione del dibattito sviluppatesi interno all'applicazione del rinvio in quella fase storica si rinvia a T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 396 ss.
[41] Cfr. H. TRIPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899
[42] Cfr. E. ZITEMANN, *Haben wir ein Völkerrecht?,* Bonn 1914
[43] Vedi K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 372 ss.
[44] Su questi aspetti e per la ricostruzione del più completa di questo itinerario si rinvia alle considerazioni di Cfr. H. TRIPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit, p. 161
[45] Come lo stesso Binding evidenzia potrebbe essere difficile distinguere tra norme in bianco che semplicemente rinvia e norme in bianco che opera recezione
[46] Cfr. A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, cit., p. 68 ss.
[47]Cfr. E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, München/Leipzig, 1914

ISSN 2279-7238

problemi giuridici eteronomi. In questa prospettiva il tema è stato oggetto di numerosi studi. Tra i più significativi si ricordano quelli di Balladore Pallieri[48], Ottolenghi[49], Marinoni[50], Ghirardini[51].

4. La tecnica del rinvio come teoria generale del diritto. Il rinvio tra differenti ordinamenti giuridici.

Ai fini della analisi che si vuole percorrere è opportuno far riferimento a quella cultura giuridica che ha affrontato la tematica dal punto di vista della teoria generale. È stato innanzitutto Piccardi in un Saggio pubblicato nel 1940 negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*[52] a dare questa impostazione agli studi sul rinvio.

Infatti l'assetto interpretativo operato precedentemente dalla cultura giuridica è stato messo in discussione allorchè si è verificato che il rinvio non poteva essere considerato esclusivamente in riferimento ai rapporti tra ordinamenti statali diversi e, quindi, nell'ambito del diritto internazionale privato, ovvero a quelli tra diritto interno e diritto internazionale o anche ai rapporti tra diritto statale e diritto canonico. Si è andato sostenendo che se per rinvio si intende "il fatto che una norma giuridica, anzichè regolare un rapporto o categorie di rapporti manifesti la volontà che l'uno e l'altra trovi il proprio regolamento di una norma appartenente ad un diverso ordinamento giuridico"[53], l'istituto non può essere considerato specificamente nell'ambito dei diversi ordinamenti. Invero va studiato innanzitutto a livello di teoria generale del diritto, l'unica sede che consente di comprendere il fenomeno in tutta la sua complessità. Solo successivamente la riflessione può essere indirizzata nell'ambito delle singole discipline giuridiche per soddisfare le loro particolari esigenze. Da questa prospettiva sarà possibile stabilire i concetti fondamentali a cui si ispira il diritto positivo. Peraltro la teoria generale se da un lato si basa su concetti più generali, dall'altro tiene conto di dati di esperienza attraverso "un processo di astrazione e di generalizzazione"[54].

In questa prospettiva si è mossa anche la cultura giuridica tedesca. A questo proposito si possono richiamare i contributi del Marburger[55], del Krey[56] dello Scholz[57].

Nell'impianto di teoria generale prospettato il concetto di rinvio è stato messo in relazione con le istanze prodotte dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano.

---

[48] G. BALLADORE PALLIERI, *Il concetto di rinvio formale e il problema del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, XXI, 1929, p. 412 ss.
[49] Cfr. G. OTTOLENGHI, *Sulla funzione e sulla efficacia delle norme di diritto internazionale privato*, Torino, 1913
[50] M. MARINONI, *Dell'efficacia della sentenza penale straniera nell'ordine giuridico italiano*, in *Riv. Di dir. proc. Pen*., 1915
[51] C. GHIRARDINI, *Sull'interpretazione del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1919, p. 288.
[52] Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, cit., p. 251 ss.
Una impostazione che, peraltro, è stata accolta successivamente dalla dottrina. Vedi per tutti A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna, 2011, p. 72 ss.
[53] Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, cit., p. 251
[54] Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, cit., p. 298.
[55] P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Koeln/Berlin/Bonn/Muenchen, 1979
[56] V. KREY, *Zur Verweisung auf EWG-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen am Beispiel der Entwuerfe eines Dritten und Vierten Gesetzes zur Aenderung des Weingesetzes*, in *EWR*, 2/1981, p. 109-200
[57] R. SCHOLZ, *Technik und Recht*, in *FS zum 125jaehrigen Juristischen Gesellschaft*, Berlin, 1984, p.691 ss.

ISSN 2279-7238

Recuperando alcune riflessioni già evidenziate [58] e che comunque successivamente meriteranno più complete argomentazioni, deve ritenersi che l'innesto della teoria istituzionalistica romaniana nella tradizione giuspubblicistica italiana, non solo ha ampliato la sfera del giuridicamente rilevante, ma ha anche innovato lo schema della rappresentazione giuridica del 'politico'.

Per individuare i dati fisionomici del modello romaniano nella rappresentazione giuridica del 'politico', è opportuno prendere in considerazione il modello orlandiano nel quale si è inserita la riflessione di Santi Romano.

Nello schema individuato da Vittorio Emanuele Orlando sono posti al centro dell'itinerario ricostruttivo non tanto lo Stato e la società ma la relazione tra i due termini. Ne consegue, come già stato evidenziato[59], una visione dicotomica della rappresentazione del 'politico' sulla quale si avrà ancora occasione di soffermarsi successivamente sia pur nei limiti dell'economia di questa ricerca. Nella soluzione dicotomica Orlando sostituisce il termine società con quello di "popolo" consentendo, in tal modo, "l'occultamento del polo sociale dietro il polo statuale"[60].

Santi Romano intervenendo in questo schema sostituisce l'elemento "popolo" con i gruppi sociali, considerati come ordinamenti giuridici.

Una impostazione che ha consentito di dare rilevanza al rinvio intraistituzionale. Con questa formula si vuole far riferimento al collegamento tra ordinamento originario e ordinamenti derivati e viceversa, come anche tra ordinamenti derivati[61]. Una tipologia di rinvio, questa, definita anche come rinvio interno,[62]non sempre sottoposta alla attenta riflessione della cultura giuridica[63] e valutata con connotazioni limitative in quanto agirebbe "in ambiti più ristretti e per lo svolgimento di funzioni limitate"[64].

Intervenendo in questo dibattito la cultura giuridica tedesca ha cercato di offrire un contributo rilevante. Infatti distingue tra rinvio interno (*Binnenverweisung*) e rinvio esterno (*Außerverweisung*) qualora l'oggetto del rinvio è collocato nello stesso ordinamento giuridico della norma di rinvio ovvero al di fuori del sistema normativo della norma di rinvio. Nell'ambito di questa distinzione la dottrina ricorre ad ulteriori puntualizzazioni distinguendo un rinvio interno o proprio (*Binnen*-oppure *Eigenverweisung*) qualora il legislatore della norma di rinvio e dell'oggetto del rinvio sia lo stesso soggetto.

Altri autori ritenevano che la tecnica del rinvio si potesse utilizzare tra fonti di uno stesso ordinamento giuridico soltanto in "settori normativi, che pur legati fra loro dalla comune

[58] Cfr. *retro* p.
[59] Cfr. *retro* p.
[60] Sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 125
[61] In tal senso vedi F. BASSI, *La norma interna*, cit. p. 165
[62] In questo senso F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 170; G. SPERDUTI, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, in *Le leggi d'Italia*, 1947, p. 7 ss.
[63] La letteratura su questo tema è considerata scarsa da F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165, nota 193. Per alcuni riferimenti a questa tipologia v. M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 542; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 144; G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, p. 64 ss.;
[64] A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, cit., p.3

ISSN 2279-7238

appartenenza ad un unico sistema che tutti li comprende, siano in posizione di autonomia costituzionale perché forniti di competenza normativa esclusiva"[65].

La classica distinzione tra rinvio formale o non recettizio e rinvio materiale o recettizio vale anche per le ipotesi di rinvio intraistituzionale. Il rinvio formale è quella tecnica con cui una disposizione dell'ordinamento richiama una fonte di un altro ordinamento con la conseguenza che il primo segue automaticamente tutte le modifiche apportate alla fonte richiamata. Il rinvio materiale è, invece, quella tecnica con cui una disposizione dell'ordinamento richiama una determinata norma di un altro ordinamento[66].

L'applicazione della suindicata distinzione alla ipotesi del rinvio intraistituzionale comporta che con il rinvio intraistituzionale recettizio "si attuerà un assorbimento da parte dell'ordinamento rinviante del precetto richiamato"[67]. Il rinvio intraistituzionale formale, invece, non comporterà "alcun ampliamento dell'ordinamento rinviante" in quanto non ci sarà l'assorbimento della norma richiamata[68].

Dal punto di vista del diritto positivo la identificazione concreta delle due diverse tipologie di rinvio intraistituzionale avviene ad opera dell'interprete con non poche difficoltà.

5. Il rinvio come tecnica di produzione normativa: l'oggetto, gli effetti giuridici, le tipologie

5.1. L'oggetto del rinvio

La norma a cui si rinvia costituisce l'oggetto del rinvio il cui contenuto è dato prevalentemente da norme del diritto vigente. In alcuni casi è considerato ammissibile il rinvio a norme che non hanno più valore e ciò al fine di consentire il prolungamento della durata di validità[69]. Vero è che l'ammissibilità può essere accolta anche nel caso di rinvio a norme nulle[70].

La dottrina ritiene che nel caso in cui la norma richiamata non sia vincolante attraverso la procedura di rinvio è considerata vincolante perché trova la propria legittimazione nella norma di rinvio[71].

---

[65] Sul punto vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 180. Secondo il quale "una Regione potrebbe regolare i rapporti ad essa riservata mediante rinvio a nome di altre Regioni o dello Stato, e viceversa lo Stato rinviare a norme regionali".

[66] Sul punto R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2017, p. 294.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 234 ss.

[67] V. F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165

[68] F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165.

[69] Cfr., fra gli altri, W. BRUGGER, *Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat*, in *VerwArch*, 78, 1987, p. 1 ss.; T. CLEMENS, *Die Verweisung vor einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1983, p. 63; H. J. HALLIER, *Die Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen, in Archiv für öffentliches Recht*, 1960, p. 391; D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, 1997, p. 390; H. PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949, p. 83

[70] In questo senso si rinvia, fra gli altri, a W. BRUGGER, *Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation*, in *Demokratie und Rechtsstaat*, *VerwArch*., 78, 1987, p. 1 ss.;
A. GUCKELBERGER, *Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 2004, p. 62 ss.
H. U. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, p. 146 ss.

[71] Sul punto v. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 45

ISSN 2279-7238

Si ritiene che il rinvio è ammissibile solo nel caso in cui la norma che effettua il rinvio sia valida e, comunque, di chiara interpretazione[72]. Qualora l'oggetto del rinvio è considerato nullo, l'utilizzazione del rinvio può avvenire se il legislatore abbia voluto adottare una disposizione considerata indipendente dall'oggetto del rinvio[73]. Nell'ipotesi in cui la norma a cui si rinvia perde di efficacia, il rinvio continua a produrre i suoi effetti nel caso in cui produca dei risultati adeguati.

Per parte della dottrina sarebbe immaginabile anche un rinvio a norme non ancora entrate in vigore[74]. E' invece ipotizzabile quello nei confronti di norme contenute in testi non scritti[75] ed a norme di natura deontologica[76].

5.2 Gli effetti giuridici del rinvio

Gli effetti giuridici del rinvio si producono in caso di rinvio costitutivo, cioè nel caso in cui il rinvio, produca un effetto normativo fino a quel momento non presente[77].

La cultura giuridica ritiene che sussiste un rinvio costitutivo solo qualora la validità di una norma emanata per un determinato ordinamento giuridico si estende ad un'altra fonte[78].

E' stato sostenuto che avendo come punto di riferimento la norma di rinvio questa viene completata attraverso l'oggetto del rinvio. In questo caso l'oggetto del rinvio non rappresenta che un mezzo ausiliario per descriverne il contenuto [79] .

Inoltre "non si deve parlare di rinvio solo nel caso in cui una norma citi espressamente un'altra norma nella sua fattispecie o nella conseguenza giuridica, bensì generalmente in tutti i casi in cui una disposizione utilizzi dei concetti il cui significato possa essere appurato

---

[72] "Dies ist beispielsweise bei verweisenden Strafnormen anzunehmen, die dem Schutz überragender Rechtsgüter dienen". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 45.

[73] Sul punto cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 45 secondo il quale "Ciò si verifica ad esempio in caso di norme penali di rinvio che servono a tutelare beni giuridici di importanza cruciale".

[74] "Ciò è ammesso se l'oggetto del rinvio è già stato emanato. Qualora l'oggetto del rinvio non sia ancora stato emanato o sia addirittura incerto se si addivenga mai a una bozza, il rinvio anticipato va interpretato di norma solo come annuncio di un successivo adeguamento che non riveste per il momento alcuna importanza". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 46. In questo senso anche A. GUCKELBERGER, *Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme*, cit., p. 62

[75] Il riferimento a quest'ultimo caso Debus riporta alcune esemplificazioni. Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 46

[76] Ciò deriva dal fatto che il contenuto dell'oggetto del rinvio riceve la propria efficacia, nell'ambito del rinvio, dall'ordine di validità della norma di rinvio. Ciò vale anche per il diritto non scritto. Per contro, i puri elementi della fattispecie non sono oggetti del rinvio idonei. Allo stesso modo, il riferimento a un indice di prezzo statistico non è qualificabile come rinvio, poiché gli elementi di fatto prevalgono nettamente sugli elementi di valutazione.

[77] Sul rinvio costitutivo vedi più ampiamente *infra* p.

[78] Cfr. H. MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungtechnik*, seconda edizione, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968. Müller parte quindi dall'oggetto del rinvio il cui ambito di validità viene ampliato dal rinvio.
In tale contesto, non occorre che la norma a cui si fa riferimento sia valida, poiché "tramite il rinvio le viene infusa, in un certo qual modo, nuova vita".
Resta da chiarire in che modo un legislatore possa, tuttavia, infondere nuova vita nelle norme di un altro legislatore. In tal senso vedi A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 41

[79] Cfr. H. U. KARPERN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebung*, Berlin, 1970.
E' necessario anche che l'oggetto del rinvio venga incorporato. "L'incorporazione quale adozione del contenuto dell'oggetto del rinvio nella norma di rinvio è infatti la conseguenza del completamento della norma di rinvio". In tal senso cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 42 ss.

ISSN 2279-7238

solo facendo ricorso ad altre disposizioni"[80]. Tuttavia l'oggetto di rinvio non può essere interpretato al punto da consentire che la norma di rinvia possa essere annullata[81].

5.3 Le tipologie di rinvio

E' evidente che in questa sede sono individuati soltanto alcuni tipi di rinvii in quanto dalla cultura giuridica sono stati rilevati diversi cataloghi molti dei quali presentano numerose tipologie di rinvio[82].

5.3.1. Rinvio autonomo e rinvio eteronomo

In riferimento al rapporto tra il legislatore della norma di rinvio (*Verweisungsnormgeber o Verweisungsgesetzgeber*) e quello dell'oggetto del rinvio (*Verweisungsobjekgeber*), la riflessione giuridica soprattutto quella di lingua tedesca distingue il rinvio in autonomo ed eteronomo.

Si è in presenza del primo tipo se i due legislatori sono gli stessi soggetti. In contrapposizione andrebbe individuato il rinvio eteronomo quando i produttori delle norme siano diversi[83].

5.3.2. Rinvio dichiarativo e costitutivo

Una delle distinzioni operate dalla dottrina è tra rinvio dichiarativo e costitutivo. Si ha rinvio dichiarativo quando si richiama l'attenzione ad un'altra norma con lo scopo soltanto esplicativo non producendo alcun effetto giuridico[84].

Il rinvio costitutivo, invece, comporta la realizzazione di un nuovo effetto normativo precedentemente non presente[85].

Oltre alla suddivisione di rinvii nel senso stretto e ampio del termine, sono stati indicati altri criteri di differenziazione che non sono tuttavia uniformi né nel merito né nelle denominazioni[86].

---

[80] Vedi P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 228

[81] Cfr. A. G. Debus, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 43 ss.

[82] Ne ha individuati più di 50 il Berger. Cfr. A. BERGER, *Die Erschließung von Verweisungen bei der Gesetztesdokumentation*, München-Pullach, Berlin, 1971, p. 104 ss

[83] Un rinvio da parte di una legge emanata dal Parlamento nei confronti di un decreto legge costituisce pertanto, a titolo esemplificativo, un rinvio eteronomo.

[84] Un tale rinvio "viene definito come indicazione, rinvio dichiarativo, improprio, a solo scopo esplicativo, privo di valenza normativa, informativo oppure anche come rinvio in senso più ampio. In caso di rinvii di contratti collettivi a norme di legge si trovano anche denominazioni quali norma neutrale, regolamento neutrale o clausola neutrale". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 39, 40

[85] "Lo stesso viene definito anche come rinvio effettivo, applicativo, attuativo, costitutivo di concetti, normativo oppure come rinvio in senso stretto. Il contenuto complessivo derivante dall'azione combinata di norma di rinvio e di oggetto del rinvio è il regolamento di rinvio (*Verweisungsregelung*)". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 40, 41

[86] Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 49 ss.
Sul punto vedi più ampiamente ai contributi di A. BERGER, *Die Erschließung von Verweisung bei der Gesetzesdokumentation*, München-Pullach, Berlin, 1971; H.- U. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebung*, Berlin, 1970, p. 11 ss.; H. MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968, p. 167 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al diritto internazionale privato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. XVI, fascicolo IV, 1942, p. 331 ss.

ISSN 2279-7238

5.3.3. Rinvii espressi e taciti

Tenendo conto delle diverse formule per individuare le tipologie del rinvio la dottrina distingue anche fra rinvii *espressi* e *taciti*.

Sono espressi quelli che esplicitamente fanno riferimento alla procedura di rinvio individuando i paragrafi (*rinvii pienamente espressi*) ovvero non offrendo indicazioni dei paragrafi *(rinvii parzialmente espliciti)*.

In alcuni casi non si fa una espressa indicazione del rinvio. In questi casi, talvolta, si è in presenza dei c.d. rinvii taciti che possono essere individuati da una valutazione sistematica[87].

5.3.4. Rinvii enumerativi e a catena

L'analisi condotta dalla dottrina consente di individuare una diversa tipologia classificata nella categoria dei rinvii enumerativi ed a catena. Si ha la tipologia del *rinvio enumerativo* quando il legislatore fa riferimento a norme enumerate singolarmente. Ne consegue che allorchè ciò non avviene in quanto il riferimento è ad un complesso normativo, si dovrà parlare di *rinvio generale* (*Generalverweisung*) o rinvio globale (*Globalverweisung*). Nell'ambito del rinvio generale talvolta si assiste ad ipotesi nelle quali l'oggetto del rinvio faccia riferimento a sua volta ad ulteriori rinvii. In questa ipotesi la dottrina parla di rinvio oltre (*Weiterverweisung*) ovvero di doppio rinvio (*Doppelverweisung*) o anche riferimento a cascata (*Bezugnahme in Kaskadenform*).

Il rinvio globale si ha quando il riferimento riguarda un intero sistema normativo e non specifici settori normativi (rinvio parziale) ovvero singole disposizioni (rinvio singolo).

Nell'ampia categoria ora individuata la dottrina inserisce anche i cd rinvii a catena (*Kettenverweisung*)[88].

Un caso particolare è quello del cosiddetto *rinvio oltre accettato* o di secondo grado. Tale caso ricorre quando un ordinamento rinvia ad una fonte di un altro ordinamento il quale accetta il rinvio; in questo caso si crea un sistema coordinato tra gli ordinamenti[89].

---

[87] "I principali esempi in proposito sono l'applicazione di una parte generale nell'ambito di una legge oppure un collegamento tacito fra varie leggi, come per esempio fra la parte generale del codice penale e il diritto penale speciale. Non sussiste tuttavia un rinvio laddove un'altra disposizione venga richiamata al solo scopo interpretativo. In caso di rinvii taciti, può essere necessaria una delimitazione rispetto ai concetti giuridici indeterminati".

Cfr. A. G. Debus, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 50 ss.

[88] "In tale contesto possono verificarsi dei rinvii incrociati (*Überkreuzverweise*) (riferimento a un atto o a un articolo che rinvia a sua volta alla disposizione di partenza)". Sul punto vedi A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 51

Questo tipi di rinvii comportano difficoltà per l'interprete. Cfr. A. CIAMMARICONI, *Brevi note in materia di "rinvio statico" e "rinvio dinamico",* in *Ricerca a cura dell'unità FIRB dell'Università di Genova* (responsabile prof. P. Costanzo), cit.

[89] B. BAREL, S. ARMELLINI, Manuale breve Diritto Internazionale Privato, Milano, 2011, p. 85

ISSN 2279-7238

5.3.5. Clausole ombrello

La dottrina ha evidenziato che in alcune ipotesi è possibile che il legislatore sia costretto a ricorrere a rinvii semi espliciti in quanto il suo intervento si colloca al momento della riorganizzazione o della modifica di una determinata area del diritto. In questo caso si utilizza la formula di clausole ombrello[90].

5.3.6. Rinvii statici e dinamici

Correttamente la cultura giuridica ha dato notevole rilevanza allo studio dei rinvii statici e dinamici. La principale motivazione di questo interesse è data dal fatto che i sistemi normativi, in particolarmodo nell'attuale fase storica, sono sottoposti a frequenti modifiche[91]. In questo contesto viene definito come rinvio statico quello nel quale la norma di rinvio si riferisce ad un'altra norma in una determinata formulazione che resta tale sino a che la norma di rinvio non sia modificata. Nella cultura tedesca questa ipotesi di rinvio è definita *starre Verweisung* o anche *fixe*, *feste*, *unwandelbare*, *datierte Verweisung*. La dottrina italiana lo identifica con il termine di rinvio fisso, statico, materiale o recettizio[92].

Vengono, invece, individuati come rinvii dinamici quelle ipotesi in cui l'oggetto del rinvio è una fonte del diritto. Ne consegue che ci sarà un adeguamento alle modifiche della fonte oggetto del rinvio.

La cultura giuridica tedesca lo definisce come *gleitende Verweisung* o anche *automatische*, *wandelbare*, *variable*, *flexible*, *undatierte Verweisung*. La dottrina italiana lo qualifica con il termine rinvio mobile o anche formale, non recettizio.

Nella ricostruzione di queste due categorie l'impegno della dottrina è stato finalizzato a delimitare il rinvio statico dal rinvio dinamico, a definire il rapporto fra il rinvio statico e quello dinamico, a porsi il problema della interpretazione restrittiva del rinvio dinamico.

Dal punto di vista operativo la dottrina ha messo in evidenza la difficoltà di individuare dal punto di vista operativo la natura statica o dinamica del rinvio[93].

Un'altra prospettiva evidenziata dalla dottrina è quella finalizzata a verificare se le due categorie si escludano a vicenda ovvero se un rinvio dinamico possa contestualmente contenere anche un rinvio statico. Invero è stato sostenuto che nel rinvio dinamico se non

---

[90] Dette anche *Verweisungsverjüngungsklauseln*

[91] Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen,* p. 59; H. MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, seconda edizione, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968, p. 172 ss.

[92] Sul rinvio fisso e mobile cfr., fra gli altri, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2017, p. 294; P. CAPPELO, *La fenomenologia del rinvio statico e del rinvio dinamico*, 2005, consultabile su http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova, 2015, p. 167 ss.; A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rassegna Parlamentare*, 1991, p. 286 ss. Per una valutazione complessiva sui problemi determinati dal rinvio statico e dinamico cfr. *Rinvio statico o dinamico?* Ricerca a cura dell'unità FIRB dell'Università di Genova (responsabile prof. P. Costanzo), aprile 2005, *in* http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 16 ss.; M GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 313 ss.

[93] Sul punto vedi più ampiamente A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 63.
Per esempio qualora venga notificata una norma di rinvio statica con dicitura "nuova versione", occorre decidere caso per caso quale data sia determinante o se la norma di rinvio sia addirittura indeterminata.

ISSN 2279-7238

subentra alcuna modifica della fonte oggetto del rinvio la volontà di dinamicità si svuota di significato[94].

Comunque in tema di rinvio dinamico fondamentale è il ruolo della dottrina che a partire dal 1913 con Walter Jellinek aveva evidenziato l'esigenza di ricorrere ad una interpretazione restrittiva in caso di rinvii[95]. La cultura tedesca in riferimento a questa ipotesi individua esempi tratti dal diritto del lavoro[96] ed ipotesi riguardanti situazioni nelle quali la norma di rinvio richiami l'oggetto del rinvio "nella versione in volta in volta in vigore".

Nel caso di rinvii dinamici a norme statali prodotte da fonti primarie non si verifica comunque sempre un adeguamento automatico. E' il caso, per esempio, dell'eventuale rinvio ad una norma modificata che viola un principio costituzionale[97]. E' stato sostenuto che il rinvio dinamico non è una cieca trascrizione di qualunque norma indicata dal rinvio, bensì un ordine di applicazione suscettibile di interpretazione.

Ne consegue che nel rinvio dinamico l'applicazione non si dovrebbe concretizzare quando la norma a cui si rinvia subisce modifiche con connotati di incostituzionalità o ci siano errori di redazione[98].

Un problema ulteriore riguarda se l'elemento dinamico abbia rilevanza anche in caso di annullamento, senza sostituzione, della norma oggetto del rinvio. In questa ipotesi si sostiene che l'adeguamento automatico viene limitato e che il rinvio continua ad essere efficace con l'ultima versione della norma dell'oggetto del rinvio[99]. Altrimenti, la validità del rinvio viene meno contestualmente alla eliminazione senza sostituzione della norma di riferimento[100]. Tuttavia tale approccio non lo si può utilizzare a livello generale. Va valutato nel singolo se sia più opportuno lasciare la norma di rinvio inapplicata ovvero continuare ad applicarla insieme all'oggetto del rinvio nella versione fino a quel momento in vigore[101].

Si pone anche il problema se sia ammessa una limitazione dell'adeguamento automatico nel caso in cui il rinvio abbia per oggetto una norma "nella versione di volta in volta in vigore".

---

[94] Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 72 ss., il quale evidenzia, fra l'altro, che prevalentemente "nel diritto del lavoro, il rinvio dinamico viene definito anche come *Blankettverweisung* (letteralmente "rinvio in bianco"). In generale si trova inoltre la denominazione di *Blankettgesetz* ("legge in bianco"). Il termine *Blankett* è stato creato dallo spagnolo *blanco* sostantivato con desinenza francese, poiché sono presenti punti in bianco, vale a dire non riempiti. In tale contesto, *Blankett* è rimasto un termine straniero e il significato tipico si è ristretto. Infatti, i punti in bianco (*Blankette*) normalmente non vengono riempiti da chi li ha generati, bensì da un terzo. Pertanto il termine *Blankettverweisung* non è idoneo per rinvii autonomi da un punto di vista dinamico, poiché non è possibile trasferire alcun potere di compilazione. Viene, inoltre, utilizzata anche la denominazione "rinvio in bianco dinamico" (*dynamische Blankettverweisung*) che costituisce un pleonasmo o che suggerisce un ulteriore significato dei rinvii in bianco. Da ciò si desume che è meglio non utilizzare il termine *Blankett* in relazione ai rinvii".

[95] Cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzeanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913

[96] Nel caso dei cosiddetti *Gleichstellungsabreden* (letteralmente "accordi di equiparazione"), il *Bundesarbeitsgericht* e numerosi autori accolgono un adeguamento solo limitato di un regolamento di rinvio dinamico all'oggetto del rinvio modificato. Gli accordi di equiparazione sono presupposti in caso di riferimenti dinamici in contratti di lavoro ad accordi collettivi ai quali il datore di lavoro sia vincolato in forza dell'appartenenza a un'associazione.

[97] La questione è affrontata da Karl Irresberger. Cfr. K. IRRESBERGER, *Legistische Probleme der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungs-Problematik*, in P. BUßJÄGER, C. KLEISER (a cura di), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Wien, 2001, p.

[98] A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 75 ss.

[99] A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 76 ss.

[100] In tal senso v. A. GUCKELBERGER, *Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme*, cit., p. 69 ss.

[101] A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 76 ss.

ISSN 2279-7238

6. Norme penali in bianco

La norma penale in bianco va considerata una forma speciale di rinvio[102] e, come già precedentemente evidenziato, tale concetto viene imputato alle riflessioni di Karl Binding[103]. Con norme penali in bianco si fa riferimento a quella espressione coniata dalla dottrina con cui si suole denominare quelle disposizioni il cui precetto, genericamente formulato, è contenuto in un'altra norma[104].

Secondo quanto si sostiene in dottrina, la Corte costituzionale italiana non ha mai affrontato il problema dogmatico delle norme penali in bianco ritenendo che, comunque, queste non violino il principio di legalità ex art. 25 Cost.[105].

7. Concetti giuridici indeterminati

Correttamente la cultura giuridica in una strategia destinata a delimitare l'istituto del rinvio, da altri istituti giuridici ha affrontato il problema dei concetti giuridici indeterminati[106].

Vero è che porsi questo problema "qualora si ricorra a norme tecniche o a norme giuridiche per la concretizzazione"[107], acquista una particolare rilevanza.

Per "concetto indeterminato" bisogna intendere quel concetto nel quale l'ambito ed il contenuto sono molto incerti e che presenta strutturalmente un "nucleo concettuale" e una "sfera concettuale"[108]. Il primo evidenzia la parte chiara del contenuto e dell'ambito dei concetti, la seconda la parte in cui sorgono dubbi. Peraltro l'espressione *unbestimmte Rechtsbegriffe* (concetti giuridici indeterminati) viene utilizzata per rappresentare una

---

[102] In questo senso cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 77 il quale sostiene che "Le leggi penali in bianco sono quindi delle leggi che comminano una pena per violazioni di comandi o divieti emanati da un'altra disposizione".

[103] Cfr. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 372 e biblio ivi cit.

[104] Ne è un esempio l'art. 650 del codice penale. Sul tema la dottrina è vastissima. Si rinvia, fra gli altri, a M. RONCO, Tomo 1, Bologna 2007, p. 40 ss.; in senso conforme, G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 della Costituzione, in Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 526 ss.

In dottrina sulla norma penale in bianco in termini generali v. F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, *Le fonti del diritto penale*, in *Riv. pen*, 1998, 1065 ss.; V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica",* in *Riv. it. dir. e pen. proc.*, 2010, 112; I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale,* Quaderni del Gruppo di Pisa a cura di D'Orlando, Montanari, Torino, 2009, p. 3 e segg.

[105] Per una ricostruzione delle sentenze della Corte costituzionale su questi aspetti vedi S. PETITTI (a cura di), *Riserva di legge e norme penali in bianco*, in *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_207_Riserva.pdf*

Cfr., inoltre, sul punto G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale, in Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 497; e più recentemente, E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, fasc. 6, 2011, pag. 4825. e biblio ivi cit.

Frequente è anche l'ipotesi in cui il legislatore demanda a norme secondarie la determinazione degli elementi della fattispecie, per la quale la legge prevede una sanzione penale. Su questi aspetti vedi la sentenza della Corte Costituzionale n. 26 del 1966, cui *adde*, fra gli altri, M. SINISCALCO, *Ratio di "certezza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, p. 994 ss.

[106] A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 94 ss.

[107] Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 94 il quale sostiene che le "norme di rinvio hanno in comune con i concetti giuridici indeterminati il fatto che il contenuto delle norme non è già esattamente definito dal loro testo e le stesse sono in una certa misura incomplete".

[108] Si fa riferimento alle riflessioni di Karl English. Cfr. K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 170.

ISSN 2279-7238

molteplicità di formule giuridiche che appaiono del tutto diverse e che di conseguenza fanno configurare la categoria quanto mai disomogenea [109]. Inoltre gli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, hanno rilievo in quanto vanno visti e studiati in relazione ad altre nozioni, come quella di *Ermessensermächtigungen* con la quale si fa riferimento al potere discrezionale individuabile negli stessi *unbestimmte Rechtsbegriffe*, come quella di *Beurteilungsspielramen* con la quale si allude all'attribuzione di un potere di valutazione, inteso come spazio o ambito di libera valutazione, ovvero come quella di *Vertretbarkeit* tesa a teorizzare che "quando più soluzioni si presentano egualmente sostenibili (*Vertretbar*) vanno considerate legittime tutte le decisioni amministrative che si collochino nell'ambito appunto di ciò che è possibile sostenere, di ciò che è, in altri termini, oggettivamente «rappresentabile»"[110].

Comunque si è in presenza di un interesse, quello dei concetti giuridici che ha già suscitato attenzione soprattutto in una prospettiva tesa a identificare le tecniche indicate dalla Costituzione italiana del '48 per realizzare quel processo che la stessa Carta costituzionale identifica[111]. In quella occasione si è cercato di verificare in che senso quei concetti agiscano come *Ventilbegriffe*, consentendo la realizzazione di quel processo di trasformazione socio-istituzionale, tanto auspicato dal Costituente del '48.

Un itinerario ricostruttivo che ha consentito di confrontare l'istituto con altri istituti come quelli delle cd clausole generali, ma soprattutto di identificare le funzioni e i soggetti destinati ad interpretarli, ad attuarli, a tutelarli.

Capitolo III

[109] Un elenco alquanto completo dei diversi tipi di *unbestimmte Rechtsbegriffe* è pubblicato in H. - J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt, 1979, p. 14 ss.
Sono inserite nell'elenco degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* "sia concetti solo relativamente determinati, come certi elementi di tempo e di luogo («notte», 'tramonto», 'centro abitato») , o quelli determinabili sulla base di altre norme (come ad esempio i concetti di 'proprietà', 'impresa', 'servizio militare'); sia concetti meno precisi, ma pur sempre determinabili nel caso concreto come quello di 'luogo chiuso' e – forse anche – di 'pericolo'; sia infine concetti del tutto astratti ed imprecisi come 'interesse generale', 'interesse pubblico', 'sicurezza pubblica', 'ordine pubblico', 'sicurezza della circolazione', 'grave motivo', 'affidabilità', 'decoro', 'morale e buon costume', 'casi di particolare gravità' e così via". Cfr., inoltre, B. EBINGER, *Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik : Eine Untersuchung anhand des Beispiels der Gefahren erhebliche Nachteile oder Belastigungen im Anlagengenehmigungsverfahren*, Berlin, 1993.
Una esauriente rassegna sullo stato della dottrina e della giurisprudenza tedesca sull'applicazione e controllo dei concetti *giuridici indeterminati è condotta da* D. DE PRETIS*, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 11 e ss., cui *adde*, in riferimento all'ordinamento tedesco, P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.,* fasc. 2, 1996, pag. 301 ss.
[110] Cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 75.
Cui *adde* Debus che sostiene che "Problemi di delimitazione analoghi sussistono nei confronti di requisiti normativi. È vero che i concetti normativi e indeterminati non sempre coincidono, ma per quanto concerne i concetti normativi sulla valutazione grava in generale una certa indeterminatezza che fa apparire i concetti normativi come una classe speciale di concetti indeterminati.
In parte, per rinvii e concetti giuridici indeterminati si ammettono anche gli stessi requisiti di ammissibilità oppure non li si distingue affatto. Le norme di rinvio hanno in comune con i concetti giuridici indeterminati il fatto che il contenuto delle norme non è già esattamente definito dal loro testo e le stesse sono in una certa misura incomplete. I concetti giuridici indeterminati e le norme di rinvio sono quindi soggette a concretizzazione e a compilazione. Tuttavia, ciascuna norma che si serva dell'uso della lingua quale mezzo di espressione, contiene comunque un rinvio a regole linguistiche".
[111] Cfr. M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano*, Dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma Cost., Napoli, 2015, p. 30

ISSN 2279-7238

La individuazione del campo teorico nella rappresentazione delle forme di Stato determinate in riferimento alla relazione Stato-società

Sommario: 1. Introduzione – 2. I modelli monistici, sociocentrici e statocentrici - 3. Il modello dualista a tendenza sociocentrica – 4. Gli schemi di collegamento del polo sociale al polo statale: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. Partiti. Rivoluzione. – 5. L'azione discendente dello Stato verso la società. Il campo degli interventi dello Stato per svolgere la sua azione 'ordinante'.

1. Introduzione

Alla domanda come deve essere concepito lo Stato, quale la sua struttura costituzionale, la cultura giuridica risponde sollecitando scelte che sono conformi alla struttura reale del corpo sociale [112] e respingendo ogni impostazione che volesse limitarsi ad interessarsi dello Stato come tale o della società come talee non della sua relazione[113].

Si è giustamente messo in evidenza che le due strategie sono parimenti sostenibili ma che solo utilizzando quella che ha per oggetto la relazione bipolare ci consente di cogliere la complessità del fenomeno politico[114].

L'obiettivo della ricerca non deve essere quindi quello di esaminare separatamente le due polarità, né la loro eventuale giustapposizione, ma la loro relazione che acquista differenti configurazioni a seconda delle diverse modalità con le quali è strutturata. Ne consegue uno scenario con una molteplicità di modelli individuabili sia a livello teorico sia nella concreta strutturazione con la quale la relazione si realizza. Peraltro una molteplicità che non può essere illimitata in quanto gli elementi della relazione individuabili sono soltanto due.

Comunque la descrizione del sistema di relazioni è certamente facilitato dalla individuazione dell'esistenza dei modelli. Una operazione che la cultura giuridica ha spesso utilizzato per individuare schemi rappresentativi desunti "dai fenomeni o dai dati", "per dar conto dei fenomeni e dei dati, come ipotesi correlate in modo da spiegare comportamenti ricavabili nella realtà, e tali da prestarsi a verifica". Schemi quindi intesi come "rappresentativi di un fenomeno della realtà sociale o della costruzione per l'analisi di un fenomeno della realtà sociale"[115]. Di qui la individuazione di modelli "puri", rigorosi ed

[112] Per una valutazione di queste considerazioni si rinvia soprattutto al dibattito in prima sottocommissione durante le sedute del 26 e 30 luglio del 9 e 10 settembre 1946. Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente, cit. vol. VI, p. 303 e ss.

[113] Sul punto si rinvia alla ricostruzione operata da P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 70 ss. e biblio ivi cit.

[114] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 77

Sulla funzione della creazione di un modello vedi le considerazioni di M. BLACK, *Modelli, archetipi*, ora in *Modelli, archetipi e metafore*, Parma, 1983, p. 70 ss.

[115] Cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea costituente*, Firenze, 1969, p. 402 ss. che sottopone l'utilizzazione del termine "modello" a precise puntualizzazioni.

ISSN 2279-7238

ortodossi che successivamente per un ulteriore "sovradeterminazione ideologico-politica" acquistano una diversa configurazione[116].

Un operazione ricostruttiva compiuta spesso dalla cultura giuridica con risultati quanto mai significativi. E' il caso, ad esempio, dell'analisi condotta al fine di identificare le diversificazioni di modelli organizzatori utilizzati nella pubblica amministrazione per assecondare l'esigenza che la stessa sia sottoposta a regole uniformi. Analisi che hanno comportato la scelta di modelli che dapprima hanno offerto eccellenti risultati e che successivamente hanno evidenziato la loro insufficienza "per altri tipi di funzioni e prestazioni che l'amministrazione, con il trascorrere degli anni, è andata gradualmente assumendo". Di qui l'esigenza di innovare modelli c.d. "puri", per "disporre altrettante innovazioni nel modello organizzatorio"[117]

Una valutazione di insieme di questo scenario evidenzia l'esistenza fra le due polarità di relazioni di disgiunzione, di sussunzione, di contiguità con la conseguente emersione di modelli monistici e dicotomici.

Appare opportuno quindi soffermarsi sui diversi modelli per studiare la loro configurazione, gli schemi di rappresentazione dello Stato e della società, gli schemi di collegamento del polo sociale a di quello statuale, finalizzati a realizzare la ricomposizione delle due polarità al fine di ottenere la complessiva unità del politico. Pertanto, la riflessione deve soffermarsi soprattutto sugli schemi di collegamento individuabili sia nel movimento ascendente della società allo Stato, sia in quello discendente dallo Stato alla società.

2. I modelli monistici, sociocentrici e statocentrici

Si è già evidenziato che per individuare il capo teorico non si può avere come punto di riferimento lo Stato o la società, ma la loro relazione. Questa impostazione pone una domanda impegnativa: come è possibile parlare di modelli monistici?

Si deve incominciare a riflettere sul modello monistico sociocentrico.

Il modello pone certamente al centro uno dei due poli, il polo sociale, costruisce intorno ad esso coerentemente ogni ipotesi di sviluppo, ma essendo un sistema duale non può prescindere dalla sfera statuale, ma la prende in considerazione come ultima tappa di un itinerario che partendo dalla società "tende ad appiattire sul polo sociale il polo statuale, che pur continua ad essere menzionato come termine essenziale dell'oggetto politico complessivo"[118]. Un modello che è stato oggetto della riflessione anche della cultura giuridica che, pur partendo dall'esigenza di studiare la sovranità, sposta la maggiore enfasi sull'analisi strutturale della società e tratta il tema solo come momento finale del suo itinerario di riflessione[119].

[116] Per una valutazione di questo itinerario ricostruttivo si rinvia alle osservazioni di P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 65 ss., specificamente p. 97 ss.
[117] Cfr. G. GUARINO, *Leggi recenti e sistema delle partecipazioni statali*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1968, p. 1143 ss.
[118] P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 85
[119] Cfr. V. MICELI, *Saggio di una teoria di una sovranità*, Torino, Firenze, Roma, 1884-1887, vol. I, p. 39 ss.

ISSN 2279-7238

Un modello quindi che nel considerare il politico come la relazione tra le due polarità Stato-società, non le considera equidistanti, pone al centro la società e costruisce lo Stato (come variabile dipendente dell'oggetto primario del discorso, la società)"[120].

Se i modelli sociocentrici prevedono un itinerario che parte dalla società senza perdere di vista il ruolo dello Stato come ultima tappa dell'itinerario, i modelli statocentrici hanno come momento generativo il polo statuale della relazione in uno scenario che comporta la individuazione compatibile con il modello. L'immagine del sociale non è quella di una struttura caratterizzata da "individualismo" e "atomismo" quanto dalla presenza di una categoria, il 'popolo' visibile nella sua organica inscindibile unità, chiamata a sostituire la 'società' nella rappresentazione del polo sociale. Tutto ciò consente di affermare da una parte, che 'popolo' e 'stato' sono le due facce sinteticamente distinte di una idea essenzialmente unica [121]; nel contempo permette di considerare i due termini come equivalenti e di sostenere che lo Stato deve essere concepito come popolo organizzato politicamente visto nella sua unità organica[122].

Una modellistica che si realizza in contesti storici diversi e assume, per esempio, durante il regime fascista connotati che meritano alcune considerazioni. Nella fase iniziale il modello conserva i suoi dati fisionomici: il polo statuale resta decisamente come il centro della relazione e non il modello terminale di un processo che parte dal polo sociale. Si assiste alla identificazione dei due termini Stato e popolo con il conseguente occultamento del popolo dietro il polo statuale, un popolo non inteso come un insieme di individui ma come una unità organica.

Successivamente l'ideologia del fascismo introduce alcuni elementi innovativi nello schema di questo modello. Prevale l'esigenza di intervenire sulla configurazione del polo sociale inteso come un insieme di gruppi sociali e gerarchie. Tutto ciò senza alcuno intervento sul polo statale che resta polo ordinante. Lo Stato mantiene la sua centralità nei confronti dei gruppi e delle categorie professionali.

3. Il modello dualista a tendenza sociocentrica

Va innanzitutto precisato che mentre nei modelli monistici, una delle due polarità è appiattita sull'altra secondo se la tipologia è sociocentrica o stato centrica, nei modelli dualistici i due poli sono non solo visibili ma sussiste tra di loro un nesso di funzionalità o strumentalità.

Pertanto nei modelli a tendenza sociocentrica pur rilevando l'esteriorità dello Stato rispetto alla società, non si può disconoscere l'esistenza di un nesso funzionale fra le due polarità. E' allo stato che compete l'obiettivo di realizzare i fili della politica generale.

---

[120] P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 85

[121] Cfr. V. E. ORLANDO, *Dal fondamento giuridico della rappresentanza politica*, ora in *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 436

[122] Vedi O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 1927, vol. II, p. 18.

ISSN 2279-7238

Un sincronismo di rapporti già individuato ma che si potrà verificare successivamente con una analisi strettamente positiva allorchè l'indagine sarà indirizzata verso il modello dualistico a tendenza sociocentrica normativizzato dalla Carta costituzionale del '48[123].

In quella ipotesi si potrà constatare come le istanze socialmente rilevanti sono imputate alla azione di una società articolata in formazioni sociali, mentre la determinazione politica statale è chiamata a svolgere un ruolo strumentale e insostituibile per realizzare quegli obiettivi.

Un modello quindi che riconosce alla società un primato logico ed ontologico ma individua altresì un vincolo non rescindibile con il polo statuale.

In questo contesto è evidente che le conflittualità emergenti nella società, sia essa configurata "atomisticamente" o come un insieme di soggetti aggregati in dei nuclei, sono affidati al ruolo svolto dallo Stato come "momento sintetico e conclusivo del processo sociale"[124]. Uno scenario che vede tra 'Stato' e 'società' disposti "dialetticamente su una linea, insieme, di estraneità e di consustianzialità"[125]

4. Gli schemi di collegamento del polo sociale al polo statale: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. Partiti. Rivoluzione.

L'itinerario argomentativo proposto acquista un ruolo centrale per identificare, sia pur nelle linee generali, le vie attraverso le quali i diversi modelli 'politici' consentano la ricomposizione ad unità del modello stesso.

In questo contesto acquista un ruolo prioritario la nozione di rappresentanza che in nessun caso fonda il nesso Stato-società, in quanto si è in presenza di un concetto che invece interviene in un secondo momento in riferimento ai diversi modelli politici presupposti per favorire nell'ambito dello sdoppiamento la ricomposizione della unità del politico. Ne consegue una diversità di impiego del tema della rappresentanza anche se sotto il profilo funzionale questa diversità non è programmata[126].

La immediata conseguenza di questa impostazione consente di verificare la diversa determinazione del concetto nei differenti modelli monistici o dualistici. Peraltro questa diversità si può cogliere anche all'interno dei diversi modelli monistici sia essi sociocentrici ovvero statocentrici. E' stato evidenziato che "mentre per chi adotta il modello 'sociocentrico' è la 'capacità' che si prolunga direttamente in 'rappresentanza', per chi adotta il modello opposto è la rappresentanza come meccanismo interno dello Stato che scopre e valorizza la 'capacità'"[127].

[123] Sul punto vedi più ampiamente *infra* cap. IV
[124] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 82
[125] Cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 82
[126] Cfr. F. LANCHESTER, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del voto : nuovi saggi sulle votazioni*, Roma, 1990.
[127] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 327

ISSN 2279-7238

Si è in presenza di una serie di enunciati che acquistano maggiore evidenza se l'itinerario argomentativo è meno schematico e, sia pur nei limiti consentiti, più lineare, partendo, ad esempio, dal modello orlandiano. Un modello quest'ultimo statocentrico costruito in contrapposizione al modello giusliberale classico del quale lo stesso Orlando individua i dati fisionomici: distinzione tra società e stato e ruolo 'fondante' della società; imputazione al popolo – corpo elettorale della sovranità; delegazione dei poteri dal corpo elettorale alla Camera dei rappresentanti; rappresentanza quindi intesa come delegazione di poteri[128].

In contrapposizione a questo modello tendenzialmente sociocentrico, il modello orlandiano, evidentemente statocentrico, respinge la configurazione della rappresentanza come delegazione dei poteri in quanto lo Stato non è creato dal popolo andando considerati come equivalenti i termini di Stato e popolo. Anzi "è nello Stato che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica" [129]. Un impianto che ha come immediata conseguenza la configurazione della rappresentanza come meccanismo finalizzato alla scelta non dei rappresentanti ma dei 'capaci'.

Le analisi hanno dimostrato che neppure in un modello monistico sociocentrico, la rappresentanza acquista un rilievo politicamente autonomo idoneo a svolgere un ruolo di collegamento tra le due polarità. Infatti in quest'ultimo modello la società è configurata come polarità di soggetti e gruppi che si sistemano secondo schemi gerarchici e pertanto in questa ipotesi la "rappresentanza è il nome che individua il particolare momento del 'farsi Stato' delle gerarchie sociali"[130].

Questo sia pur breve e schematico itinerario consente quindi di affermare che la rappresentanza può avere un suo ruolo autonomo solo in quei modelli che non ritengono già per risolto lo sdoppiamento e la ricomposizione ad unità del 'politico'. E ciò avviene nei modelli dualistici a tendenza sociocentrica.

In questo contesto si inserisce la riflessione sulla rappresentanza degli interessi. Già nella fase storica in cui imperava il modello giusliberale classico si poneva il problema di ricercare una formula che non si esaurisse nel riconoscimento della sola rappresentanza delle 'volontà', ma anche dei 'bisogni' e degli interessi sociali e legittimi. E tutto ciò non tanto per la prevalenza di umori 'anti-liberali', e 'anti-parlamentari'. Si poneva il problema che la rappresentanza non dovesse essere espressione dell'"individuo o un numero di individui", ma della società e delle "sue parti organicamente costituite"[131].

Si era quindi in presenza di una nuova tipologia di rappresentanza talvolta in contrapposizione di quella liberal-parlamentare, talvolta intesa come correttivo di quella, una rappresentanza, comunque, che poteva assumere un ruolo determinante nel collegare il polo sociale a quello statale e di consentire al 'politico' di raggiungere la complessiva unità.

[128] Per questo sviluppo ricostruttivo si rinvia alla esauriente analisi condotta da P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 322 ss.
[129] Cfr. V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza*, ora in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale, Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 440
[130] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 325 ss.
[131] Cfr. F. PERSICO, *Le rappresentanze politiche amministrative*, Napoli, 1942, p. 158.

ISSN 2279-7238

Un insieme di istanze che nei processi storici successivi acquistano forme diverse e finalità differenti sino al punto da legittimare il dibattito corporativistico degli anni '30.

In questo scenario nel momento in cui il corporativismo imputa allo Stato la possibilità di organizzare dall'alto gli interessi, la rappresentanza perde il suo ruolo di strumento nella strategia "ascendente" dalla società allo Stato[132].

Nella costruzione del campo teorico il tema della rappresentanza va correttamente collegato con quello dei partiti politici rientrando essi nella descrizione del nesso società-Stato e nella strategia di ricomposizione ad unità del modello giuspolitico. In altri termini il partito viene visto non solo come uno strumento per il funzionamento delle scelte elettorali[133] ma soprattutto come elemento fondamentale che nel modello giusliberale classico svolge un ruolo determinate in quel processo direzionale "ascensionale" che costituisce la via per l'immissione del polo sociale in quello statuale. Giustamente si è evidenziato che si è assistito ad una diversa configurazione ed un diverso ruolo del partito allorchè è andato in crisi lo schema che individuava nella rappresentanza il nesso società-stato e nella presenza del partito un ruolo per rendere attivo il principio[134]. Una situazione che sarebbe stata determinata dalla introduzione nel meccanismo elettorale della proporzionale[135]. Infatti l'eletto non va più considerato come una scelta individuale dell'elettore ma come espressione della organizzazione del partito[136]. Uno scenario nel quale si inseriscono le scelte operate dal regime fascista che dapprima ritiene che il passaggio da un sistema fondato da una pluralità di partiti ad un sistema caratterizzato dalla unicità del partito non muta i caratteri del "rapporto rappresentativo"[137].

Successivamente la costatazione della modifica della relazione società-stato da una configurazione dualistica ad una visione più marcatamente statocentrica ha comportato il superamento del ruolo del partito espresso nel modello dualistico producendo l'esito opposto.

Di qui discendeva che "il partito perde ogni sua autonoma consistenza", "mantiene la sua visibilità ma diviene un momento della rappresentazione dell'azione 'discendente' dello Stato"[138].

Un problema comunque restava aperto: "la questione del 'punto di inserimento' del partito nello Stato, dell'apporto che il partito possa dare allo Stato"[139]. Sulla base della teoria della Costituzione materiale di Mortati, si è ritenuto che il partito svolge un ruolo

[132] Su questi ultimi aspetti la letteratura è quanto mai ampia. Cfr., fra gli altri, G. BOTTAI, *Intervento in Atti del secondo Convegno di Studi sindacali e corporativi*, cit., III, p. 316; C. COSTAMAGNA, *Stato corporativo (a proposito di neosindacalismo di Stato),* in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1926, p. 417; C. COSTAMAGNA, *Recensione a S. Panunzio, Stato e diritto, Modena*, 1931, in *Lo Stato*, 1931, p. 616; U. SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, 1932, I, p. 186;

[133] Cfr. E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto costituzionale*, Napoli, 1922, p. 188

[134] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 346 ss. e biblio ivi cit.

[135] Sul punto cfr. G. AMBROSINI, *Le trasformazioni del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1922, p. 187 ss.

[136] G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere*, Milano, vol. I, 1959, p. 537

[137] Cfr. V. ZANGARA, *Il partito unico e il nuovo stato rappresentativo in Italia ed in Germania*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1938, p. 105.

[138] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354

[139] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354

ISSN 2279-7238

determinante intervenendo in quel processo con il quale "una determinata società può raggiungere quel grado di unità politica, che le consente di elevarsi a Stato"[140].

Un processo questo che è consentito connettendolo "con quella costituzione fondamentale che spiega l'unità del politico attraverso lo sdoppiamento dei suoi termini ed il suo necessario collegamento"[141]. In tal modo indipendentemente dalla unicità o dalla pluralità dei partiti si dimostrerebbe "come il popolo non possa diventare titolare del potere sovrano di direzione politica se non si dia un'organizzazione capace di operare sintesi di interessi collettivi, e come siano i partiti ad adempiere a tale compito organizzativo"[142]. Peraltro si sarebbe in presenza di una ricostruzione che, pur essendo nata in un contesto di un sistema a partito unico avrebbe retto anche con l'avvento del pluralismo dei partiti. Tutto ciò sarebbe sufficiente mettendo al centro della mediazione e della rappresentatività non più il partito ma il sistema dei partiti. Si è in presenza di annotazioni che meritano alcune considerazioni che si evidenzieranno allorchè la direzione della ricerca sarà indirizzata al campo tecnico che ha determinato la scelta del Costituente del '48[143].

Nella identificazione del campo teorico tra i meccanismi inseriti nella frase ascendente che porta la società verso lo Stato, è stato individuato anche il tema della rivoluzione.

E' stato giustamente evidenziato che se "la rappresentanza esprime la continuità ed il successo della mediazione, la rivoluzione indica l'interruzione ed il fallimento"[144].

Comunque, se la rivoluzione certamente esprime una rottura della unità, nel contempo determina le condizioni per una nuova ricomposizione del politico.

Questo dato è giustamente evidenziato nella misura in cui consente ritenere la rivoluzione non come un fatto che costituisce una rottura della mediazione ma come un fatto idoneo a generare diritto, "come eccezione che riproduce la regola" chiamata a garantire l'unità del politico[145].

Una impostazione che ha sollecitato la cultura giuridica ad interessarsi compiutamente del tema, cercando di identificare la configurazione della rivoluzione nel sistema del diritto costituzionale generale.

E' merito soprattutto di Santi Romano di aver affrontato il tema in tutta la sua complessità[146].

Peraltro anche da parte di altra dottrina si è mostrata la dovuta sensibilità della individuazione della bivalenza della configurazione della rivoluzione extra giuridica nei confronti del vecchio ordine, costitutiva della legittimazione di un nuovo ordine nel caso in

---

[140] Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, p. 87 ss. Su questa interpretazione si rinvia a P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354.

[141] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354

[142] Cfr. C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957, II, p. 138

[143] Sul punto vedi infra p.

[144] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 358, secondo il quale, inoltre, "se la rappresentanza esprime il regime 'regolare, normale, (anche in questo senso 'giuridico,) del rapporto fra società e Stato, la rivoluzione indica lo stato d'eccezione".

[145] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 360

[146] Cfr. sul punto S. ROMANO, *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, vol. LXVIII, 3, ora in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi, Saggi di Diritto Costituzionale*, Milano, 1969, p. 27 ss; S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 220 ss.

ISSN 2279-7238

cui il processo si chiuda vittoriosamente. E' il caso ad esempio, di G. Arangio Ruiz cui si deve una riflessione in tal senso[147], ovvero di G. Capograssi[148] che vede nella rivoluzione un momento di vera e propria rifondazione della sovranità statale.

Comunque è Santi Romano che alla fine del suo percorso ricostruttivo si domanda se è possibile individuare un diritto delle rivoluzioni da considerare come per il diritto internazionale di guerra come una parte del diritto costituzionale generale.

Un percorso che parte da lontano già quando Santi Romano cerca di definire il concetto e il carattere della istaurazione di fatto di un organo costituzionale, ponendo le basi della sua teoria sull'ordinamento giuridico. In questo contesto l'Autore ricostruisce le ipotesi di legittimazione di fatto, individuando il loro fondamento giuridico, i loro effetti e offrendo un quadro di riferimento per le analisi pubblicate come frammento del dizionario giuridico con il titolo "rivoluzione e diritto".

Come già si è detto, la prima domanda che l'Autore si pone è sulla possibilità di individuare nell'ambito del diritto costituzionale generale, una collocazione sistematica per la rivoluzione come avviene per la guerra nel diritto internazionale. Certamente "la rivoluzione, a differenza della guerra non può assumere i caratteri di un istituto giuridico, non può ciò essere regolata nel suo procedimento da quei poteri statali che essa tende a sovvertire e distruggere"[149].

Anzi la rivoluzione in un primo approccio rileva la sua antigiuridicità determinata "dal diritto contro il quale la rivoluzione è diretta"[150]. Una antigiuridicità sussistente finchè questo diritto sarà vigente. Qualora la rivoluzione sarà vittoriosa si innesterà un nuovo ordinamento che legittimerà il processo rivoluzionario.

Come già si è messo in evidenza, questo itinerario consente a Santi Romano di verificare quale è il carattere giuridico che acquista il processo rivoluzionario durante il suo svolgimento. Sotto questo profilo l'analisi romaniana rileva che il processo *in itinere* è un movimento sempre organizzato che, avendo la pretesa di sostituirsi alla organizzazione della Stato, si presenta come una organizzazione statale in embrione e, quindi, come "un vero e proprio ordinamento, sia pure imperfetto fluttuante, provvisorio" anche se può avere "una durata e una stabilità transitoria"[151].

Il processo rivoluzionario *in itinere*, quindi, dà vita ad una rete interistituzionale che ha tutti i caratteri dell'ordinamento giuridico e che pertanto, non certamente sotto il profilo del diritto positivo, ma in riferimento al diritto costituzionale generale, deve essere inserito tra gli ordinamenti giuridici originali, consentendo in tal modo, di poter parlare di un diritto della rivoluzione

147 Cfr. G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913, p. 26
148 Cfr. G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, cit., p. 110
149 Cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., p. 222.
150 Cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., p. 223.
151 Cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., p. 224, secondo il quale ci "saranno dirigenti, assemblee o comitati che assisteranno i dirigenti, norme di vario genere che regoleranno le attività rivoluzionarie, persone ed enti che obbediranno a tali norme, sanzioni per assicurare l'osservanza di queste, agenti di esecuzioni e così via".

ISSN 2279-7238

5. L'azione discendente dello Stato verso la società. Il campo degli interventi dello Stato per svolgere la sua azione 'ordinante'.

Nel precedente paragrafo si è evidenziato il ruolo imputabile al movimento ascendente che avvicina la società allo Stato.

Va altresì rilevato come la frequente utilizzazione dei modelli statocentrici ha comportato una attenuazione di questo movimento con l'espansione dell'altro movimento, quello discendente, teso a consentire allo Stato di venire incontro alla società.

Una ricostruzione che non vuole indicare che il "movimento discendente sia soltanto 'una degenerazione occasionale patologica' dell'altro movimento in quanto esso ha comunque un ruolo nella relazione società-Stato[152].

Quando il modello giusliberale classico si è realizzato fedelmente al suo schema, l'azione discendente dello Stato "si arrestava laddove iniziava il dominio della proprietà e del contratto"[153]. L'azione dello Stato in questo caso assume una funzione negativa e cioè una funzione di garanzia e di protezione del diritto[154]. Successivamente si ritiene insufficiente la funzione negativa dell'azione statale e si richiede un ruolo positivo ma nel contempo suppletivo: di "fronte al 'fatto' della proprietà e della disuguaglianza lo Stato deve intervenire certo proteggendo il rispetto delle regole della libertà e della proprietà, ma anche frenando gli effetti abnormi ed eccessivi della disuguaglianza stessa"[155].

D'altra parte la costatazione che è sempre più evidente la conflittualità della società, fa emergere la richiesta di una azione dello Stato idonea ad reintegrare quelle esigenze di ordine che la società non è più in grado di soddisfare. Di qui un intervento positivo sul sociale e l'accoglimento di una teoria "che dia un fondamento ad un intervento giuridico dello Stato nella vita economica…"[156].

Ne consegue, in conclusione, uno scenario con evidenti connotati. L'unità del modello giuspolitico non può essere raggiunto in via strutturale ma la si acquista attraverso una doppia azione: l'ascendenza della società verso lo Stato, il movimento discendente dell'azione politica dello Stato.

Un impianto che risentirà delle sovraordinazioni ideologiche-politiche prodotte dalla ideologia politica del fascismo.

Capitolo IV

[152] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 365.
[153] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 366.
[154] "In altri termini l'azione dello Stato si mantiene in un ambito esterno e funzionale alla osservanza delle regole del gioco societario, senza poter divenire a sua volta una protagonista di quel gioco". Così P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 367.
[155] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 368
[156] Cfr. G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere*, Milano, vol. I, 1959, p. 435.

ISSN 2279-7238

Il quadro di teoria generale per la costruzione del modello identificato dalla Costituzione italiana del '48

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La configurazione dell'ordinamento come istituzione. Il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse. - 3. Assetti istituzionali e istanze pluralistiche: l'esigenza di un Codice di valori. 4. La relazione società-stato nella Costituzione italiana. - 5. Il movimento ascendente per la determinazione unitaria del modello giuspolitico: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. - 6 (segue): il partito politico, la democrazia partecipativa, gli istituti di democrazia diretta. - 7. Il ruolo dello Stato nella rappresentanza del 'politico'. - 8. Alcune valutazioni conclusive

1. Introduzione

L'itinerario fin qui percorso per individuare il campo teorico nella rappresentazione della forma di Stato in senso lato, può ottenere un ulteriore contributo ricostruendo le soluzioni adottate dalla Costituzione italiana del '48 nella identificazione del rapporto società-Stato. Tutto ciò al fine di determinare il quadro di teoria generale che ha legittimato quella scelta ponendosi, in tal modo, su di un piano di diritto costituzionale generale e rinviando l'analisi dell'ordinamento positivo[157].

Si pone pertanto l'esigenza di identificare quale è il quadro di teoria generale che ha consentito alla Carta costituzionale di costruire la relazione società-Stato con un modello dualistico a tendenza sociocentrica.

E' opportuno premettere che nel Costituente del '48 emerge la consapevolezza che il fondamento della vita democratica è 'politico' e che la 'democrazia' non può concretizzarsi soltanto nella scelta della forma di Stato in senso lato, in quanto nella 'democrazia' va anche riposta una 'promessa' per una "emancipazione della soggettività, […] per essere realmente autonomi e perciò liberi" [158].

Un complesso di riflessioni espresse in Assemblea costituente già durante il dibattito in prima sottocommissione della Commissione dei 75 alla quale era stato affidato il compito anche di identificare i principi dei rapporti sociali ed economici ma soprattutto di individuare il ruolo della politica.

Si fa riferimento in particolare all'intervento dell'onorevole Dossetti che auspica l'esistenza di "una democrazia politica, la quale nel contempo assicuri la possibilità di effettuare il controllo sociale sulla vita economica". "Se, […], con la Costituzione si cercherà di stabilire la base di una effettiva democrazia politica, il controllo sociale sulla vita economica che si verrà eventualmente ad introdurre non inclinerà la possibilità di vita economica del paese,

[157] Sui rapporti tra diritto costituzionale generale e diritto costituzionale positivo si rinviano alle indicazioni espresse fra gli altri da SANTI ROMANO in *Rivoluzione e Diritto*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 225.

[158] Cfr. G. PRETEROSSI, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, 2015, p. VIII e ss. secondo il quale "la democrazia – non tanto (o solo) come forma di governo, ma come *costruzione di senso e forma di vita* – ne è il compimento estremo e l'esposizione delle aporie". Ne consegue che "[l]a democrazia moderna come forma di legittimazione sociale dell'ordine mira invece a consentire una sorta di verifica permanente dell' autorizzazione, attraverso la mediazione rappresentativa e i processi partecipativi sul terreno della società civile".

ISSN 2279-7238

anzi la renderà effettiva in tutte le direzioni ed in tutti i sensi, dando così la garanzia che non vi possano essere deviazioni"[159].

Appare quindi opportuno partire dal dibattito in Assemblea costituente allorchè si è posto il problema di identificare il modello giuspolitico da adottare per la Carta costituzionale del '48. La sede di questa scelta, come già rilevato, è stata la prima commissione della sottocommissione dei 75, dove si è evidenziato che la individuazione di quel modello dovesse essere prioritaria alla Costituzione strettamente detta e cioè alla struttura costituzionale dello Stato[160].

La sede per la definizione dell' "ambiente democratico" è quindi la prima sottocommissione, mentre i contenuti sarebbero stati successivamente determinati in altri sedi: i diritti di democrazia generale e di struttura nella seconda sottocommissione, quelli di carattere economico e sociale nella terza.

Di qui l'esigenza di interessarsi non solo dei rapporti civili ma anche di quelli sociali, sia economici e culturali e dei rapporti politici. Tutto ciò al fine di dare al modello giuspolitico non solo una struttura ma anche dei contenuti sia pur affermati a livello di principi.

Si è in presenza di un dibattito che offre spunti di riflessione per la identificazione degli strumenti destinati da una parte all'immissione del polo sociale in quello statale, dall'altra alla ricomposizione ad unità del modello 'politico'. E' il caso della discussione sul ruolo del partito politico ed in particolare del tentativo dell'on. Basso di introdurre una norma chiamata ad imputare ai partiti politici funzioni costituzionali, ritenendoli entità espressione della libertà di associazione e, quindi, di soggetti aggregati nella società[161].

Rientra in questo contesto anche il tentativo di finalizzare la disciplina delle libertà civili. Alla fine di un lungo dibattito fu presentato un testo concordato destinato ad utilizzare l'esercizio delle libertà civili per raggiungere gli obiettivi già individuati nel modello 'politico': "Tutte le libertà garantite dalla presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento integrale della persona umana, in armonia con le esigenze della

[159] Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1971, vol. VI, p. 485.

[160] Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., p. 307 ss.

[161] La norma presentata dall'onorevole Basso fu posta in discussione nella seduta della prima sottocommissione nella seduta del 20 novembre 1946.
La formula presentata era la seguente "Ai partiti politici che nelle votazioni pubbliche abbiano raccolto non meno di cinquecentomila voti sono riconosciute, sino a nuove votazioni, attribuzioni di carattere costituzionale, a norma di questa Costituzione, delle leggi elettorali e sulla stampa e delle altre leggi.
Secondo le motivazioni esposte dall'onorevole Basso "l'articolo da lui proposto si inserisce in un evidente processo di trasformazione delle nostre istituzioni democratiche per cui alla democrazia parlamentare, non più rispondente alla situazione attuale, si è venuta sostituendo la democrazia dei partiti già in atto. Ha ritenuto opportuno far riferimento a questa democrazia nella Costituzione, attribuendo ai partiti che abbiano una forza riconosciuta attraverso un certo numero di voti ricevuti, funzioni di carattere costituzionale, quali ad esempio la presentazione di liste elettorali, senza ricorrere al deposito davanti notaio, il diritto di promuovere azioni davanti alla istituenda suprema Corte costituzionale, la difesa delle libertà costituzionali e altri compiti riguardanti una materia che è appena in formazione. Il principio del riconoscimento ai partiti di attribuzioni di carattere costituzionale rappresenta una specie di avviamento a superare tutte le forze di tipo individualistico antiquato con una nuova concezione di democrazia di partiti, e pertanto, deve trovar posto in una formula della Costituzione". La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., p. 709

ISSN 2279-7238

solidarietà sociale ed in modo da permettere l'incremento del regime democratico, mediante la sempre più attiva partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica"[162].

Anche queste ultime valutazioni evidenziano che il Costituente nella identificazione del modello non poteva avere come punto di riferimento lo Stato ovvero la società ma la loro relazione al fine di costruire un modello a tendenza sociocentrica con una configurazione del polo sociale visto non come una aggregazione atomistica, ma come un pluralità di ordinamenti che consentano alla persona un graduale e progressivo svolgimento delle proprie libertà.

Sulla base di queste considerazioni introduttive la ricerca riguarderà alcuni particolari momenti finalizzati ad individuare quegli aspetti di teoria generale che hanno consentito la scelta del modello. Da una parte la configurazione dell'ordinamento come istituzione ed il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse; dall'altra la individuazione dei tratti rilevanti del codice di valori che consente all'istanza pluralista fatta propria dalla Costituzione italiana di realizzarsi.

Tutto ciò consentirà di ripercorrere l'itinerario che ha prodotto la scelta del modello.

2. La configurazione dell'ordinamento come istituzione. Il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse.

Nella prima parte di queste riflessioni dedicate a rilevare il campo teorico nella rappresentazione della forma di Stato in riferimento alla relazione Stato-società, si è già evidenziato come la configurazione dell'ordinamento come istituzione di Santi Romano non solo ha dato maggiore rilievo alla sfera del giuridicamente rilevante ma ha anche consentito di incidere nella rappresentazione del modello 'politico'[163].

E' evidente che la prospettiva di analisi da programmare non può riguardare tutta la complessità che il tema fa emergere a cento anni dalla pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico* di Santi Romano.

Ai fini dell'indagine che si sta sviluppando, comunque, è quanto mai opportuno individuare gli elementi che consentono la identificazione della configurazione

[162] Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., p. 471 ss. Il testo concordato nacque da una iniziativa dell'on. La Pira che aveva formulato un articolo secondo il quale "l'autonomia dell'uomo e le singole libertà in cui essa si concreta sono garantiti dalle norme seguenti e debbono essere esercitate per l'affermazione e il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale.
Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità".
A sostegno di questa iniziativa l'on. La Pira sostiene "che la sua preoccupazione è stata di dare della libertà un concetto diverso di quello che è alla base della dichiarazione del 1789 e che è stata riprodotta nel progetto ultimo di Costituzione francese, poi bocciato dal *referendum* popolare". In quel progetto è espresso un concetto negativo della libertà, "invece nella Costituzione italiana si vuole introdurre un concetto positivo di questa libertà, il concetto di una libertà finalizzata. Mentre la Costituzione del 1789, e in genere, le Costituzioni a tipo liberale, parlano allo Stato per limitarne la libertà nei confronti dei diritti imprescrittibili dell'uomo, la nostra Costituzione vuole parlare non soltanto allo Stato, per limitare la sua autonomia circa i diritti della persona ma anche alla persona, per orientare la sua libertà e limitarla rispetto ai diritti della persona. Quindi la nostra Costituzione dovrebbe parlare contemporaneamente allo Stato, per limitarne la sua libertà o meglio per finalizzarla".

[163] Cfr. *retro* pp. 11, 18

ISSN 2279-7238

dell'ordinamento come istituzione, soprattutto al fine di cogliere il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse.

La prima domanda che la cultura giuridica si è posta è destinata a chiedersi cosa sono le istituzioni, quali sono i loro elementi istitutivi, in che senso vanno classificate come entità statiche o dinamiche. Tutto ciò soprattutto dopo aver preso conoscenza del loro dinamismo interno e del loro divenire in sistemi complessi laddove incidono i reciproci influssi prodotti dalle diverse istituzioni o dal sistema complessivo[164].

Peraltro tutte le istituzioni hanno un campo di azione ben delineato. Il criterio delimitativo, non solo per quelle territoriali, è fissato sulla base edittale o su circostanze o situazioni di fatto.

Emerge quindi innanzitutto l'esigenza di identificare i loro elementi istitutivi. Non solo uomini ed altre istituzioni. Accanto alla pluralità dei partecipanti si individua un altro elemento rappresentato da una pluralità di norme che possono essere prodotte dalle istituzioni o recepite da altre istituzioni che, talvolta offrono anche interi sistemi di norme.

In questa complessità la cultura giuridica ha individuato il concetto di autorità inteso come "idoneità ad imporsi anche indipendentemente o contro la volontà dei singoli appartenenti"[165], utilizzando la loro "forza organizzata" che ha come coaudiuvante "la forza sociale" per dar vita a comportamenti che siano conformi alle norme.

Infatti un altro "elemento istitutivo di ogni istituzione è la forza sociale quale promana dall'insieme dei comportamenti collettivi conformi alle norme"[166]. Peraltro coadiuvante della forza sociale è anche la forza organizzata: "[p]revenendo gli illeciti ed assicurando l'ordine si concorre ad estendere l'area dei comportamenti conformi"[167].

La coerenza dei comportamenti rispetto alle norme espande la forza sociale, sostenendo sia la singola norma, sia il sistema nel quale la norma si inserisce[168].

Ma, come già si è evidenziato, l'interesse più immediato della analisi che si sta conducendo, riguarda quella particolare situazione rappresentata dalla esistenza delle istituzioni complesse ed evolute come lo Stato, costituite da un diverso numero di sub-istituzioni, in ognuna delle quali sono presenti tutti gli elementi costitutivi di ogni istituzione.

In questi casi si può individuare un coacervo di relazioni che producono reazioni reciproche, esercitando influssi e subendone nel contempo. Si possono quindi individuare influenze reciproche tra le istituzioni partecipanti e la istituzione partecipata. E' evidente infatti che nelle situazioni complesse in cui si è in presenza di istituzioni nelle quali

---

[164] Cfr. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, p. 6 ss. secondo il quale (p. 36) il dinamismo delle istituzioni trova una sua spiegazione le "istituzioni sono composte da una pluralità di istituzioni, o da una pluralità di uomini o da una pluralità di istituzioni e di uomini. Se la componente è una istituzione, questa o direttamente o indirettamente attraverso la mediazioni anche a più livelli di altre istituzioni deve necessariamente far capo agli uomini, il movimento continuo ed inarrestabile degli esseri umani partecipi (direttamente o indirettamente) di qualsiasi istituzione spiega il movimento del pari incessante delle istituzioni".

[165] Cfr. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 16 che, peraltro, evidenzia come il "carattere autoritario, riguarda l'insieme delle norme, come pure ciascuna di essa singolarmente, di cui la singola istituzione si avvale".

[166] Cfr. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 73.

[167] Vedi sul punto G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 27

[168] Giustamente si è messo in evidenza come la forza sociale non è un dato assoluto e permanente. Il che lo si evince con chiarezza se si guarda al rapporto tra la forza sociale e la singola norma. Infatti la "forza sociale può abbandonare singole norme (desuetudine), conferire a quelle esistenti una portata diversa (consuetudine *preter legem*) o sostenere una norma del tutto nuova (consuetudine). Sul punto G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 21

ISSN 2279-7238

partecipano altre istituzioni non si può prescindere dal numero e dai loro rapporti. Vero è che "[q]uanto più le istituzioni sono numerose tanto maggiori e penetranti sono i riflessi e le reazioni che si producono nella istituzione partecipata"[169].

In altri termini si delinea un quadro dinamico determinato dal coinvolgimento dell'azione della istituzione partecipata e da quelle partecipanti. Si possono evidenziare "influenze che si dirigono verso l'alto, così inversamente non possono essere trascurati gli impulsi e le pressioni che dalla istituzione partecipata vengono trasmessi alle istituzioni partecipanti […]"[170].

Appare quindi all'interprete un sistema integrato che può trovare situazioni di equilibrio dall'esistenza di eventuali rigidità di diversa natura, talvolta connesse con l'economia, talvolta determinate dalla normativa giuridica.

A questo punto è opportuno domandarsi, come fa la cultura giuridica, in che cosa costituiscono le rigidità, come si identificano, quale la loro natura, necessariamente economica o necessariamente giuridica, quali le loro finalità, possono essere macro o micro, vanno classificate per tipi o per categorie. Un insieme di riflessioni per le quali, come si è detto, la cultura giuridica offre contributi significativi[171].

In questo contesto un particolare aspetto merita attenzione: la identificazione degli elementi di rigidità consistenti in vincoli giuridici e, fra questi, quale è il ruolo del rinvio intraistituzionale.

Si è in presenza di un elemento di rigidità introdotto da una norma giuridica. Una norma che non si propone solo di utilizzare una tecnica di produzione legislativa ma introduce un rimedio di elevata rigidità per attuare determinate finalità: realizzare il modello 'politico' tra i due poli di Stato e società, attuare una relazione a tendenza sociocentrica, riconoscere il pluralismo come una modalità rappresentativa del polo sociale, immettere le istanze provenienti dalla società, ricongiungere il modello ad unità.

3. Assetti istituzionali e istanze pluralistiche: l'esigenza di un Codice di valori

C'è nella Costituzione del '48 la consapevolezza che il processo di formazione della volontà politica deve necessariamente attuarsi pluralisticamente. Un dato che la cultura costituzionalistica, soprattutto quella che ha condotto la propria riflessione inserendosi nel dibattito su *Weimar*, ha sempre evidenziato. Ancora una volta si può ricorrere al pensiero di Ernst Fraenkel sul quale ci si è già soffermati per sostenere che: "[p]er evitare il destino della massificazione, le democrazie occidentali concedono ai loro cittadini la possibilità illimitata di organizzarsi *pluralisticamente* in una molteplicità di associazioni, di essere attivi e di inserirsi collettivamente nella totalità statale"[172].

[169] G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 104, secondo il quale le caratteristiche della istituzione partecipante influiscono a loro volta sul grado di dinamismo interno e sulla dimensione della istituzione partecipata.
[170] V. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 107
[171] Cfr. G. GUARINO, Conclusioni al seminario di studi per una Teoria delle istituzioni tra diritto ed economia, *Per una "Teoria delle istituzioni tra diritto ed economia",* in *Diritto e Cultura*, 2004, n. 1/2 , p. 95 ss.
[172] Cfr. retro n. 25

ISSN 2279-7238

In questa prospettiva di ricerca non c'è la pretesa di ricostruire il processo che ha portato alla emersione della istanza pluralistica come elemento strutturale dello stato di diritto. C'è invece l'esigenza di individuare con quale metodo quella istanza vada realizzata e quale è il quadro normativo determinato dalla Carta costituzionale per consentire alla democrazia pluralistica di poter funzionare.

Dall'esame complessivo e sistematico delle determinazioni ora contenute soprattutto, e non solo, negli artt. 2, 3 e 5 della Costituzione emerge con evidenza la individuazione dei limiti entro i quali il pluralismo debba realizzarsi: il pluralismo ritiene indispensabile un minimo di omogeneità, ma nel contempo considera opportuno di frenare ogni istanza tesa a realizzare un massimo di omogeneità. Di qui l'esigenza di predisporre un codice di valore idoneo a garantire un corretto rapporto tra omogeneità ed eterogeneità al fine di stabilire con quale metodo debba essere ricercato.

E' evidente che in questa occasione non può affrontarsi in tutta la sua complessità il contributo che un costituzionalista e politologo tedesco come Ernest Fraenkel ha offerto per la costruzione della teoria pluralistica. Comunque non si può trascurare, come già precedentemente evidenziato, di utilizzare la sua riflessione nella identificazione del ruolo da affidare al codice dei valori nella attuazione della istanza pluralistica e nella determinazione dei possibili contenuti di quel codice[173].

Un approccio che consente di evidenziare il suo contributo in riferimento alla teoria pluralistica tradizionale tanto da qualificare quella teoria come neopluralistica[174].

Sul principio del pluralismo come valore fondamentale vedi, fra gli altri, F. RIMOLI, *Democrazia, pluralismo, laicità*, Napoli, 2013 e biblio ivi cit.

[173] La produzione di E. Fraenkel che consente di ricostruire il contributo offerto alla teoria neopluralistica e quanto mai ampia a partire dal saggio apparso già nel 1929 (*Kollektive Demokratie ora in Ernst Fraenkel Schriften – Band 1. Recht und Politik im der Weiner Republik*, Baden Baden, 1999, pp. 343-357).

Per una ricostruzione del percorso scientifico di Ernest Fraenkel, del suo contributo alla teoria pluralistica si rinvia alle riflessioni offerte da R. BIFULCO, *Il contributo di E. Fraenkel alla teoria pluralistica*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, stato e costituzione in Ernst Fraenkel*, cit., p. 49 ss.

[174] Su questo specifico aspetto e sulle radici del pluralismo in Fraenkel vedi per tutti H. Kremendahl, *Pluralismustheorie in Deutschland. Entstehung, Kritik, Perspektiven*, Leverkusen, 1977; E. JESSE, *Pluralismustheorie ohne demokratische Alternative, Neue Politische Literatur*, 1979, p. 145 ss.; P. MASSING, *Interesse und Konsensus. Zur Rekonstruktion und Begründung normativ-kritischer Elemente neopluralistischer Demokratietheorie*, Opladen, 1979; H. OBERREUTER (a cura di), *Pluralismus. Grundlegung und Diskussion*, Opladen, 1980; W. STEFFANI, *Pluralistische Demokratie. Studien zu Theorie und Praxis*, Opladen, 1980; P. PASQUINO, *Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel*, in C. MÜLLER, I. STAFF (a cura di), *Der soziale Rechtsstaat, Gedächnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden, 1984, p. 367 ss.; F. LEHNER, *Ideologie und Wirklichkeit. Anmerkungen zur Pluralismussdiskussion in der Bundesrepublik*, in *Der Staat*, 1985, p. 91 ss.; G. GÖHLER, *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Politiktheorie und Emigrationserfahrung bei Ernst Fraenkel*, in *Politische Vierteljahresschrift*, 1986, p. 6 ss.; J. DETJEN, *Neopluralismus und Naturrecht. Zur politischen Philosophie der Pluralismustheorie*, Paderborn, 1988; A. v. BRÜNNECK, *Leben und Werk von Ernst Fraenkel (1898-1975)*, Prefazione a *Ernst Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien*, Frankfurt am Main, 1991, p. 360 ss.; H. BUCHSTEIN, *Auf der gemeinsamen Suche nach einer «modernen Demokratietheorie»,* O. SUHR, *F. L. Neumann und Ernst Fraenkel*, in G. GÖHLER, B. ZEUNER (a cura di), *Kontinuitäten und Brüche in der deutschen Politikwissenschaft*, Baden-Baden, 1991, p. 171 ss.; T. NOETEL, *Ernst Fraenkel: Regulative Idee und politische Ordnung,* in H. K. RUPP, T. NOETZEL (a cura di), *Macht, Freiheit, Demokratie. Anfänge der westdeutschen Politikwissenschaft. Bibliographische Annäherungen*, Marburg, 1991, p. 32 ss; H. BUCHSTEIN, *Politikwissenschaft und Demokratie – Wissenschaftskonzeption und Demokratietheorie sozialdemokratischer Nachkriegspolitologen in Berlin*, Baden-Baden, 1992; E. SCHÜTT-WETSCHKY, *Interessenverbände und Staat*, Darmstadt, 1997; H. BUCHSTEIN, *Ernst Fraenkel als klassiker?*, Leviathan, 1998, p. 458 ss.; W. BRUGGER, *Theorie und Verfassung des Pluralismus. Zur Legitimation des Grundgesetes im Anschluß an Ernest Fraenkel*, in W. BRUGGER (a cura di), *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus. Studien zur Legitimation des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1999, p. 220; S. BENZLER, *Aufgeklärtes Staatrecht. Ernst Fraenkel*, in M. BUCKMILLER, D. HEIMMANN, J. PERELS (a cura di), *Judentum und politische Existenz. Siebzehn Portraits deutsch-jüdischer Intellektueller*, Hannover, 2000, p. 327 ss.; K. D. BRACHER, *Zwischen Zeitgeschichte und Politikwissenschaft. Erinnerung an Ernst Fraenkel*, in H. BUCHSTEIN, G. GÖHLER (a cura di), *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Beiträge zu Werk und Leben Ernst Fraenkels*, Baden-Baden, 2000, p. 115 ss.; W. STEFFANI, *Ernst Fraenkel als Persönlichkeit*, in H. BUCHSTEIN, G. GÖHLER (a cura di), *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Beiträge zu Werk und Leben Ernst Fraenkel*, Baden-Baden, 2000, p. 125 ss.; P. MASSING, *Ernst Fraenkel*, in P. MASSING, G. BREIT (a cura di), *Demokratietheorien. Von der Antike bis zur Gegenwart. Texte und Interpretationen*, Schwakbach, 2001, p. 214 ss.; A. SÖLLNER, *Ernst Fraenkel und die Verwestlichung der politischen Kultur in der Bundesrepublik Deutschland*, in Levithan, 2002, p. 132 ss; B. GEBBAUER, *Ernst Fraenkel*, in G. RIESCHER

ISSN 2279-7238

La legittimazione della esigenza di identificare i contenuti del codice di valori è chiaramente espressa in un passaggio del pensiero fraenkeliano: "ogni dittatura totalitaria parte dall'ipotesi dell'esistenza di un bene comune determinato univocamente e dato a priori…una democrazia pluralistica funzionante riconosce la necessita di un codice di valori generalmente accettato che deve contenere, accanto alle norme procedimentali di rango costituzionale e alle regole del gioco del *fair play*, anche un minimo di idee regolative di carattere generale".

Si è in presenza di un complesso di riflessioni che consentono di individuare la finalità dell'istanza pluralistica: l'esigenza di ancorare alla Costituzione il nucleo fondamentale del codice dei valori.

Innanzitutto il bene comune è il risultato dello scontro leale degli interessi dei gruppi e dei partiti, un risultato che va valutato quindi a posteriori. L'istanza pluralistica non ha la funzione di dissolvere lo Stato. Anzi il rapporto Stato-società è al centro della riflessione. Va soltanto capovolto, partendo dalla società, ma riconoscendo il ruolo decisivo della sovranità statale chiamata a garantire i soggetti del pluralismo e quindi l'ordine pluralistico, componendo i conflitti fra i gruppi e tutelando gli individui dalla "eventuale tirannia degli stessi". In altri termini si vuole impedire che un pluralismo esasperato legittimi particolarismi, nuovo feudalesimo, corporativismo[175].

Si è quindi dinanzi ad un complesso di indicazioni che la Carta costituzionale del '48 fa proprie, ponendosi anche il problema di prevedere i meccanismi idonei a consentire di ottenere quell'*optimum* di omogeneità desiderabile necessario alla istanza pluralistica. Un dato quanto mai significativo. "Se l'optimum della inevitabilmente necessaria omogeneità non viene raggiunto, allora c'è il pericolo che lo Stato deperisca per ipotrofia; se viene superato allora c'è il pericolo che lo Stato vada in rovina per ipertrofia"[176].

Per evitare queste situazioni, la Carta costituzionale, sulla base delle indicazioni espresse dal secondo comma dell'art. 3 Cost. consente di utilizzare quei meccanismi di depluralizzazione che permettono di mantenere quell'equilibrio.

Una prospettiva di analisi che in questa sede può concretizzarsi in qualche enunciazione tesa esclusivamente a determinare le potenzialità del dato normativo sul quale, peraltro, la cultura giuridica ha offerto contributi significativi.

Giustamente la dottrina, come già si è evidenziato, ha dato rilevante interesse al concetto di rigidità che rappresenta un elemento che svolge un ruolo rilevante quando "le istituzioni entrano in rapporto con istituzioni superiori, inferiori, collaterali"[177]. Vero è che se non si

(a cura di), *Politische Theorie der Gegenwart in Einzeldarstellung – Von Adorno bis Young*, Stuttgart, 2004, p. 164 ss.; G. GÖHLER, *Ernst Fraenkel – historisch und aktuell*, in S. KOCH-BAUMGARTEN, P. RÜTTERS (a cura di), *Pluralismus und Demokratie*, *Siegfried Mielke zum 65 Geburstag*, Frankfurt, 2006, p. 21 ss.; A. BRÜNNECK, *Prefazione al volume 5, Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften*, Band 5, *Demokratie und Pluralismus*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007, p. 9 ss.

[175] Cfr. N. BOBBIO, *Come intendere il pluralismo*, ora in AA.VV., *Il pluralismo*, a cura di Rossini, Roma, 1977, p. 117.

[176] V. E. FRAENKEL, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechts-staatlichen Demokratie,* cit., p. 256 ss.

[177] G. GUARINO, *L'uomo-istituzione*, cit., p. 116 secondo il quale questi "rapporti possono essere occasionali o stabili. Sia nell'uno come nell'altro caso una delle entità, tra cui si istaura la relazione, può risultare dominante rispetto all'altra.
Se il rapporto è occasionale, l'elemento recessivo ne riceve una scossa. La scossa è uno stimolo aggiuntivo non necessariamente negativo. I suoi effetti possono anche essere positivi e favorevoli. Se la dominanza caratterizza un rapporto stabile, ne segue una influenza duratura, che può ugualmente risultare tanto favorevole che sfavorevole.

ISSN 2279-7238

può disconoscere che l'elemento di rigidità incida sulle istituzioni collocate in posizione di dipendenza, sono altrettanto rilevanti le reazioni che quest'ultime producono.

Si è in presenza di una norma che impone "una serie di comportamenti doverosi, e fra questi ineriscono in posizione preminente l'impegno ad attuare un modello di società diverso da quello della società in cui viviamo (che viene riconosciuto come ostacolo al modello da istaurare)"[178]. In altri termini, l'art. 3 secondo comma della Costituzione, individua due modelli di struttura socio-economica, l'uno per rifiutarlo, l'altro per instauralo al fine di realizzare quel minimo di omogeneità da ottenere non solo attraverso una più equa distribuzione dei redditi e delle ricchezze ma anche creando le condizioni per ottenere il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Appare quindi evidente che il dato normativo offerto dal secondo comma dell'art. 3 cost., contribuisce a rendere realizzabile quella istanza pluralistica espressa soprattutto dagli artt. 2 e 5 della Costituzione.

4. La relazione società-stato nella Costituzione italiana.

Si è già evidenziato in questo itinerario ricostruttivo che la Costituzione del '48 allorchè ha individuato l'esigenza di configurare la rappresentazione del 'politico', ha posto al centro della sua riflessione la relazione società-Stato e ciò non per trascurare l'opportunità di soffermarsi sulle due polarità ma per privilegiare l'altra esigenza di prevedere gli schemi di collegamento finalizzati a consentire la complessiva unità del 'politico'.

In questa costruzione la scelta ha avuto come punto di riferimento i paradigmi elaborati dal campo teorico sui quali ci si è già soffermati.

Questi risultati potranno certamente essere arricchiti da un itinerario da percorrere, nelle sue tappe fondamentali, per la individuazione di quelle matrici ideologiche e culturali che hanno animato il dibattito in Assemblea costituente.

Come già si è avuto modo di evidenziare, per raggiungere questo obiettivo, la riflessione deve prendere le mosse dal dibattito prodotto in sede di prima sottocommissione della Commissione dei 75, ipotizzata come la sede per la disciplina dei rapporti civili, economici, culturali e politici e dei rapporti tra l'ordinamento giuridico dello Stato e gli altri ordinamenti ma che in realtà diventa la sede dove vengono enunciate le disposizioni generali dello Stato ed in particolare del modello chiamato a definire la forma di Stato in senso lato.

C'è la convinzione che la Costituzione, oltre ad essere un documento politico, è un documento storico e, in quanto tale, debba avere "un suo spirito"[179], per cui si pone

La causa stabile dominante esercita una influenza duratura e costituisce un elemento di rigidità".

[178] Cfr A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea costituente*, vol. II, Le libertà civili e politiche, Firenze, 1969, p. 398 ss.

Giustamente A. PREDIERI (p. 403 ss.) evidenzia che si è in presenza di un modello "non desunto dagli studiosi dai dati (normativi e non normativi) […]" e ciò vale specificamente per il modello di società prefigurata che ha i seguenti caratteri tipici: "riassuntività, individuazione di valori, non descrittività, programmaticità, collocazione in un processo di successiva determinazione di obiettivi".

[179] Cos' l'on. Lucifero, in Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, volume VI, cit., p. 313 secondo il quale se "ad un certo punto non si stabilisce quale debba essere lo spirito di questa Costituzione, non si sarà concluso nulla".

ISSN 2279-7238

l'esigenza di determinare "quei principi generali che non occorre poi modificare"[180], ma soprattutto l'enunciazione delle disposizioni generali dello Stato[181]. Un complesso di indicazioni che trovano una risposta nella relazione La Pira, finalizzata ad identificare i diritti essenziali della persona, la cui protezione deve essere affidata alla struttura costituzionale e politica dello Stato.

Appare quindi evidente che l'impegno non può essere esclusivamente teso ad identificare il contenuto del catalogo dei diritti, in quanto è prioritaria a questa esigenza l'indicazione della struttura costituzionale dello Stato, senza la quale è messa in discussione anche l'effettività di quei diritti.

Di qui la prospettiva di storicizzare i problemi per indicare le soluzioni che siano valide rispetto al momento in cui la Costituzione sta per nascere. La dura esperienza dello Stato fascista poneva l'esigenza di prospettare una radicale inversione del rapporto individuo-Stato. Vero è che l'esperienza costituzionale e politica dello Stato totalitario non prevedeva che quella struttura fosse in funzione dell'individuo, ma, all'opposto che i "diritti riflessi" dell'individuo fossero in funzione della struttura costituzionale dello Stato. La immediata risposta a questa impostazione era quella di riconoscere i diritti della persona e "costruire la struttura dello Stato in funzione di essi. *Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato*: ecco la premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico"[182].

Di qui la doppia prospettiva: "indicare, con quanta più precisione e completezza è possibile" quali sono i diritti essenziali, "alla tutela dei quali deve volgersi l'apparato costituzionale e politico dello Stato" ma, nel contempo, se non in via prioritaria, identificare la configurazione dell'apparato costituzionale e politico per evitare che lo Stato totalitario prenda "ineluttabilmente il posto dello Stato democratico".

Per rispondere a questa strategia sono state previste almeno tre tappe: innanzitutto la determinazione del fine della Costituzione; inoltre la specificazione sintetica dei diritti essenziali legati a tal fine; in ultimo la indicazione di un tipo di struttura sociale e politica che renda possibile l'effettiva tutela dei diritti.

Il fine della Costituzione "è costituito dalla tutela dei diritti della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona".

Ma quali sono questi diritti? Innanzitutto va precisato che essi "costituiscono fra di loro un sistema integrale e solidale" con la conseguenza "che con l'effettiva tutela della persona – per la sua effettiva libertà – non basta che siano garantiti alcuni vitali diritti: è necessario

[180] Cfr. l'intervento dell'on. Cevolotto che ritiene che vada lasciata invece "al Parlamento la elaborazione delle leggi speciali".

[181] Così Grassi Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., p. 310

[182] Cfr. sul punto la relazione La Pira che è strutturata in vari punti. C'è innanzitutto una introduzione con il seguente titolo: Deve essere premessa nella Costituzione una dichiarazione dei diritti dell'uomo?
Successivamente vi è un paragrafo destinato a rispondere ad un secondo problema: quali sono i diritti essenziali della persona, verso la protezione dei quali deve dirigersi la struttura costituzionale e politica dello Stato. La risposta a queste domande consente al relatore di individuare i criteri seguiti nella struttura degli articoli e cioè il criterio architettonico e quello analogico.
La relazione affronta successivamente il problema del preambolo e dei suoi contenuti, cogliendo puntualmente le diverse analogie costituzionali. La bozza di stampa della relazione è stata anche raccolta dal Segretariato generale della Camera dei Deputati nel volume Assemblea costituente: Atti della Commissione per la Costituzione, volume secondo, Relazioni e proposte, p. 14 ss.

ISSN 2279-7238

che siano garantiti tutti". Quindi non solo i diritti individuali e quelli delle formazioni intermedie, ma soprattutto i diritti sociali per i quali si deve addivenire a mutamenti strutturali dell'ordinamento giuridico, economico e politico.

Ne consegue porsi legittimamente questa domanda: "quale deve essere la struttura della società e quella dello Stato per poter dare efficace protezione a questo sistema integrale e solidale dei diritti".

Evidentemente un modello a tendenza sociocentrica con una configurazione del polo sociale visto come "uno specchio fedele della struttura della società e quindi come espressione di "un pluralismo di ordinamenti sociali che permetta alla persona un graduale e progressivo svolgimento della sua libertà". Un modello che non esclude il ruolo dello Stato. Si sostiene con decisione che non si può "sminuire" "l'autorità dello Stato" e che anzi va creato "uno Stato forte" e realizzata "una giustizia forte"[183]. Solo la forza dello Stato può "garantire i diritti della libertà dei cittadini"[184].

Con la relazione di Giorgio La Pira si apre un dibattito culturalmente ed ideologicamente molto intenso. C'è la convinzione che la prima sottocommissione della Commissione dei 75 dovesse essere soprattutto la sede delle scelte di fondo delle strutture della società e dello Stato, che queste scelte dovessero essere legittimate non da ideologie di parte, ma da una "ideologia comune", che queste "premesse" non dovessero essere esplicitate nel testo normativo.

Le conseguenze di questa impostazione hanno portato, come già evidenziato, al rigetto di ogni modello strettamente sociocentrico o statocentrico e ad una configurazione della relazione società-Stato su basi bipolari, identificata nello svolgimento dei loro ruoli, con un polo sociale decisamente strutturato su una concezione pluralista.

Questa impostazione comportava necessariamente la scelta di una organizzazione costituzionale idonea a recepire le due istanze rappresentative. Di qui la scelta di una forma di governo parlamentare ma soprattutto di un sistema bicamerale, affidando ad una Camera la tutela dell'interesse generale della Nazione e all'altra non la riduzione della volontà popolare ma il suo completamento e la sua integrazione, in modo da giungere ad una forma mista di rappresentanza. Successivamente la riflessione si spinge ad identificare il catalogo degli interessi di tutela rappresentativa innanzitutto con la consapevolezza che il riferimento più immediato dovesse andare alla rappresentanza di tutte le attività produttive e quindi non solo degli interessi della agricoltura, dell'industria, del commercio, dei trasporti. Nel contempo, infatti, dovevano essere presi in considerazione gli interessi delle professioni,

[183] Così A. MORO, Intervento in prima sottocommissione, in Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., p. 330. Secondo il quale, dopo aver respinto "l'idea di uno Stato come entità a sé stante", va sostenuta "la necessità di affermare la dignità dello "Stato democratico, espressione di un sistema di relazioni umane di cui l'uomo è il punto essenziale di riferimento".

[184] Così l'on. Lucifero in Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit. p. 330 secondo il quale questi diritti, "a scanso di ogni equivoco, devono essere affermati nella Costituzione con la maggiore chiarezza. Non è soltanto il potere esecutivo che può violare questi diritti, ma anche quello legislativo, anche quello giudiziario, ed anche il quarto potere, quello economico. A suo avviso, è soprattutto dal quarto potere che occorre difendere le libertà dei cittadini, in quanto lo Stato deve rimanere lo Stato di tutti, non lo Stato di una classe".

ISSN 2279-7238

della cultura, delle scienze. Ma il catalogo andava completato con le esigenze degli interessi territoriali soprattutto di quelli regionali.

Durante il successivo dibattito dinanzi alla sottocommissione, come si potrà constatare nel paragrafo successivo, il tema della rappresentanza degli interessi che era stato posto su di un piano generale, acquista minor rilievo in quanto la priorità del dibattito si era spostata sulla scelta monocamerale o bicamerale del sistema.[185]

5. Il movimento ascendente per le determinazioni unitarie del modello giuspolitico.

Il problema della rappresentanza politica nella individuazione del movimento ascendente fu affrontato in Assemblea costituente in un dibattito certamente impegnativo senza suscitare tuttavia quello stesso interesse emerso durante la discussione per la configurazione della rappresentanza degli interessi.

Come già si è messo in evidenza, il problema riguardante questa tipologia di rappresentanza, emerse allorchè si discusse del sistema bicamerale da adottare per il nostro ordinamento e per definire il ruolo del Senato.

Tutto ciò avviene nella seconda sottocommissione della Commissione dei 75, quando l'on. Castiglia, nella sua qualità di relatore, ritiene "che il sistema bicamerale appare il più idoneo ad assicurare la integrazione della rappresentanza secondo il criterio degli interessi sociali regionali"[186].

Ma è soprattutto con l'on. Ambrosini che il tema è affrontato in tutta la sua complessità, cercando di coglierlo dialetticamente con la rappresentanza politica. Mentre la rappresentanza politica si fonda sulla base delle ideologie politiche e dei partiti e consente ai cittadini elettori di rappresentare quelle istanze, la rappresentanza degli interessi si propone di dare voce alle varie forze economiche, sociali e culturali e alla attività lavorativa in generale, che non avrebbero diversamente una propria compiuta rappresentanza. Si tratta quindi della esigenza di garantire la presenza della "membratura effettiva della società", "delle forze vive della Nazione" e non di "interessi particolaristici" in quanto "si tratta di interessi di vaste categorie". Peraltro l'assegnazione di una rappresentanza alle varie categorie del corpo sociale non andrebbe considerata come un tentativo di superare l'esigenza della rappresentanza politica. Anzi avrebbe la finalità, rispetto alla rappresentanza

[185] Il tema della rappresentanza degli interessi è utilizzato in via del tutto strumentale per individuare il meccanismo idoneo per consentire la scelta dei membri del Senato ovvero per contestarlo. Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., vol. VII, p. 959 ss. Su questo secondo aspetto si veda l'ordine del giorno Mortati "la seconda sottocommissione afferma che l'istituzione di una seconda Camera è necessaria a dare alla rappresentanza politica pienezza di espressione collegandola più intimamente con la complessiva struttura sociale, e passa all'esame del problema dei rapporti tra le due Camere e al loro modo di composizione". Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 955.

[186] Cfr. sul punto l'ordine del giorno presentato dall'on. Castiglia, in Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., vol. VII, p. 948.

ISSN 2279-7238

politica, di "completarla, integrarla, in modo che tutti i bisogni, tutte le esigenze del Paese possano avere una propria espressione ed una propria voce"[187].

In altri termini se la presentazione degli interessi avviene specificamente essi, saranno vagliati nel loro complesso "dal punto di vista generale, con criterio politico"[188].

Lo stesso on. Ambrosini interviene solo per superare le difficoltà di indole pratica per l'applicazione dei meccanismi di scelta per la seconda Camera, fondati sul principio della rappresentanza degli interessi.

Il tema è affrontato successivamente allorchè la Sottocommissione è chiamata ad interessarsi del problema della composizione del Senato[189]. C'è il tentativo di riportare l'analisi su di un piano di teoria generale. Ancora una volta protagonista di questa operazione è Gaspare Ambrosini che nella prospettiva di definire il rapporto tra rappresentanza di interessi e rappresentanza politica respinge la tesi di chi vedeva in contrapposizione le due espressioni: "in sostanza, la rappresentanza degli interessi è una rappresentanza generale e politica, pure essendo diversa, quanto all'origine ed al modo di attuazione, da quella sorta con la rivoluzione francese e comunque detta rappresentanza nazionale"[190].

Pertanto si assiste ad un dibattito tra Costituenti che si pongono il problema di utilizzare la rappresentanza di interessi come meccanismo per la elezione del Senato e la posizione di Gaspare Ambrosini che cerca di affrontare il tema *ex professo*. A tal fine a sostegno della sua ricostruzione evidenzia come il sistema della rappresentanza professionale è stato legittimato anche da esponenti del movimento socialista e di quello sindacale. Infatti la Confederazione generale del lavoro, già nella prima metà del '900, nei suoi congressi e nelle sue pubblicazioni, nell'impostare la revisione del sistema rappresentativo, aveva sostenuto con singolare vigoria l'esigenza di adottare soluzioni fondate anche sulla rappresentanza degli interessi.

Un complesso di indicazioni che Gaspare Ambrosini rileva dal discorso tenuto dall'on. Angiolo Cabrini[191] alla Camera dei Deputati il 24 luglio 1919 in sede di discussione del disegno di legge sulla proporzionale.

---

[187] Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda Sottocommissione, cit., p. 951 ss.

[188] Cfr. G. Ambrosini, in Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., vol. VII, p. 951. Secondo il quale peraltro la individuazione della rappresentanza degli interessi "è sommariamente utile dal punto di vista tecnico, perché nessuno come i rappresentanti delle categorie interessate può prospettarne ed illustrarne i bisogni avanti all'Assemblea; ed è ugualmente utile dal punto di vista politico per il peso appunto che tali categorie vengono ad assumere nella rappresentazione di tutta la realtà economica sociale e culturale della Nazione".

[189] Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1087 ss.

[190] Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1087.
Pertanto secondo Ambrosini, il "sistema della rappresentanza delle categorie della produzione, della cultura e delle attività lavorative in genere non contrasta con il principio della rappresentanza popolare della prima Camera, ma lo integra".
Su questi aspetti si rinvia a M. TRUFFELLI, *Rappresentanza individuale e rappresentanza degli interessi in Gaspare Ambrosini*, in N. ANTONETTI- U. DE SIERVO (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, Bologna, 1998, p. 243 ss.

[191] L'on. Angiolo Cabrini, politico, sindacalista e giornalista, è stato uno dei padri fondatori del socialismo italiano. Nel 1982 fu fra i fondatori del Partito socialista italiano con il quale fu eletto deputato. Nel 1911 diede vita con Leonida Bissonati, Ivanoe Bonomi e altri deputati sociali al Partito socialista riformista italiano. Nel 1922 aderì al Partito socialista unitario di Filippo Turati e Giacomo Matteotti.

ISSN 2279-7238

In questo intervento l'on. Cabrini si fa interprete non tanto di posizioni personali ma delle scelte del movimento socialista per evincere che queste sono vicine a quelle espresse dal movimento cattolico.

Di qui l'istanza di utilizzare, anche nell'applicazione del principio proporzionale, questo tipo di rappresentanza[192].

Sono queste considerazioni che consentono all'on. Ambrosini di rilevare che i presupposti sui quali l'on. Cabrini si basava per sostenere l'esigenza di una doppia rappresentanza "non sono in questo secondo dopo-guerra sostanzialmente mutati" e che pertanto si sente l'esigenza di accogliere accanto alla rappresentanza politica l'apporto "delle rappresentanze specifiche delle varie categorie professionali, specie in relazione alle esigenze della ricostruzione economica del Paese ed al suo più organico assetto politico"[193].

Uno scenario quello della seconda sottocommissione della Commissione dei 75 che si ripresenta anche nelle altre sedi chiamate ad approvare la Carta costituzionale. Ad esempio in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 16 settembre 1947 l'on. Ambrosini ricostruisce ancora una volta il rapporto dialettico tra "rappresentanza politica" e "rappresentanza degli interessi" cercando innanzitutto di dare una corretta interpretazione alla formula "rappresentanza degli interessi" pur riconoscendo di trovarsi dinanzi ad una espressione poco simpatica e "spesso non adeguata"[194]. Si è in presenza di un istituto che intravede, oltre la "necessità di indirizzare la società sulla scia della grande luce delle ideologie", anche l'opportunità di "sentire la voce dei singoli interessi" che richiedono opportunamente di avere una propria rappresentanza in modo di esprimere non solo il proprio pensiero, certamente espressione di maggiore competenza e nel contempo da assumersi direttamente la propria responsabilità.

A questo punto è opportuno individuare le ragioni che hanno impedito all'Assemblea di accedere a questa configurazione.

E' con tutta evidenza, che il motivo determinante nasce dal collegare l'adozione della formula "rappresentanza degli interessi" ad una istanza di tipo corporativo che, per molti, avrebbe significato un ritorno alla legislazione corporativa fascista.

Ed è infatti in questo contesto che si incontravano "fino a confondersi reciprocamente gli 'interessi' disciplinari e gli 'interessi' ideologico-politico del nuovo regime"[195].

Già in occasione della presentazione della relazione La Pira in prima sottocommissione della commissione dei 75, alcuni dati normativi furono respinti perché ritenuti espressione

[192] Peraltro Cabrini non avrebbe escluso la coesistenza delle due rappresentanze, anzi, sotto un certo profilo la auspica. Secondo l'on. Cabrini evidentemente "la vita economica, più vedrà perpetuarsi nel Parlamento la invadente incompetenza del politicantismo e la sovrapposizione di interessi parassitari a quelli delle forze impegnate nella produzione, più troverà nuovi incentivi a trasformare il regime, o mediante la sostituzione della rappresentanza delle professioni alla rappresentanza della popolazione, o mediante la disciplinata coesistenza delle due rappresentanze, quella coesistenza che Kurt Eisner-il grande socialista assassinato dal militarismo bavarese – aveva segnato con una superba e geniale linea rinnovatrice". Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1152

[193] Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1153.

[194] La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2858

[195] Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 339

ISSN 2279-7238

di istanze corporative. Nello schema normativo era previsto l'art. 3 secondo il quale l'esercizio effettivo dei diritti originari ed imprescrittibili della persona umana "esige una struttura della società e dello Stato nella quale sia assicurato a ciascuno nel corpo sociale, proporzionalmente alle sue capacità, un posto ed una funzione. Questo posto e questa funzione mentre permetterà l'ordinato contributo di tutti al bene comune, costituirà per ognuno il fondamento della stabilità e sicurezza economica ed il titolo per la partecipazione a funzioni specifiche nella vita della comunità ed in quella dello Stato".

Accanto a questo articolo era previsto l'art. 3 bis destinato ad istituire per legge l'iscrizione di tutti gli italiani nel libro delle professioni[196].

Su questa impostazione la contrapposizione è emersa chiaramente. Soprattutto significativo il contributo dell'on. Togliatti, non solo per contestare la formulazione eccessivamente ideologica dell'art. 3 il cui testo "potrebbe essere efficacemente sfrontato di questa parte ideologica e riassunto in alcune formule molto evidenti, persuasive e comprensibili"[197].

Il suo intervento è anche particolarmente incidente quando affronta l'art. 3 bis sia quando evidenzia la vaghezza dei meccanismi di iscrizione al libro delle professioni sia quando denuncia la inclusione in una Costituzione moderna di alcuni enunciati con i quali "si ritornerebbe – non al regime corporativo fascista il quale non era ancora arrivato a simili formule per quanto vi tendesse – ma a formule di regimi corporativi di secoli precedenti, fortunatamente scomparsi sotto l'azione del progresso sociale"[198].

Si è in presenza di un quadro di contestazioni dell'istanza corporativa che viene portata avanti più volte in tutte le sedi della Assemblea costituente malgrado l'impegno soprattutto di Gaspare Ambrosini a sostenere le sue scelte. Si possono evidenziare, a titolo esemplificativo, due occasioni che si sono verificate durante i lavori della seconda sottocommissione della Commissione dei 75. Nel corso di uno dei numerosi interventi per sostenere l'esigenza di attuare il principio della rappresentanza organica per la elezione del Senato, Gaspare Ambrosini aveva sostenuto che per consentire l'elezione da parte dei collegi elettorali di categoria bisognava comunque arrivare alla istituzione di un registro delle categorie. Una indicazione che trovò la immediata contestazione dell'on. Fuschini secondo il quale l'istituzione di un registro delle categorie avrebbe significato un ritorno alla

[196] Secondo quanto dispone l'art. 3 bis: "In vista della attuazione della struttura sociale indicata nell'articolo precedente verrà disposto per legge l'iscrizione di tutti gli italiani nel libro delle professioni e verrà attribuito a ciascuno nei modi che la legge indicherà, un adeguato stato professionale.
Tale stato professionale sarà fondamento di diritti". Cfr. Relazione La Pira, cit.

[197] Cfr. L'intervento dell'on. Togliatti in prima sottocommissione nella seduta del 9 settembre 1946, in Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., vol. VI, p. 319 ss.
Secondo l'on. Togliatti "sembra che il testo costituzionale proposto dall'on. La Pira pecchi di quello che chiamerebbe un eccesso di ideologia.
La Costituzione, infatti viene legata ad una particolare ideologia, che ha un carattere non soltanto filosofico ma anche religioso, ciò che comporta il rischio di creare una scissione nel corpo della Nazione, di aprire una discussione, la quale darebbe luogo ad infiniti dibattiti su avviso nocivi a coloro stessi che volessero introdurre troppa parte della loro ideologia religiosa nella Costituzione. Non è necessario, ad esempio, inserire l'affermazione della esistenza di Dio nella Costituzione, perché crede si possano trovare molti altri argomenti al di fuori di questa Costituzione, per dimostrarla. Qui, invece, si è in un altro campo nel quale occorre muoversi con concetti diversi, che sono più direttamente legati alla vita politica e sociale ed al contenuto immediato di essa".

[198] Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., p. 320

ISSN 2279-7238

legislazione corporativa fascista. Una occasione per l'on. Ambrosini per dissentire con decisione, rilevando anzitutto "che il corporativismo non fu inventato dal fascismo"[199].

In un'altra occasione, rispondendo ad alcune riflessioni di Luigi Einaudi che aveva cercato di distinguere le corporazioni del periodo fascista dalle vere corporazioni ormai morte, ritiene che "le espressioni: attività professionali, gruppi di produzione, attività lavorative ecc., comunque si configurino, corrispondono alla realtà e non possono mai essere riguardate come riferentesi a cose morte, perché la legge non può far morire quello che esiste"[200].

6 (segue): Il partito politico, la democrazia partecipativa, gli istituti di democrazia diretta.

Si apre, a questo punto, uno scenario riguardante altri istituti fondamentali dell'ordinamento costituzionale che non possono essere trattati in questa sede *ex professo*. La prospettiva ricostruttiva dell'analisi che si va conducendo è, quindi, quella di verificare il contributo di questi istituti alla identificazione della linea ascensionale finalizzata a dare unità alla rappresentazione del 'politico'.

Il primo istituto che, in questo quadro, assume un particolare rilievo è quello relativo al ruolo del partito politico. E' evidente, come già si è fatto notare, che queste sia pur brevi annotazioni hanno soltanto la prospettiva di indicare uno dei canali che consentono di contribuire al movimento ascendente di esprimere tutte le sue potenzialità, prescindendo dall'affrontare il tema nella sua complessità[201].

---

[199] Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 28 settembre 1946, cit., vol. VII, p. 1130.
Secondo Gaspare Ambrosini il "fascismo copiò, e malamente, e non attuò affatto il principio, non solo perché volle piegarlo e sfruttarlo a scopi puramente di egemonia di partito e di oligarchie gerarchiche, ma anche perché ne disconobbe lo spirito animatore, sopprimendo il sistema elettivo, che è connaturato con lo stesso principio. Non crede quindi che sia il caso di nutrire le apprensioni che può suscitare quel ricordo".

[200] Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1136.
Luigi Einaudi nel distinguere le due tipologie di corporazioni sostiene "che le operazioni fasciste erano una brutta copia delle corporazioni del 1600 e del 1700, mentre invece le vere corporazioni erano quelle del 1200 e del 1300. Le vere corporazioni non erano legiferate e non era specificato chi apparteneva ad una categoria o ad un'altra; esse erano vive, appunto perché ciò non era detto e si aveva larga possibilità di passare dall'una all'altra.
Quando poi nel 1600-1700 si è cominciato a disciplinarle, sono morte e con esse è morta anche l'economia del Paese".

[201] Su questi aspetti vedi per tutti D. ANTISERI, *L'agonia dei partiti politici*, Soveria Mannelli, 1999; S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Digesto pubbl.,* X, 1995; A. CANTARO, *Responsabilità e status della rappresentanza politica*, ROMA, 1992; A. CAPURSO, *I partiti politici tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 46, 1979; S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le twin Towers*, Torino, 2004; E. CHELI, *Intorno al problema della regolazione dei partiti politici*, Siena, 1958; V. CRISAFULLI, *Garantismo e programmaticità dell'art. 49 della Costituzione. I partiti nella realtà sociopolitica italiana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1968; V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario per l'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969; G. DE ROSA (a cura di), *I partiti politici in Italia*, Bergamo, 1972; D. DELLA PORTA, *I partiti politici*, Bologna, 2015; M. DOGAN e O. M. PETRACCA (a cura di), *Partiti politici e strutture sociali in Italia,* Milano, 1968; M. DUVERGER, *I partiti politici*, 2. Ed, Milano, 1970; C. ESPOSITO, *I partiti politici nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana oggi*, *Saggi,* Padova, 1954; C. FERRARI, *I partiti politici nella vita sociale*, Torino, 1909; G. D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Roma, 1950; G. GALLI, *I partiti politici italiani (1943/2000),* Milano, 2001; G. GRATTON, *Origine ed evoluzione dei partiti politici : manuale di cultura politica*, Trieste, 1946; P. IGNAZI, *Partiti politici in Italia*, Bologna, 2008; F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, 1988, III, p. 437 ss.; F. LANCHESTER, *I diritti politici e la legislazione in materia di partecipazione politica in Italia a sessant'anni dall'Assemblea costituente*, in *Diritti e libertà*, a cura e per la direzione scientifica di Silvano Labriola, Roma, Bari, 2006, p. 361 ss.; M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991; O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma, 2007; G. MELONI, *I partiti politici nello Stato democratico*, Firenze, Empoli, 1948, *Estratto dall'Amministrazione italiana*, n. 9-10 (1948); C. MORTATI, *Concetto e funzioni dei partiti politici,* in *Quaderni di Ricerca*, 1949; A. NEGRI, *Alcune riflessioni sullo 'Stato dei partiti'*, ora in *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*,

ISSN 2279-7238

Il dato che è opportuno fare emergere, nella ricostruzione del ruolo affidato al partito considerato come una delle istituzioni chiamate a rendere operative il modello dualistico a tendenza sociocentrico, è offerto dalle analisi che, nel soffermarsi sulla genesi dell'art. 49 cost., si ricollegano al regime costituzionale transitorio che si è avuto in Italia nel periodo precedente all'avvento della Costituzione del '48. Quando si parla di regime costituzionale transitorio si fa riferimento alla fase storica avutasi "in Italia all'indomani della liberazione di parte del territorio nazionale, con la luogotenenza del Regno, i governi del C.L.N., i decreti legge luogotenenziali che promettevano l'elezione di una Assemblea costituente"[202].

Vero è che nel regime costituzionale transitorio non solo si "recide il nodo della continuità costituzionale con l'ordinamento fascista"[203], ma si pongono le basi per affermare la funzione affidata al sistema dei partiti di rapportare società e Stato, previlegiando i partiti come titolari della domanda politica, senza voler "eliminare altri possibili canali di espressione delle istanze e degli interessi che partono dalla comunità"[204].

Altrettanto significativo è il ruolo espletato dal concetto di partecipazione che costituisce uno dei dati fisionomici della struttura normativa espressa dal secondo comma dell'art. 3 cost.

Si è già avuto occasione di individuare precedentemente la genesi di quella normativa, consentendo di determinare il rapporto tra partecipazione ed incremento del regime democratico, ma soprattutto di identificare i connotati idonei a distinguere la partecipazione da altre concettualizzazione e da altri istituti aventi la stessa finalità.

Nel contesto dell'oggi la riflessione costituzionalistica ha dedicato il suo interesse alla democrazia partecipativa offrendo, analisi complesse che consentono di cogliere non solo il ruolo che la partecipazione può offrire nel contesto di un sistema fondato sulla democrazia rappresentativa ma anche di ampliare il campo di osservazione identificando altre concettualizzazioni come quella riconosciuta con il termine di democrazia deliberativa[205].

Queste sia pur brevi notazioni introduttive evidenziano che nella visione del Costituente del '48, con il termine partecipazione non si voleva individuare un modello alternativo al modello rappresentativo ma istituire le condizioni per consentire al sistema rappresentativo di poter esplicare tutte le sue potenzialità. Pertanto chiedendo che la partecipazione sia

---

Milano, 1977, p. 111 ss.; P. PERMOLI, *La Costituente ed i partiti politici italiani,* Bologna, 1966; P. POMBENI, *Introduzione alla storia dei partiti politici*, Bologna, 1990; A. PREDIERI, I *partiti politici,* in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 171 ss.; G. U. RESCIGNO, *Partiti politici, articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato*, Milano, 1964; F. RANIOLO, *I partiti politici*, Roma, 2013; P. RIDOLA, *Partiti politici*, Milano, 1982; G. SARTORI (a cura di), *Correnti, frazionismo e frazioni nei partiti politici italiani,* Bologna, 1974; P. SCOPPOLA, *Partiti politici,* Roma, 1993; V. SICA, *Il 'concorso' dei partiti politici*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, vol. II, p. 289 ss.; S. VALITUTTI, *I partiti politici e la libertà*, Roma, 1966;

[202] Cfr. G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, p. 4.
[203] Cfr. G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., p. 4
[204] Cfr. G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., p. 35.
[205] Sul tema si rinvia alla ricerca curata da Umberto Allegretti. Cfr. U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed Europa*, Firenze, 2010.
Per una identificazione tra la democrazia partecipativa e la democrazia deliberativa vedi fra tutti L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 4, p. 11; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?,* in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, vol. I, p. 109 ss.; E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Boccio*, in *Democrazia e diritto : rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 2015, n. 4, p. 181ss.

ISSN 2279-7238

effettiva, il costituente non si propone solo un aumento quantitativo delle occasioni di partecipazione ma anche e soprattutto una diversa qualità della stessa, consentendo in tal modo di fronteggiare le crisi del sistema rappresentativo, frenando gli stati di 'apatia' sintomatici di una mancanza di interesse ad essere presente nella vita pubblica.

Vero è che il "processo storico verso una maggiore uguaglianza formale rappresentata dall'estensione del suffragio ai gruppi esclusi, è stato fin troppo spesso accompagnato 'da mancanza di partecipazione e massiccio disinteresse,". In altri termini "partecipazione al voto è andata declinando nonostante l'estensione del diritto a gruppi prima esclusi" [206].

Questo stato di cose è stato evidenziato da diverse analisi che si sono in particolare soffermate sulla diminuzione del grado di partecipazione, costatando, fra l'altro, l'aumento degli indici di astensionismo nei procedimenti elettorali[207].

Uno scenario che in tutta la sua complessità è stato colto puntualmente sia sotto il profilo politologico sia in collegamento con la storia del pensiero politico da D. Held[208].

Il tutto rafforza la convinzione che la "legittimazione politica non poggia sull'urna elettorale o sulla regola della maggioranza in sé, quanto, piuttosto, sulla capacità di presentare ragioni, spiegazioni e proposte plausibili per le decisioni pubbliche"[209].

Comunque si è in presenza di analisi che spingono ad individuare anche il quadro dei possibili interventi istituzionali finalizzati a rendere effettiva la partecipazione. Giustamente Held fa riferimento a quelle posizioni che esortano "al ripensamento della democrazia in termini di un nuovo tipo di partecipazione, una partecipazione che non solo dia ai cittadini maggior potere, ma che soprattutto conceda loro maggiori opportunità di esercitare questo potere proficuamente"[210].

E questa esigenza può essere realizzata solo se ai cittadini venga riconosciuto il potere effettivo di essere attivi. Tutto ciò si determina allorchè i cittadini siano in grado di utilizzare la qualità e la quantità dei diritti che l'ordinamento predispone. Si fa riferimento soprattutto ai diritti sociali ed economici[211].

Va quindi posto al centro il nesso tra *welfare state*, cittadinanza sociale e partecipazione. Un individuo, privo di reti sociali e di riferimenti solidaristici non è messo in condizione di utilizzare gli strumenti che formalmente l'ordinamento gli riconosce per essere soggetto partecipante[212].

---

[206] Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, 2007, p. 405

[207] Su questi aspetti vedi per tutti A. PUBUSA, *Le difficoltà della democrazia partecipativa in una età di populismo*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed Europa*, cit., p. 374; I. DIAMANTI, *Fenomenologia dell'elettore scettico*, in *La Repubblica*, 12 aprile 2010; P. GINSBORG, *Democrazia che non c'è*, Torino, 2006, p. 36 ss.

[208] Docente di scienza politica nella *London School of Politics and Political Science*. Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 405 e biblio ivi cit.

[209] Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 410 che si rifà, fra l'altro, alle rilevazioni di M. SAWARD, *Democracy*, Cambridge, 2013, p. 120 ss.

[210] Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 406

[211] Su questa prospettiva vedi F. BORTOLOTTI – C. CORSI (A CURA DI), *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione: il caso della Toscana*, Roma, 2012; A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti. Relazione introduttiva alle giornate di Studio su "Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamica istituzionale dei processi partecipativi"*. Perugia, 11-12 marzo 2010.
Sul punto cfr. anche D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 471 secondo il quale senza "forti diritti sociali ed economici i diritti rispetto allo Stato non potrebbero essere pienamente goduti, e senza diritti statali nuove forme di disuguaglianza di potere, ricchezza e *status* potrebbero distruggere sistematicamente l'implementazione delle libertà sociali ed economiche".

[212] Su questi aspetti si rinvia alle analisi condotte da G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 28 ss., secondo il quale "un individuo isolato nella sua corsa, privo di reti sociali e riferimenti solidaristici, convinto illusoriamente di essere libero 'imprenditore di sé stesso', è un

ISSN 2279-7238

Nel quadro delle istituzioni finalizzate a rendere effettiva la partecipazione[213] acquistano un particolare rilievo quelle che sono legate alla tutela del diritto all'informazione e quelle che sono offerte dalla organizzazione del sistema di formazione.

Sotto il primo profilo è da ricordare che la stessa giurisprudenza costituzionale ritiene che questo diritto è garantito solo se è "qualificato e caratterizzato" "dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie" (sentenza n. 112 del 1993)[214].

Altrettanto significativo è il ruolo del sistema educativo. Correttamente si ritiene che la "creazione di un sistema educativo che faccia delle conoscenze e degli orizzonti delle persone il risultato di un sapere condiviso è un elemento cruciale dello sviluppo di una cultura pubblica democratica" [215]. Una finalità che può essere raggiunta soprattutto attraverso un programma di educazione civica finalizzato a "migliorare la qualità della cittadinanza" [216] consentendo di generare quella cultura pubblica per ottenere scelte politiche conseguenti.

Le finalità attribuite alle istituzioni chiamate a rendere effettiva la partecipazione, esaminate, in un quadro sia pure schematico, possono essere raggiunte anche attraverso l'utilizzazione degli istituti di democrazia diretta. Il ricorso a questi strumenti acquista una particolare importanza in una strategia tesa a neutralizzare le crisi dei sistemi rappresentativi attraverso tecniche determinate ad affidare direttamente al popolo l'esercizio di alcune funzioni.

Un meccanismo che consente la partecipazione diretta del popolo alle decisioni collettive legittimando il più delle volte un principio di identità tra governanti e governati che ben contrasta coi connotati sui quali si fonda il principio della rappresentanza. Comunque un complesso di istituti che contribuiscono alla identificazione del movimento ascendente dalla società allo Stato.

7. Il ruolo dello Stato nella rappresentanza del 'politico'.

Una Carta costituzionale come quella italiana che si è proposta di dar vita ad un processo di trasformazione socio-istituzionale, doveva necessariamente affidare allo Stato un ruolo 'positivo' per il contenimento delle diseguaglianze e quindi non solo delle conflittualità, rendendolo in tal modo protagonista nello scenario della economia e del *welfare*.

---

soggetto spoliticizzato, il perfetto atomo di una gassosa biosfera neoliberale, nella quale non può esservi spazio per i conflitti reali e decisioni autonome, che necessitano di volontà collettive e di alternative politiche e culturali".

[213] Su alcune forme di partecipazione vedi, fra gli altri, A. PUBUSA, *Le difficoltà della democrazia partecipativa in una età di populismo*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 373 ss.

[214] Sulla espansione dei meccanismi di informazione vedi anche D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 431 secondo il quale i meccanismi di preparazione ed informazione "possono comprendere insieme televisioni, sistemi cablati e reti informatiche destinati al settore pubblico come a quello privato, collegati ai governi locali e alle istituzioni nazionali. Lo scopo è, ancora una volta, migliorare il processo attraverso il quale i cittadini formano giudizi politici, e potenziare i meccanismi grazie ai quali i politici di professione si mantengono aggiornati sulle priorità e le opinioni dei cittadini".

[215] D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 434

[216] Cfr. C. OFFE - U. K. PREUß, *Democratic institutions and moral resources*, in *D. Held* (a cura di), *Political theory today*, Cambridge, 1991, p. 168

ISSN 2279-7238

Gli itinerari già percorsi in questa ricerca e le risultanze espresse in precedenti lavori[217] consentono quindi di definire il ruolo dello Stato per raggiungere l'unità nella rappresentazione del 'politico'.

Peraltro sono anche le analisi politologiche che, intravedono le ragioni dello "spaesamento del presente", nella crisi della democrazia e, quindi, nella mancata attuazione di quelle "promesse" indicate nella Costituzione del '48. Mettendo in discussione, fra l'altro, quei diritti sociali e quel *welfare* considerati come produttori di cittadinanza[218].

Di qui l'invito a ripoliticizzare la democrazia anche per aggredire quelle che si considerano le zavorre storiche italiane, ma soprattutto per ritornare allo Stato sociale[219], offrendo anche un contributo per uscire dalla fase di "postdemocrazia"[220]

La esistenza di un nesso strutturale tra democrazia e Stato sociale comporta come conseguenza "che l'attuale drastica contrazione del *welfare* metta a repentaglio il consenso nelle democrazie"[221].

Ed in questo contesto si evince il ruolo dello Stato nel modello dualistico a tendenza sociocentrica. La società fa emergere la sua "domanda" alla quale da sola non può offrire soluzioni soddisfacenti senza un intervento dello Stato con il suo movimento discendente. L'ascendere della società verso lo Stato ed il discendere della società verso lo Stato consentono la ricomposizione ad unità del 'politico'. Come già si è potuto evidenziare è il dato normativo che conferma questa configurazione. Al centro di tutta la struttura normativa, legittimata sulla base di un modello dualistico a tendenza sociocentrica, c'è una norma che indica la via da seguire nel programma delineato dalla Costituzione italiana del '48. Si fa riferimento al secondo comma dell'art. 3 Cost., sul quale si sono già dedicate alcune riflessioni[222].

Il dato normativo va inserito in quella parte della Carta chiamata a determinare il processo di trasformazione socio-istituzionale per offrire un contributo ad una Costituzione che nello stesso tempo è di "bilancio" e di "programma".

Di "bilancio" in quanto chiamata a normativizzare le istanze espresse dal processo storico che l'ha legittimata, di "programma" in quanto invita ad ulteriori processi di rinnovamento, così come è stato auspicato da Piero Calamandrei nel famoso "discorso sulla Costituzione", tenuto il 26 gennaio 1955 nel salone degli affreschi della Società umanitaria di Milano in occasione di un ciclo di conferenze sull'ordinamento fondamentale della Repubblica e le libertà dei cittadini[223]. L'intervento di Calamandrei è quanto mai incisivo allorchè sostiene che "nella nostra Costituzione c'è un articolo che è il più importante di tutta la Costituzione,

---

[217] Sia consentito un rinvio alle analisi condotte nei volumi M. ATRIPALDI, *Il risparmio finalizzato agli investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento italiano, I, Dalle prime forme di risparmio alla Costituzione del '48,* Napoli, 2009, p. 6 ss.; M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma Cost.,* cit., p. 21 ss.

[218] Cfr. sul punto G. PRETEROSSI, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. VII ss., p. 16 ss.

[219] Cfr. sul punto G. PRETEROSSI, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 180 ss.

[220] Per una individuazione del concetto di postdemocrazia si veda C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003

[221] Cfr. sul punto G. PRETEROSSI, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 27 ss.

[222] La struttura normativa del secondo comma è stata più volte richiamata in diversi precedenti itinerari argomentativi. Vedi per tutti le annotazioni riportate *retro* a p.

[223] Il discorso è ora pubblicato in Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea costituente, I, *La Costituzione e la democrazia italiana*, Firenze 1969, p. 119 ss.

ISSN 2279-7238

il più impegnativo: impegnativo per noi che stiamo al declinare, ma soprattutto per voi giovani che avete l'avvenire davanti a voi". Ed è il secondo comma dell'art. 3 Cost.[224]. E' ribadita ancora una volta l'esigenza dell'azione dello Stato per consentire al modello di realizzarsi pienamente nel rispetto della sua configurazione[225].

Una esigenza che appare in tutta evidenza nel dibattito dell'oggi sempre più impegnativo, un dibattito che coinvolge analisti di diverse aree disciplinari. Una azione quella dello Stato che non deve incidere esclusivamente sulle diseguaglianze economiche. Vero è che come sostiene il sociologo svedese Goran Therborn la "disuguaglianza è una violazione della dignità umana; è la negazione della possibilità che ciascuno possa sviluppare le proprie capacità. Prende molte forme e ha molte conseguenze…". "E' un ordinamento socio-culturale che riduce le capacità, il rispetto ed il senso di sé così come le risorse per partecipare pienamente alla vita sociale"[226].

Ne consegue che tutto ciò che evince nel campo delle diseguaglianze è da imputare a precise scelte politiche. Una indicazione che è ben presente nel tessuto normativo del secondo comma dell'art. 3 Cost.[227].

8. Alcune valutazioni conclusive

La ricerca è nata dalla esigenza di cogliere le motivazioni che spingono gli ordinamenti al ricorso al rinvio intraistituzionale nell'ambito di una forma di stato dualistica a tendenza sociocentrica. E ciò non solo per affrontare una specifica tematica per la quale la letteratura è alquanto scarsa[228], quanto per offrire alcune riflessioni in un'area di ricerca che ha prodotto studi di elevato rilievo scientifico, riflessioni finalizzate specificamente soprattutto a cogliere il ruolo esplicato dal rinvio intraistituzionale nelle dinamiche attuative del modello.

L'itinerario argomentativo percorso consente queste valutazioni conclusive, enucleando i principali risultati raggiunti ma anche ribadendo l'esigenza, già programmata, di ulteriori prospettive di ricerca per ricostruire positivamente gli istituti nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano e, soprattutto, per valutare tali istituti in una visione comparatistica. Queste ulteriori prospettive appaiono quanto mai opportune dopo che l'analisi è stata condotta nel contesto del diritto costituzionale generale secondo i canoni elaborati dalla riflessione di Santi Romano[229] in una sede nella quale il giurista "si sente in grado di poter

[224] Secondo Pietro Calamandrei se è compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, bisogna "dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare la scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo". Soltanto quando questi obiettivi saranno raggiunti, si potrà sostenere che "l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro".

[225] Sulle diverse istanze che richiedono l'intervento dello Stato per assecondare le esigenze richieste da questa modellistica sia consentito ricorrere alle riflessioni espresse anche in M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma Cost.*, cit., p. 1 ss.

[226] Cfr. G. THERBORN, *The killing Fields of Inequality*, Cambridge, 2013, p. 1

[227] Su queste tematiche la letteratura è alquanto vasta. A titolo esemplificativo si rinvia alle considerazioni espresse da A. B. ATKINSON, *Diseguaglianza. Che cosa si può fare?*, Milano, 2015; M. FRANZINI-E. GRANAGLIA-M. RAITANO, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi? Le diseguaglianze estreme nel capitalismo contemporaneo*, Bologna, 2014; M. Franzini, M. *Pianta, Diseguaglianze. Quante sono, come combatterle.* Roma-Bari, 2016 e biblio ivi cit.; T. H. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014; G. PRETEROSSI, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 13 ss.; C. SARACENO, *Prefazione* alla edizione Italiana del volume di A. B. ATKINSON, *Diseguaglianza. Che cosa si può fare?,* cit., p. 7 ss.

[228] E' questo il giudizio di F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165 nota 193

[229] Cfr. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945

ISSN 2279-7238

ricondurre alla sua dimensione specifica le evoluzioni istituzionali colte nella loro più significativa consistenza storica, prescindendo dal loro più transeunte manifestarsi"[230].

Uno scenario che, comunque, merita di essere ampliato per individuare altre specifiche motivazioni che legittimano il ricorso all'istituto e anche per rilevare come va a collocarsi il rinvio intraistituzionale in un contesto ordinamentale che abbia fatto una diversa scelta nella costruzione del rapporto società – Stato. Nell'ambito di questa prospettiva un particolare interesse sarà rivolto ai meccanismi di rinvio previsti per l'utilizzazione nell'ordinamento giuridico delle norme tecniche prodotte da altre istituzioni. Una prospettiva che acquista un particolare rilievo in quanto il rinvio a soluzioni tecniche da immettere nell'ordinamento risponde ad un doppio obiettivo: innanzitutto migliorare "una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio"[231], inoltre tutelare diversi interessi pubblici di cui sono titolari i cittadini[232].

C'è la consapevolezza che l'impianto utilizzato nella ricostruzione della ricerca consentirà di raggiungere gli obiettivi programmati.

[230] Così A. ROMANO, *Presentazione della ristampa*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. V

[231] Cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, p. 251 ss., in particolare p. 256

[232] Su questi aspetti si rinvia a A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 251 ss., cui *adde* F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 29 ss. e l'ampia bibliografia ivi cit.; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008, p. 1 ss e biblio ivi cit.

ISSN 2279-7238

"This is a disturbing case233": la Corte Suprema canadese tra liberta' di religione, multiculturalismo e interesse pubblico secolare*

di Laura Pelucchini**

SOMMARIO: 1.Le origini della controversia – 2. Il caso al vaglio della Corte Suprema Canadese – 3. La libertà religiosa: affare pubblico o privato? – 4. Il paradigma della libertà religiosa tra secolarità e cultura – 5.I diritti fondiari aborigeni: riconoscimento vs. consultazione – 6.Gli aborigeni canadesi: il lungo cammino per il riconoscimento – 7. Aspetti corollari del ricorso – 8.Conclusioni

Il 2 Novembre 2017 la Corte Suprema Canadese si è definitivamente espressa sul caso *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*[234], nato dall'annosa controversia relativa alla costruzione di uno *ski-resort* nella provincia candese della British Columbia all'interno dell'area denominata Qat'muk, ovvero della Jumbo Valley. La sentenza – in controtendenza rispetto all'apertura tradizionalmente dimostrata dai giudici supremi canadesi – segna un cambio di rotta nell'interpretazione e nell'affermazione della libertà di religione, se posta in relazione ai diritti fondiari delle popolazioni aborigene, in ragione della supremazia dell'interesse pubblico dello Stato. La libertà di culto è stato infatti considerata come uno dei capisaldi del peculiare pluralismo culturale canadese, modello riuscito di convivenza pacifica e di mutuo riconoscimento di culture e frange della popolazione differenti tra loro[235]. La pronuncia qui in esame pare però porre una battuta d'arresto a tale evoluzione progressista.

1. *Le origini della controversia*

La *querelle* risaliva addirittura agli anni Novanta dello scorso secolo, quando la Glacier Resorts si era rivolta all'autorità federale competente per ottenere l'autorizzazione necessaria all'edificazione di un complesso turistico nella vallata Qat'muk, cara agli Ktunaxa

233 Citazione delle parole del Justice Binnie nella sua *dissenting opinion* resa nel caso *C. (A.) v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, S.C.J. No. 30, 2009, 2 S.C.R. 181 (S.C.C.).

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, curriculum "*Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate*" - Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

234 Supreme Court of Canada, *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, November 2nd 2017.

235 Si veda a proposito, Habermas, Jürgen e Taylor, Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, 1998, pp.120. Il concetto è altresì presente in Taylor, Charles, *Sources of the self*, Harvard University Press, 1989, p. 307: "One of the goals of articulating the modern identity is to identify and clarify this plurality, both the highest, most important goods and the lesser, more immediate ones" anche in Tully, James (edited by), *Philosophy in an age of pluralism. The philosophy of Charles Taylor in question*, Cambridge University Press, 1994, pp. 273 ed anche Biles, John, The Government of Canada's Multiculturalism Program: Key to Canada's Inclusion Reflex?, in Jedwab, Jack, (edited by*), The Multiculturalism Question Debating Identity in 21st Century Canada*, Queen's Policy Studies Series - School of Policy Studies, 2014, p.11.

.

ISSN 2279-7238

poiché ritenuto luogo sacro. Secondo la tradizione religiosa dei Nativi, infatti, in quei territori risiederebbe lo spirito del Grizzly Bear, una delle principali figure della cosmologia aborigena. Per tale ragione erano state avviate trattative con i rappresentanti della First Nation che avevano portato a delle modifiche sostanziali del progetto originario. I cambiamenti concordati non apparivano ad ogni modo soddisfacenti agli occhi degli Ktunaxa, i quali non si accontentavano di restringimenti del perimetro del *resort*, chiedendo invece di lasciare l'area totalmente incontaminata. Gli stessi sostenevano infatti che l'edificazione nella valle avrebbe allontanato irrevocabilmente lo spirito, andando così a ledere irrimediabilmente le pratiche ancestrali concernenti tale credo religioso. Ad ogni modo, a fronte del fallimento del dialogo tra le due parti, il Ministro delle Foreste, delle Terre e delle Risorse naturali – ritenendo ragionevoli e sufficienti le consultazioni protrattesi per circa 10 anni – decideva di approvare il progetto. A ciò faceva seguito il ricorso giudiziale avanzato dai Nativi, i quali lamentavano la violazione sia del diritto costituzionalmente garantito della libertà di religione sia del dovere – posto in capo alle autorità governative canadesi - di condurre consultazioni, nel caso in cui venga intaccato uno dei diritti riconosciuti delle popolazioni aborigene.

2. Il caso al vaglio della Corte Suprema Canadese

Dopo essere stato rigettato dal tribunale, in primo grado, e dalla Corte di Appello della British Columbia, in seconda istanza, il ricorso giungeva alla Corte Suprema Canadese nel 2016, la quale – un anno dopo – confermava la decisione considerando che l'autorizzazione del Ministro della British Columbia non avesse violato il diritto di libertà di religione degli Ktunaxa di cui all'art. 2(a) della Carta canadese dei diritti e delle libertà[236]. Si legge infatti nell'opinione maggioritaria – redatta dal Chief Justice McLachlin e supportata dai giudici Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe – che il diritto di libertà religiosa dei ricorrenti non poteva ritenersi in alcun modo leso o limitato, posto che l'approvazione del progetto non avrebbe inficiato sulla libertà dei Nativi di professare e di manifestare il loro credo.

Guardando al filone delle pronunce aventi ad oggetto la libertà di religione, emerge infatti come la CSC ritenga – oramai pacificamente - sussistente una violazione del diritto di cui all'art. 2(a) della Carta nel caso in cui il ricorrente riesca a dimostrare di credere genuinamente in una pratica o in un culto che possa essere qualificato come religione e che la condotta dello Stato interferisca in modo significativo e sostanziale con la capacità/possibilità del soggetto di agire in conformità con tale pratica o credo. Tale

[236]W. Hogg, Peter, *Canada Act 1982 Annotated*, The Carswell Company limited, 1982, p.14: [2. Everyone has the following fundamental freedoms:
(a) freedom of conscience and religion]
"The reference to conscience is perhaps designed to protect systems of belief such as atheism or agnosticism, or possibly even quasi-religious cults, which might not be characterized as religions. A possible application of freedom of conscience and religion is to resist the application of laws to practices allegedly demanded by a particular religion, although the practices are generally proscribed by law."

ISSN 2279-7238

meccanismo, elaborato nel 2004 dalla Corte nella sentenza Amselem[237], prende il nome di *standard test*. Applicando lo standard test alla controversia in oggetto, se da un lato era indubbio che gli aborigeni credessero sinceramente e fermamente nell'esistenza e nell'importanza dello spirito del Grizzly Bear, dall'altra la seconda parte del test non poteva dirsi verificata. A parere della CSC, infatti, opponendosi alla costruzione del *resort* in un'area per loro sacra, gli appellanti non agivano in difesa del loro diritto di credere nello spirito del Grizzly o della possibilità di praticare il relativo culto nella valle. Nel caso di specie, gli Ktunaxa sembravano piuttosto proteggere la presenza stessa dello spirito e "il significato spirituale soggettivo da esso derivante"[238]. A parere della Corte, l'accoglimento della doglianza avrebbe dunque finito per estendere eccessivamente la garanzia offerta dall'art. 2(a) della Carta, sottoponendo convinzioni religiose estremamente personali ed intime allo scrutinio giudiziale della Corte. Il dovere dello Stato – derivante dalla suddetta previsione costituzionale – non è difatti quello di tutelare l'oggetto/soggetto della venerazione religiosa quanto quello di proteggere la libertà di scelta, di adesione, di manifestazione e di pratica di un determinato credo. In breve, non si può domandare allo Stato di salvaguardare il divino in terra.

L'ulteriore elemento valutato dalla Corte è stata poi la ritenuta violazione dell'art. 35 della Costituzione del 1982 il quale cristallizza il riconoscimento dei diritti dei popoli aborigeni canadesi[239]. Grazie a due importanti sentenze del 2004 rese dalla CSC[240], da tale prerogativa è stato fatto discendere l'obbligo per la Corona di procedere a consultazioni con le popolazioni indigene e, se possibile, il dovere di soddisfare i loro interessi, nel caso di potenziale lesione dei diritti riconosciuti.

Tornando alla vicenda oggetto di controversia, gli Ktunaxa ritenevano che tale vincolo fosse stato violato dal Ministro della British Columbia il quale aveva posto fine alle trattative con la propria decisione. A parere della Corte anche tale censura era, però, da ritenersi infondata. Nello specifico, le consultazioni si erano regolarmente svolte per circa due decenni, sicuramente un lasso di tempo adeguato avendo riguardo alla complessità del caso. I giudici coglievano inoltre l'occasione per ribadire come l'art. 35 ponga un mero onere

---

[237] Supreme Court of Canada, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

[238] Supreme Court of Canada, *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations*), 2017.

[239] Art. 35 Constitution,1982: (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.
(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.
(3) For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.
(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.
35.1 The government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the "Constitution Act, 1867", to section 25 of this Act or to this Part, (a) a constitutional conference that includes in its agenda an item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada; and (b) the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on that item.

[240] Supreme Court of Canada, *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia (Project Assessment Director),* 2004 SCC 74 e *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests),* 2004, 3 SCR 511.

ISSN 2279-7238

procedimentale in caso alle amministrazioni canadesi. La norma garantisce infatti che venga avviato e che si svolga un processo di negoziazione, non un particolare risultato. Errato sarebbe dunque volervi far discendere un potere di veto delle popolazioni aborigene insoddisfatte, in quanto il consenso dei consultati non si pone quale elemento imprescindibile e necessario al fine del rispetto della previsione costituzionale. Una volta soddisfatto l'obbligo di procedere alle consultazioni, lo Stato può dunque ritenersi libero nel perseguimento del risultato, dovendosi interpretare tale fase di trattativa come strumento e momento di riconciliazione e ricomposizione degli interessi contrapposti delle differenti frange della società, la cui riappacificazione è auspicata ma non doverosa.

Queste sono dunque le due linee direttrici lungo cui si sviluppa la sentenza: per un verso, l'ampiezza e il significato della libertà di religione; dall'altro il dovere di consultazione dei rappresentanti delle First Nations, obbligo burocratico-amministrativo carico di significato per le minoranze aborigene. Entrambe le questioni aprono lo sguardo sulle specificità del virtuoso multiculturalismo canadese, alzando il velo di Maya sui nuovi sviluppi e sulle contraddizioni esistenti in materia.

3. La libertà religiosa: affare pubblico o privato?

In relazione alla questione religiosa, l'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte pare sintonizzarsi sulla prevalenza accordata al concetto di interesse pubblico, come ben espresso nell'opinione parzialmente concorrente resa di giudici Moldaver e Côté i quali, d'accordo con i colleghi sulla non violazione dell'art. 35 Cost., si sono invece espressi a favore dei ricorrenti in merito ai motivi sollevati in base all'art. 2(a) della Carta. I due giudici sottolineano infatti la necessità di fornire un'interpretazione estensiva di tale previsione costituzionale piuttosto che strettamente legalistica, in modo tale da assicurare e garantire il pieno ed ampio godimento delle libertà riconosciute. Nello svolgere la funzione ermeneutica loro propria, i giudici dovrebbero pertanto far sì che la società – o per lo meno la sua componente maggioritaria - non interferisca con le convinzioni personali dell'individuo, atte a governare la percezione che il singolo ha di sé, dell'umanità e della natura stessa. Significativo in tal senso è il seguente passo della *concurring opinion*: "*Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her religious beliefs, constituting an infringement of s. 2(a).*"[241]

A differenza delle religioni monoteiste cattolica, ebraica o musulmana – difatti – numerose religioni considerano la terra stessa come sacra, dovendosi pertanto equiparare la natura ed il paesaggio incontaminato agli edifici di culto canonicamente intesi (come le chiese e le moschee) poiché parimenti considerati luogo privilegiato di manifestazione del divino[242].

[241] *Per* Moldaver and Côté JJ. , *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017.

[242] Si veda, ad esempio, Macklem, Patrick, *Indigenous difference and the Constitution of Canada,* University of Toronto Press, 2001, p.51: "While there are many distinctive Aboriginal perspectives on the significance of ancestral territory, Aboriginal relationships with land are profoundly spiritual in ways that elude non-Aboriginal ways of understanding

ISSN 2279-7238

Nel valutare tali interessi, è pertanto opportuno che i giudici tengano debitamente a mente le specificità di ogni religione, evitando un appiattimento dell'interpretazione normativa, dettata dall'influenza dei culti maggioritari, e sviluppando invece schemi ermeneutici atti a fornire protezione anche alle pratiche religiose minoritarie. Ciò chiarito, a parere dei giudici Moldaver e Côté, la connessione esistente tra la sacralità del luogo e il culto del Grizzly era ritenuta sufficiente per poter censurare una lesione del diritto alla libertà religiosa degli Ktunaxa, considerato che un'intrusione e una modificazione dello stato naturale del paesaggio sarebbero state in grado di far venir meno la valenza religiosa del territorio, andando così a svuotare di ogni significato il credo stesso. L'intervento di edificazione del *resort* sarebbe da solo bastato ad allontanare per sempre lo spirito del Grizzly Bear dalla vallata Qat'muk, andando così ad inficiare la capacità/possibilità dei membri della First Nation di praticare tale culto. Ciò che risultava lesa quindi era la possibilità per il credente di stabilire un rapporto con il divino, connessione che passava necessariamente per il legame privilegiato dello spirito del Grizzly Bear con la Jumbo Valley. Anche la seconda parte dello *standard test* finiva per apparire così soddisfatta. I due giudici sposavano pertanto una concezione maggiormente ampia di libertà di religione, atta a ricomprendere sotto l'alveo dell'art. 2(a) della Carta una moltitudine di casi e fattispecie che verrebbero altrimenti esclusi.

Del resto, tale visione non è del tutto nuova ed inesplorata nel panorama giurisprudenziale mondiale. Già nel 1987 – infatti – la Corte Suprema neozelandese, nel celebre caso "Huakina Development Trust v Waikato Valley Authority",[243] aveva riconosciuto il valore spirituale e culturale rivestito dalle acque del fiume Waikato per la popolazione Maori. Il legame esistente tra aborigeni e territorio si era rivelato fondamentale per guidare la decisione della Corte. Sulla stessa scia, l'opinione parzialmente concorrente resa dai giudici della Suprema Corte canadese sottolinea tale aspetto, per cui privando la popolazione degli Ktunaxa della piena disponibilità della Jumbo Valley sarebbe la loro stessa ancestrale cosmologia ad essere lesa.

Contrario a tale opinione è invece l'approccio assunto dai Giudici McLachlin e Rowe i quali – interpretando letteralmente l'art. 2(a) della Carta – hanno sottolineato come la previsione costituzionale sia volta alla protezione della libertà di culto e non alla salvaguardia dell'oggetto stesso di venerazione. Ancorando il sindacato giurisprudenziale alla dimensione terrena, ciò che va valutato sarebbe pertanto l'essenza e la valenza spirituale di un'azione, valutata secondo il doppio binario dell'adesione interna ad una fede e la scelta di esteriorizzarla e praticala.

Ad ogni modo, concludevano i giudici Moldaver e Côté, la decisione dell'autorità della British Columbia doveva ritenersi ragionevole, poiché fondata su di un bilanciamento proporzionato tra il diritto di cui all'art. 2(a) della Carta - vantato dai Nativi - e gli obiettivi

the environment. Aboriginal people tend to regard their relationships to land in terms of an overarching collective responsibility to cherish and protect the earth as the giver of life".

[243] High Court of New Zealand, *Huakina Development Trust v Waikato Valley Authority*, 1987, 2 NZLR 188.

ISSN 2279-7238

statutari del Ministero, ovverosia quello di disporre e di amministrare le terre della Corona in nome dell'interesse pubblico. Consegnare il potere di veto nelle mani della First Nation avrebbe compromesso tali doveri ed il mandato ministeriale stesso, inficiando sul godimento della proprietà pubblica.

Di fondo, la Corte ha finito per essere unanime, nonostante le *nuances* interpretative, aderendo all'opinione che era già stata espressa in primo grado in cui si affermava che non può essere legittimamente fatta ricadere all'interno del perimetro stretto di cui all'art. 2(a) della Carta una "perdita di significato soggettiva"[244] cui non si accompagni una coercizione o una limitazione della condotta personale. Tali costrizioni non erano ravvisabili nel caso di specie, posto che la decisione adottata dal Ministero appariva essere stata frutto del bilanciamento dei due contrapposti interessi in gioco (interesse pubblico e libertà di religione), tale per cui il diritto degli Ktunaxa non poteva dirsi violato.

Interessante è anche l'ulteriore elemento valutato dalla sola Corte di Appello della British Columbia, la quale si era interrogata circa l'eventuale perdita del significato religioso di tale credo per la comunità intera, parimenti garantita dall'art.2(a), che avrebbe potuto comportare una diminuzione della vitalità spirituale della popolazione aborigena. Tale interferenza tra sfera soggettiva e dimensione collettiva del culto non era stata però ritenuta sussistente. Viceversa, analizzando le implicazioni della pratica religiosa nella sfera pubblica, la Corte aveva ampliato l'analisi, ponendo l'accento sulla necessità di preservare la libertà di tutti i non appartenenti al suddetto gruppo religioso, il cui agire sarebbe stato limitato dal riconoscimento di un diritto di veto agli Ktunaxa sulla destinazione dei territori della Jumbo Valley. In breve, il diritto di religione degli Aborigeni non veniva interpretato in chiave positiva - come diritto all'esercizio e alla professione della propria fede - ma negativa, o meglio come limitativo e preclusivo dello sviluppo economico della zona. In ragione di ciò, le prerogative dei Nativi venivano considerate non meritevoli di protezione costituzionale.

Nel motivare la propria decisione in merito a tale primo motivo di ricorso, la Suprema Corte ha altresì ripercorso nel testo della sentenza gli approdi giurisprudenziali più significativi in materia di libertà religiosa. Capofila è sicuramente la definizione formulata dal Giudice Dickson nel celebre caso *Big M Drug Mart*[245]. Qui, l'art. 2(a) veniva posto a presidio della libertà del singolo di praticare il credo che si è scelto, di poter dichiarare liberamente ed apertamente di aderire a una determinata religione – senza paura di rappresaglie e ritorsioni – nonché il diritto di manifestare tale fede. La libertà di religione – nell'elaborazione della CSC – si compone dunque di due facce della stessa medaglia, una privata e l'altra pubblica: il diritto di credere e quello di manifestare il proprio credo. Garantendo l'esternalizzazione del foro interiore, gli unici due elementi garantiti dall'art.

[244] Paragraph 299, Chambers Judge's Decision *in Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*.
[245] Supreme Court of Canada, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985, 1 SCR 295.

ISSN 2279-7238

2(a) della Carta finiscono così per essere la libertà di aderire ad una religione e quella di praticare pubblicamente tale culto.

4. *Il paradigma della libertà religiosa tra secolarità e cultura.*

In relazione alla tematica religiosa, la sentenza qui trattata è destinata a divenire una pietra miliare della giurisprudenza canadese poiché, per la prima volta, la libertà di culto delle popolazioni indigene canadesi è stata discussa alla luce del precetto costituzionale di cui all'art. 2(a) della Carta[246]. Proprio qui si annida però quella che è stata forse un'occasione mancata dei giudici canadesi. La maggioranza della Corte non si è infatti dimostrata pronta ad accettare il fatto che l'art. 2(a) della Carta si presti ad un'interpretazione estensiva. È difatti indubbio come la natura della religione indigena sia differente da quella monoteista dominante nella cultura occidentale che riconosce e protegge come luoghi sacri gli edifici di culto canonici quali chiese e moschee ma non gli spazi naturali. Certamente i retaggi storici nazionali hanno giocato un ruolo importante. Basti pensare che, finita l'epoca coloniale, l'espansione dell'embrionico Stato canadese verso Ovest fu caratterizzata dalla messa al bando delle pratiche e dei rituali religiosi indigeni, al fine di consolidare il controllo ed il potere del Governo federale sui popoli aborigeni e – soprattutto – sui loro territori[247]. Il vero momento di svolta dal punto di vista della pluralità culturale si ebbe infatti solo molti anni dopo, nel 1982, coincidendo con l'emanazione della *Charter of Rights and Freedoms,* cui fecero seguito l'emendamento del 1983 sui diritti degli aborigeni e la possibilità per suddetti gruppi etnici di concludere trattati nonché il *Canadian Multiculturalism Act* del 1988[248].

La questione qui dibattuta assume dunque una portata culturale, dal momento che la CSC pare aver cercato di incanalare e ricondurre un'esperienza culturale differente all'interno dei binari stretti tracciati da quella dominante.

Citando le parole del Giudice Iacobucci "per poter definire la libertà di religione, ci dovremmo prima chiedere che cosa intendiamo per 'religione".[249] In generale, la religione può essere definita come quell'insieme di intime convinzioni e di pratiche che permettono al fedele di costituire una connessione con il divino, limitandoci ad indicare la dimensione prettamente individualistica del credo[250]. Arrestarsi però a contemplare una sola faccia della medaglia comporterebbe una perdita di valore della stessa esperienza religiosa. Perché infatti dal modo stesso in cui viviamo e percepiamo la religione dipende il sentirsi inclusi in e partecipi di un gruppo ben predefinito in cui riconoscersi, in altre parole, la propria appartenenza identitaria[251]. Altrimenti detto, la libertà di religione è divenuta una sorta di

[246] Newman, Dwight, Implications of the Ktunaxa Nation/Jumbo Valley Case for Religious Freedom Jurisprudence, in *Supreme Court Law Review*, 2016, 75, p. 310.
[247] Berger, Benjamin L., Freedom of Religion, in *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, 2017, p.3.
[248] Acquarone, L., Annunziata, F., Cavalieri, R., Colombo, G.F., Mazza, M., Negri, A., Passanante, L., Rossolillo, G., Sempi, L., *Sistemi giuridici nel mondo*, Giappichelli Editore, 2016, p. 214.
[249] Supreme Court of Canada, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.
[250] Kislowicz, Howard, Freedom of Religion and Canada's Commitments to Multiculturalism, in *National Journal of Constitutional Law*, 31, p.11.
[251] Ciò risulta ancora più vero nell'esperienza indigena, come rilevato da numerosi autori. Ad esempio, in Treat, James (edited by), *Native and Christian. Indigenous voices on religious identity in the United States and Canada*, Routledge, 1996, p. 31,

ISSN 2279-7238

microcosmo ove l'interesse dello Stato si scontra con l'autonomia e la libertà dell'individuo nonché con la consapevolezza che il soggetto singolo è parte di una comunità[252]. Tali agglomerati sociali si fanno fautori, in alcuni casi, di ordini normativi di stampo religioso che mirano ad essere parallele – se non superiori - alla legge generale dello Stato quando si tratta della regolamentazione di determinati interessi[253]. In questa zona grigia, non trovano spazio i meccanismi tradizionalmente adoperati per risolvere i conflitti multiculturali, quali il criterio della proporzionalità[254] o ancora la regola della "*diversity as inclusion*[255]" e si fa invece largo la sola tolleranza. Tale concetto implica però l'esistenza di un gruppo maggioritario prevalente che tollera, appunto, l'esistenza di un gruppo minoritario, con le sue pratiche ed i suoi valori, visti come l'eccezione[256]. In tali casi, infatti, i pilastri della religione minoritaria vengono giudicati utilizzando l'armamentario di valori a disposizione dell'ordine costituzionale e dei suoi sacerdoti, ovvero i giudici delle Corti Supreme, i quali però non possono che analizzare tale culto attraverso la lente della cultura maggioritaria loro propria, ovvero quella della *rule of law*[257]. In particolare, si pensi alla potenzialità ermeneutica della *equality clause,* che proibisce differenziazioni in base all'appartenenza religiosa, finendo per difendere in ultima istanza la neutralità statale. La Corte canadese ha dimostrato di avere a cuore il preservamento dell'ordine costituzionale e legale dello Stato, essendo oramai pacifica e consolidata l'opinione per cui la libertà di religione può essere legittimamente limitata se sono in pericolo la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la salute e la morale nonché i diritti fondamentali ed inviolabili altrui[258]. La giurisprudenza costituzionale funge in tal modo da argine alle obiezioni di stampo religioso che possono essere di volta in volta mosse avverso l'agenda programmatica governativa[259].

---

si legge: "Socially and spiritually, the Indian experience is a unique combination of a fierce individualism within a tightly knit and communal society". È stato inoltre sottolineato come la spiritualità aborigena sia un aspetto imprescindibile della vita comunitaria, pervadendo ogni aspetto ed ogni attività della vita quotidiana, così Paper, Jordan, Aboriginals, in Scott, Jamie S (edited by), *The Religions of Canadians*, University of Toronto Press, 2012, p.2.

[252] Berger, Benjamin L., *op. cit.,* 2017, p. 21.

[253] Hirschl, Ran and Shachar, Ayelet, The new wall of separation: permitting diversity, restricting competition, in *Cardozo Law Review*, Vol. 30:6, 2009, p.2553.

[254] Il criterio proporzionale ha assunto, infatti, un ruolo così centrale nel costituzionalismo canadese da essere stato definito da David M. Beatty "the ultimate rule of law", in Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004. Si tratta sostanzialmente di adottare un approccio volto al bilanciamento degli interessi contrapposti, focalizzandosi sull'azione che lede in maniera minore la libertà di religione e sulla valutazione circa gli effetti benefici e le conseguenze deleterie dell'azione.

[255] Dovendosi intendere con tale espressione la politica di compromesso, di adeguamento e di accettazione della diversità al fine di permettere la partecipazione dei membri che altrimenti resterebbero esclusi a causa della non-conformità alle norme sociali dominati. Si veda in tal senso, Sheppard, Colleen, Constitutional recognition of diversity in Canada*,* in *Vermont Law Review,* Vol. 30:463, 2008, pp. 463-487.

[256] Williams, Bernard, Toleration: A Political or Moral Question?, in *Diogenes,* Vo. 44:4, Winter 1996, p. 35 e inoltre Berger, Benjamin L., The Cultural Limits of Legal Tolerance, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXI, No. 2, July 2008, p.254.

[257] Berger, Benjamin L., Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, in *Supreme Court Law Review*, 2010, 51, pp. 35-36.

[258] Supreme Court of Canada, *Ross v New Brunswick School District No 15*, 1996, 1 SCR 825 at para 72.

[259] Kislowicz, Howard, The Court and Freedom of Religion, in *Supreme Court Law Review*, 2017, 78 S.C.L.R. (2d), p. 229.

ISSN 2279-7238

La questione, posta in questi termini, è certamente di non facile soluzione, neppure in un Paese – come il Canada – che ha fatto della tolleranza e della convivenza multiculturale il suo vessillo. Significativo è il fatto che, fino al 2003, la storia giurisprudenzial-costituzionale canadese non potesse annoverare casi di ricorsi religiosi avanzate da una First Nation[260]. Poiché, infondo, ciò che tali controversie vanno a questionare è la tolleranza della differenza nel caso in cui vi sia uno scontro tra diritti[261], emblemi di modi differenti di vivere e percepire la realtà.

5. I diritti fondiari aborigeni: riconoscimento vs. consultazione.

Il secondo motivo avanzato dai ricorrenti riguardava – come già prospettato – la violazione della procedura di consultazione della popolazioni aborigene di cui all'art. 35 della Costituzione canadese del 1982 che impedisce al governo canadese di interferire, ovvero di imporre un onere indebito e ingiustificato sul gruppo indigeno, limitando l'esercizio dei diritti tradizionali loro riconosciuti[262]. Nel pronunciarsi, la Corte chiarisce innanzitutto che il giudizio cui era stata chiamata riguardava non tanto la correttezza della procedura, per come si era svolta, quanto la ragionevolezza della stessa. A parere dei giudici, la limitazione della libertà religiosa degli Ktunaxa era stata contenuta nei limiti del legittimamente possibile e fondata su di un bilanciamento proporzionale degli interessi contrapposti. Il dovere di consultazione deve essere infatti inteso come strumento di garanzia dei diritti – acquisiti e non – dei membri delle First Nation canadesi, tanto da non potersi ritenere esistente un rapporto direttamente proporzionale tra la forza della richiesta avanzata (ed il suo impatto sui diritti degli aborigeni) e il dovere di portare avanti consultazioni approfondite. Deve a tale proposito ribadirsi che l'art. 35 non garantisce un obbligo di risultato quanto il mero svolgimento di un procedimento, il cui esito è però lasciato alla libera determinazione delle parti della negoziazione. L'ottenimento del consenso dei popoli consultati non deve pertanto considerarsi necessario e imprescindibile esito della procedura, essendo necessaria unicamente la loro partecipazione al tavolo delle trattative. Alcun potere di veto è perciò consegnato nelle mani degli aborigeni. Ciò diviene particolarmente vero se, come ritenuto della Corte, tale potere di veto per motivi religiosi fosse coinciso con un potere di decisione unilaterale avente ad oggetto le sorti di un determinato ambiente, quindi di fatto un potere di esclusione dei terzi dallo sfruttamento del territorio, causando una restrizione importante della gestione del bene pubblico. Consegnare una tale autorità in mano alla popolazione nativa avrebbe significato, a parere della Corte, un riconoscimento implicito del diritto di proprietà privata di tali terreni in capo agli Ktunaxa, posto che il potere di disporre anche in senso limitativo e negativo del bene risulta essere una delle caratteristiche fondamentali dei diritti reali. Vi sarebbe stato dunque

[260] Collins, Richard B., Sacred Sites And Religious Freedom On Government Land, in *Journal of Constitutional Law*, Vol. 5:2, January 2003, p. 261.
[261] Benson, Iain T., The freedom of conscience and religion in Canada: challenges and opportunities, in *Emory International Law Review*, Vol. 21, 2007, p.146.
[262] Tierney, Stephen (edited by), *Multiculturalism and the Canadian constitution*, UBC Press, 2007, pp. 171-172.

ISSN 2279-7238

un trasferimento della proprietà – da pubblica a privata – per il tramite del riconoscimento della libertà religiosa. Il risultato sarebbe quindi stato quello di un uso distorto di un'argomentazione propria del diritto costituzionale, i cui effetti si sarebbero estrinsecati nella sfera del diritto civile[263].

La differenza tra potere di veto e dovere di consultazione era peraltro già stato chiarito nel fondamentale precedente giurisprudenziale fornito dalla sentenza resa nella controversia "Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)"[264] ove la Corte all'unanimità sosteneva che: "*the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982. This process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and de facto control of land and resources that were formerly in the control of that people*"[parag. 32]. Dunque, il dovere della Corona di procedere alle consultazioni viene presentato come diretta emanazione dei diritti fondiari precedentemente riconosciuti agli Aborigeni sulle terre oggetto di controversia.

Proseguendo nella lettura del testo della *landmark decision* del 2004, il potere di veto viene inoltre esplicitamente escluso e negato, al paragrafo 48,[265] in cui i Giudici chiariscono come il consenso delle popolazioni Native possa considerarsi appropriato e dovuto solo qualora si tratti di richieste fondate e diritti consolidati. In caso contrario, l'obbligo di cui all'art.35 deve ridursi ad un processo di dare ed avere, di mera contrattazione e consultazione. Il risultato di tale *iter* non può pertanto che essere incerto, liberamente determinabile e rimesso alla volontà delle parti in causa, poste in una condizione di parità.

6. Gli aborigeni canadesi: il lungo cammino per il riconoscimento

Invero, lungo e tortuoso si è da sempre dimostrato il cammino delle minoranze aborigene verso il pieno godimento dei loro diritti. Le origini di tale lotta per il riconoscimento ha radici molto antiche nel tempo, che affondano addirittura all'epoca coloniale. Se, infatti, in

[263] Già precedentemente, peraltro, la giurisprudenza canadese non aveva esitato a ricondurre i diritti delle First Nations sulle terre da loro occupate più che alla sfera del diritto pubblico-costituzionale a quello del diritto privato. Tale concetto è stato ad esempio ben sottolineato in Havemann, Paul (edited by), *Indigenous Peoples' Rights In Australia, Canada And New Zeland*, Oxord University Press, 1999, p. 429, secondo cui: "Before the Supreme Court of Canada's judgement in Calder, Aboriginal rights were defined as 'those property rights which inure to native peoples by virtue of their occupation upon certain lands from time immemorial'. They were characterised as a 'personal und usufructuary right, dependent upon the good will of the sovereign following the 1887 decision of the Privy Council in St Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen. As Aboriginal rights were conceptualised, they protected indigenous peoples in the absolute use and enjoyment of their lands and their right to hunt so long as their activities were not inconsistent with other uses sanctioned by the Crown and they acted in conformity with legitimate regulation". Del pari si vedano, Stephenson, M. A., Resource Development on Aboriginal Lands in Canada and Australia, in *James Cook University Law Review*, 9, 21, 2002-2003, pp.37-38 e Asch, Micheal, *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, University of Toronto Press, 2014.

[264] Supreme Court of Canada, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004, 3 SCR 511, 2004 SCC 73.

[265] *Ibidem*, "This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal "consent" spoken of in Delgamuukw is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take."

ISSN 2279-7238

un primo momento, Francia e Inghilterra decisero di trattare con le popolazioni aborigene adottando canoni e parametri propri del diritto internazionale – considerando le First Nations canadesi alla stregua di vere e proprie entità nazionali – già sul finire del 1700 lo scenario si era radicalmente modificato. Con la sconfitta della Francia a seguito della Guerra dei Sette anni, l'impero inglese sempre più cercò di imporre la propria sovranità sul territorio nonché sui popoli nord americani. Seppur formalmente rispettando la sovranità e garantendo i diritti fondiari indigeni[266], i britannici celarono l'intento di conquistare un maggiore controllo coloniale sul Canada dietro lo scudo fornito da norme e trattati che apparentemente si limitavano a riconoscere i diritti degli aborigeni. Col tempo, però, tali politiche protettive consentirono alla Corona britannica di erodere sempre maggiore indipendenza e potere di autogoverno delle popolazioni indigene, limitate nel perimetro stretto dei trattati.

Su tale binario continuò poi a muoversi il neonato Governo canadese del tardo XIX secolo. Significativi in tal senso sono certamente sia il British North America Act (BNA Act) - datato 1867 - che l'Indian Act del 1876 con cui il Parlamento canadese consolidava la normativa esistente in materia di diritti indigeni e soprattutto consegnava nella mani di un Ministero a ciò deputato la disciplina totale sulle questioni aborigene. In tal modo, dunque, riconoscendo la specificità dei diritti e delle popolazioni indigene rispetto al resto della cittadinanza canadese, si istituiva legalmente un sistema di controllo sulle First Nation stesse, che risultavano private dell'autonomia originariamente loro propria[267]. Ciò divenne ancora più evidente nel momento in cui – negli anni seguenti – alla politica del *riconoscimento* si sostituì quella dell'*assimilazione*, che puntava ad un livellamento della società nordamericana e all'eliminazione delle differenze interne [268]. Il governo centrale gradualmente cominciò a devolvere alle autorità territoriali la gestione degli affari indigeni e ad incoraggiare il coinvolgimento dei membri delle First Nations al governo ed alle attività amministrative locali, in modo tale da favorire lo svilupparsi di un sentimento comunitario condiviso e largamente inteso, al di là delle barriere rappresentate dall'appartenenza socio-culturale.

Negli anni '60 del Novecento si tornò nuovamente a parlare dei diritti originari degli aborigeni con la proposta del Governo liberale - guidato da Pearson - di modifica dell'Indian Act volta a riconsegnare nelle mani delle First Nations un livello apprezzabile di autogoverno dei propri interessi. Ad ogni modo, tale proposta cadde nel nulla e la direzione adottata dal successivo Esecutivo liberale, con a capo Trudeau, effettuò invece una netta virata verso politiche assimilazioniste. Proprio in tale periodo infatti venne partorita l'idea

[266] Heinamaki, Leena, Inherent Rights of Aboriginal Peoples in Canada - Reflections of the Debate in National and International Law, in *International Community Law Review,* 8, 2006, p.160.

[267] A tale proposito, parte della dottrina ha ritenuto di poter parlare di vere e proprie politiche isolazioniste come, ad esempio, Switlo, Janice G.A.E., Modern Day Colonialism - Canada's Continuing Attempts to Conquer Aboriginal Peoples, in *International Journal on Minority and Group Rights,* 9, 2002, p. 103.

[268] Swiderski, A.L., Development planning and aboriginal rights: the case of Northern Canada, in *Progress in planning*, vol. 37, part.1, 1992, p. 29. Il riferimento a tali politiche assimilazioniste britanniche si ha altresì in Temelini, Michael, Multicultural Rights, Multicultural Virtues: A History of Multiculturalism in Canada, in Tierney, Stephen, *op. cit.*

ISSN 2279-7238

di cancellare ogni antico privilegio riconosciuto agli aborigeni, di smantellare l'apparato burocratico e legislativo a ciò dedicato (intendo sia i vari trattati sia la struttura ministeriale esistente) per finire con l'eliminazione delle riserve[269]. Tale proposta – conosciuta con il nome di "White Paper" - altro non era che il frutto di una strategia politica costruita intorno al concetto di "società giusta", ove ogni cittadino gode di uguali diritti e doveri, senza alcuna forma di discriminazione o, al contrario, di privilegio. Il progetto venne comunque ritirato, avendo incontrato l'ostilità sia delle popolazioni indigene – gelose delle prerogative loro riconosciute in base alla sola appartenenza etnico-tribale – che quella dell'opinione pubblica.

In seguito, gli anni Settanta registrarono una massiccia mobilitazione delle popolazioni indigene, le quali chiedevano a gran voce maggiore margine di autogoverno e di autonomia. Gli echi di tali istanze cominciarono a giungere anche all'orecchio della Corte Suprema Canadese a cui, nel 1973, venne sottoposto un ricorso – proposto da una First Nation - avente ad oggetto il riconoscimento di diritti fondiari sulla base del cosiddetto *Aboriginal title*, ovverosia il diritto quasi congenito degli aborigeni alla terra. Tali istanze non erano nuove nel panorama giurisprudenziale canadese, tanto che già nel 1888 i giudici[270] si erano trovati ad affrontare una questione simile, risolta individuando quale fonte di tale controverso titolo alla terra la Royal Proclamation del 1763. Con tale trattato, l'impero britannico aveva infatti riconosciuto agli indigeni il diritto alla terra da loro occupata e piena autonomia di amministrazione della stessa. Contestualmente però venne prevista una forte limitazione della capacità di disposizione in capo alle First Nations: i poteri di autogoverno riconosciuti in relazione ai fondi andavano di pari passo con il godimento e l'occupazione degli immobili in quanto gli indiani – se determinati ad alienare i loro fondi – erano di fatto obbligati a venderli esclusivamente alla Corona[271].

Tornando al 1973, nel caso *Calder*[272] i ricorrenti indiani – in assenza di fondamenti legali – dovettero basare la loro istanza su motivazioni meramente morali ed etniche. Tali ragioni vennero comunque accolte dalla Corte che per la prima volta slegò l'*Aboriginal title* dalla Royal Proclamation o altri trattati, definendo altresì il diritto fondiario aborigeno come preesistente e indipendente da qualsiasi riconoscimento esterno. I giudici esclusero la natura usufruttuaria di tali prerogative - che era stata invece paventata dal governo canadese – semplicemente dando dignità giuridica alla storia, dal momento che all'arrivo dei coloni gli

[269] Swiderski, A.L., *op. cit.*

[270] È doveroso specificarsi che il caso fu esaminato e la decisione venne assunta dal Privy Council con sede a Londra, che restò in vigore per le questioni afferenti il diritto civile fino al 1949 e per le controversie di diritto penale fino al 1933. Nel 1949 venne infatti istituita la Corte Suprema Canadese quale organo competente ad esaminare in ultimo grado di giudizio i ricorsi sorti sul territorio canadese. Dunque, all'epoca della decisione di cui in oggetto - *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen, (1888) 14 App. Cas. 46* – la competenza era ancora del Consiglio londinese.

[271] McNeil, Kent, Aboriginal Rights in Canada: From Title to Land to Territorial Sovereignty, in *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 5:253, 1998, p.254 ed inoltre Matoy Carlson, Kirsten, Does Constitutional Change Matter - Canada's Recognition of Aboriginal Title, in *Arizona Journal of International & Comparative Law,* Vol. 22, No. 3, 2005, p. 458.

[272] Supreme Court of Canada, *Calder v. Attorney General of British Columbia*, 1973, S.C.R. 313.

ISSN 2279-7238

indigeni erano già lì, "*organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means*[273]".

Suddetto *iter* argomentativo è stato definito come *approccio proprietario*, poiché fondato sui crismi del *common law*, introdotto dai coloni all'arrivo nel Nuovo Mondo. In applicazione di tali principi, infatti, già prima della proclamazione della sovranità della Corona inglese sui territori canadesi, gli indigeni abitavano determinate terre di cui deve dunque presumersi avessero il possesso che costituisce titolo all'occupazione legittima. Tale approccio, pertanto, finisce per individuare esclusivamente il titolo su cui vantare la proprietà fondiaria, senza risolvere le questioni attinenti l'amministrazione e la giurisdizione dei terreni[274].

A partire dagli anni Novanta cominciarono poi a farsi largo due altri approcci giurisprudenziali. Il primo – espressione della cosiddetta dottrina della continuità[275] - costruiva l'*Aboriginal title* utilizzando gli strumenti propri del substrato normativo preesistente, ovvero le leggi in materia di proprietà del diritto aborigeno; il secondo, invece, denominato *Territorial Aboriginal title*, ampliava ulteriormente il ragionamento. Secondo tale teoria, infatti, il diritto vantato dalle First Nations sulle terre da loro occupate non può esaurirsi in un discorso sulla proprietà, dovendosi piuttosto declinare quale potere di giurisdizione e di governo autonomo su tali fondi. Questo secondo approccio è stato adottato in particolare nella *landmark decision* del 1997 *Delgamuukw v British Columbia*[276] con cui la Corte Suprema chiaramente stabiliva che: "*The source of aboriginal title appears to be grounded both in the common law and in the aboriginal perspective on land; the latter includes, but is not limited to, their systems of law. It follows that both should be taken into account in establishing the proof of occupancy*[277]".

Del resto, la giurisprudenza non poteva rimanere immune e indifferente ai cambiamenti che erano avvenuti a livello costituzionale. La questione aborigena aveva fatto ingresso nella Costituzione canadese del 1982, con l'approvazione degli artt. 25[278] e 35[279]. Con il primo, i diritti indigeni – propri di un gruppo distinto e specifico esistente all'interno del popolo canadese - venivano preservati da ogni istanza egualitaria. In buona sostanza, l'art. 25 garantisce i diritti speciali riconosciuti alle First Nations, instituendo una sorta di *reverse discrimination*, o discriminazione positiva, a livello costituzionale. L'art. 35 è maggiormente afferente all'annosa controversia del titolo alla terra degli aborigeni, riconoscendo formalmente e dotando di protezione costituzionale l'*Aboriginal title*[280].

---

[273] *Ibidem*.
[274] McNeil, Kent, Aboriginal Title in Canada: Site-Specific or Territorial?, in *La Revue Du Barreau Canadien*, Vol. 91, 2012, p. 745-761.
[275] *Ibidem*.
[276] Supreme Court of Canada, *Delgamuukw v British Columbia*, 1997, 3 SCR 1010.
[277] *Ibidem*.
[278] Section 25: "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada, including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that may be acquired by the aboriginal peoples of Canada by way of land claims settlement".
[279] Vedi sopra, nota 7.
[280] Matoy Carlson, Kirsten, *op. cit.*

ISSN 2279-7238

Nonostante gli sviluppi normativi, però, difficoltà nel riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene canadesi – come emerge dal caso Ktunaxa – paiono persistere. Esse sono state in parte ricondotte alla vaghezza terminologica e alla scarsa precisione lessicale del legislatore. Parlando genericamente di "ogni diritto e libertà" l'art. 25 si presta, infatti, a plurime letture differenti nonché contrastanti, a seconda che ci si riferisca ai diritti ritenuti esistenti piuttosto che a quelli formalmente riconosciuti, variabili in base all'interprete[281]. Numerosi e frequenti sono ad esempio gli scontri tra Parlamento e capi indiani sul riparto di competenze e poteri loro attribuiti.

Non è mancato chi ha ricondotto il persistere di tali problematiche alla natura stessa della Costituzione canadese. La Carta fondamentale del 1982 è indubbiamente un prodotto del positivismo britannico, per cui il potere governativo è incentrato nelle mani della Corona da cui si promana sul territorio, esercitato dai governi locali e dagli organi delegati. Tale forma di governo pare però cozzare con la presenza delle First Nations e, in particolare, con il loro diritto all'autodeterminazione e all'autogoverno, non essendo un'emanazione della Corona. Tali diritti, infatti, seppur non tendenti all'autonomia ma operanti nel perimetro tracciato dal dettato costituzionale, derivano da una fonte diversa, o meglio debbono considerarsi diritti innati delle popolazioni aborigene, direttamente collegati con le tradizioni e i costumi propri di un determinato gruppo sociale. Il diritto aborigeno rifugge e sfugge dunque dall'ordinamento normativo, così come previsto in Costituzione, non basandosi su leggi scritte e dando prioritaria importanza ai valori e ai principi[282]. La soluzione parrebbe dunque quella di ripensare l'intero impianto costituzionale canadese, aprendo al cosiddetto modello organico, in continua evoluzione e mai statico, adottando una pluralità di fonti di diritto e di autorità, tutte intercambiabili e poste sullo stesso piano.

7. Aspetti corollari del ricorso

Volgendo ora nuovamente lo sguardo alla sentenza di cui in oggetto, la Corte si sofferma inoltre ad evidenziare una discrasia tra il contenuto della richiesta avanzata dagli Ktunaxa e la sede giudiziale prescelta. I ricorrenti avevano infatti chiesto null'altro che un controllo giurisdizionale su di una decisione amministrativa, al fine di vedersi riconosciuto il proprio diritto a preservare un sito naturale a loro sacro. La CSC negava però tale tipo di sindacato, sostenendo che i diritti aborigeni dovessero essere provati tramite un'istruttoria giudiziaria da compiersi nel corso di un processo ordinario, che non poteva invece trovare spazio - in via incidentale - in un procedimento incentrato sull'adeguatezza amministrativa delle consultazioni svolte e dell'accordo raggiunto ex art. 35 della Costituzione. In buona sostanza, la Corte spostava il focus interpretativo della richiesta avanzata dai rappresentanti

[281] Sanders, Douglas, The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada, in *La Revue Du Barreau Canadien*, Vol. 61, 1983, p. 326 nonché in Stuart, Jessica, Aboriginal Rights & Treaty Research in Canada, in *Canadian Law Library Review*, Volume 42, No. 3, 2017, p.15.

[282] Brian Slattery, The Organic Constitution: Aboriginal Peoples and the Evolution of Canada, in *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, No.1, 1995, p.111 ed anche in Asch, Michael (edited by), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, UBC Press, 2002, p.15.

ISSN 2279-7238

della First Nation dal significato al significante, dal contenuto al mezzo. Il Ministero della British Columbia dunque non poteva essere chiamato – al termine della contrattazioni - a pronunciarsi sull'esistenza o meno di un diritto della popolazione aborigena non univocamente ritenuto esistente, essendo chiamato unicamente a valutare la fondatezza *prima facie* della rivendicazione avanzata in sede di consultazione per poterla bilanciare[283] con gli interessi opposti ai fini della decisione finale. Nel caso di specie, i diritti reclamati dagli Ktunaxa apparivano, invece, agli occhi della Corte, come non provati e incerti[284]. Le autorità locali infatti avevano definito "debole" la richiesta avanzata, poiché non suffragata da sufficienti mezzi di prova in merito al culto del Grizzly Bear ed al suo essere parte integrante della cultura degli Ktunaxa. Per di più, tale credo era risultato sconosciuto a numerosi membri della comunità poiché tramandato da e tra alcuni eletti – definiti Custodi della Conoscenza – e non si aveva notizia di particolari pratiche religiose aventi luogo proprio nella vallata della Qat'muk. La fondatezza del diritto reclamato si basava dunque esclusivamente sulle affermazioni dei rappresentanti aborigeni.

A fronte della mancata conoscenza di tali riti da parte di ampie frange della First Nation e una volta chiarito che gli Ktunaxa si sarebbero ritenuti soddisfatti solo a seguito dell'abbandono totale del progetto di edificazione del *resort*, il Ministero della British Columbia si era trovato di fronte ad un bivio: riconoscere implicitamente agli Aborigeni un potere di veto basato su di una libertà di religione non riconosciuta nella sua essenza ovvero far prevalere gli interessi pubblici di sviluppo della proprietà pubblica. Avendo deciso di perseguire questa seconda via, la decisione adottata non poteva che dirsi ragionevole e quindi correttamente adottata, nel rispetto del dovere di consultazione di cui all'art.35. Il Ministero risultava infatti avere adeguatamente considerato il contenuto della richiesta degli Ktunaxa, come provato dalla durata delle trattative – protrattesi per molti anni – nonché dalle concessioni accordate e dai cambi fatti al progetto iniziale.

[283] Si fa qui riferimento al cosiddetto "*balancing approach*" elaborato dalla giurisprudenza canadese secondo cui, nel valutare eventuali restrizioni a diritti riconosciuti, la Corte è chiamata a "decidere – nell'ambito di un conflitto tra diritti garantiti nella Carta e perseguimento di obiettivi governativi parimenti legittimi (o presunti tali dai proponenti) – quale interesse è maggiormente meritevole di tutela. Lo schema interpretativo si basa su quattro successivi criteri: 1) l'obiettivo che si vuole perseguire mediante la limitazione di un diritto deve essere di sufficiente importanza; 2) deve esistere una connessione razionale tra lo scopo che la legge vuole perseguire ed il contenuto della normativa stessa; 3) la limitazione deve essere necessaria al conseguimento dell'obiettivo e deve procurare la minore restrizione possibile all'esercizio del diritto; 4) gli effetti della limitazione del diritto non devono essere sproporzionati rispetto allo scopo che la legge vuole perseguire.", così spiegato in Rolla, Giancarlo (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Giuffré, 2000, p.100.

[284] *Haida Nation v. British Columbia*, [parag. 37] "There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong prima facie case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty."

ISSN 2279-7238

Per tutte queste ragioni, la Corte riteneva non violato l'art. 35 della Costituzione (ovvero il corollario dovere della Corona di procedere a consultare le popolazioni Aborigene in caso di potenziale lesione dei loro diritti fondiari) e parimenti non lesa la libertà di religione dei ricorrenti in base all'art. 2(a) della Carta a fronte del mancato soddisfacimento dell'Amselem test. Il ricorso veniva pertanto rigettato.

8. Conclusioni

In conclusione, con tale sentenza, la Corte Suprema Canadese, messa di fronte al dilemma multiculturale, pare aver sposato maggiormente quelle tecniche dichiaratamente volte al perseguimento dell'interesse pubblico, ovvero maggioritario. Ad ogni modo, ciò che pare messo in discussione è proprio la neutralità della legge, rivelatasi valevole a pieno soltanto all'interno dell'omogeneo gruppo maggioritario. Le Corti paiono infatti fallire nella protezione dei diritti dei gruppi minoritari, portatori di valori differenti, nel momento in cui rifiutano di liberarsi di una concezione della legge culturalmente orientata [285], che difficilmente sarà in grado di rivolgersi alla totalità della popolazione. Da generale e universale, garante del principio dell'uguaglianza, la legge si fa invece particolare, nel momento in cui la sua portata interpretativa e applicativa viene limitata dalla prospettiva culturale del suo interprete. Quello che viene spesso definito come "neutrale" si rivela essere, al contrario, fautore di posizioni religiose implicite[286], così endemiche e assimiliate da non essere più nemmeno riconosciute come tali. In particolare, visioni contrapposte della realtà finiscono in fondo per riprodurre teorie religiose differenti,[287] applicandole agli ambiti più disparati, dalla morale alla legge.

Quando si tratta di scandagliare la libertà di religione, intesa non come libera esternazione del proprio credo interiore quanto del diritto a reclamare modi diversi di percepire l'esperienza religiosa e di vivere quotidiano, il pluralismo culturale giuridico "alla canadese" sembra dunque entrare in crisi. La stessa formulazione offerta da Kymlicka della tolleranza sembra non funzionare, poiché fondata sull'assunto per cui vi è sempre un prestabilito ordine culturale – posto al di fuori dell'arena multiculturale - il quale stabilisce i confini della tolleranza, essendo preservato dalla contestazione e dalla confutazione.

Nella sentenza *Ktunaxa Nation v. British Columbia* la Corte Suprema Canadese non si è infatti trovata di fronte alla richiesta di un permesso o di una concessione, risolvibile facendo ricorso alla tolleranza ed alla proporzionalità, quanto ad una rivendicazione sostanziale di riconoscimento di un'esperienza culturale – prima ancora che religiosa – differente da quella maggioritaria. A fronte di tali nuove istanze, la soluzione potrebbe risiede nella continua rinegoziazione tra le parti di un duttile e cangiante paradigma religioso, piuttosto che nell'ostinata volontà di convogliare esperienze differenti in paradigmi statici e prestabiliti che tendono all'universalità, senza però riuscirvi.

---

[285] Bakht, Natasha and Collins, Lynda, *The Earth is Our Mother: Freedom of Religion and the Preservation of Aboriginal Sacred Sites in Canada*, Working Paper Series, WP 2016-24, June 2016.
[286] Benson, Iain T., Notes towards a (re)definition of the "secular", in *U.B.C. Law Review*, 33:3, 2000, p.521.
[287] *Ibidem*, p. 541.

ISSN 2279-7238

"If religion perishes in the land, truth and justice will also. We have already strayed too far from the faith of our fathers. Let us return to it, for it is the only thing that can save us.[288]*"*

[288] Denning, A., *The Changing Law*, London, Stevens & Sons Ltd., 1953, p.99.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Libertà di religione e limiti alla tutela del pluralismo culturale. La leitkultur nella Germania multiculturale*

di Andrea De Petris**

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Blasfemia e valori costituzionali. – 1.1. Libertà di espressione. – 1.2. Libertà di espressione artistica (*Kunstfreiheit*). – 1.3. Libertà religiosa. – 2. Blasfemia e disciplina legislativa. – 2.1. La disciplina penalistica. Blasfemia contro confessioni religiose o associazioni ideologiche (§ 166 Codice Penale). – 2.2. Incitazione all'odio (§ 130 i.c.d. con § 185 ss. Codice Penale). – 3. Blasfemia e libertà di opinione nella giurisprudenza tedesca. – 3.1. La stampa del Corano su rotoli di carta igienica. – 3.2. L'immagine di un maiale inchiodato su una croce. – 3.3. La descrizione della chiesa cattolica come «setta di stupratori di bambini» (*Kinderficker-Sekte*). – 3.4. Interventi nell'ambito di manifestazioni pubbliche. – 3.5. La rappresentazione teatrale «La Sindrome di Maria» (*Das Maria-Syndrom*). – 3.6. La rappresentazione teatrale «*Golgota Picnic*». – 3.7. L'esposizione in pubblico delle vignette su Maometto. – 4. Il dibattito dottrinale. – Osservazioni conclusive.

Introduzione

Il conflitto che abitualmente si instaura in presenza di atti accusati di blasfemia non trova una semplice soluzione negli schemi abituali propri della dogmatica dei diritti fondamentali. Il tipico dualismo di matrice liberale tra Stato e sfera privata, nel quale si inseriscono appunto i diritti fondamentali con la loro funzione di garanzia, pone non solo il problema di determinare se e in quale misura lo Stato possa interferire nei diritti di libertà degli individui interessati da specifiche vicende contingenti, ma anche quello di stabilire se e in quale misura esso debba agire per assolvere al proprio obbligo di tutela giuridica, in un contesto in cui il conflitto sorge non a causa dell'intervento del potere pubblico, ma da una reale o presunta sopraffazione da parte di soggetti privati. In una disputa incentrata su un'accusa di blasfemia, infatti, entrambe le parti invocano il rispetto di un proprio diritto fondamentale: il diritto alla libertà di opinione, di manifestazione del pensiero o di espressione artistica da parte di una, la libertà religiosa da parte dell'altra.

Sembra in questo caso ricrearsi il classico triangolo tra Stato, prevaricatore e vittima: il problema, nel caso di specie, è stabilire chi sia il prevaricatore e chi la vittima. E' prevaricatore l'autore della vignetta satirica che offende la sensibilità religiosa del credente musulmano, o lo è il fanatico che minaccia ritorsioni nei confronti dell'autore della caricatura? E' vittima colui che deve sopportare un'offesa nei confronti di ciò che per lui è

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatore di Diritto Costituzionale, Università Giustino Fortunato di Benevento.

ISSN 2279-7238

sacro, o lo è colui che deve temere per la propria sicurezza in conseguenza di un'opinione manifestata sotto forma di espressione satirica[1]?

E' del tutto evidente che non è possibile individuare una risposta univoca e definitiva ad una problematica del genere, e ciò mette in discussione in primo luogo il ruolo che lo Stato è chiamato a svolgere a riguardo. Ogni assetto giuridico di democrazia consolidata ha cercato in tempi più o meno recenti di approntare strumenti normativi capaci di regolare adeguatamente le citate fattispecie, e nelle pagine che seguono questo contributo tenterà di fornire un quadro auspicabilmente esaustivo delle soluzioni individuate nell'ordinamento tedesco.

Nella Repubblica Federale Tedesca la disciplina dei comportamenti considerati blasfemi e le offese alla religione ha ricevuto una rinnovata attenzione sia sul piano giuridico che sociale con la pubblicazione delle vignette su Maometto. A queste sono seguite infatti nel corso del 2012 manifestazioni anti-islamiche da parte di movimenti di estrema destra radicale nei pressi di moschee, nelle quali venivano mostrate con intento polemico riproduzioni delle vignette citate, come quella del movimento PRO DEUTSCHLAND a Berlino[2] e dell'omologo PRO-NRW a Bonn[3]. Non sono mancate azioni provocatorie nei confronti della religione cattolica, come la pubblicazione sulla copertina del nr. 7/2012della rivista satirica «Titanic» una immagine molto discussa dell'allora Papa Benedetto XVI[4]: le autorità competenti della chiesa cattolica tedesca chiesero in un primo momento il sequestro preventivo della rivista al tribunale ordinario di Amburgo, per poi ritirare il ricorso in un secondo momento[5]. Allo stesso modo, si sono registrati episodi in cui esponenti islamici tedeschi hanno richiesto l'intervento delle autorità giudiziarie per azioni ritenute offensive verso seguaci della religione musulmana[6], e di recente, il caso di un video musicale considerato blasfemo nei confronti di simboli della religione cattolica[7].

---

[1] J. ISENSEE, *Blasphemie und säkularer Staat*, in T. Laubach (Hrsg.), Kann man Gott beleidigen? Zur aktuellen Blasphemie-Debatte, Freiburg, 2013, 193-216.

[2] F. GHELLI, *Große Aufregungumden Islam – kleiner Auftritt*, in Zeit.de, 20.8.2012, http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-08/islamkritiker-pro-deutschland (ultima visita: 13.3.2018).

[3] Nell'occasione, ad una manifestazione anti-islamica del PRO-NRW rispose una contro manifestazione di islamici salafiti che degenerò dando luogo a gravi atti di violenza di massa, rendendo necessario un forte impiego di uomini e mezzi delle forze di pubblica sicurezza per riportare l'ordine in città, v. *"Eine Explosion der Gewalt, die wir lange nicht erlebt haben"*, in www.sueddeutsche.de 6.5.2012, http://www.sueddeutsche.de/politik/eskalation-zwischen-salafisten-und-rechten-pro-nrw-aktivisten-eine-explosion-der-gewalt-die-wir-lange-nicht-erlebt-haben-1.1349490 (13.3.2018)

[4] Nell'immagine in questione il Pontefice compariva vestito con il canonico abito bianco, con una evidente macchia gialla sul davanti ed una bruna sul retro, accompagnato dalle scritte «*Halleluja im Vatikan – Die undichte Stelle ist gefunden!*» (Alleluja in Vaticano – trovata la falla), ironizzando sulle vicende delle informazioni riservate rese pubbliche da fonti anonime. L'immagine è rinvenibile qui: http://www.titanic-magazin.de/postkarten/karte/halleluja-im-vatikan-die-undichte-stelle-ist-gefunden-072012-15841/ (13.3.2018)

[5] LG Hamburg, decisione del 10.07.2012 – 324 O 406/12.

[6] E' il caso del pensionato 61enne del *Münsterland*, che ne 2006 inviò a 22 moschee, a rappresentanti di organizzazioni culturali islamiche e a reti televisive rotoli di carta igienica riportanti la scritta stampata «*Koran, der heilige Koran*» (Corano, il sacro Corano), finendo per essere condannato dal tribunale di Lüdinghausen ad un anno di reclusione con la condizionale e 300 ore di servizi sociali, v. *Urteil: Ein Jahr Bewährung für Koran auf Klopapier*, in Spiegel.de 23.2.2006, in http://www.spiegel.de/panorama/urteil-ein-jahr-bewaehrung-fuer-koran-auf-klopapier-a-402647.html (13.3.2018)

[7] Il riferimento è al video rap della canzone *«Dunk den Herrn!»* (ringrazia il Signore) diffuso nel 2013, nel quale l'attrice comica Carolin Kebekus compariva vestita da suora, leccando lascivamente un crocifisso, nei cui confronti erano stati presentati diversi ricorsi all'autorità giudiziaria da parte di privati cittadini, v. *Staatsanwaltschaft prüft Kebekus' Kirchen-Satire*,

ISSN 2279-7238

Alcuni dei casi citati hanno dato luogo a deliberazioni giurisprudenziali nelle quali sono state sviluppate altrettante interpretazioni ed applicazioni delle disposizioni costituzionali e legislative relative al rapporto tra libertà di espressione e libertà religiosa. Il presente lavoro si divide in quattro parti: nella prima, articolata per facilità di esposizione in due sezioni, vengono illustrate le fonti normative che regolano la tematica della blasfemia in Germania, da quelle di carattere costituzionale, illustrate nella prima parte, a quelle legislative ordinarie, descritte nella seconda, con particolare attenzione alla disciplina penalistica; nella terza parte verranno analizzati nel dettaglio i casi giurisprudenziali aventi ad oggetto vicende legate alla blasfemia, a cui si è già accennato più sopra nell'introduzione, al fine di verificare come il potere giudiziario ha inteso interpretare la disciplina in materia; nella quarta parte si dà infine conto del dibattito dottrinario che l'argomento ha suscitato nel panorama tedesco, soprattutto alla luce delle citate reazioni seguite alla vicenda delle vignette satiriche su Maometto pubblicate in Danimarca. Il contributo si chiude con brevi conclusioni riassuntive sulle peculiarità della questione della blasfemia nel quadro tedesco attuale, con i dovuti richiami al rapporto che l'argomento in esame sviluppa con le tematiche proprie del dibattito della cd. *Leitkultur* nel contesto politico, sociale e culturale della Repubblica Federale di Germania.

1. Blasfemia e valori costituzionali

In questo paragrafo vengono richiamati i diritti costituzionali tutelati nell'ordinamento tedesco coinvolti nei casi di presunta blasfemia. Ai due poli opposti delle vicende in questione si pongono da un lato la libertà di manifestazione del pensiero in senso generale (Art. 5 I 1 Legge Fondamentale – LF) e la libertà di espressione artistica (Art. 5 III 1 LF), mentre dall'altro spicca la libertà di coscienza e di professione religiosa (Art. 4 I 2 LF).

1.1. Libertà di espressione

In materia di libertà di espressione, l'Art. 5 I 1 della Legge Fondamentale riconosce ad ogni persona fisica «[il] diritto di esprimere e diffondere liberamente le sue opinioni con parole, scritti e immagini, e di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti», precisando poco oltre (Art. 5 I 3) che «non si può stabilire alcuna censura»[8]. Riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero, il Tribunale Costituzionale federale ha precisato come questa rappresenti un elemento costitutivo dell'ordinamento liberale democratico, in quanto assicura quel «libero confronto delle idee e degli interessi che risulta indispensabile per il funzionamento dell'ordinamento statuale»[9]; contestualmente, la Suprema Corte di

welt.de 18.6.2013, in http://www.welt.de/regionales/koeln/article117233253/Staatsanwaltschaft-prueft-Kebekus-Kirchen-Satire.html (13.3.2018)

[8] La libertà di manifestazione del pensiero si applica anche alle persone giuridiche nazionali, nella misura in cui essa sia applicabile anche a queste ultime, v. Art. 19 III LF.

[9] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 9/57 del 25.1.1961.

ISSN 2279-7238

Karlsruhe ha evidenziato come accanto alla dimensione «democratico/sociale» della libertà di manifestazione del pensiero, l'ordinamento riconoscaun'accezione altrettanto meritevole di tutela per l'esercizio della personalità del singolo individuo[10].

Sebbene il dettato costituzionale faccia riferimento a «parole, scritti ed immagini», è ormai acclarato che tale elenco non possa considerarsi esaustivo e che la tutela della libertà di manifestazione del pensiero si estenda ad ogni altra forma atta a consentirne l'esercizio[11].

Le opinioni vanno distinte dai fatti, come le citazioni di dati statistici, i quali non rientrano nella tutela statuita dall'art. 5 LF fin quando non vengano utilizzate come fondamento dell'opinione espressa, in una correlazione così stretta che non si possa distinguere tra elemento fattuale oggettivo e convinzione individuale[12]. La tutela della libertà di espressione si estende anche alla formulazione di domande, sebbene a riguardo la giurisprudenza distingua tra domande in senso proprio e domande retoriche[13]: le prime non rappresentano l'espressione di un'opinione, ma contribuiscono alla creazione di un'opinione che può a sua volta essere espressa[14], e quindi rientrano nella sfera di tutela dell'art. 5 I LF allo scopo di garantire il processo di comunicazione nel suo complesso[15]; le seconde vengono invece considerate non come domande in senso proprio, ma come forma retorica di espressione di un'opinione, e rientrano nell'ambito di protezione dell'art. 5 II LF nella misura in cui il loro contenuto non esprime un dato di fatto oggettivo, ma la manifestazione di un giudizio di valore[16]. Lo stesso articolo, infine, protegge la cd. libertà di opinione negativa, consistente nella facoltà di astenersi dal manifestare il proprio pensiero[17].

Anche nell'ordinamento tedesco la libertà di manifestazione del pensiero incontra una serie di vincoli: già il secondo comma del citato art. 5 della Legge Fondamentale pone infatti una serie di riserve di legge a riguardo[18], inerenti ad interessi giuridici differenti capaci di sovrapporsi e in alcuni casi anche di entrare in conflitto tra loro[19]. Le limitazioni più consistenti, ad ogni modo, sono quelle che provengono dalla legislazione ordinaria generale: ad ogni modo, si tratta di leggi che non intervengono espressamente in limitazione della libertà di espressione in quanto tale, o contro determinate opinioni, ma che operano a protezione del bene oggetto della tutela giuridica disciplinata[20].

---

[10] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 71/73 del 28.4.1976.
[11] Cfr. JARASS, in Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 11. Ed., 2011, Art, 5, Rn. 7.
[12]Bundesverfassungsgericht 1 BvR 434/87 dell'11.1.1994.
[13] Il Tribunale Costituzionale federale ha chiarito a riguardo che la distinzione debba effettuarsi in base al contesto e alle circostanze in cui la domanda viene posta, cfr. Bundesverfassungsgericht 1 BvR 221/90 del 9.10.1991, Rn. 46.
[14] P. M. SCHMITT, *Meinungsfreiheit und Religion im Spannungsverhältnis. Eine Rechtsvergleichende Untersuchung Zwischen Deutschland, Malaysia und den USA*, Wiesbaden, 2016, 11.
[15] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 221/90 del 9.10.1991, Rn. 44.
[16] Id., Rn. 45.
[17] Bundesverfassungsgericht 2 BvR 1915/91 del 22.1.1997, Rn. 47.
[18] «Questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona.»
[19] Così SCHEMMER, in Epping/Hillgruber, *Beck'scher Online-Kommentar GG*, 17. Ed., Art. 5, Rn. 113.
[20] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 1072/01 del 24.5.2005, Rn. 59; similmente già Bundesverfassungsgericht 1 BvR 400/51 del 15.1.1958, Rn. 35.

ISSN 2279-7238

In secondo luogo, l'art. 5 della Legge Fondamentale prevede nel II paragrafo una specifica limitazione della libertà di espressione a protezione della gioventù e del diritto al rispetto dell'onore della persona. Nel primo caso, si tratta di un limite che trova ulteriori conferme di rango costituzionale negli artt. 6 II 1[21] e 1 I[22] in combinato disposto con l'art. 2 I LF[23]: l'oggetto delle norme legislative che si basano sul citato coacervo di disposizioni costituzionali consiste nella difesa di uno sviluppo della gioventù libero e protetto da possibili pericoli e minacce. Il Tribunale Costituzionale federale individua detti pericoli in qualsiasi espressione diffusa sotto forma di stampa, contenuto sonoro o visivo che inneggi a comportamenti violenti, provochi l'odio razziale, glorifichi la guerra o rappresenti in modo volgare atti sessuali, provocando in questo modo uno sviluppo profondamente scorretto o non più correggibile delle giovani generazioni[24]. Sotto questo punto di vista, quindi, una legge sulla protezione dei giovani deve da un lato rispettare l'importanza fondamentale dei diritti garantiti nell'art. 5 I LF per l'esistenza dell'ordinamento costituzionale liberale democratico, e dall'altro garantire l'osservanza del principio di proporzionalità[25]. Lo stesso articolo, inoltre, può incontrare restrizioni in provvedimenti legislativi aventi ad oggetto la tutela dell'onore della persona, che al pari della tutela delle giovani generazioni detiene rango costituzionale in quanto parte integrante dei diritti della personalità[26].

L'ultima frase dell'art. 5 I LF sancisce un assoluto divieto di ricorso alla censura, da intendersi come misura preventiva intesa a limitare la realizzazione o la diffusione di un'opera dell'ingegno, in particolare rendendone il contenuto dipendente da una verifica preventiva ed una conseguente autorizzazione da parte di autorità specificamente preposte a questo scopo[27].

1.2. Libertà di espressione artistica (*Kunstfreiheit*)

Il libero esercizio dell'espressione artistica, già disciplinato nella Costituzione di Weimar del 1919, è regolato nell'art. 5 III 1 LF[28], il quale riconosce la titolarità del citato diritto fondamentale sia alle persone fisiche che a quelle giuridiche, nonché alle associazioni di

[21] «La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un loro precipuo dovere.»
[22] «La dignità dell'uomo è intangibile.»
[23] «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale.»
[24] Bundesverfassungsgericht 1 BvL 25/61 del 23.3.1971, Rn. 35.
[25] Id.
[26] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 185/77 del 3.6.1980, Rn. 14.
[27] Così HERZOG in Maunz/Dürig, integrazione del 2012 al Grundgesetzkommentar, 66. Ed., Art. 5 I, II, Rn. 298. V. anche Bundesverfassungsgericht 1 BvL 13/67 del 25.4.1972, Rn. 71 ss.
[28] Da notare come le due disposizioni costituzionali, soprattutto nella prima parte, presentino contenuti pressoché identici: mentre l'art. 142 della *Weimarer Reichsverfassung* recita «L'arte, la scienza e i loro rispettivi insegnamenti sono liberi. Lo Stato ne protegge la libera esplicazione e contribuisce al loro sviluppo», l'art. 5 III 1 *Grundgesetz* dichiara: «L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi. La libertà d'insegnamento non dispensa dalla fedeltà alla Costituzione.»

ISSN 2279-7238

persone che pongano in essere atti protetti dalle disposizioni in questione[29]. Rientrano in queste fattispecie tanto l'opera d'arte (*Werkbereich*) che la sfera di influenza (*Wirkbereich*) estrinsecata attraverso il processo artistico/creativo, di modo che è corretto sostenere che la tutela costituzionale in questione non riguardi solo l'attività dell'artista in quanto tale, ma si estenda anche all'operato delle persone che offrono, diffondono e trasmettono l'opera d'arte[30]. Per delimitare la sfera di applicazione della libertà costituzionale in oggetto è determinante la definizione di arte, e di opera d'arte. Sebbene la stessa Suprema Corte di Karlsruhe abbia evidenziato la profonda difficoltà di delimitare la materia in modo chiaro e compiuto, nella sua giurisprudenza ha individuato tre diverseaccezionidel concetto di arte: una materiale, una formale ed una "aperta"[31]. A questo riguardo, l'elemento decisivo consiste nella differenziazione tra "Arte" e "Non arte", ciò che esclude qualsiasi valutazione di carattere contenutistico, ovvero qualsiasi distinzione tra un'opera d'arte di "alto" o "basso" livello, di "buona" o "cattiva" fattura, e che in base a tale classificazione risulti degna di una tutela minore, o non ne meriti affatto[32]. Un elaborato artistico può, pertanto, prevedere anche l'utilizzo di elementi pornografici, o l'impiego di espressioni volgari o triviali[33]. Il Tribunale Costituzionale federale descrive l'accezione materiale del concetto di arte in questo modo: «L'elemento sostanziale dell'attività artistica consiste nella libera opera creativa, nella quale le impressioni, le esperienze, le conoscenze dell'artista vengono poste in immediata evidenza attraverso lo strumento di un determinato linguaggio espressivo»[34]. Secondo questa definizione, emerge una concezione dell'opera artistica nella quale interagiscono contestualmente processi consapevoli ed inconsapevoli, inscindibili in modo razionale, nei quali l'intuizione, la fantasia, la stessa concezione personale di arte concorrono alla realizzazione del prodotto artistico: un prodotto che è non una mera comunicazione, ma piuttosto l'espressione più diretta della personalità dell'artista[35].

Secondo la sua accezione formale, che si fonda invece sull'attività e sui risultati dell'attività artistica, si avrebbe arte quando «ad un'osservazione formale e tipologica risulterebbe verificata la presenza le caratteristiche proprie di una determinata tipologia di opera»[36].

Infine, secondo l'accezione "aperta" di arte si sarebbe in presenza di un'espressione artistica quando «a causa della pluralità dei suoi contenuti, sia possibile attribuire alla rappresentazione dei significati di sempre più ampia portata grazie ad una sua sistematica interpretazione, di modo da crearsi una inesauribile e pluridimensionale trasmissione di

[29] JARASS, in Jarass/Pieroth, *Grundgesetzkommentar*, 2011, Art 5, Rn. 108.
[30] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 2501/04 del 27.7.2005, Rn. 23. La tutela ricomprende anche la diffusione a scopo commerciale di opere d'arte, come nel caso di case editrici, v. Bundesverfassungsgericht 1 BvR 435/68 del 24.2.1971, Rn. 53. Cfr. anche P. M. SCHMITT, *op. cit.*, 18.
[31] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 816/82 del 17.7.1984, Rn. 34 ss.
[32] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 313/85 del 3.6.1987, Rn. 18.
[33] BETHGE, in Sachs, Grundgesetzkommentar, 2011, Art. 5 Rn. 187.
[34] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 435/68 del 24.2.1971, Rn. 48.
[35] KEMPEN, in Epping/Hillgruber, *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 1.1.2013, Art. 5 Rn. 159.
[36] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 816/82 del 17.7.1984, Rn. 36.

ISSN 2279-7238

informazioni»[37]. La giurisprudenza costituzionale ha inoltre specificato che in caso di sovrapposizione tra libertà di espressione e libertà di opera artistica, la seconda riceve una posizione prevalente in quanto *Lex Specialis* ai sensi dell'art. 5 I 1 LF[38].

Per quanto attiene alle possibili restrizioni, il testo dell'art. 5 I 1 LF sancisce la piena libertà dell'attività artistica senza limitazioni di sorta, al punto che la dottrina esclude che ad essa possano applicarsi i vincoli previsti dal citato art. 5 II LF[39]. Di contro, è possibile che, come per le altre libertà di rango costituzionale, anche quella relativa all'esercizio dell'attività artistica incontri limitazioni nei casi di un suo possibile conflitto con altri diritti garantiti a livello costituzionale, secondo la ben nota teoria della *Drittwikrung* e della conseguente necessità di procedere ad azioni di bilanciamento in sede giurisprudenziale[40].

L'esercizio della libertà artistica può abitualmente entrare in contrapposizione con il generale diritto allo sviluppo della personalità individuale[41], alla protezione dei giovani[42], o al generale dovere di protezione della dignità umana[43]. I Supremi Giudici di Karlsruhe hanno precisato che, nel bilanciamento che tali contrapposizioni possono rendere necessario, l'intervento del potere pubblico va tanto più limitato quanto più esso investe il nucleo sostanziale della libertà di espressione artistica e la sua stessa realizzazione, da cui si può concludere come l'ambito di tutela della libertà in oggetto investa molto più l'opera d'arte in quanto tale (*Werkbereich*) che non l'effetto (*Wirkbereich*)che essa è in grado di produrre nella sfera pubblica[44].

1.3. Libertà religiosa

La libertà religiosa è sancita nei parr. I («La libertà di opinione, di coscienza e la libertà di confessione religiosa e ideologica sono inviolabili») e II («È garantito il libero esercizio del culto») dell'art. 4 della Legge Fondamentale. Le due disposizioni tutelano tanto la libertà di confessione - sia religiosa che ideologica -, sia quella della loro professione. A queste si aggiungono le norme contenute negli articoli da 136 a 139 e 141 della Costituzione di

[37] Ibid., Rn. 37.
[38] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 435/68 del 24.2.1971, Rn. 55. V. anche P. M.SCHMITT, *op.cit.*, 20.
[39] Si tratta delle leggi generali, nelle norme legislative sulla protezione della gioventù e sul diritto al rispetto dell'onore della persona, così KANNENGIEßER in Schmidt-Bleibtreu/Hofman/Hopfauf, *Kommentar zum Grundgesetz*, 2011, Art. 5 Rn. 28.
[40] Sulla teoria della *Drittwirkung* nella teoria costituzionale tedesca v. per tutti K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg 1999, 156-160. In lingua italiana v. L. DI CARLO, *Diritti Fondamentali tra Teoria del Discorso e Prospettive Istituzionalistiche*, Milano, 2009, in part. 159 ss.
[41] Art. 2 II 1 LF: «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale», cfr. Bundesverfassungsgericht 1 BvR 816/82 del 17.7.1984, Rn. 39.
[42] V. il combinato disposto tra il già citato art. 2 II 1, l'art. 1 I («La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla») e l'art. 6 II 1 LF («La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori ed un loro precipuo dovere»), cfr. Bundesverfassungsgericht 1 BvR 402 del 27.11.1990, Rn. 33 ss.
[43] Il citato art. 1 I LF, cfr. Bundesverfassungsgericht 1 BvR 1257/84 del 3.11.1987. Rn. 38.
[44] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 1257/84 del 3.11.1987.

ISSN 2279-7238

Weimar del 1919[45], incorporate come parte integrante della Legge Fondamentale dall'art. 140 [46] della vigente Carta costituzionale tedesca [47] .La giurisprudenza del Tribunale Costituzionale federale ha inoltre stabilito che, in coerenza con lo spirito laico del *Grundgesetz*, le garanzie ex art. 4 I 2 non riguardano solo le grandi religioni monoteistiche, ma si estendono anche alle confessioni minoritarie[48].

Nella sostanza, l'art. 4 LF tutela una sfera di libertà che si sostanzia tanto nella «intima libertà di credere o non credere», quanto nella «manifesta libertà di professare e diffondere il proprio credo»[49]. Inoltre, la norma si applica non solo al «diritto del singolo di orientare la totalità dei propri comportamenti secondo gli insegnamenti del proprio credo, e di agire secondo le sue proprie interiori convinzioni religiose» [50], ma anche nei confronti di concezioni ideologiche (*Weltanschauungen*) non esclusivamente religiose [51] . Accanto all'accezione positiva di tale libertà, compare anche la sua corrispondente negativa, che consiste nel rifiuto di adottare qualunque convinzione religiosa o ideologica, e di astenersi dall'esercitare quelle attività e quei comportamenti che la loro professione prevede.

La tutela sancita dall'art. 4 I 2 LF non si sostanzia soltanto nella abituale funzione di protezione contro il divieto di professione religiosa, ma anche, in determinate circostanze, nella previsione di un preciso dovere di intervento attivo dello Stato. Questo aspetto assume una particolare rilevanza proprio nei frangenti in cui, ad es., un credente che secondo le sue valutazioni ritenga la propria fede religiosa violata da espressioni o opinioni di terzi offensive o blasfeme, non debba limitarsi alla tutela interiore del proprio credo, ma sia

[45] Art. 136 *Weimarer Reichsverfassung* (VRW): «I diritti e i doveri pubblici non sono limitati dall'esercizio della libertà religiosa, né ad esso sono condizionati. Il godimento dei diritti e l'ammissione agli uffici pubblici sono indipendenti dalla confessione religiosa. Nessuno può essere obbligato a rendere manifeste le sue convinzioni religiose. Le autorità possono richiedere informazioni circa l'appartenenza ad una confessione religiosa solo quando ad essa siano collegati diritti o doveri, o quando ciò sia richiesto dalle esigenze di rilevazioni statistiche disposte per legge. Nessuno può essere costretto ad atti o a cerimonie di culto, o alla partecipazione ad esercizi religiosi, o a prestare giuramento sulla base di formula religiosa». Art. 137 VRW: «Non esiste una Chiesa di Stato. La libertà di appartenere ad una confessione religiosa è garantita. L'unione di confessioni religiose nel territorio del Reich non è soggetta ad alcuna limitazione. Ogni confessione religiosa ordina e gestisce in modo autonomo i propri interessi, nei limiti delle leggi generali, e conferisce le proprie cariche senza intervento dello Stato e delle autorità locali. Le confessioni religiose acquistano personalità giuridica secondo le disposizioni generali del diritto civile. Le comunità religiose, considerate di diritto pubblico per il diritto anteriore, mantengono tale caratteristica». Art. 138 WRV: «I contributi statali alle confessioni religiose, derivanti dalla legge, da contratto o da altri titoli giuridici speciali, sono riscattati mediante leggi dei Länder, con l'osservanza dei principi generali posti dal Reich. Sono garantiti la proprietà e gli altri diritti delle confessioni e unioni religiose sui propri istituti, fondazioni e altri complessi di beni destinati a scopo di culto, istruzione o beneficienza". Art. 139 WRV: "La legge garantisce la destinazione della domenica e degli altri giorni festivi riconosciuti dallo Stato al riposo e all'elevamento spirituale». Art. 141 WRV: «Le confessioni religiose sono autorizzate alle prestazioni religiose necessarie per il culto e la cura spirituale presso l'esercito, negli ospedali, nelle case di pena e in altri pubblici istituti, a condizione che vi procedano con l'esclusione di ogni forma di imposizione».

[46] «Le disposizioni degli articoli 136, 137, 138, 139 e 141 della Costituzione tedesca dell'11 agosto 1919 sono parte integrante della presente Legge Fondamentale.»

[47] Sull'influenza della *Weimarer Reichsverfassung* sulla redazione del *Grundgesetz* v. tra gli altri M. CARDUCCI, *Una "danza sull'orlo del Vulcano", introduzione alla Costituzione di Weimar*, Macerata, 2008, XI-XLII; F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, 2002, in part. 85-90.

[48] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 63/68 del 17.12.1975.

[49] Bundesverfassungsgericht 2 BvF 2/83 del 24.4.1985, Rn. 69.

[50] KOKOTT, in Sachs, *Grundgesetzkommentar*, VI. Ed. 2011, Art. 4 Nr. 32.

[51] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 241/66 del 16.10.1968, Rn. 20.

ISSN 2279-7238

legittimato a praticarlo anche nella sua dimensione esteriore[52]. Inoltre, il dovere di tutela a carico dello Stato postulato dall'art. 4 I 2 LF di garantire ai fedeli uno spazio sicuro e protetto in cui essi possano esprimere la propria personalità sul piano ideologico-religioso senza subire attacchi o impedimenti da parte di terzi, e proprio come concreta emanazione di tale obbligo è stata concepita la disciplina penale della materia, sancita nel § 166 del Codice Penale, sebbene la norma affronti la tematica del divieto di blasfemia dal punto di vista dell'interesse collettivo, e non di quello del singolo individuo[53].

2. Blasfemia e disciplina legislativa

La disciplina ordinaria che sanziona i reati di blasfemia nell'ordinamento tedesco appare molto ampia ed articolata, dal momento che ricomprende norme di diritto penale, civile e pubblico, nonché alcune disposizioni relative al diritto dei media. La parte più rilevante è ad ogni modo quella di carattere penale, composta dal citato e fondamentale § 166 del Codice Penale, a cui si affiancano i §§ 130 e 185 e ss. A questi si aggiungono i §§ 3[54] e 41 I 2[55] del *Rundfunksstaatsvertrag* (RStV), il codice di regolamentazione delle trasmissioni radiotelevisive pubbliche, varie norme di diritto di polizia e di disciplina dell'ordine pubblico.

2.1. La disciplina penalistica: Blasfemia contro confessioni religiose o associazioni ideologiche (§ 166 Codice Penale)

Il § 166 del Codice Penale (*Strafgesetzbuch* – StGB) sanziona coloro che pubblicamente o attraverso la diffusione di scritti arrechino ingiurie di carattere blasfemo contro i contenuti della fede religiosa o ideologica di terzi (I comma), o contro una chiesa, una comunità religiosa o un'associazione ideologica tra quelle esistenti in Germania, contro le loro strutture o usanze (II comma), in modo tale da disturbare la pace sociale, punendoli con una pena pecuniaria o detentiva fino a tre anni[56].

---

[52] J. ISENSEE, *Blashemie im Koordinatensystem des sekulären Staates*, in: Id. (Hrsg.) Religionsbeschimpfung. Der rechtliche Schutz des Heiligen, Berlin, 2007, 105-139; M.PAWLIK, *Der strafrechtliche Schutz des Heiligen*, in Ibid., 31-63; A. VON ARNAULD DE LA PERRIÈRE, *Grundrechtsfreiheit zur Gotteslästerung?*,in Joseph Isensee (Hrsg.), Religionsbeschimpfung, (Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte 42), 2007, 63-104.

[53] A. VOßKUHLE, *Religionsfreiheit und Religionskritik – Zur Verrechtlichung religiöser Konflikte*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) 2010, 537-543; P.UNRUH, *Religionsverfassungsrecht*, III Ed., Baden-Baden, 2015, Rn. 105; C. WALDHOFF, *Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität: erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?*, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010.

[54] «Tutti gli operatori a livello nazionale riuniti nell'associazione delle emittenti di servizio pubblico della Repubblica federale Germania (ARD) [...], la seconda rete televisiva tedesca (ZDF), l'emittente *Deutschlandradio* tutti gli operatori che diffondono programmi radiofonici, devono rispettare e proteggere la dignità umana; le credenze morali e religiose della popolazione devono essere rispettate; [...]».

[55] «I programmi trasmessi devono rispettare la dignità umana, le altrui convinzioni morali, religiose e ideologiche».

[56] La disciplina vigente ha subito un radicale mutamento in seguito alla riforma sancita nel 1969: fino a quel momento ad essere sanzionata era la bestemmia contro la divinità (*Gotteslästerung*), cfr. B. J. BERKMANN, *Von der Blasphemie zur „hate speech"? Die Wiederkehr der Religionsdelikte in einer religiös pluralen Welt*, Berlin, 2009, 19 ss.

ISSN 2279-7238

L'aspetto più peculiare della norma in questione consiste nel fatto che, pur essendo esplicitamente dedicato al tema della difesa della libertà religiosa[57], l'oggetto del § 166 StGB non consiste nella salvaguardia della dignità della divinità, né della sensibilità religiosa del singolo, ma nella protezione e la garanzia della pace sociale ("*öffentliche Friede*")[58]: un bene per la cui tutela non è necessario che si pongano in essere comportamenti violenti o atti di pubblica ribellione. Il nucleo del bene protetto nella norma in questione consiste piuttosto nel verificare «se venga arrecato un pregiudizio alla fiducia del soggetto interessato al rispetto del proprio credo religioso […], e se inoltre l'offesa blasfema [possa incitare] soggetti terzi all'intolleranza verso appartenenti al credo oggetto dell'ingiuria»[59]. La norma in questione, quindi, pone in essere una sostanziale indeterminatezza, dal momento che richiede una verifica oggettiva delle specifiche condizioni ricorrenti ogni qual volta si intenda dare applicazione del § 166 StGB: una indeterminatezza che può necessariamente riflettersi sull'effettività della protezione al valore tutelato[60].

La complessità del tema ha richiesto un esame approfondito dei contenuti e delle espressioni utilizzate nella norma in oggetto, sia in ambito giurisprudenziale che da parte della dottrina.

Per quanto attiene al riferimento alla fede "religiosa o ideologica" del § 166 I StGB, è opinione consolidata che questa si identifichi con ciò che è inteso nel citato art. 4 I LF[61]. La sfera di applicazione della norma in oggetto, ad ogni modo, si riferisce ai "contenuti sostanziali" di una fede, religiosa o ideologica che sia, mentre la dottrina è fortemente divisa sulla possibilità che possano rientrare nello stesso ambito di tutela anche delle credenze folkloristiche o superstiziose[62]. Il contenuto centrale di ciascuna delle fedi religiose che rientrano nell'ambito di tutela della norma, è ad ogni modo il concetto di "Dio" (*Gottesbegriff*), la cui ampiezza va intesa in rapporto alla natura della divinità interessata di volta in volta[63].

Il secondo comma del § 166 StGB estende la propria tutela a tutti gli istituti e a tutte le pratiche in uso nelle confessioni religiose e nelle organizzazioni di matrice ideologica esistenti in territorio tedesco. Per confessione religiosa (*Religionsgesellschaft*) deve intendersi «ogni comunità di appartenenti ad un credo religioso uniti per la realizzazione dei compiti

[57] Il Tribunale Costituzionale federale parla espressamente di una „stretta correlazione" tra il bene protetto dal § 166 StGB e la garanzia dei valori previsti nell'art. 4 I LF, cfr. Bundesverfassungsgericht 1 B 60/97 dell'11.12.1997, Rn. 5.
[58] T. LENCKNER/N. BOSCH, in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Ed., Beck, München 2014, § 166, Rn. 2. V. anche la modifica legislativa occorsanel 1969, prima della quale la norma proteggeva invece anche i sentimenti religiosi del singolo, cfr. K.DIPPEL, in: Laufhütte/Rissing-Van Saan/Tiedemann, *Leipziger Strafgesetzbuch Kommentar*, 2010, Vd. 6, § 166, Rn. 21.
[59] Oberverwaltungsbericht Rheinland-Pfalz, sentenza del 2.12.1996 – 11 A 11503/96
[60] Oberlandsgericht Karlsruhe, sentenza del 17.10.1985.
[61] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 64; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 12.
[62] Favorevoli T. HÖRNLE, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2012, § 166, Rn. 14; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 4; DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 18. Contrari B. HERZOG, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *StGB Kommentar*, 2010, § 166, Rn. 6; E. HILGENDORF, in Satzger/Schmitt/Widmaler, 2009, § 166, Rn. 13.
[63] HERZOG, *op. cit.*, Rn. 6. Si veda a riguardo anche la decisione del Landesgericht di Düsseldorf che ha considerato il culto mariano parte sostanziale della fede cattolica, LG Düsseldorf del 5.11.1981, pubblicata in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1982, 290-291.

ISSN 2279-7238

necessari all'adempimento della fede condivisa, sebbene ai fini della applicazione della norma in oggetto non rilevino né il numero degli adepti aderenti alla comunità, né il riconoscimento di quest'ultima da parte della pubblica autorità[64]. L'esempio classico utilizzato per spiegare cosa intenda il § 166 StGB in questo senso è quello delle comunità organizzare in forma di chiesa presenti sul territorio tedesco[65], ma la medesima tutela viene riconosciuta espressamente anche ad altre comunità religiose, come i Testimoni di Geova, le comunità islamiche ed ebraiche, le libere organizzazioni religiose come l'Esercito della Salvezza[66]. Di contro, per quanto attiene alla sfera di applicazione della norma, vanno considerate come organizzazioni di matrice ideologica (*Weltanschauungsvereinigungen*) quelle formazioni i cui adepti si siano associati allo scopo di dare adempimento attraverso la loro unione agli obiettivi esistenziali stabiliti come ragion d'essere dell'organizzazione stessa[67].

Per potersi definire tali ai sensi della norma in esame, sia le confessioni religiose che le organizzazioni di matrice ideologica devono porre in essere attività centrali per il culto o l'ideologia che dichiarano di perseguire, mentre non rientrano nella categoria in questione associazioni con finalità anche di carattere religioso o ideologico, ma secondarie rispetto agli obiettivi principali ufficialmente prefissi[68].

Le pratiche e gli istituti (*Einrichtungen*) protetti dal dettato del § 166 StGB consistono in comportamenti cerimoniali di matrice religiosa o ideologica posti in essere ed espressamente riconosciuti come tali dai rispettivi responsabili. Tra gli istituti di carattere religioso rientrano ad es. il culto della Vergine Maria, il culto di Cristo, l'attività di predicazione e la predica, la messa, il sacerdozio, il canto di salmi religiosi durante la messa, e l'annuncio del Vangelo[69], mentre le pratiche consistono in comportamenti reiterati sistematicamente dai membri di un culto per la loro pregnante valenza religiosa, come il segno della croce, il culto di reliquie sacre o l'impartire la benedizione[70]. Per quanto attiene alla religione islamica, non risultano esempi noti sul piano giurisprudenziali, mentre la dottrina include tra le usanze che ricadono nella sfera di applicazione del § 166 StGB il richiamo alla preghiera del Muezzin, il divieto di rappresentare la divinità o la macellazione di animali secondo i canoni islamici[71].

L'atto materiale a cui si riferiscono entrambi i commi del§ 166 StGB è l'ingiuria (*Beschimpfen*), intesa come una «espressione di disprezzo particolarmente oltraggiosa per forma o contenuto, nella quale la peculiarità dell'oltraggio può consistere da un punto di

[64] HÖRNLE,*op. cit.*, Rn. 10; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 15; HERZOG, *op. cit.*, Rn. 21.
[65] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 67.
[66] LENCKNER/BOSCH, *op. cit.,*Rn. 15; HERZOG, *op. cit.*, Rn. 21.
[67] Rientrano in questa definizione gruppi come la Massoneria, la Associazione dei Liberi Pensatori (*Freidenker Verband*), la Società Antroposofica, cfr. HÖRNLE, *op. cit.*, Rn. 10; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 11; HERZOG, *op. cit.*, Rn. 22.
[68] E' il caso di associazioni di matrice prevalentemente, ma non esclusivamente religiosa come la Federazione dei Circoli della Bibbia (*Bund Bibelkreise*), la Caritas, o ancora organizzazioni di carattere ideologico come i Lions o i Rotary, cfr. LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 15 s.
[69] Oberlandsgericht Düsseldorf, Decisione del 7.12.1982, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, 1211-1212. Per una trattazione esaustiva v. HERZOG, *op. cit.*,Rn. 18; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*,Rn. 17/18.
[70] Landesgericht Frankfurt, Decisione del 6.10.1981 – 5/24 Qs 16/81; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 19; HERZOG, *op. cit.*, Rn. 20.
[71] HÖRNLE,*op. cit.*,„Rn. 13; DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 98.

ISSN 2279-7238

vista estrinseco nella durezza dell'espressione utilizzata o, da un punto di vista intrinseco, nell'accusa di aver tenuto un comportamento o uno stato oltraggioso»[72], mentre è escluso che possano considerarsi esempi di ingiuria ai sensi dell'articolo in questione la semplice negazione di tematiche religiose[73] o l'esercizio di critiche sui medesimi argomenti, quand'anche particolarmente pesanti e polemiche[74].Ove si consideri l'opportunità di applicare il § 166 StGB, ai fini della valutazione dell'effettiva oltraggiosità dell'espressione su cui pende il giudizio non hanno rilevanza le intenzioni del suo autore, o come essa sia stata interpretata da parte di terzi[75], ma solo la percezione che ne può avere un osservatore neutrale e incline alla tolleranza[76]. Ai fini del giudizio, quindi, non ha alcuna rilevanza se un singolo si dichiari offeso nella propria sensibilità religiosa dall'espressione ritenuta ingiuriosa.

Il § 166 StGB prevede inoltre che l'ingiuria venga espressa in pubblico o attraverso la diffusione di scritti. Secondo la dottrina, si ha una dimensione pubblica dell'espressione oltraggiosa quando si sia in presenza di una cerchia sufficientemente ampia di destinatari convenuti occasionalmente, e sussista una generale accessibilità al luogo nel quale l'ingiuria è stata espressa[77]. Un frangente del genere ricorre, ad esempio, quando l'offesa si verifica in un luogo pubblico di fronte ad un gruppo di persone riunitesi casualmente[78], mentre non rientra in questa fattispecie un gruppo chiuso di individui come una riunione di iscritti ad un'associazione, la cui omogeneità secondo la dottrina fa venire meno la dimensione pubblica della sfera di riferimento[79]. Per quanto attiene alle possibili forme scritte di diffusione dell'espressione ingiuriosa, rientrano in questa fattispecie tutti i supporti di raccolta di suoni ed immagini, gli strumenti di memorizzazione di dati, ed in generale le altre forme di rappresentazione grafica: la pubblicità dell'ingiuria può ad esempio ricorrere anche nel caso in cui l'offesa venga diffusa attraverso Internet[80].

Un'ulteriore condizione necessaria per l'applicazione del § 166 StGB consiste nell'intenzione di arrecare offesa ad es. ad una confessione religiosa, mentre lo stesso non si verifica laddove l'ingiuria sia diretta contro un singolo individuo[81], o nel caso in cui l'insulto sia stato già pubblicato da parte di terzi senza provocare conseguenze penali[82]. Si

[72] Landesgericht Frankfurt, decisione del 6.10.1981. 5/24 Qs 16/81, Neue Juristische Wochenschritft (NJW) 1982, 658-659; DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 26; HÖRNLE, *op. cit.*, Rn. 15.
[73] HERZOG, *op. cit.*, Rn. 8; DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 27.
[74] Oberlandesgericht Celle, decisione dell'8.10.1985, 1 Ss 154/85, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1986, 1275-1276; HÖRNLE, *op. cit.*, Rn. 15.
[75] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 30 s.
[76] Oberlandesgericht Nürnberg, decisione del 23.6.1998, Ws 1603-97,
[77] HILGENDORF, *op. cit.*, Rn. 18; Dippel, cit., Rn. 43.
[78] HÖRNLE,*op. cit.*, Rn. 21.
[79] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 43 ss.; Herzog, cit., Rn. 10. Di diverso avviso invece Hörnle, il quale ritiene che in presenza di un numero sufficientemente ampio di astanti, ai fini dell'applicazione del § 166 StGB la dimensione pubblica sussista anche nel caso di riunioni chiuse al pubblico, cfr. HÖRNLE,*op. cit.*, Rn. 21.
[80] Oberlandesgericht Nürnberg, decisione del 23.6.1988, Ws 1603-97, Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport (NStZ – RR) 1999, 238-241.
[81] OberlandesgerichtKoblenz, decisione del 2.3.1993, Neue Juristische Wochenschritft (NJW) 1993, 1808-1810; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 12.
[82] Oberlandesgericht Köln, decisione dell'11.11.1981, 3 Ss 704/81; HÖRNLE, *op. cit.*, Rn. 25.

ISSN 2279-7238

verifica un errore di fatto, invece, qualora l'autore dell'ingiuria contro un elemento sostanziale per una confessione religiosa lo abbia a torto giudicato irrilevante[83].

2.2. Incitazione all'odio (§ 130 i.c.d. con § 185 ss. Codice Penale)

La disciplina penale della blasfemia ex § 166 StGB coincide parzialmente con quella relativa al reato di incitazione all'odio e alla violenza (*Volksverhetzung*), regolato nei §§ 130 I-II e 185 ss. StGB[84].

Il § 130 I 1 sanziona conuna pena detentiva da tre mesi a cinque anni di reclusione le espressioni che incitano all'odio, o inducono alla violenza o ad iniziative arbitrarie, nella misura in cui queste arrechino disturbo alla pace sociale e siano indirizzate contro determinati gruppi, parti della popolazione o singoli individui per la loro appartenenza ad un gruppo o ad una parte della popolazione. Il § 130 I 2 punisce invece gli attacchi alla dignità umana dei citati gruppi o di singoli individui con espressioni di ingiuria, vilipendio (*Verächtlichmachung*) o diffamazione (*Verleumdung*) in grado di mettere in pericolo la pace sociale. Il successivo § 130 II, di contro, punisce con una pena pecuniaria o detentiva fino a tre anni di reclusione ogni forma di diffusione delle espressioni considerate illecite ai sensi del precedente § 130 I, indipendentemente dall'effettiva minaccia arrecata alla stabilità della pace sociale.

Come si vede, un punto di contatto tra la prima parte del § 130 e il § 166 StGB consiste nell'individuazione della pace sociale come bene tutelato da entrambe le norme[85]. Le due disposizioni differiscono invece per il fatto che la prima sanziona iniziative di incitamento all'odio e di induzione alla violenza o ad azioni arbitrarie, mentre la seconda ha ad oggetto la sola espressione blasfema: in altre parole, il § 130 StGB richiededi regola un comportamento fortemente violento ed aggressivo del responsabile dell'atto sanzionato, condizione che manca affinché possa applicarsi il § 166 StGB[86]. Inoltre, mentre quest'ultima disposizione si basa su una dinamica di interazione composta di due individui (l'autore dell'offesa blasfema e la vittima dell'ingiuria), il § 130 StGB coinvolge abitualmente tre persone[87]: di regola, infatti, nella fattispecie sono chiamati in causa un individuo che incita all'odio o ad iniziative violente o arbitrarie, un secondo soggetto conseguentemente indotto a comportamenti violenti, e una terza persona vittima di tali comportamenti, sebbene la presenza di quest'ultima può anche non essere necessaria per l'applicazione della norma[88].

---

[83] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 108.
[84] Per un'analisi approfondita in prospettiva sia costituzionalistica che penalistica della disciplina in oggetto v. da ultimo M. ULBRICHT, *Volksverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit, Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB*, Heidelberg 2016, in part. 76 ss.
[85] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 13.
[86] E. HILGENDORF, in G. Czermak (i. K. mit E. Hilgendorf), *Religions- und Weltanschauungsrecht*, München 2008, Rn. 476.
[87] B. ROX, *Schutzreligiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?*, Tübingen 2012, 235.
[88] RACKOW, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 21. Ed., § 130, Rn. 7.

ISSN 2279-7238

Le due fattispecie di reato non sono ad ogni modo alternative: può ovviamente verificarsi il caso di illeciti in cui entrambe le norme sopra richiamate trovino applicazione, come quando ad es. ad un'ingiuria nei confronti di una confessione religiosa si accompagni una istigazione alla violenza. Secondo la dottrina, ad ogni modo, in un simile frangente l'azione criminosa sanzionata dal § 166 StGB prevale su quella regolata nel § 130 StGB, conservando un margine di applicazione della prima norma autonomo rispetto alla seconda[89], indice dell'intenzione dell'ordinamento di garantire alle potenziali vittime di blasfemia una tutela effettiva e prioritaria anche rispetto ad altre fattispecie di reato eventualmente concomitanti.

Ciò che distingue le due norme è che mentre, come visto, il § 166 StGB ricorre quando viene minacciata la pace sociale, il § 130 I StGB richiede inoltre un attacco alla dignità personale di gruppi o singoli individui: in altre parole, perché quest'ultima disposizione possa trovare applicazione è necessario che, in conseguenza dell'attacco subito, alla vittima «venga negato il proprio diritto ad esistere quale soggetto di dignità pari a quella degli altri componenti della comunità statuale di cui fa parte, e venga invece trattato come creatura di minore valore»[90]. Pertanto, considerata la restrittività con cui viene interpretato, e la necessità che ricorrano entrambe le condizioni perché se ne possa fare uso, si comprende perché in ultima analisi il sistema offra limitate occasioni di applicare il § 130 I StGB. Del resto, anche l'applicazione del § 130 I 2 StGB può aver luogo solo nei casi in cui l'incitazione alla violenza si accompagni alle fattispecie delittuose regolate nel § 166 StGB[91].

Una simile interrelazione intercorre anche tra il § 166 ed i §§ 185- 200 StGB, che disciplinano il reato di offesa (*Beleidigung*). Se è palese che l'oggetto principale di tutela della normativa in questione sia l'onore personale[92], è d'altro canto vero che anche la confessione religiosa o l'orientamento ideologico del singolo vengono indirettamente coinvolti nella sfera giuridica protetta[93]. Mentre infatti nel reato disciplinato nel § 185 rientrano anche giudizi di valore espressi in un rapporto diretto tra l'autore dell'ingiuria ed il destinatario della stessa, i successivi §§ 186 e 187 regolano fattispecie di reato in cui sono tre i soggetti coinvolti: l'autore della falsa dichiarazione ingiuriosa, la vittima della dichiarazione offensiva ed il terzo a cui la dichiarazione viene riferita[94].

Per "offesa" ai sensi del § 185 StGB deve intendersi la «comunicazione di un disprezzo, di una denigrazione o di una mancanza di rispetto» nei confronti di un altro individuo[95], e presuppone che alla persona interessata dall'offesa «venga disconosciuta in tutto o in parte

[89] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 13.
[90] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 1056/95 del 6.9.2000; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 6; H.-J. RUDOLPHI/U. STEIN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SK-StGB), 2012, § 130, Rn. 7.
[91] Così DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 35; M. PAWLIK, *Der strafrechtliche Schutz des Heiligen*, cit., 51 ss.; E. HILGENDORF, *Religions- und Weltanschauungsrecht*, *op. cit.*, Rn. 476; H. ERKENS, *Madonna, Idomeneo und ein lachender Christus – Brauchen wir "Religionsdelikte"?*,in *Bonner Rechtsjournal* (BRJ) 2/2008, 52-57.
[92] J. REGGE/C. PEGEL, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2012, Vorb. §§ 185 ss.; B. VALERIUS, in *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 2012, § 185, Rn. 1; A. SINN, in Satzger/Schmitt/Widmaier, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2009, Vorb. §§ 185 ss, Rn. 1.
[93] DIPPEL, *op. cit.*, Rn. 14.
[94] VALERIUS, *op. cit.*, Rn. 14.
[95] Bundesgerichtshof, decisione del 15.3.1989, 2 StR 662/88, Rn. 15; J. REGGE/C. PEGEL, *op. cit.*, Rn. 9; LENCKNER/BOSCH, *op. cit.*, Rn. 8.

ISSN 2279-7238

il proprio valore etico, personale o sociale, ed in questo modo venga violato il suo in via di principio illimitatodiritto al rispetto di sé»[96]. L'espressione dell'offesa può assumere forma scritta, orale, figurata, ma anche essere dedotta da un'iniziativa posta in essere, o risultare da un comportamento omissivo[97].

Nel decidere se un'espressione possa essere giudicata come offensiva, va valutato soprattutto il senso che ad essa viene attribuito «da un pubblico di media capacità di comprensione e non prevenuto», sebbene «la causa scatenante ed il contesto dell'espressione incriminata» debbano essere tenuti in adeguata considerazione [98]. Nell'interpretazione comunicazione che si sospetta offensiva, inoltre, vanno considerate la libertà di espressione e di espressione artistica (*Kunstfreiheit*) del suo autore, dal momento che, evidentemente, una eventuale sanzione comporta anche una restrizione dei citati diritti fondamentali. Nei casi in cui viene coinvolta la libertà di espressione, pertanto, la giurisprudenza ha espressamente raccomandato di tentare di adottare, tra le tante possibilità di interpretazione di una comunicazione di dubbia liceità, quella in grado di escludere una sua sanzione ai sensi degli articoli del codice penale sopra citati[99]. Solamente quando tutte le possibili varianti interpretative che escludono una sanzione si siano dimostrate impossibili da adottare, si può legittimamente procedere a punire nei termini di legge l'espressione di cui si sono in tal modo accertati i contenuti offensivi[100].

Nel bilanciamento con la libertà di espressione artistica, l'espressione contestata deve allo stesso modo essere valutata in relazione al contesto di riferimento del destinatario della stessa (*Empfängerhorizont*). A differenza del procedimento di valutazione della generale libertà di espressione, tuttavia, qui non viene presa in considerazione l'opinione di un osservatore medio, ma è necessario piuttosto impegnarsi nell'individuare il nucleo del messaggio propagato dall'opera d'arte e contestualizzarla in modo adeguato[101].

Indipendentemente dall'opera di bilanciamento a cui i giudici sono chiamati, la giurisprudenza ha osservato casi in cui la libertà di espressione, o la libertà di espressione artistica dell'autore della dichiarazione sono state poste in subordine rispetto al generale diritto della personalità o al diritto all'onore del soggetto al quale la dichiarazione si riferisce, e questo non solo in presenza di espressioni ritenute esplicitamente lesive della dignità umana, ma anche in caso di critica diffamatoria (*Schmähkritik*) o di offesaformale (*Formalbeleidigung*)[102]. Si parla, in particolare, di critica diffamatoria quando l'espressione contestata «non riguardi più il confronto con l'oggetto della dichiarazione, ma – al di là della critica polemica ed esagerata – emerga in primo piano la diffamazione della persona»[103]. La

[96] Bayerisches Oberlandesgericht del 20.2.2004, 1 St RR 153/04, Rn. 17; J. REGGE/C. PEGEL, *op. cit.*, Rn. 9.
[97] RUDOLPHI/ROGALL, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2012, § 185 Rn. 4; B. VALERIUS, *op. cit.*, Rn. 17.
[98] Bundesverfassungsgericht, decisione del 25.10.2005, 1 BvR 1696/98, Rn. 31; B. VALERIUS, *op. cit.*, Rn. 24.
[99] Bundesverfassungsgericht, decisione del 25.10.2005, 1 BvR 1696/98, Rn. 33.
[100] Bundesverfassungsgericht, decisione del 10.10.1995, 1 BvR 1476/91, Rn. 126; Bundesverfassungsgericht, decisione del 19.4.1990, 1 BvR 40/86, Rn. 32.
[101] Bundesverfassungsgericht, decisione del 17.7.1984, 1 BvR 816/82, Rn. 41.
[102] Bundesverfassungsgericht, decisione del 10.10.1995, 1 BvR 1476/91, Rn. 121;
[103] Bundesverfassungsgericht, decisione del 12.5.2009, 1 BvR 2272/04, Rn. 28; Bundesverfassungsgericht, decisione del 5.12.2008, 11 BvR 1318/07, Rn. 12; Bundesverfassungsgericht, decisione del 23.8.2005, 1 BvR 1917/04, Rn. 21.

ISSN 2279-7238

giurisprudenza ritiene quindi che una critica diffamatoria in caso di espressioni relative a questioni di particolare coinvolgimento per l'opinione pubblica si verifichi solo in casi eccezionali, e che in casi del genere si sia piuttosto di fronte a controversie di natura privata[104]. Si è invece in presenza di una offesa formale, secondo il § 192 StGB, quando, indipendentemente dal contenuto che può anche essere veritiero della dichiarazione, le modalità di espressione o di divulgazione della dichiarazione, o le circostanze nelle quali essa si realizza, ne determinano il carattere offensivo ai sensi della norma citata.

Se si riferiscono i criteri valutativi in questione ai casi in cui dei soggetti vengono colpiti a causa della loro religione, ne deriva che un'offesa nei termini citati si possa verificare solo nei casi in cui l'espressione sotto esame colpisca l'onore personale del singolo[105]: è il caso della guardia carceraria che getta pagine del Corano nella toilette di fronte ad un detenuto musulmano nella prigione di Guantánamo, o di gruppo di atei che in presenza di fedeli cristiani gettano delle ostie in strada[106]. In entrambi i frangenti, l'offesa alla religione assume anche la valenza di un attacco personale contro un singolo soggetto, che diviene per questo vittima dell'espressione ingiuriosa.

3. Blasfemia e libertà di opinione nella giurisprudenza tedesca

Di seguito, vengono riportati i tratti salienti di casi giurisprudenziali registrati nell'ordinamento della RFT, relativi alle fattispecie giuridiche fin qui esaminate.

3.1. La stampa del Corano su rotoli di carta igienica

In una sentenza del febbraio 2006[107], il Tribunale di Lüdinghausen (Renania) ha condannato la distribuzione a mezzo posta di un foglio di carta igienica riportante la scritta «KORAN, DER HEILIGE QURAN» (*Corano, il sacro Kuran*), che l'accusato aveva inviato per posta a una serie di destinatari (tra cui circa 15 moschee, alcune stazioni radiotelevisive ed alcuni organi di informazione), insieme ad uno scritto che invitava ad acquistare rotoli di carta igienica siffatti per partecipare alla raccolta di fondi per il finanziamento di un monumento commemorativo delle vittime del terrorismo islamico passate e future.

Il responsabile dell'iniziativa è stato condannato ad un anno di reclusione con sospensione condizionale della pena, ai sensi del § 166 I StGB. Nel corso del processo, il giudice ha accertato che la critica contro l'Islam espressadall'imputato dovesse oggettivamente considerarsi un'ingiuria, in quanto «agli occhi di un osservatore obiettivo improntato alla tolleranza religiosa, nell'espressione utilizzata nell'iniziativa si rinviene un

[104] Bundesverfassungsgericht, decisione del 7.12.2011, 1 BvR 2678/10, Rn. 40; Bundesverfassungsgericht, decisione del 26.6.1990, 1 BvR 1165/89, Rn. 41.
[105] J. ISENSEE, *Die staatliche Verantwortung für die Abgrenzung der Freiheitssphären. Der Streit über die Mohammed-Karikaturen als Paradigma*, in E. Klein (Hrsg.), Meinungsäßerungsfreiheit versus Religions- und Glaubensfreiheit, Berlin 2007, 37-80.
[106] B.ROX, *Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?*,*op. cit.*, 182; J.ISENSEE, *Blashemie im Koordinatensystem des sekulären Staates*, *op. cit.*, 123.
[107] Amtsgericht Lüdinghausen, decisione del 23.2.2006, 7 ls 540 Js 1309/05 31/05.

ISSN 2279-7238

tale discredito nei confronti di una fede religiosa da potersi questa sostanziare in una minaccia alla pace sociale»[108], escludendo pertanto che al caso in esame si possa applicare la tutela garantita dalla libertà di espressione. In secondo luogo, il contenuto e la forma dell'azione incriminata, nonché le modalità concrete con cui è stata posta in essere, hanno fatto ritenere ai giudici che sussista nel caso in esame un reale timore che «la fiducia della vittima [*dell'offesa blasfema*] nel rispetto delle proprie convinzioni religiose ed ideologiche possa risultare scossa o comunque alterata, o che in soggetti terzi possa essere favorita l'intolleranza nei confronti dei fedeli della confessione offesa»[109]. La corte ha inoltre basato la propria interpretazione delle intenzioni dell'imputato sia sul contenuto dell'iniziativa, sia sul fatto che i destinatari dei fogli di carta igienica fossero prevalentemente istituzioni islamiche[110].

3.2. L'immagine di un maiale inchiodato su una croce

Nella vicenda in esame l'*Oberlandesgericht* di Norimberga doveva decidere se l'immagine di un maiale inchiodato su una croce stampata su una maglietta rappresentasse un caso di blasfemia ai sensi del § 166 StGB. La maglietta era in vendita come parte del merchandising di un gruppo musicale punk-rock via Internet. Le indagini avviate a seguito della denuncia di un'autorità vescovile locale erano state archiviate dal Pubblico Ministero, con la motivazione che una fattispecie di reato ex § 166 StGB non poteva verificarsi nel caso in esame, in quanto l'offesa contestata non era idonea a determinare un disturbo della pace sociale. Il fatto che la maglietta sulla quale era riportata l'immagine ritenuta blasfema venisse commercializzata solo on line, infatti, avrebbe secondo il PM impedito che l'opinione pubblica generale potesse averne notizia, dal momento che solo chi fosse a conoscenza dell'indirizzo Internet del gruppo musicale poteva venire a conoscenza dell'immagine in questione. Il ricorso contro la decisione di archiviazione fu del pari respinto, accogliendo la motivazione del Pubblico Ministero, secondo il quale la presenza in Rete dell'immagine contestata non sarebbe stata idonea a minacciare la pace sociale. La stessa sorte ebbero gli altri rilievi del ricorrente, secondo i quali la medesima immagine campeggiava sia sul C che su altre magliette della band, godendo per questo di una visibilità molto maggiore di quella assicurata da un sito Internet di vendite on-line.

Contro la decisione del Tribunale di Lüdinghausen i ricorrenti promossero quindi appello davanti all'*Oberlandsgericht* di Norimberga, che rigettò il giudizio di I grado, sospese le conclusioni della Procura, e rinviò la questione alle autorità competenti per ulteriori indagini. La sentenza di appello riconosceva in primo luogo l'idoneità della chiesa cattolica a ricorrere in giudizio, ritenendo di individuare inoltre nell'immagine contestata una forma di blasfemia ai sensi del § 166 StGB, dal momento che la croce rappresenta un simbolo di

[108] Amtsgericht Lüdinghausen, dec. cit., Rn. 26.
[109] Amtsgericht Lüdinghausen, dec. cit., Rn. 31.
[110] Amtsgericht Lüdinghausen, dec. cit., Rn. 29.

ISSN 2279-7238

particolare rilevanza per il cristianesimo, e che l'immagine del maiale crocifisso riportata sulla maglietta avrebbe rappresentato un'evidente profanazione intenzionale, malevola e di cattivo gusto dell'immagine del Cristo crocifisso, cruciale per i cristiani. Il parallelo tra il maiale e la croce non sarebbe dunque leggibile se non nel modo indicato: il maiale, infatti, considerato dal senso comune come un simbolo di impurità, viene di norma utilizzato come strumento metaforico e semantico di denigrazione e disprezzo verso altri. Che l'iniziativa avesse un intento profanatorio si dedurrebbe inoltre dal fatto che, al posto della abituale scritta «INRI» che sovrasta la figura del Cristo crocifisso, nell'immagine incriminata comparivano le iniziali del gruppo musicale. Un ulteriore indizio dell'intenzione ingiuriosa dell'iniziativa veniva inoltre rinvenuto in altre pubblicazioni della stessa ditta responsabile della commercializzazione in Rete della maglietta con il simbolo censurato, tutte espressamente finalizzate all'espressione di atti recepiti come offese blasfeme da parte di fedeli della chiesa cattolica. Nel complesso, dunque, la sentenza considerava il simbolo religioso essere stato infangato dall'immagine del maiale crocifisso[111].

I giudici d'appello respinsero poi anche la seconda conclusione del tribunale di I grado: la circostanza che l'immagine fosse stata commercializzata in Rete sulla pagina Internet della band, peraltro accompagnata da ulteriori scritti denigratori per la religione cattolica, non avrebbe affatto rappresentato una limitazione alla diffusione dell'immagine nei confronti dell'opinione pubblica. Al contrario, Internet avrebbe rappresentato secondo il Tribunale di Norimberga uno strumento assolutamente adeguato a fornire la massima pubblicità possibile ai contenuti che vengono diffusi attraverso di esso, accessibili per questa via ad un pubblico potenzialmente di dimensionienormi. Ne deriverebbe che l'immagine di cui era stata già accertata la natura blasfema avrebbe pienamente il carattere della pubblicità, negato in prima istanza.

Infine, l'immagine impugnata sarebbe stata pienamene in grado di arrecare disturbo alla pace sociale, essendo altamente probabile che la profanazione di un simbolo di fondamentale significato per la religione cattolica possa condurre ad un turbamento della convivenza pacifica tra diversi i diversi gruppi di cui si compone un ordine sociale. Da un lato, si legge nella sentenza, evitare di sanzionare gli autori dell'immagine blasfema indurrebbe infatti i fedeli della religione cattolica ad una profonda diffidenza nei confronti dell'ordinamento giuridico, incapace di fornire una tutela adeguata alle esigenze di tolleranza e rispetto nei confronti del loro credo religioso; dall'altro, lasciare impunito l'atto contestato rischierebbe di incoraggiare ulteriori atti di intolleranza verso fedeli di religione cattolica da parte di terzi, convinti di poter contare sull'impunità derivante dalla mancanza di sanzioni da parte delle pubbliche autorità.

3.3. La descrizione della chiesa cattolica come «setta di stupratori di bambini» (*Kinderficker-Sekte*)

[111] Oberlandesgericht Nürnberg, decisione del 23.6.1998 Ws 1603-97, pubblicata in *Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport* (NStZ-RR) 1999, 238-241.

ISSN 2279-7238

Nel 2002 l'*Amtsgericht Tiergarten* di Berlino giudicò come inidoneo a violare la pace sociale ai sensi del § 166 StGB la definizione della chiesa cattolica come una «setta di stupratori di bambini» all'interno di una pubblicazione diffusa via Internet[112]. La motivazione della decisione si fondava sul fatto che, nel periodo in questione, il tema degli abusi sessuali all'interno della chiesa cattolica fosse ben noto all'opinione pubblica, suscitando discussioni molto accese tra cittadini e sui mezzi di informazione, cosa che aveva già di per sé arrecato profondi sconvolgimenti ai danni della chiesa cattolica. Pertanto, secondo la sentenza, sebbene l'espressione «setta di stupratori di bambini» possa di per sé essere senza dubbio considerata come un'offesa blasfema, il numero e la gravità degli abusi sessuali commessi da appartenenti alla chiesa cattolica erano tali da far ritenere che, da sola, l'ingiuria impugnata non fosse da sola in grado di incrinare la pace sociale rispetto ad una istituzione religiosa già fortemente compromessa agli occhi dell'opinione pubblica proprio sulle tematiche alle quali l'offesa era riferita.

3.4. Interventi nell'ambito di manifestazioni pubbliche

Il problema del bilanciamento tra libertà di espressione e libertà ideologica e religiosa si pone non solo nel settore della pubblicazione e diffusione di idee, pensieri ed opinioni, ma anche nelle forme di organizzazione dei cittadini negli spazi comuni, attraverso riunioni, marce, comizi e altre forme di manifestazione pubblica. Le specifiche norme vigenti in materia di ordine pubblico negli ordinamenti dei 16 *Länder* federali[113] dedicano una particolare attenzione al principio dell'inviolabilità dell'ordinamento giuridico, come visto già sancito dall'art. 4 I 2 LF e dai §§ 130, 166, 185 ss. del Codice Penale tedesco.

Un'ulteriore norma che viene chiamata in causa in questo ambito è il § 15 I della Legge sulle Riunioni (*Versammlungsgesetz* – VersG)[114], secondo il quale le competenti autorità di pubblica sicurezza possono vietare una riunione o un corteo in spazi pubblici, quando la loro celebrazione possa rappresentare una minaccia diretta e concreta della sicurezza o dell'ordine pubblico.

Pertanto, anche in questi ambiti si sono registrati casi in cui manifestazioni pubbliche hanno dato luogo a fenomeni di conflitto con i sentimenti religiosi della collettività, rispetto ai quali gli organi giurisdizionali competenti sono intervenute con provvedimenti restrittivi. Di seguito si riportano alcune di queste vicende.

---

[112] Amtsgericht Tiergarten, decisione del 6.2.2002, StraFo 2012, 110.

[113] Per un esame delle diverse norme in materia v. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, *Polizei- und Ordnungsrecht*, München2014, § 7 Rn. 1.

[114] Va ricordato che, a seguito della riforma dell'assetto federale tedesco del 2006, la disciplina del diritto di riunione è divenuta competenza dei *Länder*: ne consegue che, la materia è disciplinata da norme regionali nei Länder che hanno provveduto ad emanare regole proprie in materia, tenute comunque ad essere in conformità con la disciplina federale sancita nel VersG. Nei Länder che ancora non hanno provveduto a dotarsi di regole proprie, invece, trova esclusiva applicazione la disciplina federale citata.

ISSN 2279-7238

3.5. La rappresentazione teatrale «La Sindrome di Maria» (*Das Maria-Syndrom*)

Nel 1996 l'*Oberverwaltungsgericht* di Coblenza emanò una decisione [115] in merito al provvedimento delle autorità di polizia di divieto di messa in scena del „Rock Comical" (sorta di commedia musicale in stile rock) denominata «La Sindrome di Maria». Il divieto era stato emesso in applicazione del § 9 I della Legge sulle Autorità di Pubblica Sicurezza del Land Renania-Palatinato (*Rheinland-Pfalz Polizei- und Ordnungsbehördengesetz*– RhPfPOG). La norma consente alle forze di polizia di assumere i provvedimenti necessari nei casi in cui sussista un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico. Nel caso in oggetto, le forze di pubblica sicurezza avevano emanato il divieto della rappresentazione teatrale ritenendo che la sua messa in scena avrebbe costituito un effettivo pericolo per la sicurezza pubblica nel senso inteso dal § 166 I StGB.

L'appello contro il provvedimento di divieto da parte del teatro che avrebbe dovuto ospitare la rappresentazione era stato rigettato dallo stesso *Oberverwaltungsgericht* di Coblenza, e stessa sorte avevano avuto i ricorsi in ultima istanza davanti al Tribunale Amministrativo Federale contro la conferma del divieto[116], sia davanti al Tribunale Costituzionale Federale contro il rigetto del ricorso del *Bundesverwaltungsgericht*[117].

I giudici amministrativi della Corte d'Appello di Coblenza motivarono la loro decisione con la convinzione che la messa in scena dello spettacolo contestato avrebbe rappresentato un effettivo pericolo per la pace sociale ai sensi del § 166 I StGB. La sentenza spiega come la libertà di espressione in ambito artistico non possa intendersi come un valore giuridico illimitato, ma che debba piuttosto essere interpretato entro i limiti dell'unità del sistema di valori costituzionali su cui si fonda l'ordinamento giuridico, a cui appartiene anche quel nucleo di norme di diritto penale necessarie a garantire la convivenza civile. Nel caso in esame, secondo i giudici di Coblenza il musical rock conteneva effettivamente degli attacchi contro elementi fondativi della dottrina cattolica, sotto forma di offese contro il concepimento senza peccato originale, Maria, Gesù e Dio. Le presunte espressioni artistiche del lavoro teatrale avrebbero dunque rappresentato altrettanti esempi di blasfemia, consistenti in espressioni legate alla sfera sessuale o immagini fecali, la cui presenza nell'equilibrio dell'opera sarebbe risultata talmente gravosa da offuscare i presunti intenti critici del suo autore[118].

Oltre alla dimensione pubblica dell'atto blasfemo che, in quanto contenuto in una rappresentazione teatrale, sarebbe stato accessibile a chiunque, l'*Oberverwaltungsgericht* rinvenne nel caso in esame anche una forma di offesa in grado di recare disturbo all'ordine pubblico. Da un lato, infatti, un mancato intervento delle autorità giudiziarie competenti

[115] Obervewaltungsgericht Koblenz, decisione del 2.12.1996 11 A 11503/96, pubblicata in Neue Juristische Wochenschritft (NJW) 1997, 1174-1176.
[116] Bundesverwaltungsgericht, BVerwG, 1 B 60/97 dell'11.12.1997.
[117] Bundesverfassungsgericht 1 BvR 667/98 del 20.4.1998.
[118] Tra gli esempi, citati dalla Corte, rientra l'immagine che metteva in correlazione la nascita della vergine Maria con un uomo in atto di masturbarsi sulla Toilette, la rappresentazione della devozione religiosa come forma di malattia mentale, e la manifestazione di Dio sotto forma di una tavoletta del WC illuminata.

ISSN 2279-7238

avrebbe compromesso la fiducia dei credenti cattolici nel rispetto della loro fede religiosa; dall'altro, se giustificata, l'offesa avrebbe potuto, indurre in soggetti terzi la convinzione che delle forme di intolleranza nei confronti del credo cattolico avrebbero potuto essere consentite senza conseguenze per i responsabili.

A dimostrazione della rilevanza pubblica della vicenda e della sua capacità di mettere in pericolo la convivenza civile della comunità interessata, la sentenza citava una cospicua serie di lettere e di richieste ai giornali di interdizione della rappresentazione, nonché l'invito del Vescovato di Treviri alle forze di polizia ad intervenire, nonché le minacce di morte contro l'autore del lavoro teatrale. Secondo i giudici, la conservazione della pace interna di un ordinamento non può prescindere dalla tolleranza su temi di matrice religiosa ed ideologica, senza la quale non sarebbe immaginabile una società liberale e pluralista. Pertanto, pur volendo tenere nella adeguata considerazione la libertà di espressione, la rappresentazione teatrale in questione fu ritenuta una forma di blasfemia, nella quale non venivano più garantite il rispetto e la correttezza nel confronto in ambito religioso.

Infine, la circostanza che alcuni contenuti del musical «La Sindrome di Maria» fossero stati resi noti ancor prima della messa in scena non costituiva per i giudici motivo per accogliere un'obiezione contro il provvedimento di divieto: indipendentemente dai sentimenti che avrebbe potuto provare il singolo spettatore nel corso della rappresentazione, infatti, già la sola realizzazione dello spettacolo e la capillare diffusione della notizia avrebbero offerto sufficienti motivi di pericolo per la stabilità della pace sociale e della convivenza sociale delle comunità interessate dall'evento.

3.6. La rappresentazione teatrale «*Golgota Picnic*»

Nel caso, verificatosi nel 2012, il Tribunale Amministrativo di Amburgo era stato chiamato a valutare se il § 3 I della Legge per la Protezione della Sicurezza e dell'Ordine Pubblico (*Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* – SOG) della città, in combinato disposto con il § 166 StGB o con l'art. 4 I 2 LF, consenta l'intervento delle forze di polizia in presenza di determinate condizioni. Nella fattispecie in esame, sulla base delle norme citate un cittadino aveva richiesto il preventivo divieto di rappresentazione dell'opera teatrale «*Golgota Picnic*», del drammaturgo argentino Rodrigo Garcia, ritenendo che questa offendesse la propria libertà religiosa[119].

I giudici di Amburgo decisero di respingere la richiesta, ritenendo che non sussistessero ragioni per procedere all'applicazione del combinato di norme citato. Il § 3 I SOG, infatti, richiede che sia in atto un pericolo concreto per i diritti soggettivi del ricorrente perché si possa giustificare un provvedimento di sospensione come quello richiesto nel caso in

[119] Nel corso dell'opera, la scena dell'ultima cena veniva rappresentata su un tappeto di panini costellata di sedie da picnic.

ISSN 2279-7238

esame; il § 166 I StGB, invece, prevede che ricorra una minaccia per la pace collettiva, non ravvisata nell'occasione dal Tribunale Amministrativo anseatico[120].

Nel caso di specie, il ricorrente non avrebbe sufficientemente chiarito le motivazioni per le quali la messa in scena dell'opera teatrale avrebbe rappresentato una violazione della propria libertà religiosa: da un lato, infatti, la rappresentazione avrebbe avuto luogo in uno spazio chiuso, così che il proponente del ricorso non sarebbe stato obbligatoriamente costretto ad assistervi; dall'altro, a giudici non è apparso sufficiente paventare un generico sospetto che la recita dello spettacoloavrebbe contribuito a creare un'atmosfera di generale scherno ed ostilità, avversandol'esistenza di cristiano praticante che il ricorrente rivendicava di voler condurre.

3.7. L'esposizione in pubblico delle vignette su Maometto

Nell'agosto 2012 i responsabili del movimento di cittadini «*Pro Deutschland*» avevano chiesto ed ottenuto l'autorizzazione per la realizzazione di una manifestazione sul tema «L'Islam non fa parte della Germania – fermare l'islamizzazione». La manifestazione avrebbe dovuto svolgersi davanti a tre moschee cittadine, e prevedeva tra l'altro l'esposizione delle caricature di Maometto pubblicate anni prima su un quotidiano danese[121]. Gli esponenti delle comunità afferenti alle tre moschee interessate dalla manifestazione presentarono ricorso al locale tribunale amministrativo, perché imponesse ai responsabili dell'iniziativa di rinunciare ad esporre le vignette su Maometto sulla base del § 15 I VersG, ritenendo che questo avrebbe rappresentato un pericolo diretto e concreto per l'ordine pubblico della città, e ravvisando nell'esposizione delle vignette una violazione della loro libertà religiosa[122].

I giudici amministrativi respinsero la richiesta per mancanza delle condizioni necessarie all'applicazione del § 15 I VersG, richiesto dai ricorrenti: non erano infatti ravvisabili al momento del ricorso circostanze tali da far ritenere estremamente probabili dei pericoli concreti per la sicurezza pubblica legati alla realizzazione dell'iniziativa contestata. Per aversi circostanze del genere, infatti, sarebbero state necessari elementi di prova oggettivi, e non semplici supposizioni come quelle paventate dai presentatori del ricorso. La mera esposizione delle caricature di Maometto non determinerebbe pertanto di per sé una minaccia per la sicurezza pubblica, difettando le fattispecie di reato previste sia dal § 166 che dal 130 StGB. Per quanto attiene al § 166, secondo il Tribunale Amministrativo di Berlino mancherebbe il sostanziale carattere della blasfemia, intesa come offesa nei

[120] *Verwaltungsgericht* di Amburgo, decisione del 23.1.2012, 15 E 211/12.

[121] Si tratta delle ben note caricature del Profeta Maometto pubblicate il 30 settembre 2005 sul quotidiano danese *Jyllands-Posten* (e successivamente sul giornale norvegese di orientamento protestante *Magazinet*). Le vignette, in una delle quali Maometto viene rappresentato con una bomba nel turbante, suscitarono un forte dibattito e violente proteste nel mondo islamico. Per una ricostruzione in prospettiva giuridica della vicenda v. J.CRAM, *The Danish Cartoons, Offensive Expression and Democratic Legitimacy*, in I. Hare, J. Weinstein (Eds.), Extreme Speech and Democracy, Oxford 2010, 311-330.

[122] *Verwaltungsgericht* di Berlino, decisione del 16.8.2012, 1 L 217.12.

ISSN 2279-7238

confronti di una confessione religiosa; peraltro, essendo le caricature in via di principio di espressioni artistiche, eventuali restrizioni a loro carico richiedono un bilanciamento dei diritti coinvolti ancor più attento e ponderato. Per quanto riguarda la fattispecie regolata dal § 130, invece, la sentenza precisa come non sia possibile ritenere che la sola esposizione delle vignette satiriche rappresenti un incitamento all'odio o alla violenza contro singoli gruppi sociali, né vale a sostenere la fondatezza di questa accusa la circostanza, ricordata dai ricorrenti, secondo cui la diffusione delle vignette aveva già provocato fortissime proteste a livello internazionale.

I ricorrenti presentarono appello contro il mancato accoglimento della propria richiesta in prima istanza presso il Tribunale Amministrativo Superiore di Berlino-Brandeburgo, che tuttavia venne a sua volta respinto[123]. Anche i giudici di appello non ravvisarono nella vicenda elementi sufficienti per giustificare una limitazione della libertà di riunione ai sensi del § 15 I VersG, né ritennero che si nella vicenda in esame si potesse sostenere un bilanciamento tra i diversi diritti coinvolti da risolversi in favore della libertà religiosa ai sensi dei citati § 166 e 130 StGB[124].

4. Il dibattito dottrinale

L'esame della disciplina normativa vigente in Germania in materia di blasfemia, unito all'analisi delle pronunce giurisprudenziali in cui tali norme hanno trovato una concreta interpretazione, individuano due elementi caratteristici della gestione del tema in questione nel modello tedesco: l'intenzione di profilare il bilanciamento tra tutela della libertà di espressione e difesa della libertà religiosa in meri termini di protezione della pace sociale, accantonando le problematiche legate alle specifiche rivendicazioni del singolo che possa lamentare offese nella propria sensibilità personale, e la tendenza degli organi giurisdizionali a richiedere l'accertamento di prove oggettive in favore dell'esistenza di minacce concrete contro l'ordine pubblico, prima di acconsentire a limitare l'esercizio della libertà di espressione o la circolazione di forme di espressione artistica inerenti a tematiche di carattere religioso.

La vicenda delle vignette satiriche su Maometto, già citata in precedenza, ha riportato l'attenzione della dottrina tedesca sul tema della blasfemia, suscitando un dibattito molto articolato di cui è opportuno dare conto in questa sede, soprattutto perché gli operatori del diritto si sono trovati a ripensare i contenuti ed i margini di applicazione della disciplina in

[123] *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg*, decisione del 17.8.2012, OVG 1 S 117.12, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2012, 3116-2117.

[124] Per un commento alla decisione v. S.MUCKEL, *Untersagung des Zeigens von sog. Mohammed-Karikaturen, in Juristische Arbeitsblätter* (JA) 2013, 157-158. Altre decisioni di giudici amministrativi hanno poi confermato questa interpretazione di vicende simili: v. Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, decisione del 2.5.2012, 14 L 564/12; Verwaltungsgericht Köln, decisione del 30.4.2012, 20 L 560/12. Di opinione contraria Steinbach, che non esclude la possibilità di ravvisare nella stampa delle vignette in questione una violazione delle norme penali ai sensi del § 166 StGB, cfr. A.STEINBACH, *Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften gemäß § 166 StGB – eine Würdigung des Karikaturenstreits nach deutschem Strafrecht*, in *Juristische Rundschau* (JR), 2006, 495–499.

ISSN 2279-7238

materia, pervenendo in alcuni casi a conclusioni assai più interlocutorie di quelle che avevano accompagnato la trattazione dottrinale di questi temi negli anni precedenti: un segno che anche in Germania si avverte assai più che in passato la potenziale pericolosità sociale di un conflitto abitualmente risolto in termini di bilanciamento tra interessi e rivendicazioni di carattere individuale.

Rispetto al contenuto materiale delle vignette in parola, è opportuno ricordare come soprattutto una di esse ha suscitato le reazioni più violente ed appassionate: si tratta della già menzionata caricatura del Profeta Maometto, il cui turbante risulta in realtà essere una bomba con la miccia accesa. L'immagine è non priva di problematicità, dal momento che da un lato rappresenta una figura centrale nella simbologia e nella liturgia della religione islamica: Maometto è il tramite di cui si serve Allah per rivelare agli uomini il Corano, la sacra scrittura della religione musulmana. Per l'Islam, egli svolge dunque un ruolo cruciale nell'accesso alla parola di Dio, meritando per questo una posizione essenziale nel culto esercitato dai fedeli musulmani. Dall'altro, questa stessa figura viene associata nella vignetta ad un simbolo di violenza e morte, come una bomba prossima all'esplosione: pur mantenendo ben chiara la consapevolezza che ci si trova in presenza di una forma di espressione satirica, non è possibile negare a priori la possibilità che l'immagine possa essere interpretata come una sostanziale attribuzione di intenti terroristici al massimo profeta dell'Islam. Considerata la valenza simbolica della figura di Maometto nel credo musulmano, tuttavia, un'associazione del genere rischia in sostanza di configurare una intera comunità come associazione terroristica. In altre parole, un'interpretazione estremamente formale ma sostanzialmente possibile della vignetta potrebbe risultare non solo in un'associazione tra Maometto e terrorismo, ma ancor più in un'identificazione *tour court* tra terrorismo ed Islam.

L'immagine potrebbe d'altro canto assumere tutt'altro significato, laddove si voglia intendere l'intento dell'autore come finalizzato a stigmatizzare la strumentalizzazione impropria del messaggio di fede della religione musulmana da parte di organizzazioni terroristiche, con lo scopo di trovarvi una legittimazioneper le loro azioni di distruzione e violenza. Un'interpretazione del genere, piuttosto che tradursi in una indiscriminata offesa nei confronti della comunità islamica nel suo complesso, mirerebbe a stigmatizzare la specificità degli isolati gruppi di fondamentalisti che in nome di una stravolta concezione del messaggio di fede musulmana conducono i loro attacchi terroristici, contrastando semplicistiche e strumentali assimilazioni, ed ammonendo invece sulla necessità di distinguere le differenze tra le due realtà.

Il fatto che la vignetta, di per sé, non fornisca indicazioni per intendere quale delle due interpretazioni renda giustizia alle intenzioni del suo autore, tuttavia, lascia aperte entrambe le possibilità, compresa quella di considerare l'immagine come offensiva per una intera comunità religiosa, senza distinzioni di sorta.

Come illustrato in precedenza, il requisito della minaccia alla pace sociale conseguente ad istigazioni all'intolleranza *anche* religiosa come condizione per l'applicabilità dei divieti a forme di espressione considerate blasfeme non è l'unico previsto dalla disciplina in materia.

ISSN 2279-7238

La pacifica convivenza tra comunità religiose differenti può essere messa a rischio anche da azioni che colpiscono la legittima aspettativa dei fedeli di non vedere violato il rispetto del loro credo: così, ad es., la citata decisione del *Landesgericht* di Düsseldorf, che condannò l'adesivo per auto recante la scritta «Maria, se avessi abortito ci saremmo risparmiati il Papa» con la motivazione che «non si può pretendere che la parte cattolica della popolazione possa accettare una tale ingiuria della propria fede»[125].

Una posizione simile riscontrabile nella citata decisione dell'*Oberlandsgericht* di Norimberga sulla commercializzazione della maglietta di un gruppo rock recante l'immagine di un maiale crocifisso: nel rinviare il caso per un riesame al tribunale competente, dopo che in prima istanza era stata negata l'applicabilità del § 166 StGB alla vicenda, i giudici d'appello osservano che già la stessacomunicazione dell'intenzione del Pubblico Ministero di sospendere le indagini su un caso percepito come blasfemo per una parte della popolazione può, in determinate circostanze, sarebbe idoneo a tradursi in una minaccia della pace sociale, dal momento che agli occhi dei ricorrenti tale decisione potrebbe apparire come la rinuncia dello Stato a proteggere la loro fede da attacchi considerati offensivi ed ingiuriosi[126]. Peraltro, vi è stato chi ha fatto notare la rischiosità di tale argomentazione da parte dei giudici bavaresi: il disturbo della pace sociale, infatti, non dovrebbe dipendere dalla presenza o meno di fedeli di un credo religioso che reagiscono con violenze e disordini a quelle che questi percepiscono come offese ai danni della propria fede religiosa. Il § 166 StGB esigequale criterio per la sua applicazione la presenza di oggettive iniziative di intolleranza tra comunità religiose: diversamente, la sanzionabilità di un atto blasfemo dipenderebbe sostanzialmente dall'effettiva capacità della comunità religiosa di turno di denunciare l'illecito subito attraverso azioni di disturbo dell'ordine pubblico, di fatto facendo dipendere la stessa applicazione della norma dalla capacità e volontà della confessione religiosa coinvolta di volta in volta nella vicenda di creare le condizioni affinché si ravvisino quei pericoli alla pace sociale necessari ai organi pubblici competenti per porre in essere le azioni di intervento necessarie[127].

A questo proposito, vi è stato chi ha fatto notare che la costruzione della tutela giuridica prevista dal § 166 StGB finirebbe per favorire quelle comunità di credenti i quali, come i fedeli dell'Islam, di regola non mostrano remore a reagire anche con forme di protesta violenta contro quelle che a loro giudizio appaiono come forme di espressione blasfema nei confronti della propria religione, mentre svantaggerebbe quelle comunità religiose più inclini ad accettare pacificamente lo stesso tipo di iniziative[128]. Proprio la vicenda delle

[125] LG Düsseldorf del 5.11.1981, pubblicata in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1982, 290-291.
[126] *Oberlandesgericht Nürnberg*, decisione del 23.6.1998 Ws 1603-97, pubblicata in *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport* (NStZ-RR) 1999, 238-241.
[127] D. BEISEL, *Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihrer strafrechtlichen Grenzen*, Heidelberg 1997, 356.
[128] Segnala il rischio che, adottando una tale nozione di "pace sociale" si finisca in questo modo per porre un limite "mobile" alla sfera dei beni da tutelare, con conseguente "variabilità" dell'effettività dei limiti stessi, J. HABERER, *Grenzen der Toleranz? Theologische Anmerkungenzu "Blasphemie" als einem medialen Phänomen*, in T. Lautbach/K. Lindner (Hrsg.), Blasphemie – lächerliche Glaube? Ein wiederkehrendes Phänomen im Diskurs, Berlin 2014, 25-36. Si muoveva da assunti simili anche un progetto di legge federale di modifica del § 166 StGB presentato dal Land Baviera al *Bundesrat* il I.10.2007, la cui finalità era così descritta: «Il progetto si propone di chiarire la portata della legislazione penale in

ISSN 2279-7238

vignette danesi su Maometto è stata utilizzata da alcuni commentatori come esempio della tendenziale diversità di reazione di musulmani e cristiani a quelle che ai loro occhi possono essere percepite come provocazioni ingiuriose verso il rispettivo credo religioso: mentre gli adepti di fede islamica, singolarmente o in gruppi organizzati, hanno messo in campo proteste degenerate in attacchi violenti contro i responsabili delle vignette e del periodico che le aveva ospitate, o ancora, come ricordato in apertura, contro le forze di polizia intervenute a proteggere lo svolgimento di manifestazioni del movimento di estrema destra PRO NRW a Bonn e Solingen[129], le reazioni di fedeli cristiani a forme di espressione che mettono in ridicolo simboli della propria fede religiosa (si tratti di trasmissioni televisive satiriche come "*Popetown*", o della già ricordata copertina della rivista "Titanic" sulla vicenda *Vatileaks*) si limitano di norma a forme di protesta verbale o, nei casi più estremi, ad adire le vie legali, ma sempre mantenendo il rispetto per la pace sociale.

Allo stesso tempo, ogni interpretazione che, richiamandosi alla giurisprudenza più risalente[130], identifichi la pace sociale con il "sentire" dei credenti, finirebbe per estendere questa specifica tutela a danno della libertà di parola o di espressione artistica[131]. A questo riguardo vi è chi si domanda, retoricamente, se sia compito del diritto proteggere qualsiasi tipo di sentimento, rispondendo alla questione in modo negativo[132]: l'unica forma di protezione giuridica di sentimenti legati alla sfera religiosa può essere solamente quella derivante dall'obbligo di tutela di diritti fondamentali derivabile dall'art. 4 I e II LF[133]. Un tale obbligo non viene tuttavia attivato da una "qualsiasi" forma di coinvolgimento della libertà religiosa, ma deve essersi verificato o essere in procinto di verificarsi un vero e proprio "attacco", ovvero un comportamento di un terzo che limiti o impedisca al soggetto titolare di esercitare la libertà fondamentale in questione. Una fattispecie del genere può senza dubbio riscontrarsi nel caso di comportamenti materiali, come l'impedimento dello svolgimento di una funzione religiosa[134], mentre la semplice negazione di una verità di fede,

materia di blasfemia, e di migliorare l'effettività della tutela giuridica offerta. In futuro, il § 166 Codice penale dovrebbe trovare applicazione già in presenza di dichiarazioni che facciano apparire una confessione, una comunità religiosa o un'associazione ideologica indegne di rispetto o meritevoli di riprovazione. Il requisito di idoneità ad arrecare disturbo alla pace sociale è mantenuto. Tuttavia, dovrebbe essere fornito un supporto interpretativo al significato della disposizione penale in questione, e per contrastare le interpretazioni errate regolarmente ricorrenti nella pratica legale.», cfr. Bundesrat-Drucksache 683/07, disponibile qui: https://www.umwelt-online.de/PDFBR/2007/0683_2D07.pdf (13.3.2018)

[129] Nell'occasione, peraltro, uno dei responsabili degli attacchi alle forze di polizia armato di coltello è stato condannato a sei anni di reclusione dal *Landsgericht* di Bonn, cfr. LG Bonn · Urteilvom 19. Oktober 2012 · Az. 23 KLs 555 Js 199/12 P -23/12, disponibile qui: https://openjur.de/u/591649.html (13.3.2018)

[130] A tempi dell'Impero guglielmino, per es., il *Reichsgericht* considerava la pace sociale minacciata già nei casi in cui "sussistano fondati motivi per temere che il sentimento di pubblica sicurezza (*Rechtssicherheit*) venga messo in pericolo", cfr. RGSt 34, 268 del 31/5/1901.

[131] B. ROX, *Blasphemie im Spannungsverhältnis zwischen Meinungs- und Religionsfreiheit?,* in T. Laubach (Hrsg.), Kann man Gott beleidigen? Zur aktuellen Blasphemie-Debatte, Freiburg 2013, 161-177.

[132] F. WITTRECK, *Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland*, in K. Ebner et al. (Hrsg.), Staat und Religion. Neue Anfragen an eine vermeintlich eingespielte Beziehung, Tübingen 2014, 73-103 (81).

[133] A. VON ARNAUD DE LA PERRIERE, *Grundrechtsfreiheit zur Gotteslästerung?*,in J. Isensee (Hrsg.), Religionsbeschimpfung. Der rechtliche Schutz des Heiligen, Berlin 2007, 63-104 (79 ss.).

[134] E' il caso classico in cui viene in applicazione il § 167 StGB, a riguardo cfr. W. PAULY/C. PAGEL, *Die Gewährleistung ungestörter Religionsausübung*, in *Neue Zeitschrif für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 2002, 441-444.

ISSN 2279-7238

come l'esistenza di Dio o il ruolo di profeta di Maometto, o la descrizione di un credo religioso come "inadeguato ai tempi correnti" o "oppressivo", non potrebbe essere considerato idoneo a superare la barriera della liceità, e non potrebbe dunque innescare il diritto alla tutela giuridica prevista in materia. Qualunque altra interpretazione della questione finirebbe per derivare dal diritto fondamentale citato un diritto ad un consenso generale nei confronti del proprio personale progetto esistenziale, che invece in una società pluralista non può trovare spazio[135]. Al contrario, le libertà di espressione, ma la stessa libertà religiosa, si fondano sulla possibilità per ciascuno di intervenire sugli orientamenti altrui, mettendo eventualmente in discussione anche le rispettive convinzioni religiose ed i relativi sentimenti personali: una possibilità che include forme di scherno e sarcasmo, fin quando il limite della tutela dei diritti della personalità, valido sia per i credenti che per i non credenti, non viene superato attraverso espressioni diffamatorie o formalmente offensive[136].

D'altro canto, va ricordato come l'art. 4 I e II LF non solo non forniscano protezione contro qualsiasi forma di culto, ma tutelino anche la corrispondente libertà negativa di non credere o di non riconoscersi una determinata fede[137].

Proprio la citata giurisprudenza in materia di blasfemia contro i simboli della cristianità ha indotto alcuni autori a concludere che, pur tenendo ben presente la condizione di abituale neutralità dello Stato neiconfronti delle questioni di matrice religiosa[138], sarebbe possibile profilare la sanzionabilità delle vignette su Maometto nell'ordinamento tedesco, riconoscendo il diritto alla medesima tutela alla comunità religiosa di fede musulmana[139].

Altre interpretazioni della vicenda giungono a conclusioni differenti: alla domanda se sia opportuno per l'ordinamento giuridico tedesco proibire iniziative offensive nei confronti della religione, vi è chi reagisce in modo interlocutorio. Da un lato si risponde affermativamente, ove l'azione del potere pubblico intenda garantire la protezione dell'onore personale ed esercitare validamente la funzione di garanzia della pace sociale, individuando il giusto equilibrio tra questi valori e la libertà di opinione e di espressione artistica. Dall'altro, si fa notare come una soluzione "interventista" alla questione rischia di vedere risolte le conflittualità tipiche delle società contemporanee con i soli mezzi del diritto

---

135 B. Rox, *Vom Wert der freien Rede — Zur Strafwürdigkeit derBlasphemie*, in *Juristen Zeitung* (JZ) 2013, 30-34.

136 Cfr. a riguardo il Tribunale Costituzionale Federale, che nella nota sentenza in cui dichiarava illegittima la disposizione bavarese che imponeva obbligatoriamente la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche, osservava come «il diritto fondamentale alla libertà religiosa è assicurato senza condizioni. Ciò però non significa che non siano possibili delle limitazioni», cfr. Bundesverfassungsgericht1 BvR 1087/91del 16.5.1995.

137 J. LISTL, *Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit*, in E.Friesenhahn/U.Scheuner (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, II ed., Berlin 1994, Bd. 1, 439-479.

138 Per una attenta riflessione sull'accezione di neutralità dello Stato in materia religiosa nell'ordinamento tedesco, concluso ipotizzando una futura possibile convergenza tra il concetto di *Staatsneutralität* e quello di *Laicité* proprio della tradizione francese, come conseguenza della molteplicità di fedi religiose ormai presenti anche nella sfera sociale della RFT, v. M. MORLOK, *Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus*, in J. Masing/O. Jouanjan (Hrsg.), Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwaltung, Tübingen 2013, 3-20.

139 E' il caso di Armin Steinbach, che tuttavia precisa come la sanzione penale di un operato del genere dipenderà dalla specificità della situazione contingente, nonché dal concreto contesto politico, sociale e culturale nel quale gli operatori del diritto coinvolti saranno chiamati a condurre la necessaria opera di bilanciamento tra i diversi valori coinvolti nella fattispecie giuridica concreta, cfr. A. STEINBACH, *op. cit.*., 499.

ISSN 2279-7238

penale. La democrazia vive del confronto spirituale ed ideologico, e la qualità (e la gestibilità) di questo confronto dipende dalla capacità di tutte le parti coinvolte di mantenere il dovuto rispetto per le specifiche sensibilità altrui, le religioni devono trovare la propria affermazione sulla base del comune patrimonio condiviso di libertà fondamentali[140]. Lo strumento delle sanzioni penali sarebbe dunque per alcuni troppo estremo per garantire quel clima di pacifica convivenza e liberale tolleranza reciproca in cui si sostanzia la *Ratio* del § 166 StGB[141]: in altre parole, il mezzo rischierebbe di risultare in ultima analisi controproducente rispetto al fine che intende perseguire.

La giurisprudenza restrittiva seguita dal Tribunale Costituzionale Federale in materia si giustificherebbe proprio con la consapevolezza, condivisa dalla stessa dottrina penalistica, che un adeguato punto di equilibrio tra una forma di espressione offensiva e ciononostante ammissibile, ed una manifestazione di opinione effettivamente diffamatoriae quindi dasanzionare sul piano giuridico, è alquanto difficile da individuare con precisione[142]. Chi concorda con tale lettura della disciplina in questione, considera necessariamente inadeguata una soluzione fondata sulla stretta sanzione penale dell'atto blasfemo, poiché in questo modo, invece di disinnescare la potenziale conflittualità del confronto sorto in conseguenza del contrasto tra esigenze di tutela differenti, lo Stato rischia di aumentare il livello della contrapposizione sociale[143]. L'alternativa proposta da chi condivide questo tipo di approccio al tema in oggetto consisterebbe nell'immaginare rimedi di volta in volta calibrati sulla specifica problematicità contingente, e basati su un coacervo di interventi attivi nei tanti ambiti di cui si compone la sfera pubblica (scuola, informazione, confronto sociale)[144].

Così come in altri ordinamenti nazionali, anche in Germania la disciplina penale dei reati di blasfemia ha attraversato un processo inteso a ridimensionare i condizionamenti di carattere ideologico o confessionale, preferendo un approccio più laico e neutrale rispetto alle influenze valoriali provenienti dalla sfera religiosa.

Non fa eccezione il diritto penale in ambito religioso, che ha conosciuto nel tempo un'evoluzione lunga e articolata. Il nucleo di questa disciplina, come visto, consiste appunto nella regolamentazione della «offesa del soggetto divino» (*Gotteslästerung*), con cui si mira principalmente a proteggere Dio da ingiurie e attacchi di carattere blasfemo. Pertanto, per lungo tempo il diritto penale in materia religiosa in Germania era finalizzato a tutelare soprattutto la sensibilità religiosa dei credenti[145]. Oggi, invece, si è mostrato come l'obiettivo principale del cd. *Religionsstrafrecht* in Germania consista in primo luogo nella conservazione e nella tutela della pace sociale: in particolare i citati §§ 166 e 167 StGB puntano a consentire

[140] J. ISENSEE, *Blashemie im Koordinatensystem des sekulären Staates*, *op. cit.*, 119.
[141] T. HÖRNLE, *Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, München 2015, C 40.
[142] ID., C 37-42.
[143] H. M. HEINIG, *Muss/Darf/Soll das Recht vor Religionsbeschimpfungen schützen?*,in M. Moxter, C. Polke (Hrsg.), Blasphemie – Negation des Göttlichen und Lust am Frevel, Baden-Baden 2015, disponibile in file:///C:/Users/WeidenhillerLLCS/Downloads/Heinig_Religionsbeschimpfung%20(3).pdf (13.3.2018)
[144] A. VOßKUHLE, *op. cit.*, 543.
[145] A. ESER, *Schutz von Religion und Kirchen im Strafrecht und im Verfahrensrecht*, in J. Listl, D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, II. Ed. Berlin 1995, II Bd., 1019-1045.

ISSN 2279-7238

un sicuro ed indisturbato esercizio della professione di fede quale condizione per una pacifica convivenza tra i diversi gruppi nei quali si articola la complessa ed articolata sfera sociale tedesca.

Le recenti vicende legate alle manifestazioni di pensiero e alle azioni satiriche indirizzate contro i simboli religiosi, in particolare islamici ma non solo, ha indotto molti commentatori ed esperti della materia ad interrogarsi sull'opportunità di modificare l'approccio finora seguito dalla disciplina citata. E' soprattutto il § 166 StGB ad attrarre le maggiori attenzioni, sia tra coloro che ne richiedono l'inasprimento, sia tra quelli che invece ne auspicano l'abolizione. Trattandosi della norma-chiave dell'intera disciplina penalistica dei reati di blasfemia, è opportuno dare conto del dibattito in questa sede.

Chi vorrebbe inasprire i contenuti del § 166 StGB richiede soprattutto che la condizione di minaccia e disturbo alla pace sociale, attualmente condizione imprescindibile per la sua applicazione, fosse eliminata. Per i fautori di questa posizione, diverrebbe in questo modo punibile chiunque in pubblico o attraverso la diffusione di materiale scritto offenda le convinzioni religiose o ideologiche altrui, o esprima ingiurie nei confronti di comunità religiose o ideologiche, i loro apparati o le loro forme di culto[146].

Le ragioni dei sostenitori di questa proposta consistono nella convinzione che la protezione delle comunità religiose e ideologiche e dei rispettivi orientamenti valoriali non sia sufficientemente assicurata dalla vigente disciplina. Secondo costoro, persino le ingiurie blasfeme più pesanti non vengono represse ai sensi del § 166 StGB, e questo soprattutto in quanto, a loro giudizio, il richiamo alla idoneità dell'atto ritenuto offensivo a causare un disturbo della pace sociale pone in condizione di subalternità quelle comunità vittime di tali tipologie di ingiuria che reagiscono con proteste, manifestazioni o denunce di carattere pacifico, invece di porre in essere iniziative che possano sostanziarsi in minacce per la stabilità dell'ordine pubblico. In altre parole, le condizioni che consentono l'applicazione della disciplina attualmente vigente sui tradurrebbero di fatto nella cancellazione dell'atto illecito[147].

Una revisione della norma in questione nel senso indicato, tuttavia, rischia di essere in conflitto con il dettato costituzionale: se è vero che le confessioni religiose, i movimenti ideologici e le forme di professione di fede godono di specifica tutela costituzionale ai sensi del citato art. 4 LF, e che la stessa tutela riceve un ulteriore livello di esercizio proprio attraverso la menzionata disciplina penale, è altrettanto vero che il legislatore non può disconoscere i limiti che derivano dagli altri diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale. Il richiamo, in questo senso, è ovviamente alle libertà di espressione (art. 5 I 1 LF) e di espressione artistica (art. 5 III 1 LF). Inoltre, la stessa libertà religiosa o ideologica

[146] Va in questa direzione un disegno di legge della CDU/CSU presentato nel corso della XIV Legislatura del *Bundestag*, anno 2000 (BT-Drucksache 14/4558), il cui testo è disponibile qui: http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/045/1404558.pdf (13.3.2018)

[147] J. RENZIKOWSKI, *Toleranz und die Grenze des Strafrechts*, in E.Graul/G.Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, 179-189.

ISSN 2279-7238

di un singolo può, in certe condizioni, entrare a sua volta in conflitto con le medesime libertà di un altro individuo.

Uno dei tratticaratteristici dello stato di diritto liberaldemocratico consiste d'altro canto proprio nel fatto che sia consentito il confronto, anche acceso, sui suoi contenuti spirituali - tra i quali rientrano evidentemente anche le concezioni di matrice religiosa ed ideologica. Il ricorso al diritto penale per risolvere le possibili controversie in questi ambiti, pertanto, dovrebbe sempre essere considerato come la "*ultima Ratio*" da parte dell'ordinamento giuridico, al fine di preservare un confronto basato sui principi della libertà e della democrazia[148].

Nelle intenzioni dei promotori di una sua riforma, l'oggetto tutelato da un § 166 StGB inasprito nella sua portata dovrebbe consistere non tanto in «sentimenti religiosi», ma «nel generale principio di tolleranza verso le convinzioni religiose ed ideologiche di soggetti terzi»[149]. Scopo della riforma sarebbe dunque quello di fissare un parametro di giudizio valoriale oggettivo, che ponga i limiti da non oltrepassare in caso di contrapposizioni e divergenze di opinione su questioni di carattere religioso o ideologico[150].

Una tale concezione di bene giuridico da proteggere solleva secondo alcuni non poche domande. In primo luogo, appare problematico stabilire i criteri secondo i quali stabilire una violazione del principio di tolleranza in ambito religioso ed ideologico invocato dai promotori della riforma: certamente, il rispetto nei confronti di convinzioni morali altrui non potrebbe tradursi in un indiscriminato divieto di espressione di qualunque forma di posizione critica rispetto ad esse. In realtà, la problematica connessa al limite reciproco che si instaura tra tutela religiosa e libertà di espressione, che è poi l'elemento centrale della disciplina statuita dal § 166 StGB, non trova soluzioni attraverso il richiamo al principio di tolleranza. Al contrario, sussiste un rischio concreto di soggettivazione della materia pari a quello generalmente legato al tema della «protezione dei sentimenti religiosi»[151]. Inoltre, un'eventuale cancellazione del richiamo alla «idoneità al disturbo della pace sociale» contenuto nell'attuale versione del § 166 StGB renderebbe ancora più indefiniti i profili di applicabilità della norma, sollevando non pochi dubbi di costituzionalità sulle proposte che vanno in questa direzione[152].

---

148 G. CZERMAK, *Religions- und Weltanschauungsrecht. Eine Einführung*, München 2008, 246.

149 J. RENZIKOWSKI, *op. cit.*, 179.

150 IBID.

151 La dottrina tedesca conosce bene il problema della indefinitezza della formula «protezione dei sentimenti religiosi», dal quale deriva la difficoltà di farne derivare un'accezione praticabile di bene giuridico, per il quale esperire una tutela efficace sul piano penale. Un tale concetto, peraltro, farebbe dipendere l'applicazione della disciplina penalistica dal livello di sensibilità religiosa del singolo vittima (o considerantesi tale) dell'offesa di carattere blasfemo, contraddicendo il generale principio della certezza del diritto. Alcuni tra gli stessi sostenitori della necessità di un inasprimento della disciplina ex § 166 StGB rifiutano il riferimento alla tutela dei «sentimenti religiosi», in quanto «la punibilità non può dipendere dalla sensibilità personale dell'individuo appartenente ad una determinata religione o ideologia. Altrimenti, il limite della libertà di azione in materia di controversie religiose o ideologiche dipenderebbe dal livello di critiche che gli appartenenti della confessione di turno sono di volta in volta disposti a tollerare» – così il citato disegno di legge della CDU/CSU del 2000 (BT-Drucksache 14/4558, 4). Herzog a riguardo parla di una impossibilità di invocare un diritto alla difesa contro il "disorientamento religioso", cfr. B. HERZOG, in Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 74, Rnr. 74.

152 H. TRÖNDLE/T. FISCHER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, München 2005, § 166 Rn. 2c-d.

ISSN 2279-7238

Va invece in direzione completamente opposta la proposta di cancellare completamente dal codice penale tedesco il tanto discusso § 166. La motivazione di chi condivide questo orientamento riguarda la convinzione che un ordinamento effettivamente laico e neutrale da un punto di vista religioso ed ideologico non dovrebbe affatto prevedere reati di matrice religiosa[153]. Va tuttavia ancora una volta ricordato come nella sua versione attuale, il § 166 StGB non tuteli i contenuti di fede o una determinata concezione religiosa, ma piuttosto la pace sociale. In un ordinamento secolare e postmoderno come quello tedesco, è ormai scontato che la pluralità di comunità religiose ed ideologiche presenti nella sua sfera sociale possa generare contrapposizioni in grado di sfociare in conflitti più o meno aperti e violenti. E' per questa ragione che l'ordinamento tedesco ha approntato un assetto normativo in grado di limitare lo spazio di azione dei membri delle diverse comunità religiose ed ideologiche, al fine appunto di prevenire i contrasti più rischiosi per la stabilità della convivenza civile. La disciplina costituzionale è il primo e più utile strumento approntato a questo scopo, ma non può escludersi il ricordo alla regolamentazione penale nei casi più complessi ed estremi.

Se la pace sociale viene garantita anche dall'intervento difensivo/repressivo delle norme penali, allora si deve riconoscere che una disciplina fondata esclusivamente sulla regolamentazione della Incitazione all'odio (§ 130 StGB) e dell'ingiuria (§§ 185 ss. StGB) non riesce a perseguire efficacemente tale obiettivo. Una tutela effettiva in questo ambito non può infatti prescindere dalla possibilità di sanzionare atti blasfemi ed offensivi anche su un piano personale, e non generale.

Iniziative pericolose per la tenuta della pace sociale indirizzate contro "l'Islam", "il cristianesimo" o "gli infedeli" non sembrano poter essere efficacemente represse attraverso le norme previste dai § 185 e seguenti[154]. La repressione del reato di incitazione all'odio, condotta in parallelo con la tutela prevista dal § 166 StGB, tutela l'interesse generale ad una convivenza pacifica all'interno dello Stato[155]. Le modalità con cui il reato di incitazione all'odio viene posto in essere, si caratterizzano per una particolare aggressività contro singole persone o gruppi, come si evince dall'esame dei comportamenti sanzionati. Sebbene alcuni casi di blasfemia contro comunità religiose o ideologiche possono essere repressi come esempi di incitazione all'odio, questa fattispecie di illecito non riesce a coprire l'intero ambito di applicazione del § 166 StGB. In altre parole, è il § 166 StGB ad integrare il § 130 StGB, intervenendo con la sua specifica forza repressiva ad impedire che nel normale clima sociale non trovino diffusione l'odio religioso, l'aggressività incontrollata e la violenza determinata da motivi religiosi.

In considerazione del rilevante potenziale di violenza insito nelle religioni, pertanto, alcuni contributi dottrinali individuanofondate ragioni per conservare in vigore il § 166

[153] W. HASSEMER, *Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung*, in I. Staff/G.Dilcher, Christentum und modernes Recht: Beiträge zum Problem der Säkularisation, Frankfurt a.M. 1984, 232-251.
[154] G. CZERMAK, *op. cit.*, 248.
[155] H. TRÖNDLE/T. FISCHER, *op. cit.*, § 130 Rn. 2 s.

ISSN 2279-7238

StGB senza introdurvi modifiche o adeguamenti[156]. Se inquadrata nella giusta prospettiva, in realtà, più che offrire protezione alla religione, la norma provvede a proteggere *dalla* religione, sebbene non si possa d'altro canto ignorare che, nella sua formulazione attuale, il § 166 StGB possa porre in essere anche delle forme di censura, in certe particolari condizioni[157]. Inoltre, non si possono trascurare le conseguenze prodotte nella sfera del diritto amministrativo dall'applicazione della parte della controversa parte della norma citata, che richiedelaverifica dell'idoneità dell'atto considerato blasfemo a «disturbare la pace sociale». Resta da verificare se sia possibile una modifica della norma in oggetto capace da un lato di conservare la sua caratteristica di disposizione emanata a tutela dell'ordine collettivo, e dall'altro di non tradursi in una limitazione eccessiva della libertà di opinione ed espressione.

Desta interesse per l'originalità della costruzione argomentativa l'analisi offerta da Barbara Rox in un contributo già parzialmente richiamato, dedicato alle possibili modalità di sviluppo di un «diritto alla difesa contro espressioni blasfeme» coerente con il contesto valoriale e la tradizionale tendenza al bilanciamento propri dell'ordinamento tedesco[158]. In primo luogo, nel contributo si tenta di individuare il giusto spazio di tutela che vanno riconosciuti alla libertà di culto e di fede religiosa, basandosi su una distinzione tra la dimensione esterna ed interna della libertà religiosa: alla prima sfera appartengono tutti quei comportamenti con i quali un individuo professa appunto la propria fede, che includono non soltanto le singole azioni poste in essere, ma il generale diritto del singolo di orientare l'insieme dei propri comportamenti al rispetto della dottrina su cui si fonda il proprio credo, e di vivere in conformità con le proprie personali convinzioni religiose, che possono includere non solo gli atti di culto veri e propri, ma anche l'osservanza di regole alimentari, la concordanza dei tempi dedicati alla preghiera con attività lavorative e scolastiche, etc.[159].

Un comportamento blasfemo o in qualche modo ostile nei confronti delle pratiche di culto citate, pertanto, potrebbe legittimare un intervento di tutela della libertà religiosa da parte dello Stato, ma solo nel caso in cui l'ingerenza del comportamento antireligioso ostacoli a tal punto le azioni indicate da rendere di fatto impossibile la professione di fede ai soggetti interessati: una semplice offesa, la confutazione di verità di fede, o ancora la mancanza di rispetto per temi o valori considerati sacri dai fedeli non sembra in grado di

[156] E. HILGENDORF, *Religion, Gewalt und Menschenrechte – Eine Problemskizze am Beispiel von Christentum und Islam,* in H. Dreier/E. Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, Baden-Baden 2008, 169-192.

[157] A riguardo v. i diversi esempi pratici richiamati in C. REINSDORF/P. REINSDORF (Hrsg.), *Zensur im Namen des Herrn. Zur Anatomie des Gotteslästerungsparagraphen*, Aschaffenburg 1997, nonché G. SCHMIED/ W. WUNDEN, *Gotteslästerung? Vom Umgang mit Blasphemien heute*, Mainz 1996.

[158] B.ROX, *Blasphemie im Spannungsverhältnis zwischen Meinungs- und Religionsfreiheit?*, *cit.*, 161-177.

[159] Tale diritto è stato espressamente riconosciuto anche in sede di giurisprudenza costituzionale, cfr. Bundesverfassungsgericht 1 BvR 387/65 del 19.10.1971, (cd. «*Gesundbeter Entscheidung*»), sul caso di una donna appartenente al culto della «Fratellanza Evangelica», morta in seguito alle ingenti perdite di sangue seguite al parto del suo quarto figlio, per la quale il marito si era opposto alle trasfusioni suggerite dai medici perché contrarie ai precetti della fede religiosa della coppia, con il tacito consenso della donna rimasta comunque cosciente. Nel caso in esame i giudici di Karlsruhe avevano considerato legittimo il comportamento dei coniugi, decretando la revisione della decisione di condanna del marito per non aver indotto la moglie ad accettare una visita in ospedale e la necessaria trasfusione.

ISSN 2279-7238

impedire nella sostanza l'esercizio della libertà religiosa, e quindi non legittimerebbe un intervento di tutela di singoli o gruppi da parte del potere pubblico.

La dimensione interna della fede religiosa è invece quella che attiene alla sfera intima e personale del credo religioso e del modello di esistenza che ne deriva per chi vi aderisce, che potrebbero confliggere con affermazioni il cui contenuto potrebbe risultare molesto, ostile o sgradito ad un fedele: la Rox si domanda se il diritto fondamentale della libertà religiosa inteso in questa specifica prospettiva possa legittimare una richiesta di intervento inibitorio dello Stato nei confronti dei menzionati comportamenti odiosi agli occhi di individui credenti. Anche in questo caso la risposta è negativa: fondando la propria argomentazione sulla giurisprudenza stabilita del Tribunale Costituzionale Federalecon il *Kruzifix-Urteil*, la Rox deduce un divieto da parte del potere pubblico di porre in essere azioni che si sostanzino come prescrittive di un determinato orientamento religioso: un divieto di iniziative critiche o ironiche considerate blasfeme per la citata dimensione *interna* della fede di un credente, e dunque inaccettabili ai loro occhi, assumerebbe la forma di un indottrinamento dello Stato in favore di un determinato credo, in contrasto con il divieto statuito dal *Bundesverfassungsgericht* con la citata sentenza sul crocifisso nelle scuole pubbliche[160].

La conclusione parziale sul punto, dunque, è che un'azione che si profila come blasfema secondo la soggettiva personale visione del singolo credente non può configurarsi come violazione di un diritto fondamentale e dunque legittimare un intervento del potere pubblico. La vignetta satirica critica nei confronti di simboli o valori religiosi non si profila come attacco specifico e mirato nei confronti del singolo, che quindi non può lamentare un attacco diretto ai propri diritti della personalità, in particolare di quelli attinenti alla sfera religiosa: è piuttosto il fedele che, attraverso una soggettiva interpretazione del senso e della portata della vignetta, trasforma unilateralmente un'opera indirizzata alla collettività in un atto di offesa personale nei suoi confronti, ciò che non risulta sufficiente per dimostrare una violazione rilevante di un diritto fondamentale del singolo[161].

Esiste tuttavia anche una dimensione collettivadel sentimento religioso, che peraltro è l'unica presa in considerazione dal § 166 StGB: come visto, la norma fa dipendere l'attuazione della tutela in essa contenuta alla possibilità che il comportamento blasfemo possa mettere in pericolo la pace sociale; ebbene, proprio dall'approccio scelto dalla

[160] Come è noto, la sentenza giudicò illegittima la presenza di crocifissi nelle scuole pubbliche in quanto considerata una violazione del diritto fondamentale alla libertà religiosa: apponendo un determinato simbolo religioso in un edificio pubblico, per di più destinato all'esercizio dell'istruzione nei confronti di alunni le cui capacità critiche sono ancora in via di formazione, l'effetto ultimo del crocifisso sarebbe stato quello di rappresentare agli alunni i valori cristiani simboleggiati dal crocifisso come particolarmente esemplari e degni di essere seguiti e professati, venendo meno all'obbligo di neutralità nei confronti degli orientamenti religiosi da parte del potere pubblico, cfr. Bundesverfassungsgericht1 BvR 1087/91B del 16/5/1995. La letteratura seguita alla sentenza citata è enorme e pertanto difficilmente riassumibile in questa sede: si rinvia, per tutti, a G. S. SCHAAL, *Crisis! What Crisis? Der „Kruzifix-Beschluss" und seine Folgen*, in R. C. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006, 175–186.

[161] B.Rox, *Blasphemie im Spannungsverhältnis zwischen Meinungs- und Religionsfreiheit?, cit.*, 171. Così anche A.Voßkuhle, *op. cit.*, 541 ss.

ISSN 2279-7238

disposizione citata, la Rox fa discendere il concetto di "clima sociale": una dimensione che include un'accezione del cittadino e dei suoi diritti costituzionalmente garantiti come connessi ed orientati in favore della comunità, alla quale non sarebbe possibile fornire adeguata tutela con i soli strumenti del diritto. Secondo la Rox, dunque, la protezione della sensibilità religiosa del singolo contro espressioni offensive o ingiuriose dovrebbe basarsi piuttosto su una forza di integrazione "dal basso", espressa dalla società civile, capace di porre in essere quel processo quotidiano di apprendimento ed esperienza che la disciplina giuridica "dall'alto" non può prescrivere[162]: un approccio alternativo, ma che nel momento in cui chiama in causa la dimensione sociale del vivere comune riconosce i limiti che il diritto incontra in una sfera delicata come quella del rapporto tra libertà religiosa e espressione blasfema.

Osservazioni conclusive

Al termine di questa analisi normativa, giurisprudenziale e dottrinale sul tema della blasfemia in Germania, è opportuno interrogarsi sulla questione di fondo che un tema come quello in oggetto inevitabilmente lascia sullo sfondo, ovvero se sia corretto e soprattutto sufficiente porre la questione nella specifica prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, a cui, come illustrato nelle pagine precedenti, anche l'ordinamento della Repubblica Federale di Germania evidentemente si richiama.

Da un lato, infatti, sembra in sostanza condivisibile la scelta del legislatore tedesco di trasferire dalla sfera della specifica sensibilità individuale a quella più ampia della tutela della pace sociale l'ambito nel quale verificare la punibilità di atti, espressioni o comportamenti critici nei confronti di concetti o simboli religiosi, in quanto diversamente l'applicazione delle sanzioni finirebbe per dipendere eccessivamente dalla percezione personale del ricorrente di turno; dall'altro, tuttavia, questa scelta rischia di svuotare la portata della tutela a favore del credente colpito dall'espressione sospettata di blasfemia. La *ratio* della disciplina sottesa ai citati §§ 166 e 185 ss. del Codice Penale tedesco prende in considerazione solo gli effetti dell'atto contestato, e non l'intenzione del suo autore, decretandone la sanzionabilità solo nel momento in cui le conseguenze provocate si dimostrano causa di instabilità e disordine a livello sociale.

E' stato osservato che il soggetto blasfemo può non avvedersi del fatto di aver violato con proprie opere o esternazionii diritti della personalità altrui, qualora la dimensione religiosa e il sistema valoriale che ne è la base risultino a lui sconosciuti, e ignori che la fede puòrappresentare il fondamento della personalità di terzi[163]. In un contesto del genere, ad ogni modo, appare arduo che possa profilarsi un diritto alla protezione di un diritto fondamentale da parte del soggetto vittima dell'offesa blasfema, e che si possa configurare un obbligo per lo Stato di intervenire a garanzia del diritto violato.

[162] B.Rox, *Blasphemie im Spannungsverhältnis zwischen Meinungs- und Religionsfreiheit?, cit.*, 175-176.
[163] J. ISENSEE, *Blasphemie und säkularer Staat*, *cit.,* 203.

ISSN 2279-7238

La realtà è che lo spazio per un intervento normativo a protezione delle offese in materia religiosa appare estremamente limitato, e ancora più ristretto sembra l'ambito di intervento consentito alla politica, dal momento che nella sua maggioranza la società rifiuta iniziative in questo senso. Secondo un autorevole conoscitore della materia come Josef Isensee, la capacità sanzionatoria delle norme in materia di blasfemia vigenti in Germania risultano in buona parte prive di efficacia: le comunità religiose sanno che denunce penali e proteste pubbliche finiscono di norma per fornire pubblicità all'espressione blasfema e tendono a delineare l'autore come un martire della libertà. D'altro canto, le difficoltà causate dall'esercizio della libertà non possono essere eliminate senza intervenire sulla libertà stessa. I diritti fondamentali sono ciechi da un punto di vista religioso, morale ed estetico, e non sopportano censure: né quelle atte a soddisfare le sensibilità di matrice islamica, né quelle finalizzate a impedire azioni terroristiche di gruppi fondamentalisti musulmani[164].

Da un punto di vista prettamente giuridico, in verità, non può che riconoscersi che le forme di espressione tacciate di blasfemia ricevono adeguata tutela attraverso le garanzie delle libertà di parola, di opinione, di stampa, di espressione artistica previste nell'assetto normativo tedesco: si tratta di garanzie valide ed efficaci a prescindere dal contenuto dell'espressione sotto accusa, applicabili indipendentemente dal fatto che essa venga ritenuta «fondata o infondata, emotiva o razionale, legittima o illegittima, pericolosa o innocua»[165]. D'altro canto, è altrettanto vero che dette garanzie possono incontrare limiti nella legge, laddove si intenda tutelare un valore giuridico di rilevanza superiore al diritto fondamentale alla comunicazione. La domanda che si pone, in tal caso, è se un valore del genere esista, ed in quale misura possa essere validamente tutelato. E' stato fatto notare come, in tali frangenti, non sia la divinità in sé a richiedere protezione: piuttosto, ad essere chiamata in causa è la sensibilità religiosa di una comunità, nel momento in cui i simboli della propria fede appaiano denigrati[166]. E' possibile, tuttavia, individuare in questi casi un bene giuridico degno di tutela? Lo stesso Tribunale Costituzionale Federale sottolinea come «il timore che una controversia ideologica dovuta ad una contrapposizione di opinioni porta con sé, e che deriva esclusivamente dal contenuto delle idee e delle loro conseguenze teoriche, è il rovescio della medaglia della libertà di espressione e non può rappresentare un legittimo obiettivo per la sua limitazione […]. La protezione da un'alterazione del 'generale sentimento del quieto vivere' o da un 'avvelenamento dello spirito generale'» non giustifica dunque un intervento di carattere giuridico[167].

---

[164] ID., 211.

[165] Bundesverfassungsgericht1 BvR 3217/14 del 28.9.2015,

[166] R. STEINBERG, *Eine Schere im Kopf?*, in Faz.net, 17.8.2017.

[167] Bundesverfassungsgericht1 BvR 2150/08 del 4.11.2009. Per la precisone, la decisione si riferiva ai rischi di contrapposizione tra la tutela costituzionale della libertà di espressione *ex* art. 5 I 1 GG e le opinioni antidemocratiche ed antisistema proprie di un orientamento ideologico totalitario e ostile al rispetto dei diritti umani come può essere quello neonazista, e ribadiva come persino opinioni del genere rientrino nella sfera di garanzia sancita dalla norma costituzionale citata. Lo stesso tipo di bilanciamento può tuttavia trovare applicazione anche laddove un'opinione sia dichiarata lesiva della sensibilità religiosa altrui.

ISSN 2279-7238

La questione è diversa quando ad essere in gioco è la libertà religiosa, sia nella sua accezione positiva che negativa, sancita dal citato art. 4 della Legge Fondamentale: un atto di blasfemia, tuttavia, di regola non rappresenta di per sé una violazione di detta libertà, dal momento che non costituisce un impedimento ad agire secondo le proprie convinzioni religiose, né impone l'utilizzo o l'esposizione coatta di simboli di matrice religiosa. Diverso sarebbe se l'atto tacciato di blasfemia osteggiasse la professione di fede altrui: in un tal frangente, un intervento del potere pubblico atto a ripristinare il libero esercizio della libertà costituzionale indebitamente limitata sarebbe assolutamente legittimo e doveroso. Tuttavia, in questi casi il bene giuridico da tutelareattraversouna bilanciata limitazione della libertà di espressione è la libertà religiosa di specifiche minoranze, e non l'orientamento religioso della maggioranza[168].Più specificatamente, la protezione della dignità umana propria delle democrazie consolidate si incentra sulla difesa del singolo immerso all'interno della rete di relazioni collettive sulla quale è fondato il suo rapporto con la società di appartenenza, e non prende in considerazione i sentimenti, le pulsioni e le emozioni presenti nella sua personalissima sfera individuale. Per questa ragione, una disciplina della tutela contro espressioni ritenute blasfeme fondata sulla consistenza numerica del gruppo che chiede di farvi ricorso risulta in ultima analisi inadeguata ed impropria: sarebbe opportuno, invece, verificare se la blasfemia sia indirizzata contro strutture di natura pubblica o sociale, o se la critica si indirizzi contro delle caratteristiche ascrivibili alla totalità dei membri del gruppo interessato: cosa che accade «in particolar modo quando le espressioni [contestate] si legano a caratteri etnici, razziali, fisici o morali da cui si possa dedurre l'inferiorità dell'intero gruppo e, contemporaneamente, di ogni suo singolo componente»[169].

Come è stato fatto opportunamente notare, tuttavia, in questi casi la norma richiamata non è il § 166 StGB (Blasfemia contro confessioni religiose o associazioni ideologiche), ma piuttosto il § 130 I e II StGB (Incitazione all'odio; Attacchi alla dignità umana di gruppi o singoli individui con espressioni di ingiuria, vilipendio o diffamazione suscettibili di minacciare la pace sociale): in questo modo non viene protetta la religione in quanto tale, ma i singoli individui nella loro identità religiosa e, attraverso di loro, la stabilità della pace sociale. Per quanto difficile sia mantenere la giusta distinzione tra le due fattispecie, le più gravi – purché ammissibili - critiche ad un credo religioso sono e restano consentite, in nome appunto della libertà di espressione, mentre gli attacchi – inammissibili - alla condizione sociale del singolo sono giustamente vietati[170].

In conclusione, dunque, la sola teoria dei diritti fondamentali non sembra in grado di offrire una soluzione omnicomprensiva al problema trattato in questa sede. Un giusto bilanciamento tra le due sfere giuridiche che entrano in conflitto quando ci si trova in presenza di accuse di blasfemia richiede una qualche misura di etica, tatto e sensibilità che sono alla base di una convivenza civile difficile da trovare in un contesto culturale

[168] R. STEINBERG, *Eine Schere imKopf?*, cit.
[169] Bundesverfassungsgericht1 BvR 1476/91 et al. del 10.10.1995.
[170] R. STEINBERG, *Eine Schere im Kopf?*, cit.

ISSN 2279-7238

eterogeneo come quello attuale, caratterizzato da una pluralità di paradigmi valoriali differenti: un obiettivo che il diritto costituzionale può solo limitarsi ad auspicare, ma a cui non può evidentemente attribuire una forza prescrittiva e cogente verso i soggetti della società civile.

Il noto dibattito sul ruolo e gli spazi della cd. *Leitkultur* (cultura dominante) in Germania[171], per quanto attiene al tema del rapporto tra blasfemia, libertà di espressione e libertà di culto ha dunque trovato finora una risposta che si richiama ai principi della laicità e dell'opportuno bilanciamento di diritti, interessi e valori condotto sempre sulla base dell'attenta valutazione degli specifici casi presi in esame. Le tensioni politiche, sociali e culturali a cui anche l'ordinamento tedesco è sempre più sottoposto a seguito dei recenti eventi legati in particolare all'aumento del fenomeno migratorio e alla crescente presenza di profughi e richiedenti asilo, in gran parte di fede islamica, metteranno con tutta probabilità presto di nuovo alla prova il modello seguito fino ad oggi. La laicità costituzionale della *Leitkultur*berlinese sarà allora chiamata ancora una volta ad una verifica della sua capacità di garantire, per quanto possibile, una convivenza sociale basata sui valori della tolleranza e della condivisione di un nucleo imprescindibile di principi e valori fondativi.

[171] Per una trattazione generale del tema della *Leitkultur*, finalizzata soprattutto ad una corretta interpretazione della nozione in questione e ad una sua appropriata contestualizzazione nel panorama tedesco v. per tutti H. PAUTZ, *Die deutsche Leitkultur: eine Identitätsdebatte: neue Rechte, Neorassismus und Normalisierungsbemühungen*, Stuttgart 2005.

ISSN 2279-7238

The interpretation of the Commander in Chief clause in the American Constitution in comparison with the recent transformation of the prerogative power to deploy troops in the unwritten British Constitution

di Matteo Frau e Elisa Tira**

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. From the Commander in Chief in the Kingdom of Great Britain to the Commander in Chief in the Philadelphia Constitution. The Influence of the British Model in the Configuration of the Power to Deploy Troops Overseas as a Royal Prerogative Power. – 3. The Parallel Evolution of the Constitutional Power of Political Command of the Armed Forces in the British Unwritten Constitution and in the American Living Constitution. – 4. The Genesis of the New Constitutional Convention that Limits the Prerogative Power of the British Government to Send Troops in Conflict Situations to the Advantage of the Parliament. – 5. The Possible Influence of the Evolution of UK Constitutional War Powers on the Interpretation of War Powers in the US Constitution.

1. Introduction.

The article provides a comparative analysis concerning the war powers of the Executive Branch in the British and in the American experiences; the aim is to understand if the evolution of the constitutional war powers in the United Kingdom could influence the debate on the interpretation of the war powers in the US Constitution. More specifically, the issue concerns the recent constitutional convention that seems to have introduced in the unwritten British Constitution the Parliament's power of prior approval of the decision to send troops into conflict situations and the possible impact that this important innovation may have on the controversial interpretation of the war powers in the American Constitution. There is, in fact, a profound historical-constitutional link connecting these two legal system and their parallel evolution.

The second section describes how the British configuration of the war powers has historically influenced the American model. The third section explains how, despite the profound differences existing between these two legal systems, the nature of the constitutional war powers of the British Executive has been in substance for a long time similar to the interpretation and application of the war powers of the US President as Commander in Chief; until the beginning of the new millennium, in fact, both in the UK and in the United States the war powers have evolved on parallel lines as a discretionary power of the Executive. This framework, as explained in the fourth section, has changed since the UK Cabinet Manual of 2011 recognized the existence of a

** Matteo Frau is Researcher in Comparative Public Law at the University of Brescia; Elisa Tira is Researcher in Public Law at e-Campus University.

ISSN 2279-7238

new convention of the Constitution according to which every significant military action of the UK now seems to be subjected to a previous debate in Parliament (while in the United States, though the matter of the constitutional war powers is still controversial, the strict interpretation of the War Powers Clause established in favor of the Congress prevails). The fifth section tries to suggest some arguments to explain why the evolution of the constitutional war powers and the strengthening of the Parliament's role in the UK could influence the debate on the interpretation of the war powers in the US Constitution, in the sense of suggesting a reconsideration of the Congress role. This relates to the more general issue of the influence that foreign law and comparative law can exert on the evolution of the constitutional systems.

2. From the Commander in Chief in the Kingdom of Great Britain to the Commander in Chief in the Philadelphia Constitution. The Influence of the British Model in the Configuration of the Power to Deploy Troops Overseas as a Royal Prerogative Power.

In the model of separation of powers proposed by Locke, the «federative power» was intended as a unit mass including all the functions connected to the external relations, included the power of war and peace:

> «This [federative power], therefore, contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth, and may be called federative if any one pleases.»[172]

Although the federative power was conceptually distinct from the executive power and, like the latter, should be in theory subordinate to the will of the legislative power,[173] the need to ensure an effective unitary action of the Kingdom in the external relations as well as in the protection of national security, justified the decision-making supremacy of the King in this field. So the same Locke came to admit that it was difficult to separate the executive from the federative power. The latter, in fact, had not to be harnessed in the static nature of the legislation and, therefore, had to be entirely exercised by the holder of the executive power with a large discretion and with the only limit of the duty to pursue the national interest:

[172] J. Locke, "Two Treatises of government", in *The Works of John Locke*, vol. II, at 199, sec. 146 (1714).
[173] *Id.*, at 201, sec. 153.

ISSN 2279-7238

> «These two powers, executive and federative, though they be really distinct in themselves […], yet they are always almost united. And though this federative power in the well or ill management of it be of great moment to the commonwealth, yet it is much less capable to be directed by antecedent, standing, positive laws than the executive, and so must necessarily be left to the prudence and wisdom of those whose hands it is in, to be managed for the public good.»[174]

Even Sir William Blackstone, in his *Commentaries of the Law of England*, assigned to the sole responsibility of the King all the functions relating to the management of foreign affairs, including the prerogative of «*making war and peace*»:

> «Prerogatives are either direct or incidental. The direct are such positive substantial parts of the royal character and authority, as are rooted in and spring from the king's political person, considered merely by itself, without reference to any other extrinsic circumstance; as, the right […] of making war or peace.»[175]

The same Blackstone clarifies that, among the incisive royal prerogatives in foreign affairs, the title of supreme commander of the armed forces must be included: «The king is considered, in the next place, as the generalissimo, or the first in military command, within the kingdom.»[176]

It is a very consolidated prerogative of the Executive, that the historian Frederic William Maitland dates back to the English monarch in the fifteenth century, calling it «commander of his armies and his fleets».[177]

Ultimately, in the Kingdom of Great Britain of eighteenth century, the only forms of parliamentary control on the war powers consisted in the *impeachment* of the King's ministers and in other instruments of indirect interference in the exercise of the royal prerogatives, such as the so-called *power of the purse* and the power to annually approve the maintenance of a standing army of the King.

Conversely, at the time in which the *Framers* drew up the text of the Philadelphia Constitution, the King of Great Britain boasted the position, substantive and not formal, of

---

[174] *Id.*, at 199, sec. 147. In this regard, R.H. Cox, *Locke On War and Peace* 124 (1960), is right to say that the federative power indeed represented a fusion of the legislative power and the executive power in the conduct of foreign affairs.
[175] W. Blackstone, *Commentaries of the Law of England* 240 (1765-1769, vol. I).
[176] *Id.*, at 254.
[177] F.W. Maitland, *The Constitutional History of England* 197 (1931).

ISSN 2279-7238

Commander in Chief, position accompanied by the prerogatives to declare war and to deploy troops overseas.

Of course, the British model represented a fundamental reference point for the American constituents, especially with reference to the powers of the Executive in matters of defense and foreign affairs. Moreover, Blackstone's Commentaries, published in Oxford between 1765 and 1769, were well known to the *Framers*.

Prominent scholars, like Corwin, assert that, in relation to the prerogative powers of the Executive, the figure of the President of the United States is largely comparable to that of George III:

> «what the Framers had in mind was […] the 'balanced constitution' of Locke, Montesquieu, and Blackstone, which carried with it the idea of a divided initiative in the matter of legislation and a broad range of autonomous executive power or 'prerogative'. Sir Henry Maine's dictum that 'the American Constitution is the British Constitution with the monarchy left out' is, from the point of view of 1789, almost the exact reverse of the truth, for the presidency was designed in great measure to reproduce the monarchy of George III with the corruption left out, and also of course the hereditary feature.»[178]

The statement is probably excessive, given that the majority of the Framers disliked both the unitary conception of federative power and the notion of *prerogative power*;[179] moreover, the power to declare war, typical royal prerogative in the British system, was delivered to the legislative branch by the US Constitution[180].

Nevertheless, the reflection of Corwin and of many other scholars after him is certainly correct with regard to the configuration of the constitutional role of *Commander in Chief*, at least with reference to the power to deploy and command troops[181].

---

[178] E.S. Corwin, *The President: Office and Powers, 1787-1957*, 14*ff.* (1957). On the basis of this perspective, Corwin supported the view of the substantial absence of (legal) limits to the decision-making power of the President in foreign affairs; see E.S. Corwin, *The President's Control of Foreign Relations* (1917).

[179] As it is observed by E. Keynes, *Undeclared War: Twilight zone of Constitutional Power* 25 (1991), «the term "executive power" represents a repudiation of the theory of prerogative or inherent, extraconstitutional power to preserve the nation against external threat».

[180] In the US Constitution also the war powers are distributed between legislative branch and executive branch, according to the system of checks and balances that produces, in the American system, «separated institutions sharing powers» (R.E. Neustadt, *Presidential Power: The Politics of Leadership*, 33, 1960).

[181] For comments on the role and powers of the Commander in Chief, see B.L. Beirne, "George vs. George vs. George: Commander-in-Chief Power" (2007) 26 YALE LAW & POLICY REVIEW 265; C. Fairman, "The President as Commander-in-Chief" (1949) 11 THE JOURNAL OF POLITICS 145; N.A. Graebner, "The President as Commander in

ISSN 2279-7238

Alexander Hamilton, speaking about the *Commander in Chief* in the 69th essay of the *Federalist*, states that this important presidential quality implies the same authority due to the King of Great Britain, even if only with specific reference to the implications of the supreme command of the armed forces and to the conduct of the war.

> «The President is to be commander-in-chief of the army and navy of the United States. In this respect his authority would be nominally the same with that of the king of Great Britain, but in substance much inferior to it. It would amount to nothing more than the supreme command and direction of the military and naval forces, as first General and admiral of the Confederacy; while that of the British king extends to the declaring of war and to the raising and regulating of fleets and armies, all which, by the Constitution under consideration, would appertain to the legislature.»[182]

The war power of the US President as *Commander in Chief* is therefore much lesser than that of the British monarch, since the Framers operated a "deconstruction" of the federative power and of the war powers, redistributing them between the executive branch and the legislative branch. So, in order to balance the important presidential function of Commander in Chief, the Article I, Section 8, Clause 11, gives the Congress the crucial power to declare war, while the subsequent clauses (up to clause 16) enumerate other significant war powers of the Congress[183]. Therefore, Keynes' description of the way in which the principle of separation of powers and that of their balance interact in the specific matter of the constitutional war powers, seems very compelling:

> «while the separation of the war powers […] creates the conditions for struggle between Congress and the President, balanced government would promote the

Chief: A Study in Power" (1993) 57 THE JOURNAL OF MILITARY HISTORY 111; R.G. Hoxie, "The Office of Commander in Chief: An Historical and Projective View" (1976) 6 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 10.

[182] A. Hamilton, alias Publius, *The Real Character of the Executive*, *The Federalist Papers*, n. 69, in *The New York Packet*, 14 March 1788.

[183] «The Congress shall have power […] (11) To declare war, grant letters of marque and reprisal, and make rules concerning captures on land and water; (12) To raise and support armies, but no appropriation of money to that use shall be for a longer term than two years; (13) To provide and maintain a navy; (14) To make rules for the government and regulation of the land and naval forces; (15) To provide for calling forth the militia to execute the laws of the union, suppress insurrections and repel invasions; (16) To provide for organizing, arming, and disciplining, the militia, and for governing such part of them as may be employed in the service of the United States, reserving to the states respectively, the appointment of the officers, and the authority of training the militia according to the discipline prescribed by Congress; […]» (U.S. Const. Art. I, § 8). In particular, regarding the power of the purse in military affairs, *see* P. Raven-Hansen & W.C. Banks, "Pulling the Purse Strings of the Commander in Chief" (1994) 80 VIRGINIA LAW REVIEW 833.

ISSN 2279-7238

cooperation necessary to formulate and execute effective national-security policies.»[184]

However, once these necessary clarifications are made, the power to deploy troops remains firmly in the hands of the President as *Commander in Chief*.

The *Framers* were aware that a sudden attack against the United States by a foreign power would have required an immediate reaction in defense of national security; such a reaction could not realistically wait for a decision by the two houses of Congress, especially when it was not in session. For this reason it was necessary to find a balance aimed at preserving both the power of the Congress to authorize a war and the power of the President, in his capacity as «single chief magistrate» of the Executive, to effectively defend the American nation from external threats. Hence the difference between the wording of the *WPC* and that of Article IX of the 1778 Confederation Articles, which attributed to the continental Congress «the sole and exclusive right and power of determining on peace and war».[185]

The proponents of a strong executive may indeed affirm that the use of military force in time of peace, which is subject to the international law principle of self-defense, not only was very common throughout the history of the United States of America, but it was not uncommon even at the time when the Constitution was written.[186] It should be assumed that, according to the original meaning of the normative text, the *WPC* deliberately does not deal with military actions undertaken in peacetime; this is why the decision to engage or not the Congress in an act of prior approval is a political choice fully referred to the discretion of the President. In fact, if the constituents had really wanted to give Congress the power to decide the beginning of a war, they would have used the same wording of Article IX of the 1778 Confederation Articles, or that of Article I, section 10, of the Constitution, which expressly lays down, for each member state, a power of authorization granted to the respective Congress and covering all forms of use of military force. According to John Yoo, the fact that the Constitution does not use the same wording with regard to the federal Congress simply denotes that this body lacks that power.[187] So the powers of the US President are much higher than those attributed to the President of the continental Congress by the Confederation Articles[188].

---

[184] Keynes, *supra* note 8, at 10.
[185] *See* J. Yoo, *The Powers Of War And Peace: The Constitution And Foreign Affairs After 9/11*, 148 (2005).
[186] E.V. Rostow, "Once More unto the Breach: the War Powers Resolution Revisited" 21 VALPARAISO LAW REVIEW 5-6.
[187] *See* Yoo, *supra* note 14, at 146-147.
[188] However, as it is observed by Keynes, *supra* note 8, at 37, the «power to grant letters of marque and reprisal» attributed to the Congress by Article I, section 8, clause 11, shows «that the Framers intended to vest limited as well

ISSN 2279-7238

3. The Parallel Evolution of the Constitutional Power of Political Command of the Armed Forces in the British Unwritten Constitution and in the American Living Constitution.

Within western democracies, the gradual increase of the decision-making supremacy of the Executives in this sensitive area of law has been an almost unstoppable phenomenon for most of the twentieth century. This is due to many factors, both internal to the States' legal systems (for example, the evolution of a democracy in a "majoritarian" sense) and external (for example, the transformation of the concept of war in the international law).

Giuseppe De Vergottini, for example, believes that even the membership of a State to NATO could indirectly increase the weight of the executive at the expense of the parliamentary body:

«At a first assessment, we note both the general weakening of the parliaments of the States involved in the choices of the Atlantic Alliance's leading power, and a preferential role of the governments as to the choices that remain in the control of the States involved in the conflict, with a considerable reduction of the role of parliaments».[189]

Our purpose however is not to provide a complete survey of the different factors that have produced the increase of the war powers of the executives in democratic States, but rather to conduct a comparative analysis of the "parallel" transformation of war powers in the British unwritten Constitution and in the American living Constitution.

If we compare these two models of form of government, the analysis of the application practices shows that both in the Westminster style parliamentary system and in the American presidential system the decision to use the armed forces in situations of real or potential conflict has appeared in principle as an autonomous decision of the Executive Summit, as holder of the supreme civilian command of the armed forces.

Despite the structural differences existing between the two considered legal systems, throughout the second half of the twentieth century the role of political command of the armed forces exerted by the British Prime Minister did not deviate much from that of the «commander in

as general war-making power in Congress rather than the President». In conformity, see C.A. Lofgren, "War-Making Under the Constitution: The Original Understanding" (1972) 81 YALE L. J. 672, 695-697; W.M. Treanor, "Fame the Founding and the Power to Declare War" (1997) 82 CORNELL L. REV. 695, 709.

[189] G. De Vergottini, "Nuovi profili della guerra e rapporti parlamento-governo" (2002) 3 RIVISTA DI STUDI POLITICI INTERNAZIONALI 381.

ISSN 2279-7238

chief» in the American experience. There is indeed a striking similarity between them with regard to the fact that the power to use military force still descends from a basically similar prerogative.

The existence of the confidence relationship and therefore of the accountability of the Government before Parliament is not in itself a factor capable of limiting the prerogative in question; and, consequently, it is not capable of substantially diversifying the war powers of the British prime minister from those of the American president. Actually, if we look at the British practice, we can easily see that, in the presence of single-party majority governments, the political continuity between the Government and the parliamentary majority has often made the decision-making power of the Prime Minister even more autonomous than that of the Commander in Chief in the American presidential system, especially in cases when so-called divided government occurs. The institutional separation between executive branch and legislative branch indeed allows the Congress to exercise a more effective control on the military power, especially with regard to military budgeting. In the United Kingdom the power to deploy and to use the armed forces overseas has retained its original nature of prerogative power, passing from the Crown to the Government.[190] Despite the profound transformation undergone by the British government system following the definitive establishment of the parliamentary model, the prerogative in question has kept almost intact its original configuration, i.e. that of a discretionary «executive power», as such not subject to parliamentary approval.[191]

This reading seems to have an implicit confirmation in Bruce Ackerman's theses. Ackerman believes that the imbalance in favor of the Executive, typical of the American presidential system, is a consequence of the separation of powers outlined in the Constitution. He therefore indicates the "constrained parliamentarism" as a generally more balanced model, because it provides a Government which is devoid of a direct popular legitimacy and therefore subject to the Parliament. But, in making this argument, Ackerman specifies that the British model is not to be followed because it does not have the virtuous characteristics of constrained parliamentarism.[192]

Moreover, we must consider that the British Prime Minister can boast, along with the continued leadership of the parliamentary majority party, also a kind of direct investiture by the

[190] «The discretionary authority of the Crown originates generally, not in Act of Parliament, but in the 'prerogative' [...]. The 'prerogative' appears to be both historically and as a matter of actual fact nothing else than the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crowns», A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 424 (10th ed. 1959).
[191] W. Bradley & K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 323 (14th ed. 2007), R. Joseph, *The War Prerogative: History, Reform, and Constitutional Design* (2013).
[192] B. Ackerman, "The New Separation of Powers" (2000) 113 HARVARD LAW REVIEW.

ISSN 2279-7238

electorate.[193] It is no coincidence that the direct election of the Government's Head represents for Ackerman one of the factors that produce, in the American Constitution, the imbalance in favor of the Executive branch.

The described leadership of the Prime Minister has reached the acme in the first phase of Blair administration, when the decision-making practice was characterized by a greater informality of the decision-making processes and by a lesser involvement of the Cabinet.[194] The situation has undergone a change just after the entrance of the UK in the Iraq conflict in 2003, when Blair's elected dictatorship began to decline. After the 2005 elections there was a return to a broader collegiality in decision-making processes of the Executive, through the enhancement of the Cabinet, and a strengthening of the weight of the House of Commons.

Nevertheless, until the modification of the conventional framework reported by the Cabinet Manual in 2011, the constitutional conventions relating to the military actions guaranteed to the Parliament only the right to be informed of a military action; moreover, this communication could also be subsequent to the beginning of the intervention. The conduct of a full parliamentary debate, as well as the eventual vote of approval of a motion on the decision to send the troops by the lower House, depended instead on a discretionary choice of the Government. The methods by which the House of Commons could express its support to the decision to use military force were different: in some cases the lower House voted just mere unamendable procedural motions; in other cases it voted an amendable substantive motion. While other constitutional experiences use to resort to a real legislative act (as happens in the United States, where the Congress can approve a statutory authorization compliant with the War Powers Resolution), in the United Kingdom the prior parliamentary consent has been granted, in the rare cases occurred from the Second World War until today, through the approval of a non-legislative act of political direction. More specifically, the House of Commons approved a substantive amendable motion presented by the Government. Instead, it must be excluded that the approval of a mere procedural motion, which sometimes has been used in the British practice, could comply with the substantive requirements of a full parliamentary approval.

Before the Cabinet Manual there had been substantive votes prior to the decision to use British troops only on two occasions, namely in the conflict in Korea in 1950 and in the conflict in

[193] «A Prime Minister has the invaluable political authority of being the choice (directly or indirectly) of the electorate, an advantage which neither his party nor any other Minister can claim», R. Brazier, *Constitutional Practice. The Foundations of British Government*, 75 (3rd ed. 1999).

[194] A. Seldon, "The Cabinet System", in *The British Constitution* (V. Bogdanor ed., 2003) at 129-133 describes the change that covered the Cabinet system under the Ministry Blair between 1998 and 2002. However, V.P. Hennessy, "From Blair to Brown: The Condition of British Government" (2007) 78 THE POLITICAL QUARTERLY 344.

ISSN 2279-7238

Iraq in 2003. In the latter case, Prime Minister Blair had allowed the House of Commons to express its view with a substantive vote just before the beginning of hostilities. The decision to involve the Parliament was mainly due to the opposition expressed by the public opinion with respect to a military intervention that was very controversial both in terms of its political reasons and with regard to its legal basis. However, in the case of the Falklands conflict of 1982 and in the case of the Kosovo conflict of 1998-1999 there was no vote of the House of Commons. During the Gulf War of 1991, the Parliament had indeed approved the deployment of the troops through a substantive vote, but only after hostilities had already begun a few days earlier, whereas before the military intervention the lower House had voted only procedural motions. In the case of the War in Afghanistan of 2001 there had been several debates in the House of Commons, but no vote for the prior authorization or the subsequent approval of sending troops. On the occasion of the armed intervention in Libya in 2011, although the Prime Minister had made his statement on March 18th (that is, the day before the beginning of hostilities), the subsequent parliamentary debate ended with the approval of a substantive motion to support the military action only on March 21st, i.e. after the military action of the United Kingdom had already begun.

In conclusion, before the Constitutional Convention now reported in paragraph 5.38 of the Cabinet Manual emerged, the British Prime Minister and his Government could take any significant military action without having to involve Parliament in advance.

A very similar argument can be made today for the United States, although the situation changes radically both with regard to the regulation of relationships between Government and Parliament and with regard to the forms in which the Congress can be involved in the decision to send military troops in conflict situations. The statutory authorization of the Congress is usually given using the same instrument that was formerly used for the approval of the declaration of war, i.e. the *Joint Resolution*, which has the nature of *public law*. Moreover, the involvement of the Congress in the decision-making process is facilitated by the existence of specific procedures disciplined by the *War Powers Resolution* of 1973[195]. However, apart from these important differences, the nature of the decision-making power of the President as *Commander in Chief*, with particular regard to the decision to start an armed conflict, is broadly equivalent to that of the British Premier and his Government. In this case as well, in fact, the application practice shows that the Executive can undertake a military action without prior authorization of Congress.

[195] The WPR is a public law of 1973 which aimed to restore the constitutional balances deriving from the *war powers clause* (U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 11) by strengthening the role of the Congress towards the prerogative of the Commander in Chief and, above all, by imposing the rule of the prior authorization of the Congress, derogable only in certain circumstances.

ISSN 2279-7238

The issue of the presidential war powers and of the scope of the WPC was debated since the early years of the US Constitution effectiveness[196]. The first controversy broke out during the drafting of the Constitution, when the expression «make war» present in the first version of the WPC was replaced with the expression «declare war»[197]. Subsequently, George Washington's declaration of neutrality provided the opportunity for the so-called Helvidius-Pacificus Debate, in which Hamilton formulated the Vesting Clause Thesis.[198]

Then the "Quasi-War" with France proved, on the one hand, that hostilities could also be undertaken in the absence of a formal declaration of war, but also, on the other hand, that the involvement of the Congress was still necessary outside of the situations in which there was a need for urgent defense[199]. So, even in case of military conflicts limited, partial or otherwise not qualifiable as war in the formal sense, Congress seemed then to boast a power of prior authorization, so much so that the quasi-war with France was preceded by two acts of prior authorization of the Congress, the *Protection of the Commerce and Coasts of the United States Act* of May 28th, 1798 and the *Protection of the Commerce of the United States Act* of July 9th, 1798.

This interpretation seems to be confirmed by the content of the famous ruling *Bas v. Tingy* of 1800, which in fact postulates the existence of a wide power of approval of the Congress, especially in the case of undeclared wars.[200]

However, the subsequent evolution of war powers went in the opposite direction. The formal war declarations of the United States have been eleven, referring to five conflicts (i.e.: the War against Britain in 1812, the War against Mexico in 1846, the War against Spain in 1898; the

---

196 The literature on the matter is vast. *See*, for example, J.J. Abt, *Who Has the Right to Make War? The Constitutional Crisis* (1970); J.K. Javits, *Who Makes War: The President Versus Congress* (1973); E. Keynes, *Undeclared War*, *supra* note 8; J.F. Lehman, *Making War: The 200-Year-Old Battle Between the President and Congress Over How America Goes to War* (1992). See also D.J. Barron & M.S. Lederman, "The Commander in Chief at the Lowest EBB: Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding" (2008) 121 HARVARD LAW REVIEW 689.

197 *See* M. Farrand (edited by), *The Records of the Federal Convention*, 314-319 (1911).

198 *See* M.J. Frisch (edited by), *The Pacificus-Helvidius Debate. Toward the Completion of the American Founding* (2007). Hamilton proposed on that occasion a broad interpretation of the *Vesting Clause* relating to the Executive opposed to a strict interpretation of the *Vesting Clause* relating to the Legislative, conceiving the former as a kind of residual clause. Considerations to which Madison replied promptly, stating that in the Constitution the Legislature has «an integral and preeminent part» of the powers to declare war, conclude peace and form alliances. Scholars are split in assessing the effectiveness of Madison's response. The weaknesses are highlighted, for example, by E.S. Corwin, *The President's Control*, *supra* note 7, at 28; A.M. Schlesinger (jr.), *The Imperial Presidency*, 20 (1973); A.D. Sofaer, *War, Foreign Affairs, and Constitutional Power: The Origins*, 114*ff.* (1976). A contrary opinion is expressed by L.W. Levy, *Original Intent and the Framer's Constitution*, 52 (1988); L. Banning, *The Sacred Fire of Liberty: James Madison and the Founding of the Federal Republic*, 527 (1995).

199 *See* A. DeConde, *The Quasi-War: Politics and Diplomacy of the Undeclared War with France, 1797-1801* (1966).

200 *Bas v. Tingy*, *4 U.S. (4 Dall.) 37 (1800)*. In that ruling, the judge Bushrod Washington distinguished between declared - or *general*, or *perfect* - wars and *limited* or *imperfect* wars, recognizing to Congress the power to authorize the wars of the first type and to authorize and regulate those of the second type. So, as clarifies the *concurring opinion* of judge Chase, the power of the Congress is even greater in the field of undeclared wars. This has led the scholars to assert that the courts at that time attributed to Congress the authority to start a war; *see*, *e.g.*, Fisher Louis, *Presidential War Power* 274 (2004).

ISSN 2279-7238

First World War and the Second World War), while the cases in which the United States has resorted to the use of military force in conflict situations are over two hundred.[201] In many of these cases, including the most recent, Congress was not involved in the decision-making process at the beginning of the conflict.

During the Civil War, the federal courts have repeatedly held that, if a military emergency occurs and Congress is not in session, the President has broad discretion in assessing the seriousness of the emergency and in taking, for defensive purposes, all the measures deemed necessary, regardless of the presence or absence of a formal declaration of war.[202] Clearly, however, outside of these defensive needs, the President has no authority to start a war on his own, be it declared or undeclared (as in the case of the Civil War, in which a formal declaration of war was precluded by the very nature of the conflict). Despite the criticism of a part of the American scholars, the picture that emerges from the reading of the most significant judicial opinions from that period seems to conform to the original intent of the constituents.

The fact remains that the interpretation given by President Lincoln, during the Civil War, to the constitutional function of Commander in Chief was crucial to determine the concrete implications in terms of application practice. Lincoln did not refuse to obey the laws of the Congress, but he strenuously defended the independence of the Executive in conducting war, exercising the role of Commander in Chief in an extraordinarily incisive way, and thus influencing the presidential conduct up until today.[203]

One century after the Civil War, the Vietnam War provided another important opportunity for the consolidation of the presidential power; it was indeed the first and most important external undeclared war in American history (the previous Korean War had in fact begun before the conclusion of the peace treaty with Japan in 1951, so President Truman had acted under the aegis of the war laws still in force). In the case of the Vietnam War, which took place in peacetime under Wilson's administration, the introduction of US armed forces in the conflict had still been preceded by an explicit authorization of Congress (the *Southeast Asia Resolution* or *Gulf of Tonkin Resolution* of

[201] *See* J.K. Elsea & M.C. Weed, *Declarations of War and Authorizations for the Use of Military Force: Historical Background and Legal Implications*, *Congressional Research Service*, *Report* RL31133 of 18 April 2014.
[202] *The Parkhill*, *18 F. Cas. 1187*, *1196-1197 (D.C. E.D. Pa. 1961) (No. 10, 755a)*; *The Hiawatha*, *12 F. Cas. 95 (D.C. S.D. N.Y. 1861) (No. 6, 451) The Crenshaw*, *6 F. Cas. 803 (C.C. S.D. N.Y. 1861) (No. 3, 384)*; *The Amy Warwick*, *1 F. Cas. 815 (D.C. D. Mass. 1862) (No. 344)*; *The Prize Cases*, *68 U.S. (2 Black) 635 (1863)*; *Hanger v. Habbott*, *73 U.S. (6 Wall.) 532 (1868)*; *Levy v. Stewart*, *78 U.S. (11 Wall.) 244 (1871)*; *The Protector*, *79 U.S. (12 Wall.) 700 (1872)*; *Matthews v. McStea*, *91 U.S. 7, 9 (1875)*.
[203] *See* J. Yoo, "Lincoln at War" (2013) 38 VERMONT LAW REVIEW 10-11. For a defense of the constitutional legality of Lincoln's action, *see* D. Farber, *Lincoln's Constitution*, 194*ff.* (2003).

ISSN 2279-7238

1964),[204] approved by a *joint resolution*, i.e. with the same authorization act of a legislative nature (*statutory authorization*) previously used to approve the declaration of war.

A clash between Congress and President took place in occasion of the (unauthorized) extension of hostilities to Cambodia and, later, because of the substantial rejection of President Nixon to order the immediate withdrawal of troops following the approval, in 1971, of a measure with which Congress explicitly revoked the previous authorization of 1964.[205]

The federal courts of appeal and even the US Supreme Court, despite some vain attempt by the district courts to intervene on this matter with merit pronunciations,[206] applied rather rigidly the «political question doctrine», so that even today the assessment of the events in question is controversial.[207]

The growing prominence of the US President in the decisions relating to the use of the armed forces remains effectively unchallenged even after 1973, the year in which the controversy related to the Vietnam War led Congress to enact the *War Powers Resolution* (WPR).[208] This federal public law, which had to be reapproved by a qualified majority to overcome the presidential veto opposed by Richard Nixon, aims to limit the President's power to introduce the US armed forces in situations of conflict, subjecting it to strict procedures of authorization, consultation and reporting to the advantage of the legislative branch. It expresses the principle for which, in the absence of precise national emergency, the President can decide to use the armed forces only after a declaration of war or a «specific statutory authorization». In the event that the President has ordered the deployment of troops without a declaration of war or a statutory authorization, Congress can order the immediate withdrawal of troops by approving a special *concurrent resolution*. Even if it is not possible to cite here the numerous issues concerning the interpretation and application of the WPR,[209] it is useful to recall that the main provisions of the law in question have

---

[204] *PL 88-408, 78 Stat. 384 (1964).*

[205] This was the *Foreign Military Sales Act Extension, PL 91-672, 84 Stat. 2053 (1971).*

[206] *Mottola v. Nixon*, *318 F. Supp. 538 (N.D. Calif. 1970)*, *rev'd 464 F. 2d 178 (9th Cir. 1972)*; *Holtzman v. Schlesinger*, *361 F. Supp. 553 (E.D. N.Y.)*, *rev'd 484 F. 2d 1307 (2nd Cir.)*, *order stayed 414 U.S. 1321*, *cert. denied 416 U.S. 936 (1973).*

[207] In explaining the presence of *nonjusticiable political questions* the federal judges have still left some useful interpretive trail. Some judgments have stated for example that the act of authorization of the Congress must be substantial and unequivocal, and that it cannot be implicitly inferred from the granting of budget appropriations or other forms of implicit approval. See to that effect *Mitchell v. Laird*, *488 F. 2d 611*, *614*, *615 (D.C. Cir. 1973).* But, *contra*, see *Meyers v. Nixon*, *339 F. Supp. 1388 (S.D. N.Y. 1972) e Drinan v. Nixon*, *364 F. Supp. 854 (D. Mass.)*, *aff'd 502 F. 2d 1158 (1st Cir. 1973).* On the position of the Supreme Court and on the role of the Courts in deciding whether the President has overstepped his power in conducting warfare, *see* J. Lobel, "The Commander in Chief and the Courts" (2007) 37 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 49; E. Timbers, "The Supreme Court and the President as Commander in Chief" (1986) 16 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 224.

[208] *PL 93-148*, *87 Stat. 555 (1973).*

[209] The literature on the matter is vast. *See*, for example, P.M. Holt, *The War Powers Resolution: the Role of Congress in U.S. Armed Intervention* (1978); R.D. Clark et al., *The War Powers Resolution: Balance of War Powers in the Eighties* (1985); E.V. Rostow, *Once More unto the Breach*, *supra* note 15; R.F. Turner, *Repealing the War Powers Resolution: Restoring the Rule of Law*

ISSN 2279-7238

been considered by many as damaging to the constitutional prerogatives of the Commander in Chief, the limitation of which could only descend from a special amendment to the US Constitution.[210] In addition the WPR, after having established in principle the need for a prior authorization of the Congress, provides a complex procedure that actually allows the President to act independently for 60 days (extendable to other 30 days in presence of certain requirements), without having obtained the aforementioned authorization.

As for the most significant aspect, concerning the decision to use military force, the WPR does not seem to have had any significant impact on the process of erosion of the original implications of the *War Powers Clause*. Overall, the joint resolutions for the authorization to use military force approved after the last formal declaration of war of the United States (1942) are seven. Of these seven, three are previous to the WPR of 1973 and four are subsequent. But since 1973 the US military interventions abroad have been many more than those authorized by the Congress, like what happened in the period from 1942 to 1973; moreover, among the four bicameral resolutions of authorization approved after the entry into force of the WPR, the first (in 1983) was subsequent to the deployment of the armed forces because it referred to the continuation of the mission in Lebanon decided by President Reagan in 1982 without a prior authorization of Congress. The three remaining resolutions approved in accordance with WPR, which actually contain a prior authorization to use force, concern the first conflict in Iraq (in 1991, under the administration of George H.W. Bush), the conflict in Afghanistan (in 2001, under the administration of George W. Bush) and the second conflict in Iraq (in 2003, again under the administration of George W. Bush)[211]. There were not, however, statutory authorizations in several other cases of military interventions after 1973, such as those in Grenada, Panama, Sierra Leone, Somalia, Haiti, Kosovo, Libya and, most recently, against the so-called Islamic State in Syria and Iraq.

None of the attempts so far undertaken by the members of Congress to make judicially establish the supposed violation of the WPR and of the WPC has had until now a favorable

in U.S. Foreign Policy (1991); V. Fuccillo, "I poteri di guerra negli Stati Uniti d'America" (1985) 1 Nuovi studi politici 57.

[210] As observed by Rostow, *supra* note 15, at 1-2, the WPR, in the opinion of its many detractors, is based on a misunderstanding of the constituents' intentions, as the rebalancing of powers it aims to restore actually has never failed.

[211] For an analysis of the expansive conception of the Commander in Chief Clause under the Bush administration, see D.G. Adler, "*The Law:* George Bush as Commander in Chief: Toward the Nether World of Constitutionalism" (2006) 36 PRESIDENTIAL STUDIES QUARTERLY 525.

ISSN 2279-7238

outcome (suffice it to mention, among the recent cases, *Campbell v. Clinton* in 2000 or *Kucinich et al. v. Obama* in 2011).[212]

This seems to prove that the WPR, despite having involved some important procedural consequences, has not substantially changed the attitude of the Government in relation to the decision to introduce the armed forces in situations of conflict, decision that the practice seems by now to configure as an autonomous choice of the Commander in Chief.

It is true that prior requests for statutory authorization have become more frequent after 2000 and that in 2013, with reference to the Syrian civil war and the US opposition to the government of Damascus, prior authorization of Congress was required in relation to a hypothetical armed intervention that would not have involved an actual invasion with ground troops.[213] Nevertheless, in 2014, with regard to the latest military intervention against the self-declared Islamic State, President Obama began the military action without involving Congress, considering it already authorized by the two previous statutory authorizations granted to his predecessor in 2001 (P.L. 107-40) and in 2002 (P.L. 107-243). Only on 11 February 2015, as hostilities persisted, he decided to require a specific authorization act of Congress, which, however, was never granted because of the irreconcilable disputes with the Republican majority as to the content of the measure to be taken[214].

It can therefore be said that today the involvement of Congress in the decision to send the armed forces in conflict situations depends entirely on the discretion of the President. The need of the White House to obtain the coverage of the legislative branch is especially felt, for example, if the circumstances of the incipient armed intervention are such as to suggest: a significant number of deaths (as a result of sending ground troops); the long-term of the military commitment and its consequent economic burden; doubts of legitimacy under international law; the uncertainty of the final outcome. Hence the opportunity to obtain a formal authorization by the Congress for a political decision that could prove to be unpopular over time and that could be used by the opponents of the President during the election campaign.[215]

---

[212] This is not true however for the case *Doe v. Bush*, *240 F. Supp. 2d 95 (D. Mass.)*, *aff'd 322 F. 3d 109 (1st Cir. 2003)*. In fact, on that occasion there had been an explicit authorization of the Congress, as observed by Judge Lynch in the appeal.

[213] It was the request of «*Authorization for Use of United States Armed Forces in connection with the conflict in Syria*» sent by President Obama to the Speaker of the House of Representatives and to the President of the Senate in the form of draft legislation in August 2013. The procedure was later suspended because in the meantime, at the international level, a political settlement of the dispute on chemical weapons in Syria was defining, then ended with the resolution of the United Nations Security Council n. 2118 of September 27th, 2013 (S/RES/2118, 27 September 2013).

[214] For an analysis of the action of President Obama as Commander in Chief, see G.F. Ferrari, "Il rapporto tra Presidenza e Congresso durante la Presidenza Obama" (2016) 7 LO STATO 241.

[215] See the study of the practice conducted by J. Nzelibe, "A Positive Theory of the War-Powers Constitution" (2006) 3 IOWA LAW REVIEW 993*ff.*

ISSN 2279-7238

In conclusion, although it is not possible to explore here the many reasons, both legal-hermeneutical and political, that have gradually led to the expansion of the role of the Commander in Chief, it can nevertheless be held that the evolution process described above seems to have resulted in an actual system of war powers that is very far from the balanced design that American constituents had originally outlined.[216]

4. The Genesis of the New Constitutional Convention that Limits the Prerogative Power of the British Government to Send Troops in Conflict Situations to the Advantage of the Parliament.

At the time of the *Framers*, in the Kingdom of Great Britain the declaration of war was (and still is, formally, in the United Kingdom) an exclusive prerogative of the Crown (therefore, nowadays, of the Government). But some forms of parliamentary control were established in time through constitutional conventions (long before the latest and most incisive Convention reported by par. 5.38 of the *Cabinet Manual*). Even Dicey recalls the convention under which it would be «highly unconstitutional» the declaration of war pronounced by the Crown or its ministers against the will of the House of Commons.[217]

It seems therefore not entirely acceptable the statement that «Under the Royal prerogative powers, the Government can declare war […] without the backing or consent of Parliament», with which a report of the House of Lords of 2006 begins.[218] If it is true that, in the Kingdom of Great Britain and then in the United Kingdom, the declaration of war, as a *royal prerogative power*, has never required a formal authorization of the Parliament, it is however inexact to claim that the Crown and its ministers could decide the war without the substantial support of Parliament. It must however be added that, in practice, the will of the House of Commons regarding the declaration of war could be verified also in a very mild form, as indeed happened even during the Second World War: «When the UK declared war against Germany in 1939 this was reported to the House in what Hansard of the day termed a "Prime Minister's Announcement". A motion was made prior

[216] B. Ackerman, "The New Separation of Powers" (2000) 3 HARVARD LAW REVIEW 633*ff.*, leads the underlying reasons for the growing political and military supremacy of the President to the structure of the separation of powers in the US Constitution. In this regard, see also B. Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (2010).
[217] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 421 (10th ed. 1959).
[218] HL, Select Committee on the Constitution, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility*, *Fifteenth Report of Session 2005-06*, 27 July 2006, at 5.

ISSN 2279-7238

to Neville Chamberlain's announcement, but this was procedural and related to the manner in which certain emergency legislation was to be considered».[219]

That said, the power of the British Parliament to intervene in the decision to start an armed conflict has always depended on the discretionary decision of the Prime Minister and the Government, being executive prerogatives.

In recent years, the situation described so far changed radically. With the new millennium, in fact, the perception of the problem of the role played by national parliaments in the field of military actions has grown. It is no coincidence that in 2000 was established, on the initiative of the Swiss Confederation, the *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces* (*DCAF*). The *policy papers* published by the DCAF have revealed the presence of a democratic deficit with regard to the decision to use military force precisely with reference to the marginalization of Parliaments in this decision-making field.[220]

Moreover, the beginning of the XXI Century was marked by the serious terrorist attacks carried out by Islamic extremists on American soil[221], by the elaboration of the preventive war doctrine and, above all, by a new wave of military interventions, starting with the massive operations in Afghanistan (2001) and in Iraq (2003). The attention to the problem of the "parliamentarisation" of the so-called undeclared wars has therefore grown both among qualified observers and in the public opinion.

This historical context has undoubtedly favored the enhancement of the Parliament's role in the decision-making processes in question. Thus, in the UK, the *Cabinet Manual* of 2011

---

[219] P. Bowers, *Parliament and the use of force*, Library of the House of Commons, *Standard note* SN/IA/1218, 25 February 2003, at 5.

[220] *See* H. Born & H. Hänggi, *The "Double Democratic Deficit": Parliamentary Accountability and the Use of Force under International Auspices* (2004); S. Dieterich et al., *Strengthening Parliamentary "War Powers" in Europe: Lessons from 25 National Parliaments*, *DCAF*, *Policy Paper* No. 27/2008.

[221] The problematic legal questions prompted by the war on terrorism have produced a lively debate over the original understanding of the President's war powers. For recent contributions to the debate, *see*, *e.g.*, B. Ackerman & O. Hathaway, "Limited War and the Constitution: Iraq and the Crisis of Presidential Legality" (2011) 109 MICH. L. REV. 447, 478-82; D.J. Barron & M.S. Lederman, "The Commander in Chief at the Lowest EBB: Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding" (2008) 121 HARV. L. REV. 689, 767-800; R.J. Delahunty & J. Yoo, "Making War" (2007) 93 CORNELL L. REV. 123, 138; S.M. Griffin, "The National Security Constitution and the Bush Administration" (2011) 120 YALE L.J. ONLINE 367. This debate reproduces the well-known dichotomy between congressionalists and presidentialists. For the former, *see*, *e.g.*, L. Fisher, *Presidential War Power* 8-10 (2d ed. 2004); A.M. Schlesinger, Jr., *The Imperial Presidency* 3-5 (ed. 2004); for the latter, *see*, *e.g.*, J. Yoo, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*, 96-100 (2005).
Moreover, the terrorist attack of 11 September 2001 has triggered, starting from the United States and then in all Western countries and international organizations, a season of "emergency legislation". *See*, *e.g.*, B. Ackerman, *Before the next Attack: Preserving Civil liberties in Age of Terrorism* (2006); J. Beckman, *Comparative legal approaches to Homeland Security and anti-terrorism* (2007); D. Cole, "Enemy Aliens" (2002) 54 STAN. L. REV. 953; V. Baldini, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione* (2004); A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza* (2004); P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche* (2006); J. Fitzpatrick, "Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism" (2002) 96 AM. J. INT. L. 345; D. Golose, "United States: The Bush administration's "war on terrorism" in the Supreme Court" (2005) 3 INT. J. CONST. L. 128.

ISSN 2279-7238

recognized the existence of a new convention that, at least in the light of its first practical application (the *Syria vote* of 2013 and the *ISIL vote* of 2014), seems to have imposed the rule, albeit not "justiciable", of the prior involvement of the House of Commons in the decision-making process concerning the use of military force in conflict situations. So the *full debate* and the *substantive vote* of the lower House today seem to have become necessary steps to undertake any significant military action, with the exception of emergency cases[222].

The difficult emergence of this new Convention deserves a more detailed report.

A first attempt to remedy the weakness of the British Parliament with regard to the exercise of the power to send troops in conflict situations goes back to January 1999, when, following the military operation *Desert Fox* of December 1998, the member of the House of Commons Tam Dalyell presented a *private members' bill* entitled «Bill to require the prior approval, by a simple majority of the House of Commons, of military action by United Kingdom forces against Iraq».[223]

The bill, which in any case had little chance of being approved, never reached the second reading because, as it was later clarified, the *Queen's consent* was denied.[224] Despite the failure of this parliamentary initiative, on the occasion of the intervention in Iraq in 2003 Prime Minister Tony Blair took the matter to the Parliament, thus allowing the House of Commons to vote a *substantive motion* before sending troops, fact that did not happen since the conflict in Korea in 1950. Although the vote had taken place only a few hours before the beginning of the mission and although the decision to involve the Parliament was imposed especially by reasons of political convenience, this event determined a turning point in the perception of the problem of the insufficient involvement of Parliament in the exercise of the prerogative in question.[225]

After the intervention in Iraq, there was a multiplication of the requests to introduce the rule according to which the Parliament, each time it was possible, should have the opportunity to express itself in advance on the decision to use military force.

---

[222] *See* P. Lagassé, "Parliament and the War Prerogative in the United Kingdom and Canada: Explaining Variations in Institutional Change and Legislative Control" (2017) 70 PARLIAMENTARY AFFAIRS 280-300; G. Phillipson, *Parliament's Role in the Use of Military Action after the Syria Vote*, presentation at The Constitution Unit, University College London, (2014); J. Strong, "Why Parliament Now Decides on War: Tracing the Growth of the Parliamentary Prerogative through Syria, Libya and Iraq" (2015) 17 BRITISH JOURNAL OF POLITICS AND INTERNATIONAL RELATIONS 604-622.

[223] *Hansard HC vol 324 cols 146-148*, 26 January 1999.

[224] *See* R. Booth, *Secret papers show extent of senior royals' veto over bills*, The Guardian, January 15, 2013, at 2; R. Booth, *Ministers accused of exploiting royal veto to block embarrassing legislation*, The Guardian, January 16, 2013, at 4. On the power of *Consent*, see R. Brazier, "Legislating about the Monarchy" (2007) 66 CAMBRIDGE LAW JOURNAL 95-97. See also HC, Political and Constitutional Reform Committee, *The impact of Queen's and Prince's Consent on the legislative process*, *Eleventh Report of Session 2013-14*, 26 March 2014.

[225] *See* N.D. White, "International law, the United Kingdom and decisions to deploy troops overseas" (2010) 59 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 814, 822.

ISSN 2279-7238

The first two major contributions to the reform path in the field of military actions are the reports offered by the *Select Committee on Public Administration* of the House of Commons in 2004 and by the *Select Committee on the Constitution* of the House of Lords in 2006, which agreed on the need to ensure, as far as possible, the prior vote of the Parliament.

The report of 16 March 2004 of the *Select Committee on Public Administration* of the House of Commons is significantly entitled «Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament». In this report, as regards military actions, it is observed: «Several witnesses considered the power to go to war to be the most significant of the prerogative powers. Despite recent experience of parliamentary involvement in decisions on military action, they believed Parliament's influence should be increased».[226]

Some of the witnesses mentioned in the report advocated a legislative regulation of the matter along the lines of what had happened in the United States with the approval of the *War Powers Act*, while others were rather favorable to the introduction of a more flexible instrument. The report also referred the proposal of draft bill suggested by the distinguished Professor Rodney Brazier and called for the introduction of a legislative solution in order to avoid that the decision to involve the Parliament was left to the Government's discretion.[227]

After two failed attempts in 2005 to supplant the executive's prerogative with a conditional statutory authority, in July 2006 the *Select Committee on the Constitution* of the House of Lords published a very rich report concerning, in particular, the question at issue: «Waging War: Parliament's Role and Responsibility».[228] The document described the implications of military conflicts and reported in systematic order the different opinions and arguments both for and against a more significant involvement of Parliament in the decision to undertake an armed conflict. Overall, the following fundamental points emerged: the need to ensure a strengthening of the Parliament's role in the decision-making process; the need to ensure an adequate level of information from the Government to the parliamentary bodies; the need to preserve the freedom of action of the Government in emergency situations. The *Select Committee on the Constitution* also

[226] House of Commons, Select Committee on Public Administration, *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament*, Fourth Report of Session 2003-04, 4 March 2004, at 9-10.

[227] «In particular, we believe that any decision to engage in armed conflict should be approved by Parliament, if not before military action then as soon as possible afterwards. In these most serious of cases, the decision whether or not to consult Parliament should never be dependent on the generosity or good will of government. A mere convention is not enough when lives are at stake. The increasing frequency of conflict in recent years is proof of the importance of ensuring that, when the country takes military action, Parliament supports the government in its decision» (HC, Select Committee on Public Administration, *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament*, *supra* note 55, at 16-17).

[228] House of Lords, Select Committee on the Constitution, *Waging War: Parliament's Role and Responsibility*, 15th Report of Session 2005-2006, 27 July 2006.

ISSN 2279-7238

assessed which could be the most appropriate way to introduce a strengthening of the role of the Parliament, considering two possible alternatives: the instrument of the law (hence a strict discipline) or the instrument of the parliamentary convention (more elastic and more adaptable to different situations). In its conclusions, the Committee recognized the need to change the size of the prerogative power relating to the deployment of troops overseas right through a convention that would guarantee the effective involvement of the Parliament (with the primacy of the House of Commons will) in the respective decision-making process. The *Select Committee on the Constitution* formulated a proposal of convention to introduce the principle of the prior approval of the House of Commons with respect to the Government's decision to send troops.[229]

In 2008, under the aegis of Brown Government, the Minister of Justice Jack Straw published a *white paper* entitled «The Governance of Britain – Draft Constitutional Renewal Bill», which dealt also with the question of the role of the Parliament in the decision to introduce the armed forces in conflict situations.[230]

The end of the legislature interrupted the reform process, but the debate was resumed immediately after the inconclusive election of 2010, which gave rise to a hung parliament and to the formation of the coalition Government between Liberal Democrats and Conservatives guided by the Prime Minister David Cameron.

The turning point came in 2011, with the approval of the final version of the Cabinet Manual, which recognized the existence of a Convention developed in Parliament about its involvement in the decision-making processes in matters of military actions.

The Cabinet Manual is a text containing the rules on the functioning of the Government (a «*guide to laws, conventions and rules on the operation of government*»[231]), inspired by the analogous experience of New Zealand's Cabinet Manual. The Cabinet Manual was the focus of a broad discussion among those who claimed that it simply indicates and clarifies the existing conventions and those who, on the contrary, denounced the risk that the document could be potentially innovative of the constitutional framework and feared that its adoption would end up leading to

[229] *Id.*, at 41-43.

[230] *See* UK Ministry of Justice, The Governance of Britain – Draft Constitutional Renewal Bill, Command Paper 7342 (March 2008), Annex A; UK Ministry of Justice, The Governance of Britain Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report, 15 815 (October 2009); statement by Minister of Justice to the House of Commons on 20 July 2009 (section: The Government have already announced that it would ensure that the Commons will have a pivotal position in determining whether the United Kingdom goes to war, by means of a war powers resolution), Hansard HC vol 496 105 WS 820 July 2009.

[231] THE CABINET MANUAL. A GUIDE TO LAWS, CONVENTIONS AND RULES ON THE OPERATION OF GOVERNMENT, 1st ed. October 2011, www.gov.uk.

ISSN 2279-7238

the advent of a written Constitution[232]. In the introductory notes of the Manual, Prime Minister Cameron clarifies that the Country boasts a «rich constitution developed through history and practice», with respect to which the Cabinet Manual makes a faithful recognition of the rules in force in order to provide a valid guide for the conduct of the Cabinet and of the ministers[233]. Also in the preface by Sir Gus O'Donnel it is noted that «the Cabinet Manual records rules and practices, but is not intended to be the source of any rule»[234].

Its drafting started in 2009 by Prime Minister Gordon Brown and the first version in the form of *draft* was published in 2010, before the general election which then produced a *hung parliament*. In the draft of the Cabinet Manual in reality there was no mention of the new Convention, which instead is only mentioned in the final text of the first edition. The introduction of the Convention in the final version of the Manual is due precisely to the pressure that the Parliament itself (especially through the *Political and Constitutional Reform Committee* of the House of Commons) was able to exert on Cameron Government.[235]

In particular, the sections 5.36, 5.37 and 5.38 of the Manual, that deal with the military action, point out that since the Second World War the Government has followed the practice of informing the House of Commons about any significant military action through a declaration made before or after its beginning, declaration in some cases followed by a debate on a motion.

The Manual, however, notes (in paragraph 5.37) that in the two most recent examples of military actions, concerning Iraq and Libya, a «*substantive debate*» was held in Parliament which anticipated the decision of the intervention. In particular, with regard to the intervention in Libya, before the military action (started on March 19th) the Prime Minister made a statement on 18th March 2011 which was followed by a Government motion discussed in Parliament on March 21st and then approved by a vote («[the House] supports Her Majesty's Government […] in the taking of all necessary measures to protect civilians and civilian populated areas»).[236] Moving from these two precedents the Manual notes (in paragraph 5.38) the existence of a Convention developed in

[232] *See* G. Caravale, "England does not love coalitions? Referendum, elezioni e bilancio del primo anno di governo di coalizione nel Regno Unito" (2011) 10 FEDERALISMI.IT 16-20.
[233] THE CABINET MANUAL. A GUIDE TO LAWS, CONVENTIONS AND RULES ON THE OPERATION OF GOVERNMENT, at iii, www.gov.uk.
[234] THE CABINET MANUAL. A GUIDE TO LAWS, CONVENTIONS AND RULES ON THE OPERATION OF GOVERNMENT, at iv, www.gov.uk.
[235] House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *Constitutional implications of the Cabinet Manual, Sixth Report of Session 2010-2011*, 29 March 2011, at 19-20.
[236] THE CABINET MANUAL. A GUIDE TO LAWS, CONVENTIONS AND RULES ON THE OPERATION OF GOVERNMENT, 1st ed. October 2011, at 44, www.gov.uk.

ISSN 2279-7238

Parliament, according to which the House of Commons should have the opportunity to discuss in advance the question of sending troops, with the exception of the emergency situations.[237]

The Cabinet Manual wording is ambiguous, because it speaks only of a prior *debate* but not necessarily of a prior *vote* (actually, in the case of Libya, the vote on the motion had taken place on March 21st, two days after the start of hostilities). Nevertheless, it seems that it must be recognized that, unless there is an emergency situation, the House of Commons should be able not only to debate on a military action, but also to express itself by a vote before the military action takes place. The first application practice seems to confirm this interpretation of the Convention, at least if we consider what happened on the occasion of the *Syria vote* of 2013.

After the massacre in Ghouta on 21st August 2013, the President of the United States, the President of the French Republic and the British Prime Minister, believing that the responsibility of that tragic event should be attributed to the Syrian Government of Bashar al Assad, seemed to have the intention to initiate without delay a missile attack against Syrian strategic objectives, even without the support of the UN and the NATO. Following pressure from a group of members of Parliament,[238] on August 27th the Prime Minister had occasion to clarify his thinking, ensuring that there would be the involvement of the House of Commons. Premier Cameron, while giving prominence to the arguments in support of a military response against the Syrian regime, declared that a decision in this regard had not yet been taken and that the natural location to adequately discuss the issue could only be the Parliament.[239]

The Parliament was called up for the afternoon of August 29th, when the Prime Minister carried out his statement to the House of Commons, to which immediately followed the parliamentary debate. The discussion and the vote of the House of Commons concerned two opposing texts, that is, on the one hand, the *government motion*[240] filed on August 28th and supported

[237] It seems useful to quote the full text of paragraph 5.38: «In 2011, the Government acknowledged that a convention had developed in Parliament that before troops were committed the House of Commons should have an opportunity to debate the matter and said that it proposed to observe that convention except when there was an emergency and such action would not be appropriate» (THE CABINET MANUAL. A GUIDE TO LAWS, CONVENTIONS AND RULES ON THE OPERATION OF GOVERNMENT, at 44, www.gov.uk).

[238] On August 26th, 74 Members of Parliament from different political extraction signed an *Early Day Motion* to claim the power of Parliament to express its views on the opportunity of a UK military action; see *House of Commons*, *Early day motion* 450, 29 August 2013, www.parliament.uk.

[239] *Prime Minister's Office*, *Syria: transcript of PM's interview*, 27 August 2013, www.gov.uk.

[240] «Agrees that a strong humanitarian response is required from the international community and that this may, if necessary, require military action that is legal, proportionate and focused on saving lives by preventing and deterring further use of Syria's chemical weapons» (House of Commons, *Votes and Proceedings*, *Motion in the name of the Prime Minister relating to Syria and the Use of Chemical Weapons*, 28 August 2013, www.parliament.uk).

ISSN 2279-7238

by the Conservative-Liberal coalition, and, on the other hand, the *manuscript amendment*[241] to the motion itself, presented by Labour in the morning of August 29th.

The differences between the text of the motion and the amendment were greatly reduced from the information that the Prime Minister made during his oral intervention, with the clear intention to minimize the distances between the different political positions and thus to promote the greater convergence of the House of Commons on the government motion. For these reasons, during the debate Cameron guaranteed that, even in the event of approval of the government motion, the military action would be initiated only after the acquisition of the results of the investigations ordered by the UN; he also assured that, in any case, any decision to start a military action would not be taken except after a new vote of the House of Commons.[242]

Despite the efforts of the Prime Minister, the political differences remained intact. The outcome of the vote was the rejection both of the *opposition amendment* and of the *government motion*. Unperturbed by the serious defeat, Prime Minister Cameron declared that he would certainly have respected the will of the Parliament: «I strongly believe in the need for a tough response to the use of chemical weapons but I also believe in respecting the will of this House of Commons […]. It is clear to me that the British Parliament, reflecting the views of the British people, does not want to see British military action. I get that and the Government will act accordingly».[243] In the following days, the Prime Minister and his Government gave faithfully implementation to the decision taken by the House of Commons, confirming unequivocally that the Government considered itself bound by the expression of will of the Parliament.[244] The possibility of a military action against Syria was later definitively set aside even by the United States and France, thanks to a solution reached through the diplomatic channel and sealed in the Resolution of the United Nations Security Council n. 2118 of 27th September 2013.[245]

In the case of the intervention in Iraq in September 2014, the Parliament was instead called to approve the use of the armed forces of the United Kingdom as part of a broad coalition founded to counter the ISIL expansion in Iraq and Syria. This time the House of Commons approved by a

---

[241] The amendment to the motion presented by the opposition aimed to postpone the military action of the United Kingdom, subjecting it to a number of strict conditions; *see* House of Commons, *Votes and Proceedings*, *Manuscript amendment* (*Motion No. 2*), 29 August 2013, www.parliament.uk.

[242] The Prime Minister declared: «If Members agree to the motion I have set down, no action can be taken until we have heard from the UN weapons inspectors, until there has been further action at the United Nations and until there is another vote in this House. Those are the conditions that we—the British Government, the British Parliament—are setting and it is absolutely right that we do so» (House of Commons, *Official Report*, 29 August 2013, Vol. 566, c. 1428).

[243] *See* R. Winnett, *Syria crisis. No to war, blow to Cameron*, August 29, 2013, www.telegraph.co.uk.

[244] «[The] government had accepted the clear view of the House against British military action […]» (*Prime Minister's Office*, *Prime Minister's phone call with President Obama*, August 30, 2013, www.gov.uk). See also *Prime Minister's Office*, *Press briefing: morning 2 September 2013*, September 2, 2013, ww.gov.uk.

[245] S/RES/2118, 27 September 2013, www.un.org.

ISSN 2279-7238

large majority the motion presented by the Prime Minister.[246] The Premier's decision to obtain the prior approval of Parliament was nevertheless very significant because the waiting for parliamentary authorization resulted in the exclusion of the United Kingdom from the first phase of the military operations of the anti-ISIL coalition, initiated independently by France and the United States.

The military action undertaken by the United Kingdom, together with the United States and France, in the early hours of 14 April 2018 represents a crucial step for the formal recognition and for the better definition of the convention mentioned in the Cabinet Manual of 2011. The joint military action consisted in bombing raids against some Syrian strategic sites. For the Government of the United Kingdom, as well as for the French and American allies, the reasons for the action lay in the alleged responsibility of the Syrian army for a chemical weapons attack in Douma on 7 April 2018 and for the ensuing massacre of civilians[247].

Prime Minister Theresa May, unlike what happened in the previous case of 2013, decided in this case to proceed without the prior approval of the Parliament. So she ordered the missile attack after obtaining the Cabinet's consent and after informing by telephone the representatives of the parliamentary forces, including the opposition leader Jeremy Corbyn (who, shortly after the news of the attack, issued a significant statement to the press complaining that the Prime Minister should have obtained Parliament's prior approval)[248].

The institutional consequences of this event are of extraordinary importance to assess the real extent of the constitutional convention referred to in the 2011 Cabinet Manual. An urgent parliamentary debate took place on Monday 16 April[249], in which Prime Minister May held the statement on the military action in question[250]. After explaining the reasons why the British government had considered that the legal bases of the intervention existed (despite the lack of specific authorization from the UN Security Council)[251], the Prime Minister clarified the reasons

[246] *HC*, *Votes and Proceedings*, *Motion in the name of the Prime Minister relating to Iraq: Coalition against ISIL*, 26 September 2014, www.parliament.uk.
[247] *See* G. Davies, *Syria fired 40 missiles 'at nothing' after allied air strikes destroyed three Assad chemical sites*, The Telegraph, April 14, 2018.
[248] *See* P. Sawer, *Jeremy Corbyn urged Theresa May to postpone 'legally questionable' Syria strikes at the eleventh hour*, The Telegraph, April 14, 2018.
[249] House of Commons, *Official Report*, *Military Action Overseas: Parliamentary Approval*, *Application for emergency debate (Standing Order No. 24)*, 16 April 2018, Vol. 639.
[250] *See* C. Philp, *Syria airstrikes: Theresa May defiant after acting without Commons vote*, The Times, April 16, 2018.
[251] «When the Cabinet met on Thursday, we considered the advice of the Attorney General. Based on this advice, we agreed that it was not just morally right but legally right to take military action, together with our closest allies, to alleviate further humanitarian suffering. This was not about intervening in a civil war and it was not about regime change: it was about a limited, targeted and effective strike that sought to alleviate the humanitarian suffering of the Syrian people by degrading the Syrian regime's chemical weapons capability and deterring their use» (House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 40).

ISSN 2279-7238

why the military response should also be considered «proportionate»[252]. As the last point, Theresa May addressed the problem of the non-involvement of the Parliament. She rejected the opposition leader's accusations and justified the choice to act without parliamentary approval on the basis of various motivations, including the need to intervene promptly, the limited nature of the intervention and the fact that the action was based on intelligence assessments that could not be shared with Parliament[253]:

> «We have always been clear that the Government have the right to act quickly in the national interest. I am absolutely clear, Mr Speaker, that it is Parliament's responsibility to hold me to account for such decisions, and Parliament will do so. But it is my responsibility as Prime Minister to make these decisions — and I will make them»[254].

In the debate that followed Prime Minister's statement, many members of Parliament and the opposition leader intervened. Many of these speeches – some of which from the conservative party's ranks – urged a reply from the Prime Minister precisely on the specific question of the implications of the constitutional convention concerning the Parliament's involvement in the decision to intervene militarily. In the official response the Prime Minister (and therefore the Government) defended the choice of the Cabinet but, at the same time, also confirmed the value of the mentioned convention. It is worthwhile to fully report the passage in question:

> «It is not a question of the Government rejecting that principle. If I can return again to the written ministerial statement, it observes:
> "The Cabinet Manual states, 'In 2011, the Government acknowledged that a Convention had developed in Parliament that before troops were committed the House of Commons should have an opportunity to debate the matter and said that it proposed to observe that Convention except where there was an emergency and such action would not be appropriate'."

[252] It was a «limited, targeted and effective strike that would significantly degrade Syrian chemical weapons capabilities and deter their future use, and with clear boundaries that expressly sought to avoid escalation and did everything possible to prevent civilian casualties» (House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 42).
[253] «Thirdly, why did we not recall Parliament? The speed with which we acted was essential in co-operating with our partners to alleviate further humanitarian suffering and to maintain the vital security of our operations. This was a limited, targeted strike on a legal basis that has been used before. And it was a decision that required the evaluation of intelligence and information, much of which was of a nature that could not be shared with Parliament» (House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 42).
[254] House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 42.

ISSN 2279-7238

It subsequently goes on to make other references and, as I just said in response to my right hon. Friend the Member for Sevenoaks (Sir Michael Fallon), states:
"In observing the convention, we must ensure that the ability of our armed forces to act quickly and decisively, and to maintain the security of their operations, is not compromised."—[*Official Report*, 18 April 2016, Vol. 608, c. 10WS]
When the Government take a decision and act without a debate in Parliament, as has happened on this occasion, it is right that I come to Parliament at the first opportunity to explain that decision and to give Members an opportunity to question it, and to hold me and the Government to account.»[255]

Nevertheless, the Labor leader Corbyn considered that a definitive clarification of the Parliament's role in this sensitive matter was necessary:

«I rise to propose that this House should debate Parliament's rights in relation to the approval of military action by British forces overseas. In the light of Friday's airstrikes on Syria, this House should urgently debate the important matter of the Government's obligations under parliamentary convention to seek the approval of the House before committing UK forces to premeditated, hostile military action overseas»[256].

[255] House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 51-52.
[256] He added: «The Cabinet manual, published by the Government in 2011, confirms the Government's acceptance of that convention and guarantees that the Government will "observe that convention except when there was an emergency and such action would not be appropriate." Two years ago, even while reneging on the Government's previous commitment to enshrine that convention into law, the then Defence Secretary, the right hon. Member for Sevenoaks (Sir Michael Fallon), guaranteed in this House that the Government would "keep Parliament informed and…of course seek its approval before deploying British forces in combat roles into a conflict situation."—[*Official Report*, 18 April 2016, Vol. 608, c. 630] Members on all sides are therefore rightly concerned that no such approval was sought by the Government prior to the air strikes against Syrian Government installations, to which the UK was a party last Friday night, alongside the USA and France. Indeed, this House was not only denied a vote, but did not even have the opportunity to question the Government in advance on the legal and evidential basis for their participation in this action, on their new strategy in regard to Syrian intervention, or on why they acted before the conclusion of the ongoing inspection in Douma by the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons. Members will also be concerned that these strikes have been explicitly presented, by the Government and by the United States, as a possible precursor to even stronger intervention against the Syrian regime if that is judged to be necessary. Therefore, the Government's failure to seek—let alone obtain—parliamentary approval for these air strikes sets a precedent for potential and more dangerous future action, not just in Syria but in other countries where similar situations may arise. I therefore ask, Mr Speaker, that you allow urgent consideration by this House of the Government's approach when it comes to the rights of Parliament to debate and approve military action overseas.» (House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 101-102).

ISSN 2279-7238

The Speaker of the Chamber, noting that the opposition leader's request was supported by at least 40 MPs, set for the following day, 17 April, the «debate on a specific and important matter that should have urgent consideration under the terms of Standing Order No. 24 – namely, Parliament's rights in relation to the approval of military action by British forces overseas»[257]. The following day, within the heated debate on the question raised by the Leader of Her Majesty's Official Opposition, Jeremy Corbyn reiterated:

> «There is an established convention, and I fear that the Government were trying to breach that convention with their actions yesterday. I welcome the parliamentary convention that has developed since the Iraq war, whereby the Government are expected to seek the approval of the House before they commit forces to action.»[258]

Prime Minister May repeated in turn that the Government did not question the existence of the convention, but believed that in the specific case there were urgent reasons that justified the lacking prior involvement of Parliament:

> «I have just set out the convention. I am very clear that the Government follow that convention, but the assumption that the convention means that no decision can be taken without parliamentary approval is incorrect. […]
> These are indeed grave and difficult decisions for a Prime Minister and a Government to take, but it is important that anybody in the position of Prime Minister recognises that there will sometimes be times when it is necessary to commit our armed forces into combat in some shape or form, be that in the more direct defence of our land or our interests, in defence of international norms, or for the prevention of humanitarian suffering. It is imperative that the person who occupies this position is able and willing to take such decisions.
> I share completely the principle that, in a parliamentary democracy, elected representatives in this House should be able to debate the deployment of British military forces into combat. As I said yesterday, I am deeply conscious of the gravity

[257] House of Commons, *Official Report*, 16 April 2018, Vol. 639, c. 102.
[258] House of Commons, *Official Report*, 17 April 2018, Vol. 639, c. 194. The opposition leader also suggested the approval of a law to definitively affirm the Parliament's rights and responsibilities in respect of decisions on UK military interventions: «Those rights and responsibilities are not currently codified by law and, as we have discovered in recent days, cannot be guaranteed by convention alone. The Prime Minister's actions are a clear demonstration of why Parliament must assert its authority on this subject.» (*Official Report*, 17 April 2018, Vol. 639, c. 195).

ISSN 2279-7238

> of these decisions and the way in which they affect all Members of the House. There are situations—not least major deployments like the Iraq war—when the scale of the military build-up requires the movement of military assets over weeks, and when it is absolutely right and appropriate for Parliament to debate military action in advance, but that does not mean that that is always appropriate. This therefore cannot and should not be codified into a parliamentary right to debate every possible overseas mission in advance. […]
>
> As the exception makes clear, there are also situations when coming to Parliament in advance would undermine the security of our operations or constrain our armed forces' ability to act quickly and decisively. In these situations, it is right for the Prime Minister to take the decision and then to be held accountable to Parliament for it.»[259]

At the end of the debate, the majority of MPs voted in favor of the motion for which «this House has considered Parliament's rights in relation to the approval of military action by British Forces overseas»[260].

These events show that the Cabinet Manual, despite its merely recording nature, has effectively contributed to outline the new constitutional convention. This convention has been seriously taken into consideration by British political forces also with respect to the recent attack against Syria, even if only a parliamentary law could sanction the definitive overcoming of the Executive prerogative concerning the power to deploy troops overseas.

In the end, if the described evolution process was confirmed also in the future[261], we would be faced with a matter of primary constitutional significance in at least three respects.

First, the new conventional rule might lead to a profound transformation of the essential characteristics of one of the most important prerogative powers of the Executive, to the point that even today it is reasonable to wonder whether it still retains the characteristics of a discretionary executive power. However, we must remember that the *Constitution Committee* of the House of Lords, in the report of 24th July 2013 entitled «Constitutional arrangements for the use of armed forces», continues to affirm that the power to deploy the armed forces remains a royal prerogative

[259] House of Commons, *Official Report*, 17 April 2018, Vol. 639, c. 201-204.
[260] Division 137, 17 April 2018. 317 Ayes; 256 Noes.
[261] In February 2015 the defence secretary Michael Fallon acknowledged that the convention is a «well established convention»; see C. Mills, *Parliamentary Approval for Military Action*, House of Commons Library, Briefing Paper 7166, 1 (2015), at 30-32.

ISSN 2279-7238

power, «exercised in practice by the Prime Minister and the Cabinet».[262] Although the report in question is preceding to the two cases of practical application in which the principle of the prior vote of the House of Commons with respect to military actions has found wide success, the content of the document nevertheless requires to evaluate very carefully the possible constitutional implications of the innovation at issue. This consideration is strengthened by the latest report of the *Political and Constitutional Reform Committee* of the House of Commons, entitled «Parliament's role in conflict decisions: a way forward». The report, which dates back to 27th March 2014 and therefore after the Syria vote, reiterates clearly that the power to send troops is a prerogative power exercised conventionally by the Prime Minister.[263]

From another standpoint, the Convention in question could have a significant impact on the functioning of the parliamentary form of government. It is known that the current dynamics of the British system of government, in the presence of a coalition government and of a hung Parliament, have undermined the premiership model which was established under the permanent dominion of the single party Governments.

Under a third profile, lastly, in the UK it seems to have been temporarily reconstituted the balance of war powers that had failed, in the second half of the twentieth century, with the metamorphosis of the wars and the disuse of the declaration of war. In fact, the described Convention seems to have restored - at least for now - the centrality of the Parliament in a matter dominated for too long, here as in the United States, by the executive decision-making supremacy. The prior approval vote of the Parliament, when the factual circumstances make it possible, not only responds to the obvious needs of pluralist democracy and of transparency, but it also allows a greater and more widespread control both on the legal basis of an armed intervention and on its political opportunity.

5. The Possible Influence of the Evolution of UK Constitutional War Powers on the Interpretation of War Powers in the US Constitution.

[262] *HL*, *Constitution Committee*, *Constitutional arrangements for the use of armed forces*, *Second Report of Session 2013-14*, 24 July 2013, at 5. For a comment on this report, *see* G. Caravale, "Debolezza dei partiti tradizionali e nuovo vigore del Parlamento" (2013) 2 NOMOS 3-4.

[263] «The legal authority to commit armed forces to conflict abroad is provided by a prerogative power exercised by Ministers (and conventionally by the Prime Minister) on behalf of the Sovereign. There is no statutory requirement to involve Parliament in the use of this power, but in recent years a convention has developed that the House of Commons should have the opportunity to hold a debate on conflict decisions» (*HC*, *Political and Constitutional Reform Committee*, *Parliament's role in conflict decisions: a way forward*, *Twelfth Report of Session 2013-14*, 27 March 2014, at 4-5). The report also stresses the need to clarify, through a timely parliamentary resolution, the procedure that the Government should follow to get the approval of the House of Commons, while with regard to the long-term it advocates a legislative amendment aimed at ensuring a stronger role of the Parliament.

ISSN 2279-7238

In conclusion, the question is: could the evolution of the constitutional war powers in the United Kingdom influence the debate on the interpretation of the war powers in the US Constitution, in the sense of suggesting a reconsideration of the Congress role?

On this point three arguments can be developed, which seem to lead to an affirmative answer.

The first argument is connected to the fact that the US Constitution was born from the European doctrines of separation of powers and from the observation of the English constitutional tradition. Both the American and the English traditions, although in a different manner, have evolved on parallel lines and have contributed to stabilize over time the principles and values of Western constitutionalism. The British model represented a fundamental reference point for the American constituents, especially with reference to the powers of the Executive in matters of defense and foreign affairs. Prominent scholars have affirmed that, in relation to the prerogative powers of the Executive, the figure of the President of the United States is largely comparable to that of the English monarch.[264] Alexander Hamilton himself, describing in "The Federalist" the powers of the Commander in Chief, makes explicit reference to the military prerogatives of the British Monarch in the eighteenth century, except for the power to declare war, that the US Constitution gives instead to Congress.[265] So for a long time, and until the beginning of the new millennium, the discretionary powers of the American President and of the British Prime Minister in relation to the decision to use the armed force in contexts of conflict have been very similar.

The second argument refers to the *Living Constitution* theory, whereby prominent American scholars explain how the constitutional changes take place also through the interactions between political institutions and courts, or as a result of major changes within society.[266] From this point of view, does a request exist in the United States, maybe supported by public opinion, which is able to guide the development of the so-called Living Constitution?

With the new millennium the general perception of the problem of the role played by national Parliaments in the field of military actions has grown. The beginning of the XXI Century was marked by the serious terrorist attacks carried out on American soil, by the elaboration of the preventive war doctrine and by a new wave of military interventions, starting from the massive

[264] *See, e.g.*, E.S. Corwin, *The President: Office and Powers, 1787-1957*, at 14 (1957).

[265] A. Hamilton, *The Real Character of the Executive*, *The Federalist Papers*, n. 69, THE NEW YORK PACKET, 14 March 1788.

[266] *See, e.g.*, B. Ackerman, *We the people, Volume 1: Foundations* (1991) and *Volume 2: Transformations*, (1998); B. Ackerman, "The Living Constitution" (2007) 120 HARVARD LAW REVIEW; J. M. Balkin, "Framework Originalism and the Living Constitution" (2009) 103 NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW.

ISSN 2279-7238

operations in Afghanistan and Iraq. The attention to the problem of Parliaments' involvement in these new ("undeclared") wars has therefore grown a lot both among qualified observers and in the public opinion. This historical context has undoubtedly favored the enhancement of the Parliament's role in the decision-making processes in question. The most evident example is the United Kingdom, with the new Convention reported by the Cabinet Manual of 2011. Some indicators show that the British public opinion endorses the fact that the Government does not decide autonomously the beginning of a conflict, but previously appeals to the Parliament. The phenomenon is not isolated and does not concern only the British parliamentary system. The transformation taking place in the United Kingdom is a response to a need felt in all the major European democracies, namely that to increase the role of Parliament in the decision to send the national armed forces in conflict situations. In Europe, the gradual establishment of this instance took place in various forms (in Germany through the jurisprudence of the Constitutional Court; in France with the Constitutional Law no. 2008-724; in Italy with ordinary laws in 1997 and in 2016; in the United Kingdom, precisely, with a new Convention of the Constitution). Therefore it is not unlikely that even in the United States a transformation may occur in the practical application of the *War Powers Resolution* of 1973 capable of leading to a progressive increase of the decision-making power of Congress (considering that there already have been, in recent years, some signals to that effect).

The third argument concerns the role that comparative law has in the constitutional interpretation: to what extent can foreign law be a useful element of consideration in the interpretation of the matters in question?

In the western area, the progressive consolidation of a common cultural area, the connections in the historical and constitutional developments in the Euro-Atlantic area and the common bond of international standards on rights have facilitated the opening to foreign law and the comparison at all levels.[267] On an academic level, scholars widely study and use foreign law and comparative law. On a constitutional level, the use of comparison for the development of new constitutional texts is undoubtedly recognized.[268] On a legislative level, each legislator is free to deepen the regulations of other legal systems and to carry out comparative analysis; the comparison is indeed made easier by the introduction of ever closer relationships between Parliaments of different geopolitical areas and by the exchange of information.[269] Particularly interesting was the

[267] *See* G. De Vergottini, "Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione" (2015) 4 DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO 953-986.
[268] According to A. Weber, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 6*ff.* (2010), the comparison is an indispensable element of the constituent power.
[269] *See* De Vergottini, *supra* note 82.

ISSN 2279-7238

work of the *Law Commissions* established in different Anglo-Saxon Countries, as well as that of the *National Conference of State Legislatures* in the United States.[270] Recent studies have also revealed that the comparative method falls within the law interpretative techniques which are increasingly used by the courts and in particular by the Constitutional Courts.[271] Also the judges of the US Supreme Court, in several cases concerning quite relevant legal issues, have resorted to the comparison with other legal systems in order to reach the decision, citing foreign law in support of a judgment's motivation. However it must be highlighted that, while academic scholars have wide discretion in comparing legal systems and institutions from across very different cultural and legal traditions, those exercising public functions, such as legislators and judges, can make use of comparison only between legal systems sharing a common legal tradition. With reference to the American system, the comparison must therefore look at the Western legal systems, and, among these, at the common law systems, first of all precisely the United Kingdom.

For all the mentioned reasons, it seems possible to argue that the strengthening of Parliament's role in the decision to send the national armed forces in conflict situations, which is taking place in Europe and in particular in the UK, can act as a key to dissolve the unsolved problems concerning the interpretation of the Commander in Chief Clause and of the War Powers Clause.

[270] *See* L. Scaffardi & E. Weston, "The Use of Comparative Law in the Legislative Process at Westminster", in *Comparative Law in Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments* (N. Lupo & L. Scaffardi eds., 2014).
[271] *See* De Vergottini, *supra* note 82..

ISSN 2279-7238

Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno*

di Valeria De Santis**

SOMMARIO **1.** Delimitazione del tema: la dimensione "individuale" e "sociale" del diritto a conoscere le proprie origini. - **2.** Il *favor veritatis* in materia di adozione: il riconoscimento legislativo del diritto a conoscere le proprie origini. - **3.** La dimensione "sociale" del diritto a conoscere le proprie origini: il cognome dei figli. - **4.** Diritto a conoscere le proprie origini: parto in anonimato - **4.1.** Segue. PMA eterologa: anonimato del donatore e diritto a conoscere le proprie origini. - **5.** Il seguito delle pronunce della Corte costituzionale in materia di conoscenza delle origini. - **6.** Considerazioni conclusive: famiglie omosessuali, procreazione per altri e l'insufficienza del modello dell'adozione piena.

1. *Delimitazione del tema: la dimensione "individuale" e "sociale" del diritto a conoscere le proprie origini*

Il diritto a conoscere le proprie origini, ovvero, a conoscere la propria storia parentale, costituisce un aspetto dell'identità personale che attraversa diversi temi: l'adozione, il diritto della madre all'anonimato, nonché la procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA) con donazione di gameti. In questa dimensione personale, le possibilità offerte dalle tecniche di PMA, detta "eterologa", risolvono problemi medici, ma modificano nel profondo la genitorialità e complicano le domande sulla ricerca delle proprie origini. Contestualmente l'assenza o la limitatezza delle indicazioni legislative riversano tutta una serie di questioni sui giudici ordinari che devono dare concreta attuazione al diritto a conoscere le proprie origini, gestendo il "seguito" della pronuncia della Corte costituzionale n. 278 del 2013.

In senso diametralmente opposto, il diritto a conoscere le proprie origini si disvela in una dimensione "sociale" come aspetto del diritto della madre a dare il proprio cognome ai figli, almeno in aggiunta a quello del padre. Il diritto della madre a dare ai figli (anche) il proprio cognome consente l'individuazione sociale e giuridica della propria discendenza, permettendo sul piano "formale" una più chiara definizione della propria storia parentale. Pure in questo caso il legislatore non è intervenuto ed è invece la Corte costituzionale a riconoscere questo specifico profilo del diritto alle origini che, come si vedrà, arricchisce la nozione di identità personale.

Il diritto a conoscere le proprie origini si colloca al centro di questioni complesse legate alla genitorialità eterosessuale ed omosessuale; questioni non disciplinate o disciplinate parzialmente dal legislatore e, dunque, oggetto di risposte giurisprudenziali parziali, incerte e spesso contrastanti. Soprattutto il diritto a conoscere le proprie origini è strettamente embricato con la relazione madre-figlio. Perciò nel ricostruire la natura di tale diritto nei suoi due profili si tenterà di porre l'accento sulla centralità della relazione materna che si sviluppa fin dal momento del concepimento e che nel diritto alle origini acquista un significativo punto di emersione.

2. *Il* favor veritatis *in materia di adozione: il riconoscimento legislativo del diritto a conoscere le proprie origini*

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

ISSN 2279-7238

Nel trattare dell'evoluzione del diritto a conoscere le proprie origini si deve tenere conto, in via preliminare, che tale diritto trova compiuto riconoscimento in materia di adozione. Il diritto del figlio ad accedere alle informazioni sui propri genitori naturali è stato riconosciuto con la riforma della legge n. 184 del 1983 (di seguito l. adozioni), avvenuta nel 2001.

La l. n. 149 del 2001, prima, e la pronuncia della Corte costituzionale n. 278 del 2013, poi, realizzano una netta inversione rispetto alla disciplina esistente e consentono di poter affermare che, attualmente, il segreto sulle proprie origini costituisce un'eccezione. Nella sua originaria intenzione, la legge sull'adozione considerava infatti il segreto funzionale a garantire il diritto del minore ad una famiglia. Se nel diritto di famiglia - già dagli anni settanta - si è andato affermando il principio del *favor veritatis*, in particolare a vantaggio dei figli nati fuori dal matrimonio, nell'adozione - al contrario - il principio di verità è stato fortemente contenuto con l'intenzione di interrompere ogni legame con la famiglia di origine.

Con l'adozione l'adottato acquista lo *status* di figlio; mediante una finzione giuridica, il figlio rinasce nella famiglia adottiva, ne acquista il cognome e viene sradicato dalla famiglia naturale (art. 27 co. 3, l. n. 184 del 1983). Per questo la segretezza sull'identità dei genitori biologici è stata a lungo considerata uno strumento per proteggere il minore e per tutelare il nucleo familiare adottivo, evitando di intaccare l'esclusività del rapporto genitoriale di filiazione, secondo il principio della *imitatio naturae*.

Nella legislazione originaria la segretezza era anche motivata da ragioni culturali, ovvero, dalla volontà di nascondere all'adottato l'identità di chi avesse abbandonato un figlio spesso nato fuori dal matrimonio. L'adozione era considerata un rimedio rispetto all'onta di essere un figlio illegittimo e il segreto doveva proteggere madre naturale e figlio dal giudizio sociale negativo rispetto ad una condizione moralmente giudicata come indegna[272].

L'evoluzione sociale e culturale ha però progressivamente messo in luce l'inadeguatezza di questo approccio rispetto alle stesse esigenze di tutela della personalità dell'adottato ed ha portato alla riscrittura della legge sulle adozioni nella parte in cui disciplina il diritto dell'adottato ad essere informato sulla propria condizione.

La legge n. 149 del 2001 ha modificato l'art. 28 della l. adozioni, introducendo un sistema articolato di diritti e doveri di informazione sulla condizione adottiva. Ai genitori adottivi spetta il compito di informare il figlio «nei modi e termini che essi ritengono più opportuni» (art. 28, co. 1, l. n. 184 del 1983), ovvero, quando il figlio sia sufficientemente maturo per poter affrontare una situazione potenzialmente traumatizzante.

Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche è graduato in base all'età; se l'adottato è minorenne solo i genitori possono accedere alle informazioni concernenti l'identità dei genitori naturali, dietro autorizzazione del Tribunale dei minorenni, qualora ricorrano gravi e comprovati motivi di salute psico-fisica[273]. Si può ad esempio rendere necessario l'accesso a determinati dati in considerazione dell'insorgenza di una malattia ereditaria per la quale si renda necessario avere informazioni in ordine alle condizioni di salute dei consanguinei, non solo dei genitori naturali, ma anche di eventuali fratelli o ascendenti.

In questi casi se ricorrono i presupposti della necessità e dell'urgenza o vi sia un grave pericolo per la salute del minore, le informazioni possono essere altresì fornite al responsabile della struttura ospedaliera o di un presidio sanitario. La necessità di tutelare la salute del minore prevale sulle

---

[272] C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Familia*, 2002, p. 694.

[273] La disciplina in questione ribadisce anche che soggetti terzi non possono avere accesso alle informazioni sullo stato adottivo e, infatti, l'ufficiale di stato civile, l'ufficiale dell'anagrafe e qualsiasi altro ente pubblico o privato devono rifiutarsi di fornire informazioni, certificazioni, estratti o copie dalle quali possa risultare il rapporto di adozione, salvo espressa autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

ISSN 2279-7238

ragioni che inducono a mantenere il riserbo sulle origini biologiche; la *privacy* sull'identità dei genitori biologici arretra rispetto alla tutela della salute dell'adottato.

Al contrario quando non venga in considerazione la tutela della salute psico-fisica, la disciplina è molto cauta e stabilisce una soglia superiore alla maggiore età, ovvero, il raggiungimento dei venticinque anni per accedere alle informazioni che riguardano l'identità dei propri genitori biologici (art. 28, co. 5, l. adozioni)[274]. Il legislatore appare forse eccessivamente cauto, in particolare sembra eccessivo non riconoscere al maggiorenne il diritto ad accedere alle informazioni sulla propria origine, in assenza di specifici motivi di salute[275].

Il riconoscimento del diritto ad accedere alle informazioni sulla propria origine si sovrappone ad una più generale tendenza emersa nella giurisprudenza costituzionale che in materia di filiazione al di fuori del matrimonio ha progressivamente eliminato tutta una serie di divieti sulla ricerca della paternità e maternità naturali, proprio in favore del principio del *favor veritatis*[276]. L'interesse primario all'accertamento della propria discendenza biologica viene altresì ulteriormente rafforzato ad opera dell'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013 che, modificando l'art. 263 c.c., ha reso imprescrittibile l'azione di impugnazione di riconoscimento da parte del figlio ed ha introdotto, invece, limiti temporali rigorosi per l'esperibilità dell'azione da parte di terzi, al fine di salvaguardare la stabilità dello *status filiationis* acquisito.

Si può dunque affermare con sicurezza che l'adottato ultra venticinquenne è titolare di un autonomo diritto a conoscere le proprie origini, diritto che assume i caratteri della primarietà ed inviolabilità[277], trovando negli artt. 2 e 13 Cost. un saldo ancoraggio, confermato dalla l. adozioni, dalla disciplina in materia di *status*, nonché dalla giurisprudenza costituzionale (§§. 4.-4.1).

---

274 In entrambi i casi è il Tribunale per i minorenni a conservare la competenza, nonostante la maggiore età del richiedente.

275 In senso critico sull'eccessiva cautela del disposto, cfr., R. PANE, Favor veritatis *e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in *Rass. dir. civile*, 2003, p. 261.

276 Tra le principali pronunce si può ricordare che con la sent. n. 494 del 2002, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni del c.c. che non consentivano ai figli nati da rapporto incestuoso di proporre l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale di cui all'art. 269 cc. Con la sent. n. 50 del 2006 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 274 c.c., eliminando la fase di ammissibilità nel giudizio di riconoscimento della paternità naturale. Infine con la n. 266 del 2006, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, primo comma c.c., nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta «che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre», alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie. Su tali pronunce, cfr. almeno, D. TEGA, *La giurisprudenza costituzionale sul diritto al nome e all'identità personale. Il caso dei figli incestuosi*, in C. HONORATI (a cura di), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 82 e ss.; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Familia*, 2003, p. 848 ss.; G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 446 e ss.; S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso*, ivi, p. 857 e ss.; G. DOSI, *Paternità naturale, addio ammissibilità*, in *Diritto e giustizia*, n.9/2006, p. 12 e ss.; ID., *Disconoscimento, via libera al test Dna. Largo alla prova genetica della paternità*, ivi, n.29/2006, p. 10 e ss.

277 In tal senso, I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 757 e ss.; C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giustizia civile*, 2013, p. 1608 e ss.; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 289 e ss.; L. SACCHETTI, *Nuove norme sul segreto nell'adozione: una serie di problemi*, in *Famiglia e diritto*, 2002, p. 99; R. PANE, Favor veritatis *e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, cit., p. 259-260; F. ERAMO, *Manuale pratico della nuova adozione. Commento alla legge 28 marzo 2001, n, 149*, Padova, Cedam, 2002, p. 182-184. Sul punto, in particolare, A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori. Commento alla nuova disciplina (l.28 marzo 2001, n. 149 e d.l. 24 aprile 2001, n. 150)*, Milano, Giuffrè, 2001, p.132-133, evidenziano la scarsa precisione della disposizione contenuta ai commi 5-6 dell'art. 28 l. adozioni. Infatti il co. 5 dopo aver affermato che l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici, precisa che lo può fare anche raggiunta la maggiore età ma se ricorrono gravi e comprovati motivi e conclude affermando che l'istanza è rivolta al Tribunale dei minorenni. Il riferimento alla presentazione della presenza dei gravi e comprovati motivi di salute deve essere riferita solo alle ipotesi in cui l'istanza provenga da un adottato di età tra i diciotto e i venticinque anni. Questa disciplina può far sorgere il dubbio che si possa effettivamente discorrere di un

ISSN 2279-7238

L'unico limite che incontra il diritto a conoscere le proprie origini consiste nella decisione della madre di partorire in anonimato; la tutela dell'identità biologica retrocede rispetto all'interesse superiore dell'integrità e della salute della madre e del nascituro. Il parto in anonimato consente alla donna di non comparire nell'atto di nascita (co. 7 dell'art. 28, l. adozioni) e il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica comprensivi di dati personali della donna che non intenda essere nominata, secondo l'art. 93, co. 2 del d.lgs.n. 196 del 2003, sono accessibili solo decorsi cento anni dalla formazione del documento. La disciplina intende proteggere l'identità della madre per un periodo di tempo che, in definitiva, copre tutta la durata della vita della madre e del figlio.

A differenza di quello tedesco in cui è automaticamente e obbligatoriamente madre colei che partorisce (art. 1591 BGB), nell'ordinamento italiano lo *status* di madre è assunto con un atto volontario[278]. Sia che la nascita avvenga nel matrimonio, sia che avvenga al di fuori di esso, la madre decide di assumersi, o meno, la responsabilità giuridica di genitore, potendo scegliere di non riconoscere il figlio e anche di non essere nominata al momento del parto.

Se la disciplina tedesca punta a promuovere una maternità responsabile, quella italiana mira a proteggere l'integrità psicofisica della donna e del nascituro, sottolineando l'idea di una genitorialità che costituisce, secondo l'art. 30 Cost., una funzione che implica l'assunzione di doveri e diritti verso il minore.

Ciò non significa che la donna possa disporre per qualsiasi motivo della relazione con il figlio. La disciplina sull'anonimato materno mira a garantire la salute, l'incolumità della madre e del nascituro e non può essere piegata affinché la donna possa disporre di tale relazione per motivi economici, o altruistici, nell'interesse di terze persone in cerca di genitorialità[279].

La relazione materna è indisponibile e la madre - e lei soltanto - può decidere di riconoscere, o meno, il nato e può decidere di non essere nominata al momento del parto, mentre il figlio, ormai adulto, può chiedere che la madre naturale sia interpellata sull'eventuale volontà di rimuovere il segreto. La Corte costituzionale con la sent. n. 278 del 2013, attenuando la rigidità della disposizione dell'art. 28, co. 7, ha riconosciuto al figlio il diritto di interpello, ma in caso di esito negativo prevale comunque la volontà materna di mantenere l'anonimato e rifiutare qualsiasi contatto con il figlio naturale.

3. *La dimensione "sociale" del diritto a conoscere le proprie origini: il cognome dei figli*

L'identità come corretta rappresentazione di sé stessi, vive in una dimensione relazionale, si estrinseca nel modo in cui si viene rappresentati all'esterno, ma è funzionale soprattutto alla costruzione che ciascuno ha di sé stesso. Il bisogno di conoscenza delle proprie origini che riguarda l'adottato - come colui sia stato generato tramite PMA mediante donazione di gameti o di embrione - costituisce un aspetto dell'identità che condiziona l'atteggiamento individuale, la vita di relazione e l'immagine di sé stessi.

Anche la Corte costituzionale ha sottolineato che il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e la propria storia parentale costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela

diritto pieno a conoscere le proprie origini, sul punto, cfr.: I. LOMBARDINI, *Art. 28*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2016 p. 1644; M. DOGLIOTTI, *Art. 27-28*, in M. SESTA (a cura di) *Commentario della famiglia*, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 2404. In senso critico sul riconoscimento dell'autonomia concettuale del diritto a conoscere le proprie origini, cfr.: E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art.30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, Cedam, 1998, p. 20-21.

[278] M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in *Comparazionedirittocivile.it*, 2013, p. 16-17.

[279] S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione e genitorialità. I nodi della maternità surrogata*, Napoli, Jovene, 2017, p. 226-227. Sul punto si svolgeranno altre considerazioni al §. 6.

ISSN 2279-7238

della persona[280]. La conoscenza della verità biologica della procreazione costituisce - sempre secondo la Corte costituzionale - una componente essenziale dell'identità personale che implica la recessione dell'intangibilità dello *status*, qualora esso non corrisponda alla verità biologica e venga tempestivamente azionato[281].

In tal senso la Corte costituzionale accede ad un concetto soggettivo di identità che è funzionale alla formazione dell'identità psico-fisica dell'individuo e prescinde anche dal momento relazionale per concentrarsi, invece, sull'esatta formazione di sé e della propria storia. L'identità personale del figlio consiste nel diritto ad una fedele rappresentazione di sé all'esterno e si traduce, ad esempio, nel diritto a conservare il nome attribuito indipendentemente dai rapporti di filiazione[282]; mentre in una dimensione interna, essa implica il diritto a ricercare le proprie origini biologiche e familiari, come aspetto del diritto inviolabile all'identità personale di cui all'art. 2 della Costituzione[283].

In questa duplice prospettiva il diritto a conoscere le proprie origini biologiche assume nella recente sent. n. 286 del 2016 una specificazione ulteriore. Richiamando la pronuncia n. 278 del 2013, la Corte costituzionale collega il diritto a conoscere le proprie origini all'attribuzione del cognome materno in aggiunta al cognome del padre (conferito automaticamente al minore)[284]. La Corte costituzionale congiunge il diritto della madre a dare il proprio cognome al figlio a due profili: l'esatta formazione della storia parentale del figlio, mediante il riconoscimento della sua duplice discendenza e il diritto della madre a vedersi socialmente riconosciuta e legata alla propria progenie.

In modo non dissimile, già nella sent. n. 494 del 2002, emerge come il nome non assolva solo ad una funzione identificativa dell'individuo, ma anche in qualche modo «evocativa» della sua stessa identità[285]. Nella pronuncia del 2002 - in materia di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità di figli nati da rapporti incestuosi - l'identità personale si arricchisce di un profilo ulteriore: il diritto allo *status filiationis*, rispetto al quale il diritto al nome costituisce un elemento «identificativo dell'ascendenza familiare» e della stessa identità biologica[286].

---

[280] Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto n. 5 del Considerato in diritto. Da ultimo la Corte costituzionale ribadisce nella sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.1.6 del Considerato in diritto, che «la verità biologica costituisce una componente essenziale dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto».

[281] Sentt. nn.: 134 del 1985; 170 del 1999; 112 e 216 del 1997; 272 del 2017. In dottrina, L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus «identità» del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto dell'informazione*, 2006, p. 121.

[282] Sent. n. 13 del 1994, punto n. 5.1 del Considerato in diritto. In dottrina sul nome come segno distintivo ed identificativo della persona, cfr. almeno: L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 140 e ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. di diritto civile*, IX, Torino, 1993, p. 16; S. NIGER, *Il diritto all'identità personale*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Padova, Cedam, 2008, p. 125 e ss.

[283] In tal senso, sent. n. 425 del 2005. In dottrina, cfr. almeno: I. CARLOTTO, *I nuovi diritti e l'identità biologica*, in *Diritto e società*, 2014, p. 579; G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, p. 307; A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, pp. 17-18; E. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forumcostituzionale.it*, 26.1.2010.

[284] Nella sent. n. 286 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'automatismo secondo il quale al figlio nato nel matrimonio o riconosciuto contestualmente dai genitori debba essere esteso il solo cognome del padre. La disciplina esistente è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede la possibilità, ove richiesto dai genitori, di aggiungere il cognome della madre, sul punto, G. P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 738 e ss.; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; E. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, p. 545 e ss.; C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in *Osservatorioaic.it*, n 2/2017; nonché, volendo, V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, in *Federalismi- Focus Human Rights*, n. 1/2017.

[285] A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 16-17.

[286] Sul punto, in part.: D. TEGA, *La giurisprudenza costituzionale sul diritto al nome e all'identità personale. Il caso dei figli incestuosi*, cit., p. 82; G. PINO, *L'identità personale*, cit., p. 307; G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*, cit., p. 446 e ss.

ISSN 2279-7238

Il riconoscimento del diritto della madre a dare il proprio cognome al figlio consente di far emergere chiaramente i due aspetti del diritto a conoscere le proprie origini: uno prettamente sociale, collegato con il diritto al riconoscimento della doppia ascendenza, paterna e materna, l'altro, in una dimensione più intima, si configura come diritto a conoscere la propria storia biologica[287]. Il duplice profilo trova conferma nello stesso art. 2 Cost. che tutela, al contempo, l'individualità e la partecipazione alla collettività, con il riconoscimento dei diritti individuali in una dimensione non solo personale, ma sociale e relazionale.

Nell'intreccio indistinguibile tra identità personale e familiare, il diritto al nome si colloca nel momento in cui l'identità inizia a formarsi; non si tratta di accedere all'identità dei propri genitori biologici, ma di radicare l'identità del minore nella duplice ascendenza, trovando il diritto ad una corretta formazione del proprio io un elemento fondante nella conoscenza della propria storia personale e biologica[288]. Il riconoscimento della relazione materna, sul piano formale, contribuisce alla formazione dell'identità del nato, contribuisce al riconoscimento simbolico della relazione indisponibile esistente tra madre e figlio fin dal momento del concepimento[289].

Nel caso del cognome materno e nel caso del parto in anonimato, la Corte costituzionale ha "piegato" il disposto legislativo, lo ha reso flessibile, in modo da garantire il riconoscimento del diritto alle origini. Nel primo caso il diritto alle origini viene garantito nel momento per così dire genetico, in cui l'identità si va formando nella sua dimensione sociale; nel secondo caso, il diritto alle origini viene in rilievo nel momento della piena e completa formazione della personalità individuale. In entrambe le pronunce emerge come la relazione madre-figlio meriti riconoscimento "formale", con il diritto (anche) al cognome materno e "di fatto" con la possibilità di rimuovere l'anonimato su richiesta del figlio, laddove la donna acconsenta.

4. *Diritto a conoscere le proprie origini: parto in anonimato*

Per quanto il diritto a conoscere le proprie origini trovi ampio fondamento costituzionale nella libertà personale, nel diritto al pieno sviluppo della personalità, nonché nel diritto all'identità familiare[290] il suo esercizio non è caratterizzato da "assolutezza", intercettando una pluralità di interessi e posizioni giuridiche differenziate che richiedono attento bilanciamento.

A fronte del diritto ad accedere alla propria origine biologica esiste, infatti, il diritto dei genitori adottivi, interessati a proteggere l'unità e la serenità familiare, esiste il diritto alla riservatezza dei genitori biologici che non hanno potuto o voluto assumersi la responsabilità genitoriale, possono esistere, infine, eventuali altri fratelli o ascendenti, legati dalla comune appartenenza genetica e, solo eventualmente, dalla volontà di ricostruire aspetti della propria comune storia familiare. La posizione dell'adottato e di chiunque reclami di conoscere la propria identità biologica coinvolge il gruppo dei consanguinei. L'accesso ai propri dati personali sui quali, normalmente, ogni individuo ha totale disponibilità (costituendo peraltro dati sensibili) nei casi di adozione e di PMA eterologa incide su altri interessi e implica l'ingerenza nella sfera giuridica di quei soggetti che sono portatori dei medesimi dati[291].

---

[287] I. CARLOTTO, *Figli di un Dio minore? Il diritto alla conoscenza delle proprie origini nella fecondazione eterologa*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutela*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2014, p. 69.

[288] C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, cit., pp. 727-728.

[289] F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione e genitorialità. I nodi della maternità surrogata*, cit., p. 39 e ss.; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 192.

[290] L. CALIFANO, *Diritto all'anonimato della madre naturale più «flessibile»: la Consulta apre la strada e il Garante privacy la percorre*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 144; V. BALDINI, *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti…) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell' origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2014, p. 15 e ss.; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorioaic.it*, 2013.

[291] C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, cit., p. 738-740.

ISSN 2279-7238

L'adottato che abbia raggiunto venticinque anni ha quindi diritto a conoscere le proprie origini, può conoscere l'identità dei genitori biologici, può rintracciare e contattare i genitori biologici, ma non può però imporre un incontro o la creazione di un qualche legame. La tutela della vita privata e della riservatezza dei genitori biologici è piena e spetta a questi ultimi la scelta di incontrare e instaurare una qualche relazione con il figlio, ormai adulto[292].

Contrariamente, nel caso del parto in anonimato al figlio è consentito solo l'accesso ai dati sanitari, riguardanti le anamnesi familiari fisiologiche o patologiche che sono utili per verificare la presenza di malattie ereditarie trasmissibili o per prevenire l'insorgenza di determinate patologie, ma sempre evitando il disvelamento dell'identità della madre.

La disposizione, di cui all'art. 28, co. 7, l. adozioni, esclude l'accesso all'identità della madre al fine di salvaguardare la donna che può partorire in condizioni di sicurezza sua e del nascituro, evitando che altrimenti la donna si risolva ad adottare decisioni irreparabili - come l'aborto o, addirittura, l'infanticidio - che mettono a rischio la salute propria e la vita stessa del nascituro[293]. Nel bilanciare il diritto della donna all'anonimato, strumentale alla tutela della salute e della stessa vita, il legislatore sacrifica il diritto a conoscere le proprie origini. Il diritto della madre a rimanere anonima costituisce espressione del diritto alla riservatezza (garantito dall'art. 2 Cost.) e comporta, per il figlio, il diniego dell'accesso a quei dati relativi alla propria persona e che sono appartenenti al patrimonio genetico comune a madre, figlio e ad eventuali altri ascendenti o fratelli[294].

La riservatezza della donna in questo caso è funzionale alla tutela della vita e della salute, ma si colloca in un momento molto precedente rispetto a quello in cui il figlio, ormai adulto, potrebbe avere interesse ad accedere all'identità materna. Nella disposizione esiste uno scarto temporale nella tutela di diritti e interessi diversi; al momento del parto oggetto della tutela della disposizione è il diritto alla salute e alla vita, successivamente, quando il figlio vorrebbe accedere alle proprie origini si tratta, invece, di tutelare la riservatezza della madre. Proprio lo scarto temporale tra la decisione in origine adottata che si ripercuote sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini ha indotto la Corte costituzionale a dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 28, co. 7, l. adozioni, nella parte in cui non consente al giudice di accertare se nel tempo permanga nella madre biologica l'intenzione a non essere nominata[295].

Con la possibilità di interpellare la madre, la Corte costituzionale, in linea con il precedente *Godelli c. Italia* del 25.9.2012[296], finisce per porre l'accento sull'eccessiva rigidità e dunque irragionevolezza della disposizione che non consente alla madre di mutare, su istanza del figlio, la propria decisione in ordine all'anonimato. Il diritto all'anonimato della madre non viene messo in discussione, ma la rigidità del disposto legislativo viene attenuata[297] così, laddove il figlio lo richieda, la madre biologica

---

292 I. CARLOTTO, *I nuovi diritti e l'identità biologica*, cit., p. 585.

293 Corte cost. sent. n. 425 del 2005, Considerato in diritto, n. 4.

294 C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1608 e ss.

295 V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 15 e ss.; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 709 e ss.; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 190 e ss.; S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4031 e ss.; L. GASPARE, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, p. 27 e ss.; G. CASABURI, *Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini*, in *Foro it.*, 2014, I, p. 8 e ss.; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, cit., p. 289, ss.

296 Nella sent. 278 del 2013 la Corte costituzionale si limita a richiamare la pronuncia del giudice di Strasburgo, senza fare ricorso al parametro di cui all'art. 117, co. 1 Cost., ma sembra evidente che dopo la condanna dell'Italia ad opera del Giudice europeo nel caso *Godelli*, era difficile non approdare ad una declaratoria di incostituzionalità parziale.

297 La Corte costituzionale, a seguito della pronuncia del giudice Edu nel caso *Godelli*, opera una sostanziale inversione rispetto al proprio precedente del 2005 in cui, con la sent. n. 425, aveva considerato ragionevole il sacrificio del diritto del figlio a conoscere le proprie origini rispetto alla necessità di salvaguardare l'anonimato della madre, sul punto, L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus «identità» del figlio davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 107 e ss.; A.O. COZZI, *La*

ISSN 2279-7238

può essere contattata in via riservata dall'organo giudiziario al fine di rivedere la propria decisione, ma se l'esito della consultazione è negativo prevale il diritto della donna a mantenere l'anonimato[298].

La Corte costituzionale sottolinea che la mancata assunzione volontaria della responsabilità genitoriale, decisa dalla donna che dichiara di non voler essere nominata, non implica la rinuncia alla genitorialità naturale. La relazione di fatto tra madre e figlio non può essere preclusa, pena la sicura violazione dell'art. 2 Cost.; la scelta dell'anonimato non può escludere una eventuale genitorialità di fatto[299].

Se la genitorialità giuridica è esclusa definitivamente con l'esercizio del diritto all'anonimato, non di meno - come nel modello dell'adozione "mite" (§.6) - si tende a valorizzare la genitorialità naturale e, in particolare, la speciale relazione che si instaura tra madre e figlio fin dal momento del concepimento [300]. A prescindere dalla successiva assunzione della responsabilità cui volontariamente la madre - e lei sola - può rinunciare, la gravidanza costituisce un legame relazionale[301] che merita adeguata considerazione, segnando la personalità del nascituro e della donna stessa.

In questo senso la tutela della personalità non riguarda solo il figlio e la formazione della sua identità, ma mette in luce la posizione della madre nei confronti della quale l'anonimato non può

Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4602 e ss.; P.G. GOSSO, *L'adottato alla ricerca delle origini. Spunti di riflessione*, in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 208. Nella sentenza n. 425 del 2005, la Corte costituzionale non tiene in considerazione la posizione del giudice europeo, espressa nel caso *Odièvre c. Francia* del 13.2.2003. In tale pronuncia la Corte Edu, esprime chiaramente la propria posizione in materia di parto anonimo, dichiarando ragionevole e coerente la disciplina francese che consente il contatto tra madre biologica, rimasta anonima, qualora il figlio biologico ne faccia richiesta. Era dunque comprensibile che a seguito di tale pronuncia arrivasse - con il caso *Godelli* - la condanna della disciplina italiana, sul punto, in part., S. FAVALLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale fra CEDU e Corte costituzionale italiana*, in *Forumcostituzionale.it*, 2013; E. VIGATO, *Godelli c. Italia: il diritto a conoscere le proprie origini*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 908 e ss.; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale*, cit.; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, cit., p. 291 e ss.; ID., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 110 e ss.; A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *Consultaonline.it*, 2014; C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 45 e ss.; G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 544 e ss.; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritto dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 2013.

[298] Nel citato caso *Godelli c. Italia*, la Corte Edu inquadra il diritto a conoscere le proprie origini nel diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata, art. 8, comma 1, CEDU che si riferisce sia al figlio che alla madre, ma rileva l'esistenza di una evidente preminenza accordata dalla legislazione italiana alla madre, rispetto al diritto del figlio che genera una sproporzione tra i diritti dei soggetti coinvolti, in part., par. 63, 64 e 70.

[299] Sent. n. 278 del 2013, punto n. 5 del Considerato in diritto, la Corte costituzionale sottolinea come il diritto all'anonimato della madre non possa tramutarsi nel dovere di mantenere l'anonimato.

[300] In part., E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale*, cit., p. 4; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, p. 190-193. Del resto il codice civile collega in modo inscindibile la maternità al parto. Sul punto cfr. almeno A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di maternità e paternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 631, il quale sottolinea che l'elemento naturale del parto è predominante nella madre rispetto all'analisi delle cause che lo hanno determinato, tanto da far passare in secondo piano ogni ricerca delle stesse.

[301] La centralità della relazione materna viene in considerazione, in particolare, nel divieto di surrogazione di maternità. In alcune pronunce in part nella sent. della Cassazione, sez. I civ., 26.9. 2014, n. 24001 (ma anche Corte di appello di Bari 13.2.2009) il giudice ordinario riconosce la relazione materna e il principio del *mater semper certa est* come elementi che rendono illeciti i contratti di surrogazione per violazione dell'ordine pubblico, in questo senso, F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione e genitorialità. I nodi della maternità surrogata*, cit., p. 39 e ss. Inoltre, sul punto, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 224 e ss. sottolinea che il principio *mater semper certa* ha carattere universale perché «garantisce ad ogni nato la qualità di persona, dotata di una identità propria, nel momento in cui viene al mondo».

ISSN 2279-7238

tradursi nell'impossibilità giuridica di rivedere una decisione e, semmai, di instaurare un legame di fatto con il figlio. Nella medesima prospettiva l'aggiunta del cognome materno, resa possibile a seguito della già ricordata pronuncia della Corte costituzionale n. 286 del 2016, valorizza il legame madre figlio e la riconoscibilità - in tal caso sociale e giuridica - "del fatto" dell'assunzione del legame genitoriale[302].

4.1. *Segue. PMA eterologa: anonimato del donatore e diritto a conoscere le proprie origini*

Rispetto alle vicende adottive e al parto in anonimato, nella PMA con donazione di gameti, la situazione di fatto è piuttosto diversa. Anche in questo caso non c'è corrispondenza tra genitore sociale e naturale nel senso che con la donazione di gameti un genitore non ha un legame biologico con il figlio[303]. Però, a differenza del parto in anonimato, il figlio è stato certamente voluto e non ha subito l'esperienza dell'abbandono e del distacco, più o meno traumatico, dalla famiglia di origine. Sembra che nella PMA con donazione di gameti l'interesse del figlio a conoscere l'identità del genitore biologico sia ridimensionato rispetto all'esperienza dell'adozione[304].

La PMA con donazione di gameti soddisfa l'esigenza di due adulti di avere una discendenza, mentre il donatore non ha mai inteso diventare genitore. Infatti la l. n. 40 del 2004, per quanto residua dopo i numerosi interventi demolitori della Corte costituzionale, scinde lo *status* legale, rispetto al dato biologico, ma diversamente - e in contrasto - rispetto alla disciplina sull'adozione non contempla l'obbligo da parte dei genitori di portare il figlio a conoscenza delle circostanze in cui è avvenuta la propria nascita.

L'assenza di indicazioni normative potrà quindi creare non pochi problemi a fronte della probabile futura richiesta giudiziaria di ottenere informazioni sul donatore, quando sia in pericolo la salute del figlio o quando si tratti di soddisfare la "semplice" esigenza di conoscenza delle proprie origini. Del resto, secondo l'art. 30, co. 4 Cost., il diritto a ricercare la paternità o maternità biologiche può essere limitato per tutelare "il nucleo familiare", ma non può essere eliminato[305]. Secondo un'interpretazione evolutiva del limite costituzionale, venuti meno - fin dall'adozione della riforma del diritto di famiglia - praticamente tutti gli ostacoli relativi alla ricerca della paternità, il disposto costituzionale (di cui all'u.c. dell'art. 30 Cost.) va oggi inteso nel senso di riconoscere pienamente il principio del *favor veritatis*, finché esso coincida anche con l'interesse del minore[306]. La

---

[302] S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 43, mette in evidenza come la disciplina sull'omogenitorialità dovrebbe prendere le mosse proprio dal riconoscimento della relazione materna, «come principio ordinatore» «da intendere e da salvaguardare come valore che si congiunge a quello della tutela dell'interesse del bambino». Si veda, inoltre, ID., *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 193 e ss. Sul punto, non si può prescindere dall'attenta riflessione di L. MURARO, *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*, Ed. La Scuola, 2016, in part. p. 45 e ss.

[303] Come è noto, il divieto di fecondazione eterologa è venuto meno a seguito della sent. n. 162 del 2014. Su tale ultima pronuncia - tra i moltissimi commenti - sia consentito un limitato rinvio a: A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 2 e ss.; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 61 e ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa,* in *Forumcostituzionale.it,* 2015; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, ivi, p. 13 e ss.; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, ivi, p. 67 e ss.; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consultaonline.it*, 2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i* diritti *enunciati e gli* argomenti *addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatrioaic.it*, 2014.

[304] In tal senso, L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Diritto di famiglia*, 2012, p. 815 e ss.

[305] A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2012, p. 8.

[306] E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 632-633 e p. 636-637; ID., *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.*, 2003,

ISSN 2279-7238

stessa Corte costituzionale - nella recente sent. n. 272 del 2017 - sottolinea che l'art. 30, u.c. consente al legislatore ordinario di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, ma impone altresì di valutare quale sia la soluzione «più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio»[307].

In questa prospettiva sembra difficile negare che i nati da PMA eterologa abbiano diritto a conoscere le circostanze inerenti alla propria nascita, potendo il legislatore disporre solo limiti nel loro esclusivo interesse. Infatti la legge n. 40 del 2004 (art. 9, co. 3) esclude qualsiasi tipo di responsabilità giuridica del donatore nei confronti del figlio biologico ed esclude il disconoscimento del figlio quando si acceda a tecniche di PMA eterologa. In generale l'azione di disconoscimento della paternità o della maternità (in caso di surrogazione avvenuta all'estero) - sottolinea la Corte costituzionale nella sentenza del 2017 da ultimo citata - può essere proposta solo se è nell'interesse del minore, essendo il giudice sempre tenuto a valutare comparativamente l'interesse alla verità e l'interesse del minore[308].

Assunto quindi che il diritto allo *status* è svincolato dal legame biologico, non si può negare l'esistenza di un interesse del nato da PMA eterologa (ma anche da surrogazione di maternità praticata all'estero)[309] a conoscere le proprie origini[310]. In questi termini, la situazione non è dissimile a quanto avviene con la possibilità di interpellare ed, eventualmente, instaurare un rapporto "di fatto" con la madre naturale che abbia partorito in anonimato.

Per l'accesso ai dati sanitari del donatore è sufficiente la riconducibilità del materiale genetico del nato alla persona del donatore, tramite una banca dati, accessibile al personale sanitario. Più complessa è, invece, la situazione che si presenta qualora il nato richieda l'accesso ad altri dati identificativi del donatore perché si tratta di bilanciare il diritto alla riservatezza del donatore con il diritto del nato ad accedere a determinate informazioni che possono riguardare l'aspetto fisico, l'età, i motivi della donazione.

In verità alcune indicazioni normative possono essere ricavate dalla disciplina esistente in materia di donazione di tessuti e cellule umane e dalla legge sulle adozioni. In tal senso, la Corte costituzionale, nella sent. n. 162 del 2014, richiama sul punto la disciplina contenuta nella l. n. 191 del 2007, secondo la quale la donazione di tessuti e cellule deve essere gratuita, volontaria e, soprattutto, per quanto qui interessa, realizzata in condizioni di anonimato del donatore. Tuttavia in modo parzialmente contradditorio, la Corte costituzionale nella medesima pronuncia afferma, altresì, che la regola dell'anonimato (prevista dalla legge sulla donazione) deve essere contemperata con il riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini, disciplinato dall'art. 28 l. adozione[311]. L'anonimato del donatore è dunque la regola anche per la donazione di gameti nella PMA, tuttavia

---

p. 370-371; I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 796.

[307] Corte cost. sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.1.7 del Considerato in diritto. In tal senso si veda inoltre: Cass. civile, sez. I, 3.4. 2017, n. 8617; Cass. civile, sez. I, 22.12.2016, n. 26767; Cass. civile, sez. I, 30.5.2013, n. 13638.

[308] Nella recente sent. 272 del 2017, la Corte costituzionale ha affermato al punto n. 4.2 del Considerato in diritto che essendo la maternità surrogata vietata, il legislatore impone la presa d'atto della verità, tuttavia l'interesse del minore non può venire meno. In assenza di indicazioni legislative, il giudice deve tenere conto della durata del rapporto con il minore e della condizione identitaria acquisita, nonché della possibilità del genitore sociale di stabilire, mediante l'adozione in casi particolari, un legame giuridico che tuteli adeguatamente il minore.

[309] Sulla quale si vedano le considerazioni svolte in conclusione al §. 6.

[310] A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, ivi.

[311] L. POLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in *GenIus*, 2016, p. 45; D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n.1/2016, p. 211 e ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni,* in *Riv. di dir. internazionale*, 2014, p. 1123 e ss.; M. CASINI, C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per nascita"*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n.2/2014, p. 135 e ss.; C. CIRAOLO, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari nella procreazione medicalmente assistita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 812 e ss.

ISSN 2279-7238

l'interesse del nato a conoscere le proprie origini può essere contemperato dal legislatore in modo - ad esempio - da imporre ai centri che operano tali interventi di prendere e conservare, all'atto della donazione, una serie di dati e informazioni, anche non identificativi della persona del donatore, ma che consentano di ricostruire alcuni aspetti significativi della sua personalità.

Sul punto è dapprima intervenuta la Conferenza delle Regioni e delle Province che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, tenta - nell'inerzia del legislatore nazionale - di rendere effettivo il diritto ad accedere alla PMA eterologa, adottando appunto Linee guida regionali[312]. Per quanto concerne la conoscibilità delle proprie origini, la Conferenza aderisce decisamente alla scelta dell'anonimato[313], mentre le successive Linee guida ministeriali per l'attuazione della legge n. 40 del 2004, adottate nel 2015, stabiliscono le regole per rendere omogeneo l'accesso alle tecniche di PMA eterologa, ma nulla dispongono in ordine alla persona del donatore (e alla conservazione dei suoi dati identificativi). A tal fine provvede, invece, la legge di stabilità del 2015 che ha istituito presso l'Istituto superiore di Sanità il registro dei donatori di gameti per la PMA di tipo eterologo. Al co. 289 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2014, al fine di garantire la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa, è istituito presso il Centro nazionale trapianti e nell'ambito del Sistema informativo trapianti, un Registro nazionale di donatori di cellule riproduttive a scopi di PMA eterologa in cui sono registrati i soggetti ammessi alla donazione, mediante l'attribuzione ad ogni donatore di un codice. A questo fine le strutture sanitarie autorizzate al prelievo e al trattamento delle cellule riproduttive sono tenute a comunicare i dati anagrafici dei donatori con modalità volte a garantire l'anonimato dei medesimi.

La disciplina adottata nell'urgenza di consentire l'accesso alla PMA eterologa, a seguito della declaratoria di incostituzionalità del 2014, ribadisce il principio dell'anonimato del donatore. In linea con la disciplina sulla donazione di organi e tessuti, la disciplina regionale e statale esclude il diritto del figlio nato con PMA eterologa a conoscere le proprie origini biologiche. Non esiste alcun contemperamento - auspicato anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 162 del 2014 - con il diritto espresso dalla legge in materia di adozione a conoscere le proprie origini biologiche, oppure, ad avere almeno accesso ad alcuni dati riguardanti il donatore[314].

Peraltro, l'assenza di una disciplina che fin da subito abbia stabilito come e a quali informazioni il nato possa accedere fa sì che, già oggi, migliaia di nati non possano accedere all'identità e/o ad alcune informazioni sulla persona del donatore che non siano quelle strettamente sanitarie[315]. Addirittura, per le donazioni realizzate prima del 2004, in molti casi, non esiste alcun dato sugli interventi effettuati[316]. Ora la disciplina esistente consente di tracciare gli interventi, ma solo il

---

[312] Sul punto, in part., F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. delle discipl. pubbl.*, Aggiornamento, VI, Torino, Utet, 2015, sottolinea come a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 si sia aperto a causa del mancato intervento del legislatore nazionale un vero e proprio «Far west» in cui le amministrazioni regionali vagavano nel tentativo di rispondere alle richieste dei cittadini. Sul punto per un ulteriore approfondimento, ID., *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta*, cit., p. 61 e ss.; L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2015, p. 35 e ss.

[313] Nelle more dell'intervento normativo primario, Regioni e Province autonome subito dopo la sent. n. 162 del 2014 hanno concordato gli indirizzi operativi per consentire l'avvio delle tecniche di PMA eterologa in modo da rendere immediatamente esigibile la procedura su tutto il territorio nazionale. Le Regioni hanno fissato tariffe e condizioni di accesso al trattamento, ma nonostante le indicazioni esistono forti differenze territoriali nell'accesso alle prestazioni, sul punto, in part. M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo" sanitario*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1739 e ss.

[314] Sulle varie soluzioni prospettabili: M. A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 73 e ss.

[315] D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, cit., p. 213-214.

[316] Per le PMA eterologhe avvenute prima del 2004 è difficile immaginare che i centri medici abbiano conservato i dati dei donatori di gameti. Infatti dopo l'unico intervento dell'allora Ministro della salute Degan, avvenuto con decreto, che cercava di prevedere regole minime in materia, non sono stati mai redatti protocolli uniformi in merito all'obbligo di conservare persino traccia degli interventi eseguiti, sul punto, M. A. IANNICELLI, *La fecondazione eterologa tra giudice e legislatore: una questione ancora aperta?*, cit., p. 74, nota 66.

ISSN 2279-7238

legislatore può stabilire se in tale materia debba prevalere l'anonimato assoluto del donatore per favorire l'accesso a tali pratiche o se, invece, debba essere riconosciuto al nato da PMA eterologa la possibilità di accedere, raggiunta la maggiore età o i venticinque anni (in analogia con la disciplina in materia di adozione), all'identità del donatore o, in subordine, come nel caso del parto in anonimato, alle sole informazioni riguardanti la salute di quest'ultimo.

5. *Il seguito delle pronunce della Corte costituzionale in materia di conoscenza delle origini*

L'assenza di una disciplina conseguenziale alla pronuncia della Corte costituzionale che ha riconosciuto il diritto di interpello del figlio in caso di parto in anonimato ha sollevato non pochi interrogativi in merito alla possibilità di dare immediata applicazione, o meno, al principio espresso dalla Corte costituzionale.

Nell'incertezza i Tribunali minorili hanno espresso posizioni contrastanti, alcuni (Milano, Catania, Bergamo, Brescia e Salerno) hanno ritenuto necessario attendere l'intervento del legislatore per dare corso alla richiesta del figlio di interpellare in modo riservato la madre naturale, in ordine alla volontà espressa al momento del parto di non essere nominata. Secondo questo orientamento, il riferimento operato dalla Corte costituzionale nel dispositivo della pronuncia del 2013, in base al quale si deve consentire di poter interpellare la madre che abbia scelto l'anonimato «attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza» richiederebbe l'intervento del legislatore per evitare di sacrificare il diritto all'anonimato. Essendo la pronuncia della Corte costituzionale una additiva di principio, sarebbe in sostanza necessario ed imprescindibile l'intervento del legislatore volto a disciplinare le modalità con le quali procedere all'interpello. Altrimenti - secondo tali Tribunali - l'intervento del giudice non solo rischierebbe di mettere in pericolo il diritto alla riservatezza della madre, ma concretizzerebbe un'indebita invasione della competenza legislativa, creando *ex novo* un procedimento che richiede, invece, l'intervento discrezionale del legislatore al fine di salvaguardare la massima riservatezza dell'interpello.

Al contrario, altri Tribunali per i minori (Trieste, Piemonte, Valle d'Aosta; le corte d'Appello di Catania, sez. della famiglia, della persona e dei minori) ammettono la possibilità di procedere all'interpello in forza della declaratoria di incostituzionalità della Corte costituzionale del 2013, nonché della pronuncia della Corte Edu nel caso *Godelli*. La norma dichiarata incostituzionale non può più trovare applicazione, nella parte in cui non prevede la possibilità di interpellare la madre. Nella perdurante inerzia del legislatore, i giudici non possono denegare giustizia e non possono continuare ad applicare una disposizione dichiarata incostituzionale, sottraendosi dal dare concreta attuazione al diritto fondamentale del figlio a conoscere la propria identità.

La discordanza determinata dai due orientamenti divergenti era tale da giustificare la richiesta di intervento della Cassazione a sezioni unite che con la sent. 25.1.2017, n. 1946, come era prevedibile, ha sostanzialmente aderito alla seconda soluzione interpretativa. Ricorda la Cassazione che - in base agli artt. 136 Cost. e 30, co. 3, l.n. 87 del 1953 - la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia e non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Rimossa la norma che escludeva l'interpello, il giudice non può negare al figlio di attivare una procedura volta a sentire la donna, nel modo più discreto possibile. Se, al contrario, il giudice lo facesse finirebbe per continuare a dare applicazione al co. 7 dell'art. 28, l. adozione nella sua formulazione originaria, preesistente alla sentenza della Corte costituzionale. Continuare a negare la possibilità di interpellare la donna significherebbe negare al figlio la tutela del diritto a conoscere le proprie origini, in ragione dell'immodificabilità ed eccessiva rigidità di un disposto dichiarato, appunto, incostituzionale[317].

[317] Cass. civ., sez. un., sent. 25.1.2017, n. 1946, punto n. 8 delle ragioni della decisione. Su questa pronuncia C. CORTESE, *Parto anonimo: tra diritto della donna di mantenere l'anonimato e diritto di ogni persona a conoscere le proprie origini*, in *Filodiritto.it*, 2017; P. DI MARZO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9/2017, p. 748 e ss.

ISSN 2279-7238

In assenza di indicazioni legislative, l'autorità giudiziaria deve superare la rigidità dell'automatismo normativo e ricavare dall'ordinamento una procedura di interpello in modo da rendere la disciplina esistente ragionevole e conforme alla Costituzione e alla Convenzione[318]. Nella sent. della Corte costituzionale n. 278 del 2013, la singolare combinazione di una additiva di principio, unita al monito rivolto al legislatore genera incertezze, ma non tali da consentire al giudice ordinario di rimanere inerte, continuando ad applicare un disposto legislativo dichiarato incostituzionale[319].

Il procedimento che la Cassazione a sezioni unite ritiene utilizzabile per procedere all'interpello è quello indicato dall'art. 29, co. 5-6, l. adozioni, di volontaria giurisdizione; si tratta di un procedimento in camera di consiglio che si svolge innanzi al Tribunale dei minorenni[320]. Le modalità del procedimento trovano un parametro anche nell'art. 93 del codice in materia di protezione dei dati personali che consente di comunicare le informazioni non identificative ricavabili dal certificato di assistenza al parto e dalla cartella clinica, imponendo una procedura che garantisca tutte le cautele affinché la madre sia identificabile. Inoltre, il giudice nella procedura di accesso alle informazioni sui genitori biologici deve attenersi all'indicazione del co. 6 dell'art. 28, l. adozione, secondo il quale le modalità di comunicazione devono essere tali da evitare di turbare l'equilibrio psico-fisico delle persone coinvolte e gestite con la massima prudenza, nel rispetto della libertà di autodeterminazione, della dignità, tenendo conto delle condizioni di salute e della condizione personale e familiare della madre naturale[321].

La pronuncia a sezioni unite della Cassazione è quanto mai utile in quanto la decisione della Corte costituzionale costituisce comunque una additiva di principio e nell'applicazione concreta le risposte che danno i singoli giudici sono comunque valide *inter partes*[322] e, per quanto qui interessa, si possono tradurre in prassi applicative diversificate, almeno in parte.

---

318 Sull'irragionevolezza degli automatismi legislativi, in part., M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, reperibile sul sito della Corte costituzionale.

319 V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 288; J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, cit., p. 293.

320 Per colmare la lacuna legislativa nella XVII legislatura, dopo l'approvazione alla Camera, è stato presentato al Senato il disegno di legge A.S. n. 1978 recante "Modifiche all'art. 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita". Il progetto - arenatosi in Senato - regola il diritto di interpello del figlio che può essere presentato una sola volta al Tribunale dei minorenni del luogo di residenza del figlio. A seguito dell'istanza che può essere presentata dall'adottato al raggiungimento della maggiore età, il Tribunale contatta la madre avvalendosi del personale dei servizi sociali e con modalità tali da assicurare la massima riservatezza. Ove la madre confermi di mantenere l'anonimato il Tribunale dei minorenni autorizza, sempre nella massima riservatezza, l'accesso alle sole informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche.

321 Cass. civ., sez. un., sent. 25.1.2017, n. 1946, punto n. 8.2 delle ragioni della decisione. Al punto n. 11 la Corte richiama la prassi seguita nei diversi protocolli che alcuni Tribunali per i minorenni hanno seguito per dare attuazione alla pronuncia della Corte costituzionale del 2013. Tali protocolli prevedono che il giudice contatti un soggetto (come il responsabile del servizio sociale o il comandante dei carabinieri) in concreto ritenuto più idoneo a verificare la possibilità di un colloquio riservato con la madre. Se possibile il colloquio viene demandato al responsabile del servizio sociale o al giudice che si reca sul luogo per raccogliere, nel più assoluto riserbo, la determinazione della madre di conferma o revoca dell'anonimato. Certo si può immaginare che pur nel rispetto di tutte le possibili cautele non sarà facile per la donna dover affrontare, soprattutto in presenza di un coniuge o di altri figli, anche il semplice fatto di essere contattata dai servizi sociali o dal giudice.

322 E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 143-145; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2014, Torino, Giappichelli, p. 174; A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali e l'Europa*, in *Consultaonline.it*, n. 3/2016, pp. 392-393; C. PADULA, *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, ivi, n. 2/2016, p. 317 e ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 89 e ss.; E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 699; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3435 e ss.

ISSN 2279-7238

"Il seguito" delle sentenze additive di principio è valutabile solo in relazione alle singole fattispecie ed è destinato a creare, come evidente, diversità applicative e non pochi rischi in ordine all'efficacia delle soluzioni elaborate dai singoli Tribunali e all'effettiva tutela della riservatezza della madre. Le soluzioni adottate nelle singole decisioni non costituiscono un rimedio risolutivo che può essere assicurato solo da una procedura fissata dal legislatore con regole rigorose[323]. La pronuncia della Cassazione a sezione unite rappresenta un valido punto di riferimento, anche in merito all'eventuale richiesta dei nati da PMA con donazione di gameti di accedere all'identità del donatore. Si può immaginare che, parallelamente a quanto avviene in materia di adozione, il donatore possa essere contattato per valutare una eventuale volontà di rimuovere l'anonimato.

Un problema applicativo ulteriore risolto dalla Cassazione riguarda l'ipotesi in cui la madre che dichiari di non voler essere nominata sia morta, prima che il figlio eserciti il diritto di interpello. In difetto di una disciplina legislativa il decesso per alcuni giudici ordinari non poteva comunque essere considerato come una revoca implicita della volontà di mantenere l'anonimato, anche in considerazione di non rivelare ai familiari superstiti una informazione riguardante la donna deceduta[324]. La Cassazione, I sez. civile, nella sentenza 21.7.2016, n. 15024 afferma che il figlio dopo la morte della madre biologica ha diritto a conoscere le proprie origini biologiche[325]. Oltre il limite della vita della madre non può essere considerato operativo il termine dei cento anni dalla formazione del documento per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali. La morte della madre non può cristallizzare la scelta rendendo impossibile per il figlio accedere alle informazioni sulla propria origine, diversamente, invece, si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i figli nati da donne che hanno scelto l'anonimato ma che non sono più in vita e i figli che hanno ancora la possibilità di interpellare la madre biologica.

Ancora sul punto la Cassazione, I sez. civile con la sent. 9.11.2016, n. 22838 ha ribadito che la morte della madre non esaurisce il diritto all'anonimato, tuttavia non essendo possibile bilanciare il diritto del figlio a conoscere le proprie origini con il diritto della madre biologica, il bilanciamento tra gli interessi in gioco deve essere desunto dal sistema di protezione dei dati personali. Pertanto, l'accesso alle informazioni sulle proprie origini deve essere realizzato nel rispetto dell'immagine e dell'identità sociale che la donna si è costruita in vita eventualmente in relazione al gruppo familiare costituito dopo la scelta dell'anonimato. Anche in questo caso la Cassazione ha dovuto affrontare un aspetto del seguito della pronuncia della Corte costituzionale, flessibilizzando la disciplina esistente per salvaguardare i diversi e contrapposti interessi e ponendo, ancora una volta, rimedio all'assenza di disciplina in materia.

È altresì immediatamente applicabile la sent. n. 286 del 2016 della Corte costituzionale sul cognome materno, ma pure tale pronuncia pone non pochi problemi attuativi che saranno riversati sul giudice ordinario[326]. Nell'inerzia del legislatore sono aperte tutta una serie di questioni come la trasmissione del cognome dei figli dei nati cui oggi viene attribuito il doppio cognome, oppure, il problema dell'aggiunta del cognome materno per coloro che siano nati prima della declaratoria di

---

323 Nella nota sent. n. 113 del 2011, Considerato in diritto n. 9, la Corte costituzionale ha affermato che l'intervento di adeguamento del giudice ai principi espressi dalla Corte costituzionale con additiva di principio è giustificata soltanto «dall'inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento», sul punto, F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*, n. 7/2016, p. 19; T. GUARNIER, *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Costituzione?*, in *Consultaonline.it*, 2011; R. GRECO, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, ivi.

324 Trib. min. Torino, 2.3.2015; Corte di Appello di Torino, 27.5.2015; Corte di Appello di Torino, 5.11.2014.

325 N. CORBO, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata*, in *Persona e Mercato*, n. 1/2017, p. 59.

326 G. P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 738 e ss.; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, cit.; E. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un'analisi comparata*, cit., p. 545 e ss.

ISSN 2279-7238

incostituzionalità[327]. Permane, soprattutto, l'asimmetria tra uomo e donna nella trasmissione del patronimico, attribuito comunque in via automatica al nato.

Solo l'intervento del legislatore può introdurre una disciplina fondata sulla parità effettiva tra uomini e donne nella trasmissione del cognome, essendo in ogni caso esclusa dalla disciplina vigente la possibilità scegliere quale dei cognomi far prevalere nella trasmissione ai discendenti. Le ricadute operative della pronuncia, fin dove possibile, sono colmate dal Ministero degli Interni con apposita circolare in materia di stato civile[328], ma in mancanza dell'intervento legislativo le altre richieste di tutela saranno probabilmente riversate sul giudice ordinario e potranno facilmente aprire la strada a nuove questioni di legittimità costituzionale.

6. *Considerazioni conclusive: famiglie omosessuali, procreazione per altri e l'insufficienza del modello dell'adozione piena*

Il diritto alle proprie origini si inscrive pienamente nell'art. 2 Cost., incrocia una pluralità di diritti ed interessi contrapposti, esplicandosi nella duplice dimensione biologica e sociale-relazionale. La ricostruzione tracciata non sarebbe però completa se non si tenesse in considerazione che nei rapporti di filiazione non prevale affatto il principio della verità in termini assoluti; spesso prevale anzi la necessità di preservare proprio l'identità, ovvero, l'immagine di sé, così come si è formata in termini relazionali e sociali[329].

Anche nella recente giurisprudenza ordinaria e costituzionale, il *favor veritatis* non costituisce un principio assoluto; esso deve essere bilanciato con l'interesse del minore che può corrispondere con il mantenimento dello *status* di filiazione, pur non coincidente con la verità biologica, ma ormai diventato componente dell'identità personale del figlio[330].

La verità biologica passa decisamente in secondo piano rispetto all'interesse del minore che costituisce il parametro di riferimento di ogni decisione in materia di *status*[331]. Il diritto a conoscere

---

[327] Nella XVII legislatura dopo l'approvazione alla Camera, è stato sottoposto all'esame della Commissione giustizia il disegno di legge A.S. n. 1628 recante "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli" il progetto prevede che - al momento della dichiarazione di nascita presso gli uffici dello stato civile - i genitori possano scegliere se attribuire il cognome del padre, della madre, ovvero, di entrambi nell'ordine concordato. In caso di mancato accordo o di mancata scelta i cognomi sono attribuiti in ordine alfabetico. Nella trasmissione alle generazioni successive si prevede che il figlio ne possa far prevalere uno solo a sua scelta. Sul punto, per ulteriori indicazioni ad altri recenti progetti legislativi in materia sia consentito rinviare a V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma*, cit., p. 33-34.

[328] Circolare del Ministero degli Interni, n. 1 del 2017.

[329] A titolo esemplificativo: il figlio naturale ha la possibilità di negare il suo consenso al riconoscimento, se contrario al proprio interesse (art. 250 c.c.); il disconoscimento di paternità da parte del figlio deve avvenire in tempi molto brevi (art. 244 c.c.); il figlio nato fuori dal matrimonio riconosciuto in momenti diversi ha diritto a conservare il cognome della madre con il quale è stato fino a quel momento identificato, escludendosi l'automatica prevalenza del patronimico (art. 262 c.c.). Infine nella legislazione in materia di PMA, la legge n. 40 del 2004 vieta il disconoscimento di paternità nell'ipotesi di nascita mediante il ricorso alla fecondazione eterologa. Sul punto, L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/ici di gameti*, cit., p. 836.

[330] Da ultimo, sent. Corte cost., n. 272 del 2017, punto n. 4.1.7 del Considerato in diritto, nonché, di recente Cass. civile, sez. I, 3.4. 2017, n. 8617, su quest'ultima pronuncia cfr.: M. N. BUGETTI, Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: *disorientamenti applicativi*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 848 e ss.; A. DI LALLO, *Non è automatico il* favor veritatis, in *Diritto & Giustizia*, n. 60/2017, p. 2. In generale sulla giurisprudenza e la soluzione dei conflitti tra diritti contrapposti, A. MORRONE, *"Diritti contro diritti" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 91 e ss.

[331] E. QUADRI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore* in *Famiglia e diritto*, 2003, p. 95 e ss. Data l'ampiezza del tema, sul principio del superiore interesse del minore si consentito un rinvio a: G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 72 e ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, p. 105-109; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148 e ss.; M. DOGLIOTTI, *Cosa è l'interesse del minore?*, in *Diritto e famiglia*, 1992, p. 1094 e ss.

ISSN 2279-7238

le proprie origini va dunque relativizzato, costituendo solo uno dei molteplici aspetti che caratterizzano la formazione della personalità individuale. Del resto, le origini biologiche non possono certamente sostituirsi alla complessità e alla ricchezza dei rapporti interpersonali, creati all'interno della famiglia. L'attenzione un po' enfatica sull'assolutezza del diritto a conoscere le proprie origini rischia di esaltare un aspetto della vita "biologica" che finisce per offuscare la complessità delle relazioni familiari e della genitorialità intesa come assunzione di responsabilità, di cure e di affetti[332].

Il fondamento biologico può costituire un aspetto della filiazione, ma la genitorialità - secondo l'art. 30 Cost. - è una funzione, ovvero, implica l'assunzione di diritti e doveri e prescinde dal semplice dato biologico della procreazione, comportando una scelta volontaria di creare il legame familiare. È dunque a questa funzione che si dovrebbe tentare di tornare per mettere al "centro" l'interesse del figlio e la tutela delle relazioni affettive.

Peraltro, emergendo tendenze contrapposte, il diritto a conoscere le proprie origini è ulteriormente destinato a complicarsi nelle discussioni in tema di diritti delle famiglie, soprattutto omogenitoriali. Da una parte si cerca a tutti i costi che almeno un genitore abbia un legame di sangue con il nato e si ricorre - ad esempio - nelle coppie *gay* alla maternità surrogata oppure, nelle coppie lesbiche, all'impianto dell'embrione fecondato con ovocita della *partner* che non porterà avanti la gravidanza, attuando in entrambe i casi pratiche consentite in altri ordinamenti. In questa prospettiva non si smette affatto di cercare il legame di sangue e viene invece rivendicata la legittimità di una prassi come la gestazione per altri che - secondo la Corte costituzionale - «offende in modo intollerabile la dignità della donna»[333], riducendo il corpo a strumento per soddisfare l'interesse al legame genetico di almeno uno dei genitori. In aggiunta, senza la pretesa di addentrarsi nel tema, la gestazione per altri apre un fronte ulteriore sulla conoscenza delle proprie origini, perché non si può più fare riferimento in via analogica al modello del parto in anonimato, ma si tratta comunque di garantire l'interesse del nato ad essere informato sulle circostanze in cui è avvenuta la propria nascita, nonché a conoscere la donna che lo ha partorito.

Al contempo, su opposto versante, i legami di sangue vengono relativizzati, sottolineando come la famiglia si costruisca nella continuità degli affetti, al fine di rafforzare la posizione del genitore sociale e per aprire alla *step child adoption*. Il legame di sangue perde di rilievo, mentre acquisiscono sempre maggiore importanza - anche a livello europeo[334] - la comunanza di vita familiare e la continuità dei rapporti affettivi[335].

In questo modo il diritto a conoscere le proprie origini tocca nel profondo i caratteri assunti attualmente dalle nuove forme di genitorialità che richiedono di ripensare in radice gli istituti del diritto di famiglia, a partite dall'istituto dell'adozione.

Nello specifico e sulla scorta dell'esperienza e delle soluzioni adottate dai Tribunali dei minori, sarebbe necessario riscrivere l'istituto dell'adozione. Il giudice dei minori - ad esempio - proprio nell'ottica di conferire centralità ai legami familiari e nella consapevolezza della potenziale frattura tra desiderio di ricostruire la propria storia e salvaguardia dell'unità familiare, di frequente fa ricorso all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44 (in part. lett. *d*)) l. adozioni che non presuppone

---

[332] S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. critica del diritto privato*, 2000, p. 587, osserva che «l'assolutezza del diritto a conoscere la propria origine, può cancellare legami nei quali s'incarnano la comunanza di vita e l'incessante, fecondo rinnovarsi delle ragioni dello stare insieme». Con lucidità l'A. si domanda se la verità biologica non costituisca un impoverimento; trovarsi da soli con la propria verità genetica e non in relazione con gli altri costituisce «una conquista o una prigione?».

[333] Corte cost. sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.2 del Considerato in diritto.

[334] Anche a livello europeo emerge la tendenza a riconoscere sempre maggiore centralità ai rapporti affettivi di filiazione e, in tal senso, la Corte Edu riconosce il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU) quando sussista, appunto, comunanza di vita e stabilità del legame affettivo di filiazione. Sulla nozione di vita familiare in particolare in relazione alla filiazione, ex multis: *Mennesson c. Francia*, 26.6.2014, par. 96 e ss.; *Haas c. Paesi Bassi*, 13.1.2004, par. 44-45; *Lebbink c. Paesi Bassi*, 1.6.2004, par. 37 e ss.

[335] M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, cit., p. 19.

ISSN 2279-7238

lo stato di abbandono[336] e non determina la rottura dei legami con la famiglia d'origine. I Tribunali per i minorenni, sostenuti anche dalle indicazioni provenienti dal giudice Edu[337], tendono ad utilizzare l'adozione speciale, definita anche "mite"[338] o a disporre, unitamente all'adozione, la frequentazione della famiglia di origine. L'adozione piena che implica la rescissione del legame con la famiglia di origine viene interpretata e adattata alla luce dell'esigenza di tutelare lo sviluppo dell'adottato, evitando la frattura completa dei legami con la famiglia di origine[339]. Sempre più spesso il giudice piega l'istituto dell'adozione in casi speciali per consentire l'adozione del figlio minore da parte del convivente all'interno della coppia omosessuale[340].

---

[336] All'adozione c.d. in casi particolari di un minore di età si ricorre in casi specifici nei quali non sono presenti i presupposti per l'adozione legittimante, ovvero, principalmente, lo stato di abbandono del minore. Questo tipo di adozione non elimina i rapporti con la famiglia di origine, ma si radica sul consenso tra le parti. In realtà si tratta non di un *minus quam* rispetto all'adozione legittimante, ma di una soluzione alternativa cui si può ricorrere valutando l'esclusivo interesse del minore, in tal senso, V. SCALISI, *Art. 27, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in G. CIAN, G. OPPO, A TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 2, Padova, Cedam 1993, p. 360; A. ZINI, *Art. 44*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, cit., p. 1686 e ss. Sull'evoluzione dell'istituto in questione, G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in P. ZATTI (sotto la direzione di), *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 951 ss.; O. CLARIZIA, *Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, p. 1132 e ss.

[337] Il giudice Edu sottolinea la necessità di dare spazio, nell'interesse del minore, a misure meno drastiche rispetto all'adozione legittimante e di ricorrere a soluzioni, come l'adozione in casi speciali, che non interrompono ogni legame con la famiglia d'origine. Infatti nel caso *Zhou c. Italia*, 21.1.2014, il Giudice di Strasburgo ha condannato l'Italia per aver proceduto direttamente all'adozione piena di un minore: «le autorità italiane hanno adottato la soluzione di una rottura dei legami familiari e non hanno impiegato adeguati e sufficienti sforzi per far rispettare il diritto della ricorrente a vivere con suo figlio, violando così il suo diritto al rispetto della propria vita familiare ai sensi dell'articolo 8» della CEDU. La Corte richiama altresì proprio l'interpretazione estensiva dell'art. 44 della legge sulle adozioni operata da alcuni Tribunali per i minorenni che consente l'adozione speciale anche in caso in cui il minore non sia stato abbandonato. Sotto altro profilo, nella ricerca psicologica si è messo in evidenza come sia preferibile il ricorso a forme di adozione aperta che consentano di mantenere i legami con la famiglia d'origine, sul punto, M. CASONATO, *Adozione e mantenimento dei legami: una revisione della letteratura psicologica sull'adozione dei minori*, in *Minori giustizia*, 2014, p. 41 e ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenite un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivistaaic.it*, 1/2017.

[338] In particolare la lett. *d*) dell'art. 44, l.n. 183 del 1984, prevede la possibilità di disporre l'adozione speciale qualora non sia possibile procedere all'affidamento preadottivo. Si tratta come ha affermato il Trib. min. di Bari, 7.5.2008 di una situazione in cui la famiglia naturale del minore è «insufficiente rispetto ai suoi bisogni, ma ha un ruolo attivo e positivo, che non è opportuno che venga cancellato totalmente. Nello stesso tempo non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in maniera sufficiente». Similmente: Trib. Roma, 18.3.1985; Trib. Roma 8.1.2003; Trib. min. Brescia 31.12.2010 n. 202; Trib. Bologna 29.5.1988; Trib. Trieste 3.4.1987. Nell'interpretazione del Tribunale di Bari si ricorre all'adozione speciale, in definitiva, quando l'affidamento preadottivo sia inopportuno, più che giuridicamente impossibile, ad esempio, quando il minore abbia già stretto un rapporto profondo di conoscenza e di affidamento con determinate persone e quando l'influenza della famiglia originaria non sia comunque negativa per il minore, sul punto, C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus-online*, n.3/2015, p. 12 e ss.; T. MONTECCHIARI, *Adozione "mite": una forma diversa di adozione dei minori o affido senza termine?*, in *Il diritto delle persone e della famiglia*, 2013, p. 1581 e ss.; M. SESTA, *Famiglia e figli a quarat'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1018 e ss.; M. DOGLIOTTI, *Art. 27-28*, cit., p. 2452 e ss.

[339] C. RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, p. 721 e ss.

[340] Ad esempio tra le molte pronunce in tal senso: Corte d'Appello di Milano, sent. 9.2.2017; Trib. min. Roma, 30.7.2014, n. 299; Corte d'Appello di Torino, sent. 27.5.2016; Trib. Roma, sent. 22.10.2015; Trib. Roma, 21.3. 2016; Corte d'Appello di Roma, sez. minori, 23.12.2015. Su queste pronunce, in dottrina cfr. tra i molti commenti: M. GATTUSO, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, in *Articolo29.it*, 2017; A. PASCARELLI, *Omogenitorialità e adozione da parte di single e coppie omosessuali. Brevi note a margine della sentenza Corte d'Appello di Roma, sez. Minori, 23 Dicembre 2015*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, n. 2/2016; M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 580 e ss.; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 117 e ss.; A. PENTA, "*Stepchild adoption": alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra valori costituzionalmente confliggenti*, in *Studium Iuris*, 2016, p. 1274 e ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della "stepchild adoption"*, in *Corriere giuridico*, 2016, p. 1217 e ss.; S. VERONESI, *La Corte di Cassazione*

ISSN 2279-7238

Il venir meno del segreto sui genitori adottivi e il riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini minano alla base il modello rigido dell'adozione piena, fondata proprio sulla rottura radicale con i legami familiari originari. In questo senso i Tribunali intercettano l'esigenza, peraltro ribadita anche dal giudice Edu, e adattano l'adozione all'effettivo interesse del figlio che deve essere valutato in base alla situazione concreta e non deve comportare necessariamente la rottura del legame familiare originario[341].

Il modello di adozione che tende ad affermarsi nella prassi mette al centro l'assunzione di responsabilità, l'affettività, la costruzione di legami derivanti da un vincolo genitoriale volontariamente assunto e, laddove possibile, anche sulla condivisione della responsabilità genitoriale con la famiglia di origine. La necessità di tutelare gli affetti familiari è altresì sottolineata di recente dalla modifica della disciplina in materia continuità dei rapporti affettivi dei minori in caso di affido familiare, avvenuta con la l.n. 173 del 2015.

Nella modifica della l. adozioni, la disciplina del 2015 contribuisce a mettere in evidenza l'insufficienza del modello di adozione piena, confermando, al contrario, la necessità che il Tribunale consideri la richiesta di adozione della famiglia affidataria in modo da salvaguardare la continuità dei legami affettivi[342]. Su impulso della giurisprudenza Edu, che ha condannato l'Italia per il mancato rispetto della continuità dei rapporti familiari[343], la nuova disciplina tutela la continuità delle relazioni familiari e, con essa, l'idea di genitorialità che si fonda sulla comunanza di vita, sugli affetti, non rompendo necessariamente i legami familiari preesistenti.

Anche da questa esperienza occorrerebbe prendere le mosse per riscrivere l'istituto dell'adozione e renderlo accessibile alle famiglie omogenitoriali, così da consentire l'adozione del *partner* e riconoscere diritti e doveri del c.d. "terzo" genitore (ovvero del *partner* del genitore biologico), evitando al contrario di ammettere la legittimità di prassi che strumentalizzano il corpo della donna per soddisfare l'esigenza egoistica di un legame biologico con il nascituro[344]. In tal senso la Corte

---

si pronuncia sulla stepchild adoption, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 1034 e ss.; G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Il diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, p. 79 e ss.

341 Spesso proprio la rottura definitiva con il figlio costituisce un deterrente che induce i genitori naturali a non consentire all'adozione, anche a forte danno dei minori affidati a comunità familiari o, peggio, ad istituti. Per questo spesso i Tribunali ricorrono a soluzioni di compromesso anche perché è aprioristico pensare che l'inserimento "pieno" nella famiglia adottiva mediante l'adozione legittimante costituisca il meglio per il minore. Sul punto, G. FERRANDO, *Diritti e interessi del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. del dir.*, 1998, p.169-170, sottolinea come la clausola generale dell'interesse del minore costituisca lo strumento che consente al giudice di dare attuazione, nella varietà delle situazioni concrete, ai preminenti diritti del minore. Il giudice deve tenere conto «non di un concetto astratto, riferito ai minori come categoria, ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona». Su questi aspetti, cfr. inoltre: V. SCALISI, *Art. 27, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, cit., p. 358. Nella giurisprudenza costituzionale, in part. nella sent. n. 11 del 1981, Considerato in diritto n. 6, la Corte costituzionale sottolinea che il legislatore non impone una «opzione in assoluto tra adozione speciale e adozione ordinaria, perché, in concreto, può essere proprio questa forma dell'istituto adottivo ad offrire la soluzione più adeguata alle condizioni particolari di un minore infraottenne (dovendo tra l'altro il giudice valutare sempre la consistenza dei legami affettivi che si siano creati col tempo tra il minore e la famiglia comunque affidataria)».

342 V. MONTARULI, *Verso il tramonto del mito dell'adozione come seconda nascita*, in *Questione giustizia*, 15 gennaio 2016; A. CORDIANO, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2017, p. 255 e ss.; M. DOGLIOTTI, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Famiglia e diritti*, 2015, p. 1107 e ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015* in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 602 e ss.; M. R. MARELLA, *Adozione*, in *Dig. discip. privatistiche sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2000, p. 86 e ss.

343 In part., Corte Edu, *Zhou c. Italia*, 21.1.2014. Si veda in part., F. OCCHIOGROSSO, *Con la sentenza Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*, in *Minori e giustizia*, 2014, p. 268 e ss. Sul rapporto tra l. n. 173 del 2015 e caso *Zhou*, in particolare, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015*, cit., p. 610-612 e ss., osserva come la legge del 2015 non abbia colto l'occasione per rafforzare e regolare le ipotesi di adozione c.d. "mite", contraddicendo anche le indicazioni contenute nella pronuncia della Corte Edu nel caso *Zhou*.

344 Nella riflessione filosofica, in part., L. MURARO, *L'anima del corpo*, cit., p. 70, mette in risalto che quelli che definisce «i genitori surrogati» «fanno passare il loro desiderio per esigenze che hanno creato loro stessi, separando la creatura

ISSN 2279-7238

costituzionale pone nella recente pronuncia n. 272 del 2017 un importante limite al futuro legislatore, affermando il più assoluto disvalore costituzionale per la prassi della surrogazione di maternità. Nel ribadire la necessità di garantire l'identità e gli interessi del minore nato all'estero mediante surrogazione di maternità, la Corte costituzionale afferma che tale prassi non solo lede la dignità della donna, ma mina le «relazioni umane»[345], ne mina la stessa "umanità".

Confermato il contrasto della surrogazione con i più elementari principi costituzionali, una legislazione conseguenziale e coerente dovrebbe imporre alle coppie (omosessuali o eterosessuali) che chiedono il riconoscimento dello *status* del figlio nato all'estero da maternità surrogata di portare il figlio a conoscenza delle proprie origini, escludendo l'anonimato e garantendo, invece, la conoscibilità della madre che lo ha partorito[346]. Solo in questa prospettiva si può proteggere la maternità e la relazione che esiste tra madre e figlio fin dal concepimento, flessibilizzando l'istituto dell'adozione, aprendo l'adozione alle coppie omosessuali e accorciando i tempi per l'adozione in modo da ridurre il più possibile la discontinuità della presenza affettiva genitoriale[347].

L'emersione del diritto a conoscere le proprie origini, il venir meno della segretezza sulle origini biologiche e l'esigenza di tutelare i legami familiari esistenti - fondati su relazioni eterosessuali o omosessuali - rendono anacronistico il modello dell'adozione piena intesa come una sorta di seconda nascita all'interno della famiglia adottiva e sottolineano la necessità di soluzioni diverse che, limitando i traumi, consentano il pieno sviluppo della personalità del minore.

da sua madre». Al contrario i genitori adottivi fanno passare «la realizzazione del proprio desiderio attraverso le esigenze pressanti di altri esseri umani»; solo questi ultimi «meritano di essere chiamati madre e padre».

[345] Corte cost. sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.2 del Considerato in diritto. In dottrina sulla contrarietà della gestazione per altri ai principi della dignità, dell'autodeterminazione, nonché sulla necessità di tutelare l'interesse del nato, cfr., almeno: M. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità delle donne e interesse del minore*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 111 e ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, ivi, n.5/2015; N. CORBO, *Identità personale, accesso alle origini e non riconoscibilità degli atti di nascita da maternità surrogata*, cit., p. 66 e ss.; C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9/2017, p. 825 e ss.; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, cit., p. 226. In part., G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili*, in *Consultaonline*, n. 2/2017, p. 326, sottolinea che considerare la maternità per surrogazione come affermazione estrema di un diritto di «disposizione del proprio corpo e dei suoi frutti vuol dire distruggere la concezione della maternità come atto liberamente umano e vuol dire ridurre il valore della vita in termini meramente proprietari». Anche qualora la gestante per altri fosse mossa da una motivazione altruistica si deve comunque tenere presente che il diritto all'autodeterminazione non è privo di limiti. In particolare, F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, cit., p. 36, osserva che «la ridotta disponibilità giuridica degli atti sul proprio corpo, all'interno di una logica finalizzata al profitto, si giustifica con l'esigenza di rispetto della dignità umana, questo anche quando ad animare la volontà di disporre del proprio corpo o di parti di esso è lo spirito di solidarietà».

[346] S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, p. 49, solo in questo modo il divieto di maternità surrogata avrebbe un coerente e bilanciato sviluppo normativo.

[347] L. MURARO, *L'anima del corpo*, cit., p. 71, osserva che la procedura legale risponde alla necessità di tutelare i piccoli, ma contraddice alla loro più pressante esigenza, ovvero, la continuità di una presenza materna e paterna e prolunga la sofferenza dell'abbandono.

ISSN 2279-7238

Il trasporto ferroviario nel quadro della politica ambientale europea*

di Chiara Feliziani**

SOMMARIO: I. A proposito dei recenti sviluppi della politica ambientale europea – II. Le potenzialità del trasporto ferroviario ed il suo ruolo (tradizionalmente) marginale nell'ambito della politica ambientale europea – III. In origine furono le strade ferrate – IV. I limiti della politica ferroviaria europea – V. Prospettive ed auspici per il futuro.

I. *A proposito dei recenti sviluppi della politica ambientale europea*

Quel moto che negli anni ha portato l'Unione europea ad ampliare il proprio spettro di azione fino al punto di intercettare interessi altri e (apparentemente) molto distanti dal mercato[348] sembra stia conoscendo una nuova fase, quanto meno per ciò che concerne l'ambiente. Una fase caratterizzata, per certi versi, da un recupero – *mutatis mutandis* – del passato e, per altri, da una assai promettente fuga in avanti.

Se, infatti, c'è stato un tempo in cui l'interesse delle istituzioni europee per l'ambiente sembrava dovesse necessariamente implicare una presa di distanza dal (solo) mercato[349],

*Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

L'articolo costituisce versione ampliata ed aggiornata dell'intervento svolto nel corso del convegno *La nuova governance del "sistema trasporti" tra riforme del diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Università di Pisa, 15 -16 giugno 2016. Esso è frutto delle ricerche condotte nell'ambito del Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale (PRIN) *Eguaglianza nei diritti fondamentali nella crisi dello Stato e delle finanze pubbliche: una proposta per un nuovo modello di coesione sociale con specifico riguardo alla liberalizzazione e regolazione dei trasporti* (coordinatrice nazionale prof.ssa GIOVANNA COLOMBINI, coordinatrice dell'unità di ricerca dell'Università di Roma La Sapienza prof.ssa PAOLA CHIRULLI).

**Assegnista di ricerca in tema di tutela dell'ambiente e trasporto ferroviario nelle politiche europee.

[348] Emblematica in proposito la vicenda che ha riguardato i diritti fondamentali, i quali da «aspetto un tempo marginale, sono divenuti di importanza centrale per l'Unione europea, come testimoniato dal recente riconoscimento, a livello di Trattato, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...)» (A. VON BOGDANDY E A., *Solange ribaltata-Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 4). Ma si veda anche come il *proprium* di alcuni istituti si sia arricchito di nuovi contenuti in conseguenza dell'ampliamento dell'angolo di visuale dell'Unione. È questo il caso del servizio pubblico, dove da alcuni anni a questa parte hanno assunto grande rilievo la componente sociale e quella ambientale. In dottrina, sottolinea tale ultimo aspetto innanzitutto E. SCOTTI, (voce) *Servizi pubblici locali*, aggiornamento, in *Dig. disc. pubbl.*, 2012; nonché F. GIGLIONI, *Le garanzie per gli utenti*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008 e infine - se si vuole - C. FELIZIANI, *Tutela ambientale e servizio pubblico*, La Sapienza Editore, Roma, 2014.

[349] A mero titolo esemplificativo, si veda come le stesse istituzioni europee raccontano il riconoscimento – con il Primo Programma di azione ambientale (1972) – del rilievo politico dell'ambiente. «Sin dagli anni 70 l'esigenza di tutelare l'ambiente ha suscitato varie iniziative comunitarie. Nonostante ciò si è detto che il mercato interno dell'Unione europea privilegerebbe gli aspetti economici e gli scambi commerciali relegando in secondo piano la difesa dell'ambiente, vista come un ostacolo potenziale agli scambi anziché come un obiettivo da realizzare. Attribuendo all'ambiente lo *status* di vera e propria politica della Comunità (e non più di semplice azione) il trattato sull'Unione europea ha dimostrato l'infondatezza di tali critiche (...)» (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM:a15000). In dottrina, per un'analisi delle politiche europee in materia di ambiente

ISSN 2279-7238

come se i due aspetti fossero tra loro in netta ed insanabile contrapposizione[350]; oggi, al contrario, si sta affermando la necessità di dare vita ad un nuovo modello economico il cui tratto caratterizzante riposa proprio nella capacità del mercato e dell'ambiente di lavorare in maniera sinergica[351].

In altre parole, complice in parte anche la crisi economico - finanziaria che per quasi un decennio ha interessato l'economia del nostro continente (ma non solo)[352], si sta facendo strada l'idea che «una buona politica ambientale fa[ccia] bene all'economia»[353] e che, anzi, «con ogni probabilità una accorta politica ambientale [sia] l'unica strada che ci consentirà di fare una buona economia»[354] nel prossimo futuro.

Di qui una serie di misure recentemente varate dalle istituzioni europee, al fine di dare corso alle line programmatiche tracciate dalla Commissione nella Comunicazione *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*[355], il cui minimo comune denominatore sembra essere rappresentato dalla volontà di dare concreta attuazione al principio dello sviluppo sostenibile[356]. Si pensi, ad esempio, alle nuove norme in materia di

---

si v. O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. FERRARA – M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2014, 153 e ss..

[350] *Contra*, M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in Annuario AIPDA, Milano, 2006; M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015; Id., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007.

[351] Fondamentale in proposito il richiamo ai recenti atti e documenti europei in tema di economia circolare. Tra questi, si v. in particolare la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni recante *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*, COM (2014) 398; la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni recante *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM (2015) 614; la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *Sull'attuazione del piano di azione per l'economia circolare*, COM (2017) 33. Ancora prima, inoltre, fermenti in tal senso erano rinvenibili ad esempio nella direttiva sull'ecodesign 2005/191/Ce e nella direttiva rifiuti 2008/98/Ce stante il rilievo da quest'ultima accordato al principio di prevenzione o azione preventiva.
In dottrina, sul punto, si v. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?,* in *Dir. amm.,* 2017, 1, 163; ID., *Rifiuti ed economia circolare: verso una nuova frontiera della disciplina europea?,* relazione tenuta nel corso della VIII Conferenza di Diritto dell'energia, Roma 5 - 6 aprile 2017 e ora in corso di pubblicazione negli atti della stessa.

[352] Sul tema della crisi economica e dei suoi effetti tanto con riguardo all'ordinamento europeo quanto con riguardo ai singoli Stati membri la letteratura è particolarmente vasta. Senza pretesa alcuna di esaustività si ricordano F. ANGELINI - M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli, 2012; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria,* in *RivistaAIC*, 2014, 2; E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione,* in *Giorn. dir. amm*., 2012, 5, 783; M. P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la* governance *europea, i rapporti tra Stati membri e le pubbliche amministrazioni,* in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit*., 2013, 1, 1; G. COLOMBINI, *Unione europea e stati nazionali di fronte alla crisi economica. Riflessioni a margine,* in *Federalismi.it*, 2016; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea,* in *RivistaAIC*, 2017, 1.

[353] Così M. A. SANDULLI intervento nel corso del convegno AIDAmbiente «Il Testo Unico dell'ambiente a dieci anni dalla sua approvazione», Roma, 10 – 11 giugno 2016.

[354] F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: l'economia circolare*, relazione tenuta nel corso del convegno AIDAmbiente «Il Testo Unico dell'ambiente a dieci anni dalla sua approvazione», Roma, 10 – 11 giugno 2016.

[355] Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 recante *Europa 2020 – una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020.

[356] In proposito, basti qui ricordare che il principio dello sviluppo sostenibile nasce nel diritto internazionale e trova una sua prima definizione nel c.d. Rapporto Brundtland del 1987, dove al riguardo si parla di uno sviluppo capace di «soddisfare i bisogni delle presenti generazioni senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare i propri bisogni». Successivamente, detto principio ha fatto la propria comparsa all'interno dei Trattati istitutivi dell'Unione, trovando posto nell' (odierno) art. 3 p. 3 del TUE, a mente del quale «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità

ISSN 2279-7238

green public procurement contenute nelle direttive appalti del 2014[357]; alla Comunicazione sull'eco-design[358] del 2016 e a quella recante *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione*

dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico». Infine, nel 2008, lo stesso è stato inserito nel Codice dell'ambiente italiano (d. lgs. n. 152/2006) all'art. 3 *quater*, dove si legge che: «1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. 3. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. 4. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane.»
In dottrina, sul principio in argomento si v. F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, nonché ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010. Inoltre, più in generale, sui principi del diritto dell'ambiente nell'ordinamento europeo fondamentale il richiamo a L. KRAMER, *EU Environmental Law*, Sweet&Maxwell, London, 2011; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 509 e ID., *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi,* in *Foro amm. TAR,* 2009, 6, 1945.

[357] Si tratta delle Direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (2014/23/UE), sugli appalti pubblici (2014/24/UE) e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (2014/25/UE), in G.U.C.E. L. 94/65, 28 marzo 2014. Dette direttive sono entrate in vigore il 18 aprile 2014 e gli Stati membri erano chiamati e recepirle entro il 18 aprile 2016. L'Italia le ha recepite con il d. lgs. n. 50 del 2016, da ultimo modificato nell'aprile 2017.
In particolare, quel che rileva ai fini del presente discorso sono gli artt. 67 e 68 della direttiva 2014/24/UE (rubricati rispettivamente «Criteri di aggiudicazione dell'appalto» e «Costi del ciclo di vita»), i cui contenuti sono stati recepiti dal legislatore italiano agli artt. 95 e 96 del nuovo Codice appalti.
In dottrina, per un commento alla nuova disciplina in materia di appalti con specifico riferimento alle disposizioni in materia di *green public procurement* si v. P. BORDALO, *Award criteria in the new EU Directive on public procurement*, in *PPLR*, 2014, 3; R. CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and the Story They Tell About How EU Law Works,* in *CMLR*, 2015, 391; S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la <<competitività non di prezzo>> anche alla luce della recente disciplina europea,* in *Dir. eco.*, 2015, 2, 355, nonché - se si vuole - C. FELIZIANI, *I "nuovi" appalti verdi: un primo passo verso l'economia circolare?,* in *Il dir. eco.*, 2017, 2, 349. Più in generale, inoltre, sul tema degli appalti verdi si v. R. CARANTA – M. TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djof, 2010; F. DE LEONARDIS, *Green Public Procurement: From Recommendation to Obligation,* in *Int. Journ. Publ. Admin.*, 2011 e più di recente S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Ed. scientifica, Napoli, 2016.

[358] Comunicazione della Commissione europea, recante *Ecodesign Working Plan 2016 - 2019*, COM(2016)773. Qui in particolare si legge che «l'ecodesign, supportato e completato dalle regole sull'etichettatura energetica, supporta l'obiettivo della Commissione di rafforzare la competitività dell'Europa e di migliorare sia la creazione di lavoro sia la crescita economica; inoltre esso garantisce condizioni di parità nel mercato interno, guida gli investimenti e l'innovazione in modo sostenibile, aiuta a far risparmiare denaro ai consumatori e a ridurre le emissioni di CO2».

ISSN 2279-7238

europea per l'economia circolare[359] nonché, da ultimo, al c.d. II Pacchetto in materia di economia circolare[360].

In questo ripensare il modello economico in senso maggiormente sostenibile[361], alcuni settori – si considerino in particolare quello dei rifiuti e quello degli appalti pubblici – sono già stati oggetto di azioni specifiche da parte delle istituzioni europee, poiché ad essi è tradizionalmente riconosciuto un ruolo senza dubbio particolarmente strategico[362] nel sistema dell'Unione. Altri settori, invece, sembrano stazionare ancora nelle retrovie, benché gli stessi – specie in un'ottica di lungo periodo – siano parimenti cruciali nella costruzione di una società che voglia dirsi davvero proiettata verso una «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»[363].

---

[359] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, recante *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM(2015)614. Al riguardo preme ricordare che in tale documento la Commissione esordisce affermando che: «la transizione verso un'economia più circolare, in cui il valore dei prodotti, dei materiali e delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile e la produzione dei rifiuti è ridotta al minimo, è una componente indispensabile degli sforzi messi in campo dall'Unione europea per sviluppare un'economia che sia sostenibile, rilasci poche emissioni di biossido di carbonio, utilizzi le risorse in modo efficiente e resti competitiva. (...)». Al riguardo, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse. L'"anello mancante" per un'economia circolare*, in corso di pubblicazione in *Studi sull'economia circolare*, EUM, Macerata, 2018.

[360] Il 14 marzo 2017 la Commissione europea ha infatti approvato il c.d. II Pacchetto in materia di economia circolare, rispetto al quale la parola definitiva spetta ora al Consiglio. Tra le misure contenute nel pacchetto spicca certamente per importanza la proposta di direttiva che modifica la direttiva 2008/98/Ce relativa ai rifiuti COM(2015)595. Sul punto, *amplius*, F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?, cit.*.

[361] Di «trasformazione dell'economia» parla espressamente la Commissione europea quando, nella già citata comunicazione del 2015 recante *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, scrive: «questa trasformazione offre all'Europa l'occasione di trasformare l'economia e generare nuovi vantaggi competitivi sostenibili. L'economia circolare darà impulso alla competitività dell'Unione mettendo al riparo le imprese dalla scarsità delle risorse e dalla volatilità dei prezzi e contribuendo a creare sia nuove opportunità commerciali sia modi di produzione e consumo innovativi e più efficienti. Oltre a generare posti di lavoro a livello locale (...) farà risparmiare energia e contribuirà a evitare danni irreversibili in termini di clima, biodiversità e inquinamento di aria, suolo e acqua, causati dal consumo delle risorse a un ritmo che supera la capacità della Terra di rinnovarle».

[362] Il ruolo strategico giocato dai rifiuti nella costruzione di un modello economico circolare è chiaramente sottolineato nella già citata comunicazione della Commissione recante L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare. Qui, infatti, si legge che «la gestione dei rifiuti riveste un ruolo preminente nell'economia circolare, perché determina il modo in cui è messa in pratica la gerarchia dei rifiuti dell'Unione. (...) La gerarchia dei rifiuti stabilisce un ordine di priorità e assegna il primo posto alla prevenzione (....) Questo principio mira a incoraggiare le opzioni che globalmente producono i migliori risultati sul piano ambientale. In base al modo in cui raccogliamo e gestiamo i rifiuti facciamo innalzare i tassi di riciclaggio e reimmettiamo nell'economia materiali di valore, oppure alimentiamo un sistema inefficiente in cui la maggior parte dei rifiuti riciclabili finisce nelle discariche o negli inceneritori, con effetti potenzialmente dannosi per l'ambiente e significative perdite economiche. (...)». *Amplius*, in dottrina, F. DE LEONARDIS, *Rifiuti ed economia circolare: verso una nuova frontiera della disciplina europea?, cit.*.

[363] Il riferimento è, come ovvio, alla citata Comunicazione *Europa 2020*. Ma in proposito si veda anche la Comunicazione della Commissione del 15 dicembre 2001 - *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile* COM (2001) 264, nonché più di recente il VII Programma ambientale europeo fino al 2020 - *Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*, decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013. Qui, tra le altre cose, si legge che: «l'Unione si è prefissa l'obiettivo di diventare un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva entro il 2020, ponendo in essere una serie di politiche e di azioni intese a renderla un'economia efficiente nell'uso delle risorse e a basse emissioni di carbonio (considerando n.1). [...] È indispensabile che gli obiettivi prioritari dell'Unione per il 2020 siano fissati in linea con una chiara visione di lungo periodo per il 2050. Ciò creerebbe anche un contesto stabile per gli investimenti sostenibili e la crescita. Il 7° PAA dovrebbe portare avanti le iniziative politiche della strategia Europa 2020, compreso il pacchetto dell'Unione su clima ed energia, la comunicazione della Commissione su una tabella di marcia verso un'economia competitiva a basse emissioni di carbonio nel 2050, la strategia dell'UE per la biodiversità fino al 2020, la tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse, l'iniziativa faro *L'Unione dell'innovazione* e la strategia dell'Unione europea per lo sviluppo

ISSN 2279-7238

Tra questi secondi vi sono senz'altro i trasporti, la cui rilevanza in termini di impatto ambientale (nonché economico) è sottolineata, oltre che a livello europeo[364], anche in importanti documenti di rango internazionale tra i quali – da ultimo, in ordine di tempo – occorre ricordare anche la New Urban Agenda[365] adottata dalle Nazioni Unite sul finire del 2016.

In particolare, poiché tra gli obiettivi dichiarati dell'UE figurano quello di «trasformare l'Unione in un'economia a basse emissioni di carbonio, efficiente nell'impiego delle risorse, verde e competitiva»[366] e quello di «migliorare la sostenibilità delle città dell'Unione»[367], è agevole desumere come, nel perseguimento di tali intenti, un ruolo cruciale spetti (*rectius*, dovrebbe spettare) alla mobilità e qui specialmente a tutti quei mezzi di trasporto capaci di generare esternalità negative per l'ambiente in percentuale nulla o molto bassa. Tra questi indubbiamente anche il treno[368], al quale sono dedicate le riflessioni che seguono.

II. *Le potenzialità del trasporto ferroviario e il suo ruolo (tradizionalmente) marginale nell'ambito della politica ambientale europea*

Orbene, al fine di meglio inquadrare il trasporto ferroviario nell'ambito della politica ambientale europea e di dare conto delle molte implicazioni – ambientali e non solo – che ad esso si legano, può essere senz'altro utile muovere da qualche dato concreto.

Con un giro di affari stimato intorno a 1000 miliardi di euro, il settore dei trasporti globalmente inteso incide sul prodotto interno lordo dell'Unione europea per una

sostenibile (considerando n. 8) [...]. L'integrazione ambientale in tutti i pertinenti settori politici è essenziale per allentare le pressioni sull'ambiente determinate dalle politiche e dalle attività condotte in altri settori e per il conseguimento degli obiettivi climatico-ambientali (considerando n. 29)».

Ex multis, per un quadro completo degli obiettivi e delle azioni intraprese dall'Unione in materia di trasporti si v. https://europea.eu/european-union/topics/transport_it.

[364] Nel già citato VII Programma ambientale europeo si legge infatti che «la trasformazione in un'economia verde inclusiva richiede l'integrazione degli aspetti ambientali in altre politiche, come l'energia, i trasporti (...) in modo tale da dare vita a un approccio coerente e comune (...)» (p.11) e viene ricordato che «la Commissione ha ulteriormente integrato le problematiche e gli obiettivi in materia ambientale nelle recenti iniziative in altre aree strategiche fondamentali, tra cui l'energia e i trasporti (...)» (p.12).

[365] Agenda c.d. Habitat III adottata al termine della Conferenza su "Housing and Sustainable Urban Development" svoltasi a Quito, in Equador, nell'ottobre del 2016 (http://habitat3.org/wp-content/uploads/New-Urban-Agenda-GA-Adopted-68th-Plenary-N1646655-E.pdf). Tra i 17 "goals" di sviluppo sostenibile fissati nel documento compaiono «ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all» (n. 7); «build resilient infrastructure, promote inclusive and sustainable industrialization and foster innovation» (n. 9); «make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable» (n. 11); «take urgent to combat climate change and its impacts» (. 13).

[366] Così l'art. 2 lett. b) della citata decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta».

[367] Così l'art. 2 lett. h) della decisione 1386/2013/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», *cit.*.

[368] Come sottolineato da P. CHIRULLI, *Il trasporto ferroviario tra sviluppo sostenibile, concorrenza e tutela del diritto alla mobilità*, in ID. (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, 7, «lo sviluppo del settore ferroviario, attraverso una sostituzione graduale del trasporto su gomma, costituisce il principale strumento per attuare il programma delle riduzioni progressive di emissioni di CO2 fino ad arrivare al 60% nel 2050».

ISSN 2279-7238

percentuale vicina al 10% e impiega complessivamente 10 milioni di persone[369]. In tale contesto, secondo i dati resi noti dalla Commissione europea nel 2013, e poi sostanzialmente confermati dal Parlamento europeo nel 2016, l'industria ferroviaria ha un fatturato pari a 73 miliardi di euro e offre occupazione a ben 800 mila addetti[370]. Inoltre, è stato stimato che i circa otto miliardi di spostamenti/passeggero annui, uniti al numero degli spostamenti/merci (circa il 10% dell'intero trasporto merci), sono capaci di generare in Europa entrate pari a circa 13 miliardi di euro l'anno[371].

Non solo. Ai dati di cui sopra, infatti, deve aggiungersi che attenti studi hanno messo in evidenza come il trasporto ferroviario svolga (*rectius*, possa svolgere ove opportunamente implementato) un ruolo strategico nell'ambito di una più ampia politica di mobilità sostenibile[372]. E ciò sia in termini di riflessi positivi sul livello occupazionale[373] e sul benessere psico-fisico dei cittadini, con conseguente incidenza positiva sulla spesa sanitaria nazionale[374], sia ovviamente in termini di impatto sull'ambiente. Da una ricerca condotta dalla Commissione europea nel 2014, ad esempio, è emerso in maniera chiara come il treno generi emissioni di gas effetto serra in misura notevolmente minore rispetto, non solo alle automobili e agli aerei, ma anche rispetto ai mezzi di trasporto fluviali e marittimi[375].

Eppure, nonostante quanto appena evidenziato, ad un attento esame della legislazione e dei dati relativi alla materia dei trasporti nell'Unione europea[376], è agevole accorgersi di come ancora oggi il treno svolga un ruolo tutto sommato marginale, specie rispetto alle proprie potenzialità[377] e di come le questioni di natura propriamente ambientale (quanto meno) fino

---

[369] Così si legge in D. U. GALETTA - M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, tomo IV, II ed., Giuffrè, Milano, 2007, 2173 e ss..

[370] Si veda il Dossier pubblicato dalla Commissione europea recante *EU Transport in Figures. Creating Jobs: Transport Provides Work for Millions of Europeans - Generating Growth: Transport is the Lifeblood of the EU Economy*.

[371] In tal senso, si v. ancora il Dossier pubblicato dalla Commissione europea recante *EU Transport in Figures, cit.*.

[372] Non a caso in P. CHIRULLI, *Il trasporto ferroviario tra sviluppo sostenibile, concorrenza e tutela del diritto alla mobilità*, *cit.* si legge che «il trasporto ferroviario è di importanza fondamentale per la costruzione di un sistema di mobilità sostenibile sia dal punto di vista economico che ambientale: per questo esso rappresenta un tassello centrale delle politiche europee sui trasporti (...)». Inoltre sul punto si v. anche la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/34/Ue del 21 novembre 2012 che istituisce uno spazio ferroviario unico europeo, la quale esordisce affermando: «una maggiore integrazione del settore dei trasporti dell'Unione è essenziale per il completamento del mercato interno e le ferrovie rappresentano un elemento vitale di tale settore nell'ottica di una mobilità sostenibile» (considerando n.2).

[373] Non a caso, il Libro Bianco del 2011 recante *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti - Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile,* COM (2011) 144 si apre affermando che «i trasporti sono fondamentali per la nostra economia e la nostra società. La mobilità svolge un ruolo vitale per il mercato interno e la qualità di vita dei cittadini che fruiscono della libertà di viaggiare. I trasporti sono funzionali alla crescita economica e dell'occupazione e devono essere sostenibili in vista delle nuove sfide che viviamo (...)».
Inoltre, a*mplius* in proposito anche il Dossier *EU Transport in Figures, cit* .e il Rapporto finale dell'Advisory Board The European House Ambrosetti recante *Il contributo del trasporto ferroviario nella strategia di crescita in Italia e in Europa,* 2012.

[374] Così, ad esempio, L. REARDON - S. ABDALLAH, *Well-being and Transport: Taking Stock and Looking Forward*, in *Transport Reviews*, 2013, vol. 33, 6, 634 - 657.

[375] Più nel dettaglio, si veda il grafico riportato a pag. 9 del dossier pubblicato dalla Commissione europea nel novembre del 2014 e recante *Trasporti: collegare i cittadini e le imprese dell'Europa*, nonché l'infografica di cui al sito: http://www.europarl.europa.eu/news/it/news-room/content/20131217STO31107/html/Il-settore-ferroviario-europeo-sul-giusto-binario.

[376] *Amplius*, https://europea.eu/european-union/topics/transport_it.

[377] In tal senso, ad esempio, M. NINO, *La politica dei trasporti dell'Unione europea e le problematiche riguardanti la tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile,* in *Dir. comm. internaz.* 2013, 1, 227. Ancor più di recente, inoltre, si v. la relazione realizzata nel 2016 dall'ufficio studi della Corte dei conti europea recante *Il trasporto delle merci su rotaia non è ancora sul giusto binario,*

ISSN 2279-7238

ad un recente passato abbiano occupato uno spazio abbastanza residuale del diritto e della politica europea in tema di trasporti e, in specie, di ferrovie[378].

Viceversa, nelle pagine che seguono si cercherà di offrire un quadro della politica ferroviaria europea ponendo particolare attenzione proprio ai profili ambientali della stessa. Dunque, muovendo da alcune considerazioni di carattere "storico", tese essenzialmente a mettere in evidenza le ragioni che – almeno in certa misura – hanno precluso un impiego capillare del mezzo ferroviario, si passerà poi a dare conto dello stato dell'arte nella materia *de qua* e delle criticità che ad essa si legano. Nell'ultima parte dello scritto, infine, si proverà a guardare lontano cercando di individuare quelle che, negli anni a venire, si auspica siano le linee di sviluppo della politica europea nel settore in argomento perché possano realmente essere raggiunti gli obiettivi di sostenibilità ambientale ed economica che l'Unione si è di recente prefissa[379].

III. *In origine furono le strade ferrate*

Come in parte anticipato, le constatazioni di cui sopra circa lo scarso impiego del mezzo ferroviario e circa il rilievo ancora troppo marginale della sua dimensione ambientale possono trovare entrambe una spiegazione nella "storia" dei trasporti e in particolare di questo mezzo di trasporto. Una storia che prende avvio innanzitutto entro i confini degli Stati nazionali[380], prima ancora che a livello europeo, e che delle origini "domestiche" ha portato ampiamente i segni almeno fino ai primi anni Novanta del secolo scorso e in parte ne risente ancora oggi.

Quanto alla scarsa diffusione o, meglio, allo scarso impiego del trasporto ferroviario, va detto come ciò si leghi al fatto che in origine, vale a dire agli inizi del XIX secolo, «nella più

dove si afferma chiaramente che le performance del trasporto di merci su rotaia sono ancora molto lontane dal potersi definire soddisfacenti.

[378] E ciò nonostante - come osservato da parte della dottrina (M. NINO, *La politica dei trasporti dell'Unione europea, cit.*) - il tema dei trasporti «solle[vi] una serie di problematiche attinenti alla tutela ambientale» in quanto essi «da un lato, producono circa un terzo delle emissioni totali di gas a effetto serra nell'Unione europea, con effetti devastanti sul cambiamento climatico e sul riscaldamento globale del pianeta, e, dall'altro, dipendono quasi completamente dai combustibili fossili e dal petrolio».

[379] V. quanto ricordato in proposito alla nota n. 15, *retro*.

[380] La prima linea ferroviaria fu inaugurata in Inghilterra nel 1825 e di lì a poco anche altri Paesi iniziarono a dotarsi di strade ferrate. Tra questi innanzitutto il Belgio che - ci ricorda la dottrina (A. RABBENO, (voce) *Ferrovie*, in *Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1898) - «ebbe anche la fortuna di un governo abile ed illuminato, che fu pronto a tracciare sino dal principio un mirabile sistema di strade ferrate, coordinate tra loro, che furono poi a poco a poco costruite. (...) Anche la Germania diede ben presto opera ai primi tentativi ferroviari, ed ebbe una prima legge sulle ferrovie nel 1838. La Francia fu invece più lenta (...). La prima ferrovia francese fu aperta all'esercizio nel 1837, fra Parigi e San Germano: il piano definitivo d'insieme delle ferrovie francesi fu approvato nel 1842 (...)». Quanto, invece, all'odierna Italia la medesima dottrina ci ricorda che il primo tratto di strada ferrata fu costruito in Campania. Lunga solo otto chilometri, fu inaugurata nel 1839 e collegava Napoli a Portici. «Nel regno lombardo - veneto [invece] il primo tratto di strada ferrata fu quello Milano - Monza, aperto all'esercizio nel 18 agosto 1840», mentre «in Toscana (...) si compì in nove anni dal 1841 al 1850 e fu posta in esercizio la strada da Firenze a Livorno col nome di strada ferrata Leopolda. (...) Nel regno di Sardegna fino dal 1830 alcuni distinti personaggi avevano presa l'iniziativa per promuovere una ferrovia da Ginevra al Po. (...) [Tuttavia] il primo tratto da Torino a Moncalieri della linea Torino - Genova, fu aperto all'esercizio soltanto nel 1848 e progressivamente lo furono i tratti successivi fino a che nel 1853 l'intera linea si trovò ultimata».

ISSN 2279-7238

parte dei paesi [europei] si diè mano alla costruzione di piccole ferrovie isolate, la cui importanza ed utilità erano in parte paralizzate dalla mancanza di raccordamento (...)»[381].

Dunque, storicamente la mancanza di "raccordamento" – cui si unisce oggi la complessa questione della c.d. intermodalità[382] - è stata uno dei principali fattori che ha frenato la creazione e lo sviluppo di una rete ferroviaria capillare ed efficiente in molti Stati dell'odierna Unione europea, compresa l'Italia[383], per l'effetto precludendo al mezzo ferroviario la possibilità di conquistare un ruolo di spicco nell'ambito del trasporto, sia di merci sia di persone. E ciò chiaramente a tutto vantaggio dell'automobile e, in epoca più recente, dell'aereo, le cui reti viceversa sono più facilmente (se non addirittura *naturaliter*) transnazionali[384].

Quanto, invece, allo spazio ancora marginale che – almeno fino ad un recente passato – le considerazioni di carattere ambientale hanno occupato all'interno della legislazione in materia ferroviaria, merita di essere sottolineato il fatto che per lungo tempo – tanto in Italia, quanto nel resto dei Paesi europei – altre sono state le questioni che hanno catalizzato l'attenzione del legislatore, oltre che degli studiosi del settore[385].

Come ricordato da parte della dottrina, infatti, «sorpassata ogni discussione sul problema fondamentale della convenienza o della non convenienza [delle strade ferrate], la discussione non [è mancata], anzi si [è accesa] sempre più sotto altri aspetti [...]. Sono questi

---

[381] Così si legge in A. RABBENO, (voce) *Ferrovie*, in *Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1898.

[382] Sull'importanza dell'intermodalità oggi si v. il già citato Libro Bianco del 2011 recante *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti. Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile* nonché la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/34/Ue del 21 novembre 2012 che istituisce uno spazio ferroviario unico europeo e qui, in particolare, il considerando n. 40, dove si legge che «opportuni sistemi di imposizione dei canoni di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria abbinati a opportuni sistemi di imposizione dei canoni di utilizzo di altre infrastrutture di trasporto e operatori concorrenziali dovrebbero consentire di realizzare un equilibrio ottimale tra i diversi modi di trasporto su una base sostenibile».
In dottrina sull'argomento si v., ad esempio, M. BADAGLIACCA, *L'evoluzione della politica europea dei trasporti nell'ottica dello sviluppo sostenibile e dell'integrazione dei trasporti,* in *Riv. dir. eco. trasporti e ambiente*, vol. XI, 2013, 167 e L. MARFOLI, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale,* in *Riv. dir. eco. trasporti e ambiente*, vol. XI, 2013, 19.

[383] Per quel che concerne il nostro Paese è possibile osservare come molto sia dipeso, oltre che dalla storia, anche dalla conformazione geografica del territorio. Infatti, la circostanza di essere divisa in otto Stati impedì senza dubbio all'Italia preunitaria «di studiare una rete delle strade ferrate italiane coordinata alla sua geografica configurazione. (...) invero ogni Stato mirando al proprio interesse, non poté pensare che a se stesso, e solamente i tre ducati Modenese, Parmense e Lucchese, che per la loro piccolezza non avrebbero potuto comporsi una rete propria di strade ferrate, dovettero mettersi d'accordo cogli Stati limitrofi, e costruire con essi un consorzio nel comune interesse». Dopo la pace di Villafranca, nel 1859, l'infrastruttura ferroviaria conobbe una fase di sviluppo: nel 1865 furono aperti all'esercizio 387 chilometri di strade ferrate, tra il 1866 e il 1867 i chilometri furono 942 mentre tra il 1868 e il 1872 addirittura 1.800. Ancora - ricorda la dottrina (A. RABBENO, (voce) *Ferrovie*, in *Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1898) - tra il 1873 e il 1875 «furono aperti all'esercizio più di 900 chilometri (...); nel 1879 la legge 29 luglio ordinò la costruzione a spese dello Stato di 4.527 chilometri di linee complementari (...)» e così via. Fino al punto che sul finire del 1889 l'Italia poteva vantare ben 13.064 chilometri di strade ferrate. Tuttavia, tale infrastruttura continuò a scontare la mancanza di efficaci forme di raccordamento, e ciò anche in ragione della morfologia del territorio italiano.

[384] Aspetto questo messo in evidenza ad esempio da L. MARFOLI, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale, cit.*. Per un quadro esaustivo dello stato dell'arte in materia di trasporto ferroviario nei maggiori Paesi europei e segnatamente in Inghilterra, Germania, Spagna e Francia si v. i contributi di T. PROSSER, G. HERMES, J. AGUDO GONZALEZ e L. LORENZONI pubblicati in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, pp. 191 e ss..

[385] Il che vale, più in generale, per tutti i servizi pubblici. Per alcune considerazioni sul punto sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Tutela ambientale e servizio pubblico. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, La Sapienza Università Editrice, Roma, 2014.

ISSN 2279-7238

problemi nuovi ed eleganti [...]»[386]. In particolare, a partire dal problema di stabilire la natura giuridica delle strade ferrate e il regime allo stesso riferibile[387], fino al bisogno di chiarire il ruolo dello Stato nell'organizzazione e nella erogazione del servizio di trasporto su rotaia[388], lo sguardo si è appuntato in prevalenza su aspetti di natura economica. Ciò al fine precipuo di dare corso alla «sistematizzazione scientifica di tutta l'ampia materia ferroviaria» e, per l'effetto, enucleare lo statuto giuridico atto a regolarla[389].

Scarsa, invece, l'attenzione rivolta all'individuazione di forme e modi per implementare la rete e per incentivare l'utilizzo del mezzo ferroviario. Mentre addirittura nulli, specie negli

[386] Così G. CIMBALI, (voce) *Le strade ferrate*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. VII, p. I, Società editrice libraria, Milano, 1914.

[387] Riflessioni sul punto si rinvengo innanzitutto nella pressoché totalità delle voci enciclopediche riferite alle ferrovie S. SPAVENTA, *Lo Stato e le ferrovie*, Fratelli Treves, Milano, 1876; A. RABBENO, (voce) *Ferrovie*, in *Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1898; G. CIMBALI, (voce) *Le strade ferrate*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. II, p. I, Società editrice libraria, Milano, 1914; L. MALPELI, (voce) *Ferrovie dello Stato*, in *N. Dig. it.*, Torino, 1938; A. MOCCI, (voce) *Ferrovie dello Stato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1957; nonché, più di recente, G. M. SARACCO, (voce) *Ferrovie*, in *Dig. disc. pubbl.*, Roma, 1991; ID., (voce) *Ferrovie*, (aggiornamento), in *Dig. disc. pubbl.*, Roma, 2000.
E poi, ancora, in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1914, II, 1022 e ss; G. GIORDANO, *La demanialità delle ferrovie pubbliche*, in Il Filangeri, Società editrice libraria, 1914, 641; E. GUICCIARDI, *Il damanio*, Cedam, Padova, 1934,141 e ss.; N. RICCIARDI, *Dell'appartenenza allo Stato e della demanialità delle strade ferrate pubbliche anche durante le concessioni all'industria privata*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, II, 68 e ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1955, 128 e ss..
Infine, più di recente, il tema della natura giuridica è stato affrontato ad esempio da A. ANGIULI, (voce), *Ferrovie e tramvie (demanio e patrimonio)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991; D. CASALINI, *La natura giuridica dei beni appartenenti alla Ferrovie dello Stato S.p.A.* in *Foro amm., CdS*, 2003, 9, 2595; V. PARISIO, *Beni ferroviari, servizio di trasporto ferroviario, demanio e patrimonio*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, 197 e ss.; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, 256; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, *cit.*.

[388] Riflessioni circa il ruolo dello Stato nell'organizzazione e nella erogazione del servizio in esame si rinvengono già nelle voci enciclopediche citate alla nota 34, *retro*. Tema centrale è stato poi quello delle concessioni in ambito ferroviario, rispetto al quale si v. innanzitutto A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo, cit.*; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, I, Torino, F.lli Bocca, 1894; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni amministrative*, V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo, cit.*. E, ancora, C. RIBOLZI, (voce) *Ferrovie concesse*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1968; G. ROSSI, *I trasporti terrestri in regime di concessione e autorizzazione*, Giuffrè, Milano, 1954. Più di recente, infine, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti di contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981. Nonché - in epoca ancor più recente - quello della liberalizzazione del settore ferroviario, su cui si v., ad esempio, M. CONTICELLI, *Licenze e slots: la liberalizzazione del settore ferroviario,* in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 2, 90; N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea, cit.*; S. TORRICELLI, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Il Mulino, Bologna, 2003, 39 e ss.. Su questi temi, da ultimo, si v. i contributi di M. SEBASTIANI, Le ferrovie tra Stato e mercato e di S. TORRICELLI, L'attività economica regolata di gestione della rete ferroviaria, entrambi in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016 rispettivamente pp. 67 e 97 e ss..

[389] G. CIMBALI, (voce) *Le strade ferrate, cit.* e, prima ancora, S. SPAVENTA, *Lo Stato e le ferrovie, cit.* che scriveva: «invero, io son d'avviso che la politica ferroviaria non ha ancora un mezzo sufficientemente sicuro e definitivo in alcuno degli Stati presso cui questo mezzo di rapida locomozione ha raggiunto un maggiore sviluppo. Tutte queste Nazioni ed i loro Governi (...) procedettero con metodo sperimentale e quindi necessariamente empirico. E le ragioni di questo andamento si comprendono agevolmente. Sono tali e tanti gli aspetti, sotto i quali la ferrovia - straordinario e formidabile complesso di fatti economici, finanziari, sociali e politici - può essere considerata; sono così nuovi e perenni i fenomeni, che presenta allo studio (...) che non deve far meraviglia alcuna la difformità dei provvedimenti adottati dai vari Governi e la differenza profonda delle opinioni intorno alle norme amministrative, giuridiche ed economiche, cui deve informarsi la legislazione, che riguarda le strade ferrate».

ISSN 2279-7238

studi più risalenti, i riferimenti all'ambiente o, meglio, all'impatto che il trasporto su rotaia è suscettibile di produrre sull'ambiente[390].

IV. *I limiti della politica ferroviaria europea*

Una situazione non dissimile si rintraccia anche se dal piano interno si passa a quello sovrannazionale. Nonostante, infatti, quello dei trasporti sia stato *ab origine* identificato come uno dei settori nevralgici per la creazione di un'Europa unita[391], lo stesso per lungo tempo è stato preso in considerazione dalle (allora) istituzioni comunitarie essenzialmente nella sua dimensione *latu sensu* economica[392]. Il che, peraltro, di per sé solo non si è rivelato

[390] Il che peraltro può spiegarsi ponendo mente al fatto che, quanto meno nel nostro Paese, l'attenzione del mondo giuridico - e qui, in particolare, della dottrina - per l'ambiente è fenomeno abbastanza recente. Fondamentale, in proposito, il richiamo a M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1, 15 che, ancora intorno alla metà degli anni Settanta del '900, leggeva l'ambiente come un "coacervo" di interessi, tra cui *in primis* quello del mantenimento dell'igiene urbana. Dal che è agevole evincere come al tempo l'ambiente non fosse preso in considerazione in quanto tale, ma quale mezzo per raggiungere altri fini, individuati, di volta in volta, nella pianificazione urbanistica o nella salubrità delle acque o del terreno. Non è un caso, dunque, se P. DELL'ANNO, *Ambiente* (diritto amministrativo), in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA, *Trattato di Diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2012, 285 e ss. parla de «il diritto dell'ambiente come il *cavaliere inesistente* di Calvino».
Viceversa, il superamento dell'assunto dell'irrilevanza giuridica dell'ambiente si deve in gran parte alla giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr., *ad ex.*, C. Cost. 27 giugno 1986 n. 151; C. Cost. 28 maggio 1987 n. 201; C. Cost. 30 dicembre 1987 n. 641), oltre che - ancor più di recente - alla previsione della materia "ambiente, ecosistema e beni culturali" nel testo dell'art. 117, II c., Cost., come riformato nel 2001 (P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale,* in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 685). *Amplius*, sul diritto dell'ambiente come diritto a formazione prevalentemente giurisprudenziale cfr. per tutti F. DE LEONARDIS, *Trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2015.

[391] In D. U. GALETTA – M. GIAVAZZI (voce), *Trasporti terrestri, cit.* si legge infatti che «ai sensi dell'art. 3 del Trattato di Roma, istitutivo della Comunità economica europea, il settore dei trasporti rappresentava, insieme alla politica commerciale e alla politica in materia di agricoltura e pesca, uno dei tre settori per i quali era stata prevista, sino dalle origini, l'instaurazione di una politica comune, finalizzata [alla costruzione] di un mercato comune. L'importanza attribuita a questa politica – proseguono gli A.A. – è resa ancor più evidente dalla riserva ad essa, nel Trattato, di un apposito titolo, il titolo IV».

[392] Dal punto di vista dei padri fondatori, infatti, la costruzione di un sistema europeo di trasporti, unitamente all'eliminazione degli ostacoli alle frontiere tra gli Stati membri, avrebbe contribuito in maniera significativa alla realizzazione del mercato comune e, più in generale, avrebbe favorito l'esplicarsi delle quattro libertà fondamentali sancite dal Trattato istitutivo. Peraltro, come evidenziato da parte della dottrina (D. U. GALETTA – M. GIAVAZZI (voce), *Trasporti terrestri, cit.*), «il settore dei trasporti è dotato di una particolarità: quella di fungere, contemporaneamente, da strumento per il raggiungimento del ed oggetto del mercato comune. Da un lato, infatti, solo i trasporti possono rendere possibile l'instaurazione di quel "mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali" previsto dall'art. 3, c. 1, lettera c), del Trattato Ce (...). Dall'altro lato, poi, il settore dei trasporti rappresenta un'attività commerciale dotata di propria autonomia e di particolari strutture di mercato e, in quanto tale, essa è oggetto della politica comune dei trasporti prevista dal Trattato». Più di recente, inoltre, sull'argomento si veda E. PICOZZA - S. OGGIANU, *Politiche dell'Unione europea e diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2013, spec. pag. 66 e ss..

ISSN 2279-7238

neppure sufficiente a consentire il rapido avvio di una solida politica europea nel settore in esame[393]. La quale, anzi, a detta di alcuni non sarebbe addirittura mai stata realizzata[394].

In disparte tale ultimo profilo e limitando l'attenzione agli aspetti propriamente ambientali della materia, è possibile osservare come la situazione abbia iniziato a mutare, seppur lentamente, dopo il 1986[395] e segnatamente nel 1992, quando è stato adottato il Libro Verde relativo a *L'impatto dei trasporti sull'ambiente: una strategia comunitaria per uno sviluppo sostenibile dei trasporti nel pieno rispetto dell'ambiente*[396], seguito a breve distanza di tempo dal Libro Bianco recante *Lo sviluppo futuro di una politica comune dei trasporti*[397].

Ciò non di meno, come evidenziato da parte della dottrina, in tali documenti – così come in quelli successivi, volti alla promozione di un modello di trasporto maggiormente sostenibile[398] - i riferimenti all'ambiente sono alquanto vaghi e si fa scarsa (per non dire, nulla) menzione delle molte implicazioni ambientali che nella realtà si legano al trasporto ferroviario[399].

---

[393] Tra le ragioni di tali difficoltà la dottrina è solita annoverare innanzitutto il fatto che il Trattato istitutivo della Comunità non contenesse norme sufficientemente specifiche sul punto ma demandasse l'attuazione della politica comunitaria in materia di trasporti a successivi atti di normazione derivata. A ciò deve unirsi poi, da un lato, la necessità di armonizzare legislazioni nazionali tra loro anche molto distanti e, dall'altro lato, un notevole ostruzionismo da parte di alcuni Stati membri della Comunità.
In dottrina, sottolineano tali aspetti D. U. GALETTA, *La politica comunitaria dei trasporti,* in *Quaderni della Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1, 2008; M. NINO, *La politica dei trasporti dell'Unione europea e le problematiche riguardanti la tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile, cit.*. e M. L. TUFANO, *I trasporti terrestri nella Cee*, Giuffrè, Milano, 1990.

[394] L. KRAMER, *EU Environmental Law*, Sweet&Maxwell, London, 2011, 377, che scrive: «however, this construction by the EC Treaty had never been realised; national transport policies continued to exist and were in large areas much more relevant than EU transport policy». Ancor più di recente, con riguardo alla politica dei trasporti in Europa si v. L. AMMANNATI - A. CANEPA (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico*?, Giappichelli, Torino, 2015.

[395] Il 1986 è indubbiamente un anno importante per l'ambiente in Europa giacché è stato in occasione dell'Atto unico europeo - nel 1986 appunto - che l'ambiente ha fatto ufficialmente il proprio ingresso nell'allora Trattato Cee grazie all'introduzione di un Titolo *ad hoc*. Si trattava segnatamente degli artt. 130R, 130S e 130T, corrispondenti rispettivamente agli odierni artt. 191, 192 e 193 del TFUE.
In dottrina, sottolinea l'importanza di tale accadimento L. KRAMER, *EU Environmental Law*, *cit.*. Quanto poi agli sviluppi successivi si vedano - *inter alia* - S. STETTER, *Maastricht, Amsterdam and Nice: the Environmental Lobby and Greening the Treaties*, in *EELR* (2001), 1, 150 - 159 e M. LEE, *The Environmental Implications of the Lisbon Treaty*, in *ELR* 10 (2008) 1, 131 - 138.

[396] COM (92) 46.

[397] COM (92) 494. Come osservato da parte della dottrina, il rilievo di tale documento sta specialmente nel fatto di aver «svincolato la politica dei trasporti da un approccio settoriale-liberista, inquadrandola nel contesto più ampio della mobilità sostenibile» (M. NINO, *La politica dei trasporti dell'Unione europea, cit.*). Il citato Libro bianco, infatti, denunciava l'incremento di danni all'ambiente nel corso dei venti anni precedenti e affermava in termini molto chiari come la considerazione degli aspetti ambientali dovesse costituire parte integrante di una politica comune in materia di trasporti.

[398] Al riguardo si ricordano in particolare una serie di comunicazioni adottate nel 1998 dalla Commissione su temi quali il trasporto sostenibile, le emissioni di CO2 e i veicoli pesanti, rispettivamente COM (98) 716, COM (98) 204 e COM (98) 44. O, ancora, il *Quinto programma di azione ambientale Verso uno sviluppo sostenibile* (1992 – 2000); il *Programma di azione sui trasporti per il quinquennio 1995 – 2000*, COM (95) 302.b; il Libro Bianco recante *La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*, COM (2001) 370. Quest'ultimo si segnala soprattutto perché «mettendo in evidenza le conseguenze negative prodotte dalla attuazione [della politica in materia di trasporti] sull'ambiente, ne ha imposto una rivisitazione informata al criterio della intermodalità (ovvero l'utilizzo sinergico e ragionato delle varie modalità di trasporto), da realizzarsi in particolare attraverso: 1) il miglioramento della concorrenza e della competitività del settore ferroviario; 2) la promozione equilibrata e la maggiore utilizzazione dei trasporti marittimi e fluviali (…); 3) la regolamentazione del trasporto aereo in conformità con i principi europei alla base della tutela ambientale».

[399] In questo senso, ad esempio, L. KRAMER, *EU Environmental Law, cit.* che a tal proposito cita la risoluzione del Consiglio europeo del 4 aprile 2001 dove il trasporto sostenibile viene definito come quel trasporto che *«-allows the basic access and development needs of individuals, companies and societies to be met safely and in a manner consistent with human and ecosystem*

ISSN 2279-7238

Parimenti, anche il più recente Libro Bianco sui trasporti del 2011 tende a mettere in luce questioni molto generali e di taglio per così dire "orizzontale", quali la necessità di ridurre le emissioni di gas a effetto serra e la dipendenza da petrolio, senza fissare – salvo quanto si dirà tra breve – obiettivi specifici con riguardo al trasporto ferroviario[400]. E ciò nonostante sia oramai acquisito il fatto che il mezzo ferroviario (e le sue infrastrutture[401]) impatta sull'ambiente sotto molteplici punti di vista, a cominciare dall'uso del suolo fino alle emissioni atmosferiche, passando per l'inquinamento acustico[402].

A ciò si aggiunga, poi, come tradizionalmente a livello europeo gli sforzi maggiori nel settore dei trasporti – ma, quanto meno per un lungo arco di tempo, si potrebbe dire nella materia ambientale *tout court* intesa – siano stati orientati a limitare l'inquinamento nelle sue diverse forme, piuttosto che a promuovere concretamente, attraverso interventi di segno positivo, forme di mobilità sostenibile.

Di prassi, infatti, la maggior parte delle misure ha puntato alla riduzione delle emissioni inquinanti prodotte da taluni mezzi di trasporto – quali, in specie, le automobili, i camion, gli aerei – attraverso la fissazione di soglie da non superare o di *standard* da raggiungere[403]. Mentre, decisamente minore la presenza di regole cogenti volte a promuovere politiche e comportamenti sostenibili attraverso, ad esempio, l'erogazione di incentivi per l'uso di veicoli meno inquinanti o la concessione di vantaggi fiscali connessi all'utilizzo di mezzi pubblici di trasporto, compreso il treno[404].

---

health, and promotes equity within and between successive generations; -is affordable, operates fairly and efficiently, offers choice of transport mode, and supports a competitive economy, as well as balanced regional development; -limits emissions and waste within the planet's ability to absorb them, uses renewable resources at or below their rates of generation, and, uses non-renewable resources at or below the rates of development of renewable substitutes while minimizing the impact on the use of land and the generation of noise». Orbene, l'A. osserva come tale definizione, pur essendo molto articolata, menzioni l'ambiente in maniera troppo vaga. Il che lascerebbe intendere come, ancora nel 2001, le istituzioni europee ignorassero la circostanza che un'economia competitiva non può essere assicurata prescindendo da un'appropriata protezione ambientale. Inoltre - secondo la medesima dottrina - dalla lettura di tale definizione emergerebbe anche come l'obiettivo, estremamente caro alla politica ambientale, di promuovere l'uso dei mezzi pubblici di trasporto, non sembri costituire un obiettivo condiviso dalla politica in materia di trasporti.

Più di recente sull'argomento si v. L. KRAMER, *EU Policy and Law Regarding Railways and the Environment*, in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, 405 e ss..

[400] Si vedano ad esempio i pp. 5 e 6 del già citato Libro bianco del 2011 recante *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti. Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, COM (2011) 144.

[401] Non a caso, al p. 10 delLibro bianco del 2011 si legge che «L'infrastruttura determina la mobilità. Non è possibile realizzare cambiamenti di grande portata nel mondo dei trasporti senza il sostegno di una adeguata rete e un uso più intelligente della stessa. Globalmente gli investimenti nell'infrastruttura di trasporto hanno un impatto positivo sulla crescita economica, creano ricchezza e occupazione e migliorano gli scambi commerciali, l'accessibilità geografica e la mobilità delle persone ma devono essere pianificati in modo da massimizzarne l'impatto positivo sulla crescita economica e da ridurne al minimo le conseguenze negative per l'ambiente»

Sull'argomento inoltre si v. più diffusamente E. SCOTTI, *La realizzazione delle infrastrutture tra politiche si semplificazione ed* environmental justice, in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, 443 e ss..

[402] Sul punto *amplius* L. KRAMER, *EU Policy and Law Regarding Railways and the Environment*, in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, 405, spec. pp. 409 e ss..

[403] Per un quadro esaustivo sul punto si veda L. KRAMER, *EU Environmental Law, cit.*, spec. pagg. 287 - 293. Inoltre, sul ruolo giocato da limiti e standard in campo ambientale cfr., per tutti, F. FONDERICO, *Limiti e standard*, in R. FERRARA - M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2014.

[404] Eppure - si osserva, oggi - «orientare i modelli di produzione e di consumo alla meta della sostenibilità è un'operazione istituzionale bisognosa di un livello di capillarità e flessibilità che soltanto un duttile sistema di incentivi è in grado di promuovere e che, dunque, non può essere affidata alla mera predisposizione di obblighi e divieti o

ISSN 2279-7238

Da questo ultimo punto di vista, infatti, le affermazioni più importanti restavano, e in gran parte restano tuttora, relegate negli atti di *soft law* assumendo, per l'effetto, una valenza di carattere essenzialmente programmatico[405]. Quasi come se – è stato osservato – al fondo a mancare fosse in realtà la volontà di introdurre nell'ordinamento atti giuridicamente vincolanti tesi ad apportare i cambiamenti necessari alla costruzione di una politica dei trasporti davvero coerente con le istanze di natura ambientale[406].

Con specifico riguardo al settore ferroviario, ad esempio, va detto che la politica europea si è tradizionalmente appuntata su una serie di questioni quali, ad esempio, la separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio[407], l'interoperabilità[408], nonché lo sviluppo

all'esclusivo esercizio dell'autorità. Vale la pena di ricordare che i dispositivi di orientamento delle condotte, basate su incentivi e disincentivi, se impiegati con le necessarie cautele, facilitano una raccolta dell'informazione e un processo di apprendimento, individuale e collettivo, che sono ingredienti risolutivi per qualsivoglia serio programma di protezione dell'ambiente» (M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, cit*., 183).
Emblematico in proposito il settore delle energie rinnovabili dove da alcuni anni a questa parte è frequente il ricorso allo strumento degli incentivi, seppur con alterne fortune e nonostante «il regime vigente (...) [sia] tema controverso e soggetto più volte a processi di riforma che hanno visto l'alternarsi di incentivi basati su regimi di mercato e incentivi fondati su regimi amministrati» (G. F. CARTEI, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili,* in *Dir. dell'econ*., 2013, 3, 589, spec. pp. 612 e ss.). *Amplius* sull'argomento cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica,* in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; F. MATTASSOGLIO, *Le funzioni amministrative ambientali tra sviluppo sostenibile e esigenze di mercato*, Aracne, Roma, 2008, 22; M. G. PAZIENZA, *Il ruolo degli incentivi pubblici nello sviluppo delle energie rinnovabili*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, 2013, 199 e ss.; B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Giuffrè, Milano, 2009, nonché da ultimo, se si vuole, C. FELIZIANI, *"Così è (se vi pare)". L'impatto della politica europea in materia di energia rinnovabile in Italia e in Gran Bretagna*, in R. MICCÙ (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets. Implementation of the Third Package and Promotion of Renewable Energy*, Jovene, Napoli, 2017, 137 e ss..

405 Con tutti limiti che ne conseguono, come osservato da R. FERRARA, *Economia circolare e politiche ambientali: alle origini del problema*, relazione tenuta nel corso del convegno *Diritto dell'ambiente ed economia circolare*, Università degli Studi di Macerata, 30 maggio 2017. Più in generale, sul tema dell'impiego di strumenti di *soft law* in materia ambientale si veda, da ultimo in ordine di tempo, M. ELIANTONIO, *Soft Law in Environmental Matters: the Role of the ECJ and the Boundaries of Its Legitimacy*, relazione presentata al convegno *Soft Law Before the European Courts: Discovering a Common Pattern*, Maastricht University Campus, 19 - 20 Novembre 2015, Brussels.

406 L. KRAMER, *EU Envirnmental Law, cit*., che – per l'effetto – osserva come la materia dei trasporti in Europa costituisca un buon esempio di come, tradizionalmente, le istanze di carattere ambientale fatichino ad integrarsi con altre politiche ed, in specie, con quelle che recano maggiori implicazioni di carattere economico.

407 In proposito, si v. gli artt. 6 e 7 della citata direttiva 2012/34/Ue che istituisce uno spazio ferroviario unico europeo, entrambi collocati nella sezione II rubricata «Separazione della gestione dell'infrastruttura e dell'attività di trasporto e dei diversi tipi di attività di trasporto».

408 Al riguardo, fondamentale il richiamo alla direttiva 2008/57/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario comunitario, la quale esordisce - al considerando n. 2 - affermando come «per consentire ai cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, [sia] opportuno in particolare favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti ferroviarie nazionali, nonché l'eccesso a tali reti, intraprendendo ogni azione che si riveli necessaria nel campo dell'armonizzazione delle norme tecniche (...)». Inoltre, la stessa direttiva all'art. 2, lett. b) definisce l'interoperabilità come «la capacità del sistema ferroviario di consentire la circolazione sicura e senza soluzione di continuità di treni effettuando le prestazioni specificate. Tale capacità si fonda sull'insieme delle prescrizioni regolamentari, tecniche ed operative che debbono essere soddisfatte per ottemperare ai requisiti essenziali».

ISSN 2279-7238

di una rete ferroviaria trans-europea[409], le cui linee guida peraltro, adottate per la prima volta nel 1996, sono state successivamente riviste sia nel 2010 sia nel 2013[410].

In relazione a tutti questi temi, tuttavia, la componente ambientale ha occupato uno spazio piuttosto residuale e, nonostante il "salto" modale dalla strada alla ferrovia fosse indicato già nel 1996 come uno degli obiettivi principali della (allora) Comunità[411], esigue e nel complesso scarsamente incisive sono state le misure concrete prese dalle istituzioni per favorire tale passaggio[412]. Tanto che, complice anche la crisi economica, negli ultimi anni la quota di mercato del trasporto ferroviario ha conosciuto un'ulteriore flessione negativa[413].

Più in generale, va da sé che la sostanziale assenza di regole cogenti in punto di sostenibilità ambientale dei trasporti non si è rivelata priva di implicazioni concrete[414]. Al riguardo, basti osservare che ancora in anni recenti l'aumento dell'utilizzo di automobili e aerei ha fatto registrare un incremento dell'uso di carburanti e di emissioni di gas a effetto serra[415], al punto tale che nel 2011 – al pari di quanto aveva fatto nel 1996[416] e nel 2009[417] - la Commissione europea si è trovata a dover concludere nel senso della scarsa sostenibilità ambientale del sistema europeo dei trasporti[418].

V. *Prospettive ed auspici per il futuro*

[409] In proposito si v. la Decisione n. 1692/96/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti.

[410] Si v. la decisione n. 661/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti e la successiva comunicazione della Commissione recante *Costruzione della rete centrale di trasporto: corridoi della rete centrale e meccanismi per collegare l'Europa* COM (2013) 940.

[411] Cfr. ad es. art. 2, p. 2, lett. c) ed e) della Decisione n. 1692/96/CE.

[412] Così L. KRAMER, *EU Policy and Law Regarding Railways and the Environment*, in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, 405 e ss., nonché - se si vuole -C. FELIZIANI, Il trasporto ferroviario tra mercato e ambiente, in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, 419 e ss..

[413] Ad esempio, il Rapporto del 2009 dell'Agenzia ambientale europea recante *Transport and Environment Reporting Mechanism* evidenzia come in quell'anno sia aumentato il volume delle merci e dei passeggeri nei comparti strada e aereo, a netto discapito del settore ferroviario.

[414] Come è naturale che sia. Sul punto *amplius* R. FERRARA, *Economia circolare e politiche ambientali: alle origini del problema*, *cit*..

[415] In proposito, si vedano – ad esempio – il report elaborato dall'Agenzia ambientale europea recante *Towards a resourse-efficient transport system*, 2009 - 2010 nonché la Comunicazione della Commissione intitolata Una tabella di marcia verso un'economia competitiva a basse emissioni di carbonio nel 2050, COM (2011)112.

[416] Report della Commissione sull'implementazione del programma della Comunità europea in tema di politiche e azioni in relazione all'ambiente e allo sviluppo sostenibile, COM (96) 624.

[417] COM (2009) 279.

[418] Nel Libro Bianco del 2011 si riconosce espressamente che «il sistema dei trasporti non è sostenibile. Se ci proiettiamo in avanti di 40 anni è chiaro che il settore dei trasporti non può continuare a svilupparsi nel solco attuale. A scenario immutato la dipendenza dei trasporti dal petrolio risulterebbe ancora di poco inferiore al 90% mentre l'energia ricavata da fonti rinnovabili si attesterebbe di poco al di sopra dell'obiettivo del 10% fissato per il 2020. Nel 2050 le emissioni di CO2 provocate dal settore dei trasporti rimarrebbero di un terzo superiori ai livelli del 1990. Entro il 2050 i costi dovuti alla congestione aumenteranno del 50% si accentuerà il divario di accessibilità tra regioni centrali e periferiche e continueranno ad aumentare i costi sociali dovuti agli incidenti e all'inquinamento acustico».

ISSN 2279-7238

Orbene, è proprio nella consapevolezza di come la politica europea dei trasporti a tutt'oggi sia ben lungi dal potersi dire sostenibile che il Libro Bianco del 2011[419] ha posto una serie di importanti obiettivi da raggiungere entro il 2050.

Come in parte anticipato, pur non fissando *target* specifici con riguardo alla sostenibilità del trasporto su rotaia, con tale documento la Commissione europea ha però evidenziato l'opportunità di intervenire in ordine ad alcuni nodi considerati, a ragione, cruciali. Tra questi, oltre alla già citata necessità di ridurre sia le emissioni di gas a effetto serra[420] sia la dipendenza da petrolio[421], spicca il tema della congestione del traffico.

Proprio in riferimento a tale ultima problematica, il Libro Bianco evidenzia come una soluzione potrebbe risiedere nel potenziamento delle infrastrutture[422] e nella valorizzazione dell'intermodalità, ossia nell'utilizzo integrato e combinato di diversi mezzi di trasporto[423] compreso, ovviamente, il treno[424]. È dunque principalmente in questo senso che la Commissione europea nel 2011 è sembrata rivalutare il ruolo e le potenzialità del trasporto ferroviario.

Così stando le cose, allora, può dirsi che la sfida principale di qui al prossimo futuro consista nel rivitalizzare un settore inciso negativamente dalla crisi economico - finanziaria

---

[419] COMM (2011) 144, *cit.*.

[420] Sul punto il Libro Bianco del 2011 afferma infatti che «l'Unione europea ha ribadito la necessità di ridurre drasticamente le emissioni di gas serra a livello mondiale, con l'obiettivo di mantenere il riscaldamento globale al di sotto di 2°C. Complessivamente, entro il 2050 l'Europa deve ridurre le emissioni dell'80 - 95% rispetto ai livelli del 1990 (...). L'analisi della Commissione evidenzia che (...) nel settore dei trasporti, che rappresenta una fonte significativa e crescente di emissioni di gas serra, è necessaria una riduzione di almeno il 60% di tali emissioni - entro il 2050 - rispetto ai livelli del 1990 (e, dunque, del 70% rispetto ai livelli raggiunti nel 2008). Per il 2030 l'obiettivo del settore dei trasporti è una riduzione delle emissioni di gas serra del 20% rispetto ai livelli del 2008».

[421] A tale riguardo, il Libro Bianco ricorda che «nei decenni futuri si ridurrà la disponibilità di petrolio e le fonti di approvvigionamento saranno meno sicure. (...) Nel 2010 l'Unione europea ha importato petrolio per un controvalore di circa 210 miliardi di euro. In assenza di misure per contrastare questa dipendenza dal petrolio vi saranno conseguenze severe sulle possibilità di spostamento dei cittadini – e sulla nostra bilancia economica – oltre che sull'inflazione, sulla bilancia commerciale e sulla competitività globale dell'economia europea. (...) Dalla grande crisi petrolifera di 40 anni fa a questa parte, il sistema dei trasporti non ha subito mutamenti fondamentali, nonostante il progresso tecnico, le potenzialità di miglioramento dell'efficienza energetica a costi ridotti e le politiche adottate. Se da un lato è migliorata l'efficienza energetica dei trasporti, in questo campo l'Unione europea dipende tuttora dal petrolio e dai suoi derivati per coprire il 96% del fabbisogno energetico del settore dei trasporti. Oggi i trasporti inquinano meno, ma l'aumento dei volumi trasportati fa sì che questo settore rimanga una fonte primaria di inquinamento acustico e atmosferico».

[422] Nel Libro Bianco 2011, p. 4, si afferma infatti che «l'infrastruttura determina la mobilità» e che «non è possibile realizzare cambiamenti di grande portata nel mondo dei trasporti senza il sostegno di un'adeguata rete e un uso più intelligente della stessa». *Ex multis*, per avere un'idea dello stato dell'arte circa la qualità dell'infrastruttura ferroviaria nei diversi Paesi dell'Unione europea cfr. i dati estrapolati dal Word Economic Forum Global Competitiveness e fatti propri dalla Commissione europea: http://ec.europa.eu/transport/facts-fundings/scoreboard/compare/investments-infrastructure/quality-rail-infrastructure/2013_2014/index_en.htm.

[423] Pratica questa lungamente trascurata a causa della propensione a perseguire lo sviluppo economico e sociale dell'Unione attraverso l'utilizzo (pressoché) esclusivo dei trasporti aerei e su strada. Una propensione tuttavia senza dubbio alimentata, almeno in certa misura, dalla mancanza di un quadro normativo puntuale in tema di intermodalità (M. BRIGNARDELLO, *Trasporto multimodale: inquadramento giuridico*, relazione tenuta nel corso del convegno *Il trasporto multimodale tra presente e futuro*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 2 dicembre 2015).
Ex multis, sul tema cfr. i già citati contributi di M. BADAGLIACCA, *L'evoluzione della politica europea dei trasporti nell'ottica dello sviluppo sostenibile e della integrazione dei trasporti, cit.*; L. MARFOLI, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale, cit*. e M. NINO, *La politica dei trasporti dell'Unione europea, cit.*.

[424] Libro Bianco 2011, p. 7 e poi ancora p. 8, dove si osserva come, nonostante "in molti casi, soprattutto per quanto riguarda le merci, la ferrovia non [sia] vista come un'opzione particolarmente attraente (...), l'esempio di alcuni Stati membri dimostra che questo modo di trasporto può offrire servizi di qualità".

ISSN 2279-7238

che negli scorsi anni ha colpito l'economia europea[425] e «nel garantire i cambiamenti strutturali che consentano al trasporto ferroviario di competere efficacemente [con gli altri mezzi di trasporto] e di trasportare una porzione [sempre] più significativa di merci e di passeggeri sulle lunghe e medie distanze»[426] .

Per fare ciò, ovviamente, saranno necessari investimenti cospicui[427]. Dunque, oltre ad un quadro normativo quanto più possibile chiaro e coerente[428], si rivelerà indispensabile che il mercato e, più in generale, gli strumenti di carattere economico finanziario siano posti al servizio dell'ambiente[429]. Perché la mobilità europea dei prossimi anni possa dirsi davvero

[425] In proposito si veda la relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 21 agosto 2012, COM (2012) 459 dove si afferma che «nel 2009 per effetto della crisi economica, il traffico merci ha subito un calo del 18,3 % in tonnellate-chilometro nell'UE-27. Grazie alla ripresa osservata nei settori colpiti più gravemente, in particolare l'industria siderurgica, chimica e automobilistica, nel 2010 si è delineata una [leggera] inversione di tendenza: 15 Stati membri hanno fatto registrare un aumento di più del 10 %, senza tuttavia ritornare ai livelli del 2008. In base alle cifre fornite dalla Comunità delle ferrovie europee (CER), i risultati del trasporto merci per ferrovia nel terzo trimestre del 2011 restavano inferiori del 9,2 % a quelle del terzo trimestre del 2008 in tutto il continente europeo». Leggermente meglio la situazione del trasporto passeggeri. Qui, infatti, «il calo del traffico, espresso in passeggeri-chilometro, è stato dell'1,4 % nel 2009 nell'UE-27 e l'aumento del 3,6 % nell'UE-15 non è riuscito a compensare la diminuzione dell'8,3 % osservata nell'UE-12. Nel 2010 [poi] l'andamento non è stato uniforme: ancora una volta, la situazione è stata meno favorevole nell'UE-12 (-11,3% in Romania) rispetto all'UE-15, dove la crescita più sostenuta è stata nel Regno Unito (+ 5,8 %)». Per completezza, bisogna rilevare come ad influenzare positivamente l'andamento del trasporto passeggeri abbia certamente contribuito lo sviluppo della rete e dei servizi di trasporto ad alta velocità (cfr. grafico riportato a pag. 11 del dossier reso noto dalla Commissione europea nel novembre del 2014, recante Trasporti: collegare i cittadini e le imprese dell'Europa).
Ex multis, quanto agli studi sul tema della crisi economica e degli effetti che questa ha prodotto nell'ordinamento europeo così come in quelli dei singoli Stati membri cfr. i riferimenti bibliografici citati alla nota n. 5, *retro*.

[426] Libro Bianco 2011, p. 8 e ss.. La Commissione europea auspica, pertanto, che sulle percorrenze superiori a 300 Km il trasporto merci sia trasferito dalla strada alla ferrovia in misura pari al 30% entro il 2030. Percentuale che dovrebbe salire al 50% entro il 2050. Mentre, per ciò che concerne il trasporto passeggeri, l'obiettivo è che entro il 2030 sia triplicata la rete ferroviaria ad alta velocità esistente sul territorio europeo e che la stessa sia completata entro il 2050 (p. 10).

[427] È stato stimato, infatti, che «il costo per sviluppare l'infrastruttura di trasporto dell'Unione europea in modo da soddisfare la domanda»" si aggiri intorno a 1,5 trilioni di euro nel periodo 2010 - 2030 e che «il completamento della rete TEN-T richiederà circa 550 miliardi di euro fino al 2020 (...)». Cifre queste che, tuttavia, corrispondono a stime solo tendenziali e che ovviamente non comprendono gli investimenti in veicoli, attrezzature, ecc. «per i quali potrebbe essere necessario un altro trilione di euro» (Libro bianco 2011, p. 16). *Ex multis* sul potenziamento della rete TEN-T si veda nel dettaglio la strategia varata nel gennaio 2014 http://ec.europa.eu/transport/themes/infrastructure/index_en.htm.
In dottrina, sul tema degli investimenti nel settore ferroviario si v. il recente contributo di M. ZAVATTINI, *Investimenti, regolazione e concorrenza nel settore ferroviario*, in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Ed. scientifica, Napoli, 2016, 375 e ss.

[428] Aspetto questo della certezza delle regole la cui importanza emerge chiaramente anche nella direttiva 2012/34/UE dove – tra le altre cose – si legge che «per investire in servizi che utilizzano infrastrutture specializzate, come ad esempio i collegamenti ad alta velocità, i richiedenti hanno bisogno di certezza del diritto, considerata l'importanza degli investimenti a lungo termine e di ampia portata» (considerando 24).
Ex multis sul tema della certezza del diritto come *conditio sine qua* non per la ripresa dell'economia e lo sviluppo del sistema Paese si vedano M. CLARICH - B. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli per la crescita economica,* in *Quad. cost.*, 2010, 3, 817; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo,* in *Dir. eco.*, 2013, 2, 357; N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa,* in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 3 - 4, 603, nonché - ancor più di recente - A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691, che sottolinea come il carattere alluvionale e spesso troppo "contingente" della legislazione abbia accresciuto il ruolo dialettico del giudice, in specie di quello amministrativo, rispetto al legislatore.

[429] Auspicio presente, non solo nel Libro bianco del 2011, ma anche nel già citato VII Programma ambientale europeo. Qui, in particolare, il nesso stringente che lega ambiente ed economia è chiaramente evidenziato al considerando n. 26 dove si legge che «la piena e uniforme attuazione dell'acquis ambientale in tutta l'Unione rappresenta un investimento oculato per l'ambiente, per la salute umana e per l'economia».

ISSN 2279-7238

sostenibile, infatti, non basterà proseguire nel solco della liberalizzazione e della sempre maggiore apertura del settore ferroviario alla concorrenza[430], ma occorrerà che il legislatore favorisca l'utilizzo del mercato a vantaggio delle molte istanze di carattere ambientale presenti nella materia in esame[431].

Ciò sulla scia dell'esperienza maturata in altri ambiti[432] e soprattutto in ossequio al principio della sviluppo sostenibile che con i suoi precipitati[433], primo tra tutti il principio di integrazione, sembra informare anche le più recenti prese di posizione delle istituzioni europee nei riguardi di un nuovo modello economico circolare[434]. E che, dunque, allo stato deve necessariamente costituire l'architrave di una politica dei trasporti, compresa quella ferroviaria, che voglia dirsi lungimirante anche rispetto alle istanze connesse con la tutela dell'ambiente[435] e soprattutto in linea con l'obiettivo di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva[436].

---

[430]Direzione questa che sembra chiaramente auspicata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 21 novembre 2012 - 2012/34/UE che istituisce uno spazio ferroviario unico, come emerge già dalla lettura dei suoi considerando. *Amplius* sul punto i recenti contributi di E. GAROFALO, *Il quarto pacchetto ferroviario*; D. CALISTI, *L'applicazione delle norme di concorrenza al trasporto ferroviario* e N. RANGONE, *Qualità delle regole e concorrenza nel trasporto ferroviario*, tutti in P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, ES, Napoli, 2016, rispettivamente pp. 23, 35 e 51.

Peraltro, con specifico riguardo al nostro Paese, si ricorda come opacità sul fronte della effettiva liberalizzazione del settore ferroviario siano state evidenziate ancora di recente. Nota, infatti, è la questione relativa all'indipendenza del gestore della rete su cui si è pronunciata in senso negativo la Corte di giustizia nel 2013 con la sentenza CGUE, I sez., 3 ottobre 2013, Commissione c. Italia, C-369/11. *Amplius* sulla vicenda cfr. A. M. ALTIERI, *L'indipendenza del gestore della rete ferroviaria nel diritto europeo,* in *Giorn. dir. amm.,* 2014, 2, 136; C. CATALDI, *La sentenza della Corte di giustizia C-369/11 e la liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario, in Munus*, 2014, 2, 269 e prima ancora M. DELSIGNORE, *L'attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia,* in *Osservatorio AIC*, 2013.

[431] Monito questo che emerge chiaramente dal Libro Bianco 2011, dove si legge: «globalmente gli investimenti nell'infrastruttura di trasporto hanno un impatto positivo sulla crescita economica, creano ricchezza e occupazione e migliorano gli scambi commerciali, l'accessibilità geografica e la mobilità delle persone ma devono essere pianificati in modo da massimizzarne l'impatto positivo sulla crescita economica e da ridurne al minimo le conseguenze negative per l'ambiente» (p. 4). Nel caso specifico, al fine di dare impulso allo sviluppo della rete ferroviaria, si tratterà ad esempio di diversificare i finanziamenti, che dovranno essere sia pubblici sia privati; avvalersi di strumenti finanziari innovativi utili a sbloccare gli investimenti privati; migliorare il coordinamento tra i fondi di coesione e strutturali e gli obiettivi della politica dei trasporti; pianificare i bilanci degli Stati membri in modo da garantire sufficiente disponibilità di risorse per la pianificazione e la realizzazione dei progetti (p. 11).

[432] Si v. in proposito quanto già osservato nelle pagine che precedono a proposito degli appalti verdi, ecodesign e rifiuti. *Amplius*, note nn. 9, 10, 11 e 14, *retro.*

[433] *In primis* i principi di integrazione e di azione preventiva (o prevenzione). Da ultimo, sottolinea l'importanza del principio di integrazione nell'ambito della politica europea in materia di trasporti S. QUADRI, *Il coordinamento e l'integrazione come* driver *della politica dei trasporti dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2016, 20.

[434] Sul punto si v. quanto ricordato in apertura del presente lavoro, nonché alle note nn. 4, 12 e 14, *retro.*

[435] Così, tra le altre cose, dalla lettura del Libro bianco del 2011 e del VII Programma europeo di azione ambientale.

[436] Il riferimento è, chiaramente, alla già citata comunicazione della Commissione *Europa 2020* e agli obiettivi di crescita e sviluppo ivi indicati.

ISSN 2279-7238

Considerazioni sul global legal pluralism*

di Maria Francesca Serra**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Funzione del costituzionalismo. - 3. Il *global legal pluralism*. - 4. Il diritto dei contratti. - 5. Il costituzionalismo transnazionale. - 6. La frammentazione del diritto globale. - 7. La costituzionalizzazione dei centri di autorità. - 8. Una differenziazione funzionale?

1. Premessa

Nel riflettere sul fenomeno dell'autonomia sportiva, oggi come agli inizi del secolo scorso, si ripropone il problema del pluralismo giuridico, ma in un contesto allargato alla società globale.

L'autonomia sportiva ci porta, infatti, a rivisitare il rapporto stato e società globale e a prendere in considerazione quelle teorie che, di fronte alla proliferazione e frammentazione di centri di produzione di norme, si interrogano su come trovare possibili elementi comuni.

Se per riflettere sull'autonomia sportiva, a livello interno, si può far riferimento al titolo V della nostra Costituzione, a livello internazionale si tende a far riferimento a quell'insieme di teorie che, riflettendo sullo spontaneo ordine sociale, portano a privilegiare le formazioni collegiali basate sull'autonormazione e sull'azione volontaria.

Sul piano teorico si riscontra una approfondita, ampia e varia discussione che va dal *global constitutionalism*[437], alle teorie della *public authority*[438], mentre sul piano storico concreto si

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore a contratto di Diritto privato, Università degli Studi Niccolò Cusano di Roma.

437 Una interessante rassegna di queste discussioni è stata presentata da R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito,* in *AIC*, 4, 2014, il quale precisa, p. 4: "I fenomeni sui quali si concentra il dibattito in esame sono ricondotti ai concetti di costituzione, costituzionalismo, costituzionalizzazione", termini che appartengono "a una famiglia concettuale comune" il cui uso rivela però "approcci e finalità differenti", sui quali l'A. sofferma la sua attenzione. Bifulco, ricordando la progressiva formazione di un nuovo ordine giuridico internazionale, ci fornisce anche una ampia bibliografia alla quale si rimanda.

438 Vedi A. von BOGDANDY, R. WOLFRUM, J. von BERNSTOFF, P. DANN, M. GOLDMANN (eds.), *The exercise of public Authority by International Institutions. Advancing International Institution Law,* Springer, Berlin-Heidelberg. 2010; A. von BOGDANDY, I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance,* Springer, Berlin-Heidelberg, 2012. In genere, quando si parla di globalizzazione si usano i termini di 'sites of authority" e "regulatory regimes". Vedi L. PALANDRI, *Theoretical Reflections on Legal Pluralism and Global*

ISSN 2279-7238

assiste, ormai da tempo, all'emergenza di una pluralità di ordini normativi per cui il pendolo della normatività sembra oscillare tra il *focus* esclusivo sulla monolitica legge degli stati nazionali coinvolti nel progetto della modernità e il pluralismo normativo 'neomedievale'[439].

In questo contesto, le discussioni sul diritto sportivo negli ultimi decenni hanno dato vita ad una serie di ricerche tendenti a collocarlo all'interno del fenomeno della globalizzazione e a far emergere un diritto sportivo globale che dovrebbe avere una sua piena autonomia rispetto agli stati. Ne è nata un'approfondita discussione nella quale sono intervenuti anche studiosi italiani, soprattutto di diritto amministrativo[440]. Dibattiti e polemiche a livello internazionale hanno allargato gli orizzonti al di là del diritto amministrativo, che pure conserva una sua rilevanza, verso ambiti costituzionalistici e lavoristici, con attenzione alle prassi legislative e giudiziarie. In questa prospettiva, si è anche detto, che l'organizzazione sportiva realizzerebbe una vera e propria struttura istituzionale *quasi-costituzionale*. Da questa discussione, che coinvolge il tema della universalizzazione della legge e quello di una armonizzazione dei singoli diritti nazionali[441], emerge anche uno dei problemi di difficile soluzione, che è quello del conflitto tra i vari ordini giuridici, con il quale il tema dell'autonomia sportiva deve fare i conti.

Senza pretesa di esaustività, impossibile da realizzare su un tema tanto dibattuto e complesso, ma solo con l'intento di tentare di comprendere un ampio orizzonte entro cui inserire, con consapevolezza di vedute, il tema dell'autonomia del diritto dello sport, ci soffermeremo sul *global legal pluralism*, tenendo presente che la *lex sportiva* è presentata come

---

Constitutionalism. Their Possible Reconciliation in an Alternative Model of Plural Constitutionalism, in *Acta Juridica Hungarica,* 54, 1, 2013, p. 58.

[439] J. KLABBERS,T.PIIPARINEN (eds.), *Normative Pluralism and International Law Exploring Global Governance,* Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

[440] In Italia la discussione sul tema generale è stata avviata da S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato,* Einaudi, Torino, 2009. Per quanto riguarda il diritto sportivo vedi L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Giuffré, Milano, 2010. Ma, vedi, anche, G. GENTILE, *Ordinamento giuridico sportivo: nuove prospettive,* in *RDES*, 2014, p. 66, il quale, oltre a far riferimento alla nozione di '*public authority*', inizia un'interessante discussione sulla doppia anima del diritto sportivo tra autonomia privata e sfera pubblica (*ivi*, pp. 70 ss.). Suggerisce l'autore che "il sistema sportivo può essere adeguatamente analizzato integrando i capisaldi argomentativi della tesi ordinamentale – e verificandone così la plausibilità – con altri modelli interpretativi tratti dal diritto internazionale e dal diritto amministrativo". La scuola della Global Administrative Law (GAL) pone l'accento sull'importanza e varietà delle pratiche amministrative nella implementazione dei regulatory regimes internazionali. Sul diritto amministrativo globale cfr. B. KINGSBURY, N. KRISCH, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order,* in *European Journal of International Law*, 17, 2006.

[441] Vedi L. ALLISON (ed.), *The global Politics of sport. The Role of Global Institutions in Sport (Sport in the Global Society)*, Dublin Press, London, 2005; F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Nijhoff Pub., Boston, 2007; J.A.R. NAFZIGER, *International Sports Law*, Nijhoff, New York, 2004; ID., *The future of International Sports Law*, in *Willamette Law Review*, 2006, pp. 861 ss.; A. WAX, *Internationales Sportsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Sportvölkerrechts*, Berlino, 2009 (zugl. Diss. Tübingen,2008).

ISSN 2279-7238

una realizzazione *ante litteram* di quelle molteplicità di *regulatory regimes* che vanno al di là dello stato nazionale.

Con riferimento al mondo globalizzato, l'autonomia del fenomeno sportivo sarebbe fondata sulla capacità- ma anche libertà - che settori basilari della società hanno di autogovernarsi al di là delle frontiere statali, per cui gli stati assumerebbero il dato dell'autonomia sportiva internazionale, come assumono nella realtà le molteplici strutture organizzative transnazionali, come un apriori da coordinare con altre autonomie e con altre istituzioni[442].

Sul fronte del mercato, entro cui si inseriscono le strutture organizzative transnazionali, si realizza un *global legal pluralism* che, organizzato su base contrattuale, offre gran parte delle norme per il funzionamento di molteplici sottosistemi. Il contratto, modalità orizzontale di regolamentazione, fortemente legato al principio di autonomia, diventa lo strumento fondamentale nel diritto globale che è caratterizzato da un alto grado di eclettismo, oltre che da ibridismo e da pluralità di voci.

A ben considerare, però, sono proprio gli stati a fornire gli strumenti giuridici primari che consentono ad un insieme di giuristi e operatori di inventare o mettere a punto per i loro 'clienti' strumenti idonei per le loro operazioni transnazionali[443].

---

[442] In questa direzione sembrava andare la L. 280/2003.

[443] B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global* (*L'économie de marchéest-elle juste?,* Vol. 4), Académie royale de Belgique (Coll. L'Académie en poche), Bruxelles, 2014, p. 42. Da notare che la giurisprudenza dei vari stati nazionali e dell'Unione europea è intervenuta ogni qualvolta si sia reso necessario e ha riconosciuto l'importanza della lex mercatoria. Così, ad esempio, Cass. Francia, 22. 10. 1991(*Rivista Arbitrato*, 1992, p. 321, con nota di Tommaseo). In Italia molte sono le sentenze che operano un chiaro riconoscimento della *lex mercatoria*. Si veda, ad esempio, Cass. civ., 08.02.1982, n. 722, che definisce la *lex mercatoria* quell'"insieme di regole osservate con convinzione di cogenza dai suddetti operatori, a prescindere dal vincolo della loro appartenenza ad uno stato e dall'ubicazione della loro attività in uno stato". Con riferimento a questa sentenza N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione),* in *Rivista di diritto civile,* 6, 2007, facendo il punto su alcune criticità proprie della *lex mercatoria*, nota come questo tentativo di ricondurre la *lex mercatoria* ad un criterio assimilabile alla consuetudine appaia "ancora legato alla forza attrattiva delle vecchie categorie rispetto alle novità dell'esperienza. Se invece, come è facilmente riscontrabile in chiave di effettività, la *lex mercatoria* non è riconducibile ad un consenso generalizzato, ma semmai a determinazioni unilaterali (ovvero concordate in ambiti soggettivi limitati), espressioni di poteri di conformazione dei quali sono muniti soltanto alcuni privati in ragione della loro posizione di forza economica, si pone il problema degli strumenti giuridici diretti a compensare la sperequazione e volti concretamente a realizzare il principio di eguaglianza". Vedi anche Trib. Busto Arsizio, 17.10.2003, che intende la *lex mercatoria* "come ordinamento consuetudinario autonomo rispetto ai diversi ordinamenti statuali". A sua volta la Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. III, 09.06.2011, n. 87/10, stabilisce che "il giudice nazionale deve tener conto di tutti i termini e di tutte le clausole rilevanti del contratto, compresi eventualmente i termini e le clausole generalmente riconosciuti e sanciti dagli usi del commercio internazionale, quali gli Incoterms (International Commercial Terms)". In dottrina vedi, oltre il già citato Lipari, G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2006, p. 86; F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali,* in *Contratto e Impresa,* 2, 2010, p. 353 (commento alla normativa).

ISSN 2279-7238

Ci soffermeremo, quindi, sul *global legal pluralism*, definito da taluni come quel diritto "che non è né nazionale, né internazionale e che va a riempire gli spazi lasciati liberi dai diritti nazionali e dal diritto internazionale nella regolamentazione dei fenomeni transnazionali"[444].

Ne emergono due problemi: il primo relativo alla costituzionalizzazione del diritto internazionale e il secondo, più circoscritto, su quale sia il grado di autonomia del diritto globale e se queste *civil societies*, alle quali si accomuna il diritto sportivo globale, possano essere considerate strutture costituzionali.

2. Funzione del costituzionalismo

Per descrivere la natura dinamica dei nostri tempi si usa parlare di "trasformazioni del diritto e dello stato" o, molto più spesso, di cambiamento globale, con riferimento anche alla possibilità che questo cambiamento globale possa dar vita ad un *global constitutionalism*[445].

La c.d. "costituzionalizzazione del diritto internazionale" ha dato vita ad una serrata discussione su come il problema costituzionale possa essere formulato in continuità o discontinuità col costituzionalismo del diciottesimo e diciannovesimo secolo che, in ambito occidentale, si era basato sulla necessità di definire una serie di diritti indisponibili e di limitare il potere del sovrano attraverso la legge[446].

In questo contesto, la funzione del costituzionalismo, strettamente legata all'esistenza di una costituzione scritta posta in essere da un potere costituente, consisteva nel mantenere la politica sotto controllo e limitare il governo in pieno rispetto del principio della

---

[444] K. BENYEKHLEF, *Vers un droit global?*, Éditions Thémis, Montreal, 2016.

[445] Tra gli altri, S. LEIBFRIED, M. ZÜRN, *Transformations of the state?,* Cambridge University Press, Cambridge, 2005; J. N. ROSENAU, *Governance, Order, and Change in World Politics*, in J. N. ROSENAU, E.-O. CZEMPIEL (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 1 ss. Talvolta si parla anche di 'turbolenza'. Vedi J. N. ROSENAU, *Along the Domestic-Foreign Frontier. Exploring Governance in a Turbulent World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

[446] Cfr. il già citato R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale*. Ma vedi anche M. KUMM, *The Legitimacy of International Law, A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *European Journal of International Law*, 15, 2004, pp. 913 ss.; C. WALTER, *Constitutionalizing (Inter)national Governance. Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook of International Law,* 44, 2001, pp.179 ss.; R. WAHL, *In Defence of 'Constitution'*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?,* Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 230; J. KLABBERS, *Constitutionalism Lite*, in *International Organizations Law Review*, 48, 2004; A.-M. SLAUGHTER, W. BURKE--WITHE, *The Future of International Law is Domestic* (*or, The European Way of Law),* in *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, n.47, pp. 327 ss; S. CASSESE, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, trad.it. *Chi governa il mondo?,* Bologna, 2013, pp. 39 ss.; G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, trad.it.*Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012, pp.3 ss.

ISSN 2279-7238

separazione dei poteri e di *checks and balances*. Da qui, anche, uno stretto legame tra costituzionalismo e democrazia che si co-apparterrebbero[447].

La globalizzazione e l'incontro tra tradizioni giuridiche diverse, l'emersione del diritto dei contratti e la formazione di organizzazioni internazionali non collegate agli stati territoriali hanno modificato gli scenari e, di fronte alla realtà di un pluralismo giuridico globale, hanno dato vita a una serie di discussioni sul significato di costituzione, su come definire lo stesso pluralismo giuridico globale. Sembra, infatti, che il ricorso al concetto di costituzione possa servire ad indicare anche la formazione di un ordinamento giuridico di tipo nuovo, sulla scia del noto insegnamento secondo cui ogni ordinamento ha una costituzione, che sarà data dalle istituzioni in cui prenderà corpo[448].

È indubbio che, allo stato attuale, si tratta anche di disciplinare dinamiche sociali nuove e ben diverse che hanno fatto emergere molti sottosistemi del diritto internazionale che si autosviluppano e sono in grado di creare regimi che vengono anche definiti *auto-costituzionali.* Trova ormai poco seguito l'idea che si possa realizzare una costituzionalizzazione del diritto internazionale, mentre si discute, con maggiore convinzione su quella forma particolare di costituzionalizzazione, né statale né politica, ma nascente dal basso che si realizzerebbe nel momento in cui alcuni processi sociali si giuridificano autonomamente presentando regole organizzative e procedurali e definendo libertà individuali e autonomie[449].

In questo complesso contesto ci si può chiedere se possa venir meno la primaria funzione specifica del costituzionalismo, che non può che restare necessariamente connessa ad una visione tendente a limitare e regolamentare il potere, o se il costituzionalismo non debba approfondire questa sua funzione di limite del potere tenendo presente la natura

---

[447] Cfr. L. PALANDRI, *Theoretical Reflections on Legal Pluralism and Global Constitutionalism,* cit., p.64. Palandri cita, a questo riguardo, N. WALKER, *Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship*, University of Edinburgh School of Law, Working Paper, 25, 2010; M.R. FERRARESE, *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in *Global Jurist,* 9, 1,2009.

[448] Il riferimento che si riscontra anche nella discussione a livello internazionale è a Santi Romano di cui si cita soprattutto *L'ordinamento giuridico* (1917, seconda edizione rivista 1945). Cfr. R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale,* cit., il quale però opera una giusta distinzione tra un concetto descrittivo e un concetto prescrittivo di costituzione. M. Kumm, a sua volta, traccia una linea di distinzione tra costituzioni con la C maiuscola e costituzioni con la c minuscola riservando le prime alle costituzioni statali. M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN, *Ruling the World?,* cit., pp. 259 ss.

[449] Cfr. G. TEUBNER, *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997; G. TEUBNER, A. FISCHER-LESCANO, *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, in *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004; D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory,* Cambridge University Press, New York, 1992.

ISSN 2279-7238

proteiforme di quest'ultimo, che potrebbe presentarsi in aspetti non più solo coincidenti con le formazioni statali territoriali[450].

3. Il *global legal pluralism*

Non riprenderemo qui la ben nota discussione italiana sul pluralismo che ha visto impegnati nella prima metà del secolo scorso studiosi italiani di alto profilo, da Cesarini Sforza a Santi Romano a M. S. Giannini, e che pure è stata ripresa recentemente sempre con attenzione al fenomeno sportivo[451]. Notiamo soltanto che le stesse argomentazioni possono esserci di supporto quando si parla del pluralismo a livello globale, in quanto continua ad emergere il tema del rapporto con le autorità territoriali. Né si può evitare di proporre il tema della legittimazione delle formazioni transnazionali, anche se si deve riconoscere che siamo di fronte ad un inedito rapporto col popolo e il territorio che non può che incidere sul concetto di sovranità. Queste formazioni si sottrarrebbero al predominio dello stato sovrano - anche se non ad un rapporto con esso - in quanto ad essersi modificati sarebbero proprio i concetti basilari di popolo e territorio. In questo contesto, la cornice ordinamentale del pluralismo non sarebbe più quella statale o infrastatale, bensì quella fornita da una serie di ordinamenti giuridici di dimensione transnazionale che, tuttavia, non possono evitare di confrontarsi con le precedenti realtà statali[452].

[450] Cfr. J. N. ROSENAU, *Governance, Order, and Change in World Politics'*, cit.

[451] Riportiamo qui solo la bibliografia più recente sull'argomento: E. LUBRANO, *La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge n. 280/2003*, in *La giustizia sportiva: analisi critica della legge n. 280/2003*, a cura di P. Moro, A. De Silvestri, E. Crocetti Bernardi, E. Lubrano, Maggioli, Forlì, 2004; A. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 5 ss.; G. NAPOLITANO, *Sport* (voce), in *Dizionario di Diritto Pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5678 ss.; E. MANFREDI, *Osservazioni sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2006, pp. 2971 ss.; N. PAOLANTONIO, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo: spunti problematici*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2007, pp. 1152 ss.; M. SFERRAZZA, *Spunti per una riconsiderazione dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, in *Giustiziasportiva.it*, 2, 2009, pp. 10 ss.; A. CARIOLA, *I rapporti tra giurisdizione sportiva e statale: è possibile un ritorno al privato?*, in *Foro Amministrativo Cds*, 2010, pp. 2257 ss.; S. FELICIETTI, M. R. SAN GIORGIO, *Ordinamento sportivo e giudice amministrativo*, in *Corriere giuridico*, 5, 2011, pp. 696 ss.; M. SANINO, G. VERDE, *Diritto sportivo*, CEDAM, Padova, 2015.

[452] R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale*, cit.

ISSN 2279-7238

In questa realtà di pluralismo giuridico, individui e gruppi sono potenzialmente retti da una molteplicità di regimi legali o *quasi legali* derivanti, oltre che dallo stato nel quale si vive, anche da comunità transnazionali e non statali[453].

Il *global legal pluralism* è caratterizzato da un diritto senza limiti territoriali perché senza limiti territoriali sono i problemi cui l'umana convivenza deve far fronte. Ma, d'altra parte, è un diritto circoscritto all'oggetto di cui si occupa. Ne è derivato un ordine giuridico trasversale nel quale intervengono nuovi soggetti, non statali né pubblici, e nel quale si realizzano inedite modalità di gestione che consentono di rispondere in maniera dinamica alle esigenze che emergono a livello transnazionale.

Esiste un livello di aggregazione sociale trasversale e spontanea che richiede un ordine aperto, in grado di rispondere in maniera dinamica alle esigenze che si presentano, alle domande di una società civile globalizzata nella quale si rende necessaria una differenziazione funzionale che deve mantenere, per la sua stessa funzionalità, una certa autonomia rispetto ad un potere politico specifico, ma che non può evitare di entrare in contatto con esso[454].

Il *global legal pluralism* realizza un diritto che travalica i confini tradizionali statali aprendosi a nuove estensioni, un diritto che supera i limiti territoriali anche per quanto riguarda i soggetti a cui si rivolge[455]. Un diritto perennemente *in progress* con attenzione e riferimento ad esigenze che gli stati non possono accontentare, né limitare. Sotto questo punto di vista è quello che ha sempre realizzato il diritto sportivo con la sua *lex sportiva*, valida in tutto il mondo e, quindi, senza confini, ma circoscritta, *ratione materiae*, alla vita e all'organizzazione

---

453 P. S. A. BERMAN, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Bordern*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Sul punto vedi anche J. KLABBERS-T. PIIPARINEN (eds.), *Normative Pluralism and International Law Exploring Global Governance,* cit., p. 1.

454 Cfr. J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN, *A Functional Approach to International Constitutionalization,* in J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN (eds), *Ruling the World?,* cit., pp. 9 ss. ; A. WIENER, *Constitutionalism Unbound: A Practice Approach to Normativity.* Paper presentato alla Tavola rotonda "Practice, Ethics and Normativity", Annual Millennium Conference *Out Of The Ivory Tower. Weaving the Theories and Practice of International Relations*, London, School of Economics and Political Science, 22–23 Oct 2011. Vedi anche M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale,* Laterza, Roma Bari, 2006.

455 Sul punto cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione,* Il Mulino,Bologna, 2000, p. 71 e p. 104. Cfr., anche, L. PALANDRI, *Theoretical Reflections on Legal Pluralism and Global Constitutionalism*, cit., il quale nota come "According to these theories, constitutionalism has gone through a paradox: *de facto* it moves beyond national borders and emancipates itself from nation states, but *de iure*it remains "unbound", without any formal anchorage or legitimacy. To fill this void, global constitutionalists have developed many different explanations, all starting from the assumption that there are empirical signs and indicators that the international legal order, although pluralistic in structure, is going through a process of "constitutionalization".

ISSN 2279-7238

dello sport agonistico e ai soggetti che con esso si collegano[456]. E in questa sua valenza il 'diritto globale' non sta certamente ad indicare uno stato di anomia ma, come è stato detto, "uno stato di 'pan/nomia' nel quale le norme zampillano da ogni dove, proclamate da legislatori improvvisati, pubblici o privati"[457].

4. Il diritto dei contratti

La vocazione globale del diritto transnazionale, che fa interagire diverse tradizioni giuridiche, politiche e culturali, rimette in discussione sia molti aspetti della *civil law*, sia la rigida contrapposizione tra privato e pubblico e, più che la equazione ordinamento-stato, ripropone il legame tra diritto e società facendo ricorso anche ad una distanza che separerebbe la legge dal diritto. In questo contesto, la tradizione positivistica ne esce ridimensionata, in quanto si supera la visione della legge come esclusiva volontà del sovrano e si ripropone il riferimento ad una legge che non dipende dalla volontà del potere, ma è legata ad un diritto nascente dalla società, dai suoi nessi e dalle esigenze che essi esprimono. E tuttavia questa legge zampillante dalla società richiede anche una sua positivizzazione, comunque essa possa avvenire, e non elude il problema del rapporto con le organizzazioni territoriali statali.

Si ripropongono, così, ruoli e funzioni antichi e nuovi del diritto, anche se le autonomie sociali a livello internazionale, che pure emergono dal mercato, si incrociano e si scontrano, con le perduranti visioni statocentriche[458].

Indubbiamente, stiamo attraversando un periodo evolutivo in cui a livello globale i soggetti, in forma associativa, hanno dato vita ad una regolamentazione che ha assunto

[456] Sulla *lex sportiva* la letteratura è molto ricca. Oltre a quanto già precedentemente citato, cfr. K. FOSTER, *Lex sportiva and lex ludica: the Court of Arbitration for Sport Iurisprudence,* in *Entertainment and Sports Law Journal,* dic. 2005; L. de OLIVEIRA, *Lex sportiva as the Contractual governing Law,* in *International Sports Law Journal*, 2017, pp. 101 ss. Cfr., anche, per l'analisi di un caso specifico, H. XIANG, *CAS Jurisprudence on Match-fixing under the context of Domestic Criminal Law Intervention*, in *Proceedings of 23° IASL Congress*, 4.6 Ott. 2017, in corso di stampa in *Rassegna di diritto e economia dello sport*.

[457] B. FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, cit., p. 37. Cfr. anche J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

[458] S. CASSESE, *Gli stati alla prova della globalizzazione*, Relazione per la "Jornada Nacional da Gestão Pública", organizzata dal Ministero brasiliano della pianificazione, bilancio e gestione, Brasilia, 11 – 14 marzo 2013, p. 2: "La globalizzazione non produce soltanto lo sviluppo di ordini giuridici sovrastatali e globali, ma anche un notevole rafforzamento del sistema mondiale degli Stati. Gli Stati, a loro volta, debbono adattarsi a un nuovo contesto, che non è – come quello tradizionale – soltanto pattizio, fatto di accordi inter-statali: questo è il nuovo cimento, questa la prova che essi debbono superare".

ISSN 2279-7238

proporzioni globali e che ha la finalità di regolare rapporti a livello transnazionale e di assoggettare alle sue decisioni anche soggetti estranei alla originaria contrattazione.

Il diritto globale nasce dalle esigenze della società globale per il fatto che molti dei bisogni di questa società fuoriescono dagli ambiti statali territoriali richiedendo una regolamentazione dinamica e trasversale, o emergono in spazi lasciati vuoti dai rapporti di diritto internazionale. In tal modo, le nuove forme di regolamentazione sembrano rispondere ad una sorta di riferimento al principio di sussidiarietà allargato a livello transnazionale[459], in quanto alcuni problemi della contemporaneità non possono essere risolti sulla base dei rapporti tra stati e, quindi dei trattati di diritto internazionale, ma richiedono rapporti collaborativi e dinamici e soprattutto vicinanza e conoscenza dei problemi[460]. Richiedono una *governance* per la quale, appunto, è stato fatto riferimento alla *lex mercatoria* (in cui intervengono interessati e competenti).

5. Il costituzionalismo transnazionale

Questo complesso processo della globalizzazione ha indubbiamente prodotto cambiamenti nel panorama giuridico mondiale e ha fatto emergere l'esistenza di numerosi luoghi del potere (o, come alcuni vogliono precisare, luoghi di potere ma anche luoghi di autorità[461]) che, se non hanno dissolto il potere degli stati nazionali, quanto meno hanno modificato il tradizionale concetto di sovranità.

L'esistenza di numerosi luoghi di 'potere', o di 'autorità', ci mette di fronte alla consapevolezza della complessità del fenomeno giuridico che non può essere esclusivamente considerato nella sua veste positivistica e formalista di legge emanata da una autorità statale. E anche, le classiche categorie di diritto nazionale e internazionale non bastano più a descrivere tutte le manifestazioni del diritto che si danno nella società mondiale.

[459] M. KUMM, *The Legitimacy of International Law*, cit.
[460] Cfr. F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali,* cit.
[461] S. A. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit., p. 25: "Indeed, legal pluralists have long noted that law does not reside solely in the coercive commands of a sovereign power…Using pluralism, we can conceive of a legal system as both autonomous and permeable; outside norms (both state and nostate) affect the system but do not dominate it fully. Thus, the pluralist framework captures a dialectical and iterative interplay that we see among normative communities in the international system, an interplay that rigidly territorialist or positivist visions of legal authority do not address".

ISSN 2279-7238

Si intersecano due aspetti imprescindibili, quello della legittimazione e quello dell'obbedienza, entrambi connessi col tema del consenso.

Comunque questo consenso si realizzi - sulla base della convenienza economica, delle convinzioni etiche o dell'utilità funzionale, o di un insieme di motivazioni –, è la precondizione dell'esistenza e dell'efficacia di un diritto che non si risolve nel rapporto comando-obbedienza ma, piuttosto, nel rapporto autorità-accettazione volontaria della regola che avviene in base alla funzione esercitata dalla autorità. Vale a dire che questi ordini normativi traggono il loro potere dalla loro finalità, dalla lealtà, dal senso di appartenenza del loro 'popolo', dal potere di persuasione e non solo dal potere materiale. Per cui è possibile considerare il pluralismo spaziale e istituzionale "come la pluralità di ordini normativi che hanno la potenzialità di mobilitare individui o gruppi non solo attraverso la costrizione ma anche facendo leva sul loro consenso"[462], facendo leva sulla *ratio* della comunicazione e dell'incontro, del compromesso e della negoziazione[463].

Il dato fattuale dell'esistenza di più ordini giuridici transnazionali realizza un policentrismo normativo nel quale emergono vari problemi e criticità. Da un lato, sul piano teorico, si pone il compito di confrontare il *global legal pluralism* col *constitutionalism* tradizionalmente correlato al concetto di gerarchia e unità, il cui riferimento paradigmatico è lo stato. Dall'altro lato, proprio con riferimento alle conquiste del costituzionalismo, si pone anche la domanda sulla possibilità - o necessità - di sviluppare una qualche forma di meccanismo procedurale o di prassi che possano portare a controllare e gestire, senza eliminarlo, il pluralismo[464].

Si impone, cioè, la domanda se sia possibile ipotizzare un punto d'incontro tra monismo e pluralismo, cioè se si possano mettere insieme l'orizzontalità e la trasversalità con la verticalità e l'unità. Se è possibile riconciliare la pluralità in termini costituzionalmente significativi. La difficoltà- ma anche la necessità - di trovare un punto mediano è legata alla differenza sostanziale che la frammentazione del diritto globale presenta e alla necessità della azionabilità dei diritti, quindi del loro rispetto e della sanzionabilità che vi è collegata.

---

[462] Cfr. J. N. ROSENAU, *Governance, Order, and Change in World Politics*, cit.

[463] Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato,* cit., p. 28.

[464] F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali,* cit.:"Le convenzioni fra Stati per la formazione di un diritto uniforme sarebbero la strada maestra; ma l'esperienza storica ha dimostrato quanto sia arduo trovare un accordo fra Stati sovrani, nessuno dei quali è disposto a rinunciare al diritto nazionale". Vedi sul punto P. S. A. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit., p. 10; S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., p. 134.

ISSN 2279-7238

Per quanto attiene alla frammentazione, si può riconoscere che il *global constitutionalism*, che avrebbe potuto fornire una interpretazione alternativa di queste connessioni, può giocare un ruolo solo nel promuovere le condizioni sotto le quali queste connessioni possano realizzarsi e progressivamente stabilizzarsi. In tal modo, la pluralità di siti costituzionalizzati potrebbe essere inclusa in uno spazio giuridico 'costituzionalmente riconciliato', ma resta che ogni sito sviluppa proprie caratteristiche in relazione alle sue tradizioni particolari, alle pressioni sociali e alle dinamiche normative della propria realtà, per cui non si potrebbe mai realizzare una *reduction ad unum*[465]. Si tratterebbe, anche, di riconoscere – e la problematicità di un simile riconoscimento è evidente - pretese costituzionali ad ogni ordine giuridico non statuale e di attribuire senso normativo allo spazio globale riconoscendo non solo singole identità costituzionali ma anche la qualità costituzionale alle loro reciproche relazioni[466].

6. La frammentazione del diritto globale

Vi è un legame tra obiettivi e strumenti ai fini della soluzione di alcuni problemi che non possono più essere risolti attraverso gli accordi tra stati, ma richiedono strumenti più flessibili e non condizionati da rapporti di forza. Si può ricordare, a questo punto, la posizione di chi fonda il modello costituzionale di legittimazione del diritto internazionale sul principio di sussidiarietà, oltre che su quello di legalità internazionale, di adeguata partecipazione e responsabilità e di efficacia (*Achieving Reasonable Outcomes*)[467].

Sabino Cassese, dopo aver esaminato vari casi, nella linea del riconoscimento della frammentazione, esprime la consapevolezza che non ci sia in senso stretto "un ordine giuridico globale, bensì tanti ordinamenti settoriali, relativi alle singole materie"[468]. Si tratta di un ordine giuridico che, pur fondandosi sul diritto internazionale, va oltre in quanto "ha propri organi produttori di norme, propri apparati chiamati ad attuare le norme o a valutare

[465] Su questo punto cfr. L. PALANDRI, *Theoretical Reflections on Legal Pluralism and Global Constitutionalism*, cit., p. 68. Cfr., anche, D. HALBERSTAM, M. POIARES MADURO, in J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN (eds), *Ruling the World?,* cit.
[466] Cfr. N. WALKER, *Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy*, cit.
[467] M. KUMM, *The Legitimacy of International Law*, cit., p. 917.
[468] S. CASSESE, *Il diritto globale,* cit., p. 132. Sulle opinioni di Cassese con riferimento a *La democrazia e i suoi limiti*, cfr. G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e i suoi limiti,* in *Costituzionalismo.it,* 2/2017. Un dialogo con Cassese sull'argomento del diritto amministrativo globale si trova in A. GUILMEIN, *Du droit cosmopolitique au droit global: pour una rupture épistémologique dans l'approche juridique,* in *Revue québécoise de droit international*, 26, 2, 2013, passim.

ISSN 2279-7238

la loro attuazione, propri organi di soluzione delle controversie"[469]. Mette anche in evidenza la necessaria interrelazione tra i vari ordini giuridici ricordando che lo sviluppo di sistemi giuridici ultrastatali è stato reso possibile dalla presenza degli stati, ma ha poi assunto caratteri propri, sì che gli stati sono impegnati al rispetto delle norme non statali e da "fonte dell'ordinamento giuridico ultrastatale sono divenuti strumento di quest'ultimo". Non solo, ma gli ordini giuridici globali "impongono a quelli nazionali il rispetto della *rule of law* sia nei rapporti con i privati (…) sia nei rapporti con altri governi". Tra le caratteristiche salienti dell'ordine giuridico globale anche Cassese ricorda la sua non uniformità "in quanto deve bilanciare diversità nazionali con un corpo di regole standard e generali, ma soprattutto come in esso manchi una linea di distinzione tra pubblico e privato".

La frammentazione[470] e diversificazione di questi ordini giuridici globali comporta una loro debolezza che potrebbe essere superata attraverso la ricerca di metodi e tecniche quali "la connessione reciproca tra ordini settoriali (commercio e diritti umani, tutela dei lavoratori e commercio), estensione per via giudiziaria di principi propri dell'uno in altri ordini, utilizzo di strumenti di taluni ordini per rendere efficaci norme di altri ordini"[471]. Con riferimento a questo 'ibridismo giuridico', altri vanno nella stessa direzione di tentare la creazione, o di preservare spazi, per una proficua interazione tra "i molteplici ordini giuridici che si incrociano sviluppando meccanismi procedurali, istituzioni e pratiche miranti a gestire senza eliminarlo, il pluralismo giuridico che vediamo intorno a noi"[472].

Per Cassese, dunque, nell'ordine giuridico globale non si è "sviluppato un vero e proprio diritto costituzionale, mentre sono presenti gli elementi essenziali del diritto amministrativo", dalla trasparenza al principio della partecipazione e del contraddittorio,

[469] S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., p. 133.

[470] Sulla frammentazione molto si è scritto. Cfr. J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN,*A Functional Approach to International Constitutionalization*, cit., pp. 5-9; C. WALTER, *Constitutionalizing (Inter)national Governance,* cit., p. 188, il quale, dopo aver esaminato I mutamenti del diritto internazionale, osserva "that not only the state as central entity of the Westphalian Temple is disaggregating but that, along with it, international law becomes sectorialised or decentralised". Per un giudizio positivo sulla frammentazione e distinzione, che sarebbe altrettanto importante dell'unità, vedi M. KOSKENNIEMI, *The Subjective Dangers of Projects of World Community*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; N. KRISCH, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition,* LSE Legal Studies Working Paper No. 10/2009.

[471] S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., p. 134.

[472] P. S. A. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, cit.,p. 10: "Such mechanisms, institutions, and practices can help mediate conflicts by recognizing that multiple communities may legitimately wish to assert their norms over a given act or actor, by seeking ways of reconciling competing norms, and by deferring to alternative approaches if possible. And even when a decisionmaker cannot defer to an alternative norm (because some assertions of norms are repressive, violent, and/or profoundly illiberal), procedures for managing pluralism can at least require an explanation of why deference is impossible".

ISSN 2279-7238

all'obbligo di motivazione delle decisioni, alla giustiziabilità delle pretese, al controllo dell'adempimento. Soprattutto, la sua effettività è realizzata attraverso l'adesione volontaria o il mutuo riconoscimento o supporto. Ma gli studiosi di *lex sportiva* vanno oltre, talvolta anche riconoscendo all'organizzazione sportiva una struttura costituzionale che avrebbe nella Carta olimpica la sua costituzione.

7. La costituzionalizzazione dei centri di autorità

Il processo di frammentazione di centri di potere, che si pongono come centri di giuridicità in quanto regolano in tutto e per tutto i rapporti tra i loro aderenti, si incontra con la difficoltà di una loro definizione in termini di costituzione.

Si inquadra il tema costituzionale tenendo presente se non una primazia del sociale quanto meno una simmetria, o meglio, una interazione tra sociale e giuridico. Per conseguenza, taluno suggerisce di ampliare quella equazione *ubi societas ibi ius* all'altra *ubi societas ibi costituzione*, considerando che il giuridico non può essere limitato alla norma ma ha a che fare con l'ordinamento[473].

Ci si interroga, quindi, sulle caratteristiche rilevanti che ogni soggettività transnazionale dovrebbe avere per realizzare un ordinamento costituzionale – soggetti, organizzazione, normazione - quindi se tali comunità globali siano disciplinate da regole *ad hoc*, anche di gestione dei conflitti che possono insorgere all'interno degli appartenenti alla medesima comunità, se vi sia una struttura di governo ed un soggetto che - dotato di poteri di supremazia e di una legittimazione basata sul consenso - abbia una funzione di creazione delle regole giuridiche applicabili ai consociati, un qualche apparato sanzionatorio, nonché un sistema che garantisca l'applicazione delle sanzioni eventualmente configurabili.

A questo punto occorre decidere se vi sia differenza tra costituzione e legislazione, tra la costituzione delle organizzazioni transnazionali e la loro semplice giuridificazione.

[473] Cfr. B. FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, cit., p. 4, il quale ricorda come Jean-Jacques Sueur faccia osservare che non sarebbe teoricamente difficile superare la concezione statocentrica del diritto anche nel contesto di un approccio normativista. Se nell'approccio normativista la norma giuridica è lo schema interpretativo che permette di comprendere lo stato perché non dovrebbe permettere di comprendere altre istituzioni transnazionali? Cfr. F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e impresa,* 6, 2016, p. 1344 (commento alla normativa).

ISSN 2279-7238

Si ripropongono, quindi, i classici momenti del pluralismo delineati da Giannini, per cui un simile ordinamento sarà caratterizzato da un'organizzazione disciplinata, almeno nei tratti essenziali, da una organizzazione e da un sistema di fonti del diritto strutturato, anch'esso almeno in via essenziale, gerarchicamente. Da un punto di vista sostanziale, tuttavia, la costituzionalità di un tale ordinamento incontra difficoltà ad essere assimilata agli ordinamenti costituzionali statali, per come essi si sono formati nella modernità occidentale, per più ragioni. Innanzitutto (ma su questo, forse, si potrebbe discutere anche tenendo presente la varia casistica), farebbe ad esso difetto quel fondamentale circuito democratico che caratterizza e legittima le costituzioni statali moderne e contemporanee[474]. Più rilevante il fatto che i soggetti non hanno un rapporto esclusivo con tale ordinamento, ma solo una relazione circoscritta alla finalità della relazione stessa. Ovviamente, il principio della separazione dei poteri, che regola le relazioni tra gli organi dello stato, si trasforma, a livello globale, in criterio di divisione delle funzioni[475], per cui il pluralismo si presenta come una inevitabile conseguenza della differenziazione funzionale.

La frammentazione e varietà delle organizzazioni e la loro differenziazione ha conseguenze sul sistema di garanzie che si presenta diversificato[476] e, quindi, può creare dei problemi quando non può offrire procedure che generano identità e mutua fiducia.

Inoltre, tali associazioni non possono essere considerate originarie e quindi sovrane, bensì soltanto dotate di un'autonomia che deve essere in qualche modo collegata ad una qualche autorità che la 'garantisca', in mancanza della quale gli accordi, nati in base ad una autonomia autolegittimantesi, non avrebbero possibilità di sopravvivenza[477].

Nella frammentazione del diritto globale troviamo diversità che non possono, allo stato attuale, essere composte. Soprattutto sul piano del rispetto delle regole, coesistono in ambito mondiale organizzazioni che prevedono corpi giudiziari e organizzazioni che ne sono prive. E anche quando le organizzazioni dispongono di strumenti giurisdizionali, questi hanno differenti gradi di efficacia.

---

[474] R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale,* cit., p. 26. Cfr. S. CASSESE, *The Global Polity: global dimensions of democracy and the rule of law,* Global Law Press, 2012, pp. 176 ss.

[475] R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale,* cit., p. 63.

[476] Cfr. S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2007, pp. 609 ss.; P. M. DUPUY, *A Doctrinal Debate in the Globalisation Era*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, pp. 1 ss.

[477] N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile,* I, 2002.

ISSN 2279-7238

Chiaramente, in questa prassi sociale, si ridimensiona o ridisegna il tema della sanzione. La obbedienza, infatti, nasce non dalla verticalità della legge, dall'esistenza di un comando a cui si deve obbedire, ma dall'appartenenza e dal beneficio diretto o indiretto che si riscontra nell'aderire e dalle negatività che nascerebbero dal rimanere fuori dalla relazione, nel non accettare le regole del gioco. E pur tuttavia ciò non escluderà mai l'insorgenza di un conflitto che richiederà soluzione.

Tuttavia, il pluralismo, che è anche una idea normativa e risponde alle esigenze dell'alto grado di differenziazione sociale e della pluralità di interessi, anche nella sua qualificazione globale va incontro ad altre difficoltà, in quanto, come hanno dimostrato numerosi studi, il "legal pluralism allocates competences to strong interests without being able to provide, from within the theory, arguments for a protection of weaker social interests. Thus, pluralism becomes more or less identical with power politics, ignoring questions about equality and participation that have been at the center of democratic theory since ancient time"[478].

8. Una differenziazione funzionale?

Per verificare se le norme dei regimi transnazionali possano essere considerate norme costituzionali, alcuni studiosi ritengono che esse dovrebbero superare un test di qualità che riguarda la funzione costitutiva e limitativa, la capacità di produrre gerarchie normative, la capacità di identificare diversi ambiti regolativi della costituzionalizzazione, ma, soprattutto, la capacità di connettersi in maniera sufficientemente diretta col loro contesto sociale. Il diritto, in questi processi, giocherebbe un ruolo indispensabile. Ma, alla fine dei conti, sembra che queste teorie si basino sulla consapevolezza che le costituzioni sono soprattutto processi sociali che diventano processi giuridici solo quando la riflessività sistemica parziale d'un sistema sociale sia strutturalmente abbinata al diritto e, più precisamente, alla riflessività del diritto[479]. Il test di verifica si converte nel test di sopravvivenza delle

[478] G. TEUBNER, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, in C. JOERGES, I.J. SAND, G. TEUBNER, (eds), *The New Transnationalism. Transnational Governance and Democratic Legitimacy*, Klaus Dingwerth Institute for Intercultural and International Studies, University of Bremen, pp. 23 ss.

[479] G. TEUBNER, *Societal constitutionalism*, cit., p. 75. Anche per M. KUMM, *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called,* in *American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, p. 508, le norme d'un regime transnazionale devono superare i test di qualità per poter valere come norme costituzionali.

ISSN 2279-7238

istituzioni parziali per il fatto che la loro organizzazione supera il test di accettabilità sociale, vale a dire del consenso. Ci si può domandare se questo basta a dire che ogni ordinamento che si basi sul consenso e sia in qualche modo strutturato abbia una costituzione. Se si realizzi, cioè, una configurazione transnazionale in cui lo Stato non sparisce ma finisce per rappresentare solo un contesto istituzionale accanto ad altri. L'esistenza di un *global legal pluralism* non risolve il problema della coesistenza di ordinamenti che paralleli non sempre possono essere considerati[480].

È evidente che il pluralismo deve essere ripensato per potere comprendere il diritto globale "*non più come un ordine unico*, ma come una molteplicità di ordini per i quali si deve anche auspicare una qualche forma di coordinamento"[481].

Alla domanda di come la teoria costituzionale possa rispondere alle sfide che le provengono dalla digitalizzazione, dalla privatizzazione e dalla globalizzazione[482], si è tentato di rispondere richiamando il *societal institutionalism* e ricordando l'importanza delle

[480] Sull'importanza del ruolo degli Stati anche nel contesto del diritto globale vedi C. WALTER, *'Constitutionalising (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law'*, in *German Yearbook of International Law*, 44, 2001, pp. 170 ss. Cfr., anche, A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Oxford University Press, Princeton and Oxford, 2004, p. 5: "Stop imagining the international system as a system of states…Start thinking about a world of governments with all different institutions that perform the basic functions of governments – legislation, adjudication, implementation - interacting both with each other domestically and also with their foreign and supranational counterparts. States still exist in this world; indeed, they are crucial actors. But they are 'disaggregated'. They relate to each other not only through the Foreign Office, but also through regulatory, judicial, and legislation channels". Bifulco, da cui traggo la citazione, aggiunge nuove tessere ad un mosaico già molto complesso quando ci parla della denazionalizzazione della legge costituzionale su cui cita G. DE BURCA, O.GERTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, in *Harvard International Law Review,* 2006.

[481] B. FRYDMAN, *Commentpenser le droitglobal?*, cit., p. 7. Frydman aggiunge: "Cette option est privilégiée par nombre de travaux importants sur la mondialisation du droit", e cita M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Théorie du 'pluralisme ordonné'*, Seuil, Paris, 2006; J-L.BERGEL, *Le plurijuridisme.* Actesdu 8ème congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003), Presses Universitaires d'Aix, Marseille, 2005. Per una prima bibliografia non italiana, che testimonia come il tema sia ampiamente dibattuto da vari decenni a livello internazionale, cfr. J. GRIFFITHS, *Whatis Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986; G. TEUBNER, *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law Without a State* a cura di G.Teubner, cit.; Vedi inoltre B. Z. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law and Society,* 27, 2000; F. von BENDA-BECKMANN, *Transnational Dimensions of Legal Pluralism*, in *Begegnung und Konflikt: eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme,* 33, 2001; ID., *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, in *Journal of. Legal Pluralism and Unofficial Law,* 47, 2002; C. WEISBROD, *Emblems of Pluralism: Cultural Differences and the State*, Princeton University Press, Princeton, 2002; B. de SOUSA SANTOS, C. A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; B. RAJAGOPAL, *The Role of Law in Counter-hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism: Lessons from the Narmada Valley Struggle in India*, in *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005; S. E. MERRY, *New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law*, in *Law and Social Inquiry*, 31, 2006; ID., *International Law and Sociolegal Scholarship: Toward a Spatial Global Legal Pluralism,* in *Studies in Law, Politics, & Society*, 41, 2007; P. S. BERMAN, *The New Legal Pluralism*, in *Annual Review of Law and Social Sciences*, 5, 2009; In Italia si può ricordare P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, CEDAM, Padova, 1966 e successive edizioni.

[482] G. TEUBNER, *Societal Constitutionalism*, cit., p. 4.

ISSN 2279-7238

formazioni sociali (*collegial formations*)[483], la cui autonomia si autolegittimerebbe. Queste riflessioni possono aver valore sia a livello interno che internazionale dove si realizza una globalizzazione policentrica, non un unico villaggio globale, ma infiniti villaggi globali ognuno dei quali sviluppa una propria intrinseca dinamica come area autonoma che non può essere controllata dall'esterno, per cui globalizzazione finisce col significare realizzazione mondiale della differenziazione funzionale[484].

Se la cittadinanza societaria si definisce "come la dimensione politica, cioè il legame di interessi e identità, fra i consociati di una comunità, la quale si sviluppa attraverso processi associativi di differenziazione e integrazione" è evidente che essa può essere riconosciuta laddove si crei un legame "di interessi e di identità" e dove vi sia una "costruzione complessa e co-evolutiva di un insieme articolato di attori che, come soggetti di una rete di reti di relazioni civili, formano (ossia danno forma a) la comunità politica"[485]. In questo senso, il diritto sportivo ci dà delle indicazioni utili almeno su un punto: questa comunità, nella quale i soggetti si riconoscono, non è esclusiva in quanto soggetti e gruppi appartengono, comunque, alla più circoscritta ma più complessa e strutturata organizzazione statale che regolamenta tutta la loro vita, ivi compresa la loro appartenenza alla *lex sportiva*.

Il diritto sportivo globale è una organizzazione che può essere considerata come antesignana di bisogni ed esigenze sociali che i singoli stati non prendevano in considerazione e oggi essa fa parte del pluralismo giuridico globale, anche se assume caratteristiche del tutto particolari.

Lo sport ha realizzato da sempre una organizzazione internazionale stratificata, con proprie strutture, regole e destinatari, ma si è sempre confrontata con le organizzazioni statali, mantenendo con esse una dialettica tendente a difendere la propria autonomia e indipendenza.

Il necessario riferimento al rapporto tra ordinamento sportivo e singole organizzazioni statali territoriali nasce anche dalla considerazione che, comunque, stante anche la varietà

[483] "Only the presence of institutions of external procedural restraint (on inadvertent or systemic exercises of collective power) within a civil society can account for the possibility of a non-authoritarian social order under modern conditions" (D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism*, cit., p. 81).

[484] Cfr. M. ALBERT, *Observing World Politics: Luhmann's System Theory of Society and International Relations*, in *Journal of International Studies,* 1999; H BRUNKHORST, *'Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?*, in H BRUNKHORST, M. KETTNER (eds), *Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien,* Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2000.

[485] Cfr. P. DONATI, *La cittadinanza societaria,* Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 18.

ISSN 2279-7238

delle strutture politiche mondiali, ognuna di esse ha assunto e continua ad assumere, pur nel necessario riconoscimento dell'autonomia dell'organizzazione sportiva internazionale, politiche diverse nei confronti di quest'ultima e dello sport in generale. Operando una prima classificazione, si presentano due modelli: il primo basato sulla tradizionale *self regulation* e il secondo sulla necessità di una qualche maggiore o minore dipendenza da una regolamentazione eteronoma e, tra i due estremi si inserisce una varietà di rapporti. Negli ultimi decenni, questo tema si è reso più complesso a causa di due aspetti tra loro antinomici. Da un lato, si registra la presenza crescente, in ambito globalizzato, della regolamentazione su base transnazionale e privatistica di molteplici aspetti della vita sociale. E non si può fare a meno di notare come questa direzione sia stata anticipata dall'organizzazione sportiva internazionale, per cui oggi quando si parla di *lex mercatoria* si comincia a far riferimento, se pur con le dovute precisazioni, anche all'area dello sport. Dall'altro lato, con essa si scontra la richiesta, che nasce proprio dall'ambito sportivo, del supporto della legge e la considerazione che la stessa *lex mercatoria*, che ha origini trasversali e privatistiche, senza uno stato che garantisca le convenzioni ratificandole in codici o accettandole come una realtà da tener presente, non potrebbe avere piena efficacia. Il problema sorge chiaramente quando la conflittualità nascente all'interno del mondo sportivo impone alle Corti nazionali, e per l'Europa anche alla Commissione europea, di confrontarsi con le regolamentazioni sportive.

Il CIO, come è noto, nasce su base associazionistica di stampo privatistico. Esso, secondo alcuni studiosi del fenomeno, avrebbe nella Carta Olimpica, che peraltro si caratterizza per la sua dinamicità, una vera e propria costituzione che detta i principi fondamentali, le norme organizzative e di funzionamento delle Olimpiadi, che definisce anche diritti e obblighi dello stesso C.I.O., dei comitati nazionali, delle federazioni sportive internazionali[486].

Per quanto riguarda la sua legittimazione, forse possono venirci incontro le discussioni sulla *governance* transnazionale che applica le categorie di diritto privato ad alcuni domini

[486] Cfr. L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva*, cit., p. 5, che ritiene che il movimento ha nella Carta olimpica una vera e propria costituzione che fissa "i principi fondamentali e le regole sull'organizzazione e sul funzionamento delle Olimpiadi", ma non solo in quanto la Carta assolve "tre principali compiti: in primo luogo, essa stabilisce i principi e i valori olimpici, rappresentando quindi un 'basic instrument of a constitutional nature'; in secondo luogo la Carta è lo statuto del Cio, in terzo luogo, essa definisce diritti e obblighi delle tre componenti fondamentali del movimento olimpico – il Cio, le federazioni sportive internazionali, i comitati olimpici nazionali - e dei comitati organizzativi dei giochi".

ISSN 2279-7238

classici del diritto pubblico, all'analisi di alcune istituzioni giuridiche che traggono la loro legittimazione dalla propria volontà e dal proprio interesse. In una cornice di diritto privato, la produzione di norme è la risultanza di un processo di spontaneo ordinamento che si realizza formalmente tra eguali e che quindi non è connesso con l'intervento di un potere pubblico[487]. L'esistenza di un ordinamento sportivo si inserisce pienamente nel contesto di una globalizzazione che vede intervenire sulla scena mondiale una serie di soggetti nuovi, ma per lo sport si tratta più che di un processo di costituzionalizzazione, di un processo di giuridificazione di un fenomeno associativo transnazionale.

Esistono giuste resistenze ad ammettere che le configurazioni transnazionali possano costituire idonei soggetti costituzionali, nel senso di ordinamenti sociali capaci di 'costituzionalizzarsi'. Per i costituzionalisti fermi ad un rapporto che si chiuda nei confini territoriali dello stato è chiaramente un controsenso parlare di costituzionalismo delle *civil societies* e non desta meraviglia che solo una minoranza si confronti oggi coi problemi di un costituzionalismo sociale transnazionale[488].

Ma la realtà della globalizzazione ci mostra grande varietà di organizzazioni che potrebbero condurre ad una revisione di molti concetti giuridici, tra cui anche il concetto ormai consolidato di costituzione. Bisogna allora ricercare le ragioni addotte contro questa possibilità. Ai presunti processi di costituzionalizzazione oltre lo Stato mancherebbe un substrato sociale idoneo a costituire un oggetto appropriato perché le 'costituzioni' e le norme dei regimi transnazionali eserciterebbero funzioni soltanto regolative, ma non genuinamente costituzionali. Ciò perché esse non potrebbero realizzare quel gioco dell'alternanza, osservabile nella politica, nella formazione dell'opinione pubblica e nei processi decisionali vincolanti. D'altra parte, è anche evidente che, allo stato attuale, pur avendo la *lex sportiva* un valore internazionale, l'organizzazione sportiva non può fare a meno di rapportarsi ai singoli stati. Che non ci si possa limitare a un concetto di costituzione tradizionale nel mondo della *civil law* potrebbe essere evidente. Le costituzioni al di là dello Stato devono soddisfare alcuni requisiti, che sono quelli che definiscono la distanza tra semplice giuridificazione e costituzionalizzazione: una costituzione stabilisce un'originaria

[487] Cfr. G. TEUBNER, *Transnational Governance Without a public Law?,* cit., pp. 329 ss.
[488] Al di là del panorama italiano nel quale le resistenze sono notevoli, solo una minoranza si confronta col problema del costituzionalismo sociale transnazionale.

ISSN 2279-7238

autorità giuridica, vale a dire un autonomo sistema giuridico, che, per parte sua, struttura un processo sociale (e non soltanto, come nel caso delle costituzioni degli Stati nazioni, un processo politico) e da esso viene legittimato[489].

L'articolazione dell'ordinamento sportivo, che risponde ai principi di Giannini che sono stati ricordati, ha una sua caratura internazionale e riguarda la regolamentazione non solo delle molteplici competizioni che si danno al suo interno, ma anche di molti altri aspetti connessi all'attività sportiva, da quello educativo, a quello amministrativo, a quello giudiziario ecc., alle finalità stesse degli sport, i quali, tutti tra loro collegati, necessitano di essere considerati in relazione al ruolo specifico che svolgono nel settore e nella sua organizzazione. Si tratta di una organizzazione complessa. E per essa sembrerebbe che oggi si possa ricominciare, se pure con determinati accorgimenti e distinguo e con attenzione al mondo globale, a far riferimento al "diritto dei privati", che si concretizza in una serie di ordinamenti che non traggono la loro giuridicità dalla posizione che occupano all'interno della gerarchia del diritto statuale, ma costituiscono una "formazione giuridica non sottoposta, ma parallela al secondo"[490], in quanto "sono riconducibili a un vero e proprio ordinamento autonomo", che spiega i suoi effetti sul popolo dei suoi aderenti. Anche questo ricorso, però, non elimina il problema del rapporto tra *lex sportiva* e ordinamenti statali entro il quale si trova *quel popolo dei suoi aderenti*.

Il diritto positivo statale deve oggi fare i conti con una pluralità di ordinamenti della cui giuridicità nessuno dubita, anche se certamente rimane, in linea di massima, sovrano nel territorio dello Stato. Oggi l'interrogativo sulla giuridicità delle istituzioni sportive si inserisce nel più ampio dibattito, che fa riferimento alla globalizzazione e al superamento del concetto di sovranità statuale, in linea col superamento del tradizionale paradigma dualistico che precludeva la strada a un diritto transnazionale tra privati[491]. Esistono vari sistemi regolatori globali o "*global governances*" che, affiancandosi ai tradizionali centri di

[489] M. KUMM, *Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics,* cit., p. 508.
[490] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, 1963, p. 3: il diritto dei privati è "quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza o nell'insufficienza della legge statale", vale a dire, p. 4, "il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte".
[491] Su questo punto cfr. anche N. LIPARI, *Introduzione,* in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 232, il quale, con riferimento alla riflessione sul problema delle fonti, ritiene che il tema della prestazione sportiva debba essere riconnesso alla crisi del paradigma dell'esclusiva statualità del diritto e nota come si sia poco propensi a prendere in considerazione "l'interferenza sul sistema delle fonti statuali di regole sottordinate a quel contesto di punti di riferimento normativi che trova la sua peculiare espressione nella legge dello Stato".

ISSN 2279-7238

potere, governano aree di rilievo economico e sociale con prescrizioni che, pur non avendo la validità formale della legge, confidano su un ampio grado di consenso non solo perché conformi alle aspettative dei soggetti regolati, ma anche, come nel caso dello sport, perché possono disporre di efficaci organi giudicanti globali per sanzionare le trasgressioni.

Accanto alle regole di funzionamento, lo sport crea anche le norme necessarie a disciplinare le eventuali controversie che, dall'applicazione delle prime, possono sorgere al suo interno. In quest'ottica, esso sembra inserirsi nella linea della globalizzazione nella quale i numerosi rapporti, soprattutto di natura economica, che si danno al di là dei confini territoriali realizzano una serie di regole stabilite dalle parti che pur sottraendo ai singoli stati il monopolio della regolamentazione e della soluzione dei conflitti[492], non eliminano la possibilità del loro intervento.

Da questo punto di vista, essendo il diritto sportivo oggetto di indagine anche transnazionale, per alcuni esso può rappresentare "un settore di osservazione privilegiato per l'analisi delle strategie della globalizzazione e competizione, le quali costituiscono il fattore caratteristico del contesto internazionale e dell'evoluzione in atto, anche sul piano squisitamente giuridico"[493].

In questa realtà, il diritto sportivo assume aspetti particolari in quanto è diritto positivo, con un suo apparato giudicante che gli fa acquistare una autonomia nei confronti dello Stato, il cui intervento è sempre possibile con riferimento alle singole normative statali e rimarrebbe limitato, in Italia, alle sole ipotesi in cui dovessero essere violati principi e norme dell'ordinamento statale o se vi fossero lesioni di diritto per la non corretta applicazione della norma o per il mancato rispetto dei diritti processuali, della cui protezione in Italia si occupa la L. 280/2003[494]. Il che però, certamente, non fa equiparare l'organizzazione sportiva internazionale ad una organizzazione che abbia la sua costituzione nella Carta

[492] Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.
[493] L. SANTORO, *Prefazione,* cit.
[494] I principi procedurali sui quali l'ordinamento statale non può transigere sono il diritto ad essere sentiti, il diritto ad un equo processo, il principio *ne bis in idem*, il principio dell'irretroattività delle norme, della proporzionalità delle sanzioni, della terzietà del giudice e del requisito di una motivazione scritta delle decisioni. Sulla giustizia sportiva, *ex plurimis*, cfr. P. SANDULLI, *Brevi note in tema di giustizia sportiva,* in *RDES*, I, 2015; G. SORICELLI, *Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice sportivo dopo il nuovo Codice di 'giustizia sportiva': alla ricerca della tutela degli interessi giuridicamente rilevanti*, in *Atti del 23 IASL Congress*, a cura di M.F. Serra, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2018, in corso di stampa. Per un caso concreto in Italia di applicazione del diritto sportivo globale, cfr. R. CAVALLO PERIN B. GAGLIARDI, *La disciplina giuridica dei grandi eventi e le olimpiadi invernali "Torino 2006"*, in *Diritto Amministrativo*, 1-2, 2012, pp. 189 ss.

ISSN 2279-7238

Olimpica. E, ciononostante, essendo ormai superato "il vecchio paradigma del contratto che produce effetti solo tra le parti contraenti, ed essendo ormai riconosciuta la possibilità che atti di autonomia privata producano effetti al di là dell'ambito proprio delle parti sottoscrittrici, la realtà dell'ordinamento sportivo, nella sua peculiarità, può assumere valenza di "paradigma generale" [495] al di là di quella che possa essere una portata esclusivamente riferibile alle parti in contratto.

[495] N. LIPARI, *Introduzione,* in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 232.

ISSN 2279-7238

L'ordinamento sportivo di nuovo al vaglio della Consulta. Spunti di riflessione in merito all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del Tar Lazio

(sezione prima ter), n. 3514, 11 ottobre 2017*

di Dario Martire**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il precedente della Corte costituzionale: la sentenza n. 49 del 2011 – 3. La questione sollevata dall'odierna ordinanza di rimessione n. 3514 del 2017 – 4. L'ordinamento sportivo come ordinamento riconosciuto e garantito dalla Costituzione repubblicana

1. Premessa

La presente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale origina da un ricorso proposto da un dirigente sportivo tesserato F.I.G.C. (Federazione Italiana Giuoco Calcio) avanti il Tribunale amministrativo regionale del Lazio al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento n. 14 del 14 febbraio 2017 con cui il Collegio di Garanzia dello Sport ha confermato l'irrogazione nei suoi confronti della sanzione disciplinare della inibizione per tre anni[496].

Il ricorrente deduceva, come unico motivo di illegittimità, la manifesta violazione dell'art. 34 bis del codice di giustizia sportiva della F.I.G.C secondo il quale «*Il termine per la pronuncia della decisione di secondo grado [della Corte d'Appello Federale] è di sessanta giorni dalla data di proposizione del reclamo*» e che «*Se i termini non sono osservati per ciascuno dei gradi di merito, il procedimento disciplinare è dichiarato estinto, anche d'ufficio, se l'incolpato non si oppone*».

---

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di Ricerca presso l'Università di Roma "La Sapienza".

496 Come è noto il Tar Lazio ha, per tale materia e ovviamente in primo grado, competenza esclusiva. Nello specifico, l'art. 14 del d.lgs. n. 104/2010 (recante il nuovo codice del processo amministrativo), stabilisce che «sono devolute funzionalmente alla competenza inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, le controversie indicate dall'art. 135 e dalla legge». L'art. 135, a sua volta, include, tra le controversie di competenza del Tar Lazio in sede esclusiva, l'art. 133, comma 1, lett. z), ossia le «*controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'Ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti*». Il Collegio di Garanzia, istituito presso il CONI con le modifiche disposte dall'art. 12 dello Statuto, in posizione di autonomia e indipendenza, costituisce l'organo di ultimo grado della giustizia sportiva, cui è demandata la cognizione delle controversie decise in via definitiva in ambito federale, ad esclusione di quelle in materia di doping e di quelle che hanno comportato l'irrogazione di sanzioni tecnico-sportive di durata inferiore a novanta giorni o pecuniarie fino a 10.000 euro. Il ricorso presso tale organo è ammesso esclusivamente per violazione di norme di diritto, nonché per omessa o insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia che abbia formato oggetto di disputa tra le parti.

ISSN 2279-7238

La fattispecie in esame prevede quindi un'ipotesi di estinzione del procedimento disciplinare nel momento in cui la decisione dell'organo di giustizia giunga allo spirare del termine, come tale perentorio, di 60 giorni dal deposito del ricorso.
Il ricorrente lamentava la violazione della norma in esame in quanto, nonostante il reclamo avverso la decisione del Tribunale Federale Nazionale (organo di primo grado della giustizia sportiva) fosse stato proposto in data 26 luglio 2016, la relativa decisione della Corte d'Appello Federale (organo di secondo grado) sarebbe stata emessa e pubblicata ben oltre il termine perentorio previsto dalla normativa, ossia il 5 ottobre 2016.
Il Collegio di Garanzia, tuttavia, non dichiarava l'estinzione del giudizio: la data di udienza per la relativa trattazione era infatti stata fissata dalla Corte Federale d'Appello il 21 settembre 2016, quindi entro il termine suddetto, e spostata alla successiva del 5 ottobre solo su richiesta dell'incolpato.

Trattandosi quindi di una richiesta della difesa, il Collegio riteneva di poter applicare la fattispecie sospensiva disciplinata dall'art. 38, comma 5, lett. c), c.g.s CONI, secondo cui «*Il corso dei termini è sospeso: (...) c) se il procedimento disciplinare è rinviato a richiesta dell'incolpato o del suo difensore o per impedimento dell'incolpato o del suo difensore*»[497].

Secondo la difesa, al contrario, tale ipotesi di sospensione non poteva trovare applicazione in quanto la richiesta di differimento dell'udienza originava dal mancato rispetto, da parte della Corte Federale d'Appello, dei termini fissati dall'art. 41 c.g.s. FIGC per l'avviso di convocazione. L'ipotesi di sospensione, pertanto, non avrebbe dovuto trovare applicazione, trattandosi di un'ipotesi di rinvio imposta da esigenze difensive, conseguenti al mancato rispetto del termine di avviso di fissazione dell'udienza.

Ciò nonostante il Collegio ha ritenuto di affermare che «*il mancato rispetto del termine di comparizione (…) può essere oggetto di specifica eccezione, ben potendo la parte processuale, interessata alla spedita celebrazione del giudizio, rinunciarvi, in tutto o in parte, anche implicitamente (e cioè non sollevando la relativa eccezione), senza che ciò si ripercuota sulla legittimità del giudizio*».

Ad avviso dell'organo di ultima istanza dell'ordinamento sportivo la legittimità della decisione dell'organo di secondo grado federale si desumeva pertanto dalla possibilità per l'incolpato di rinunciare al termine a difesa connesso alla mancanza dei termini di preavviso. In altri termini, lo svolgimento dell'udienza in una data successiva, anche se per motivi difensivi, non incideva sulla validità del procedimento, che rimaneva pertanto legittimo.

Avanti il giudice amministrativo si chiedeva l'annullamento della decisione dell'organo di giustizia sportiva di ultima istanza e, preventivamente, la rimessione della questione di costituzionalità relativa alla norma che, nell'interpretazione attuale, impedisce il relativo accertamento da parte del giudice dell'ordinamento statale. Come vedremo più avanti la

[497] Il comma 5 stabilisce che «il corso dei termini di estinzione è sospeso nelle ipotesi previste dal Codice della Giustizia Sportiva del CONI, fatta salva la facoltà del Collegio giudicante di disporre la prosecuzione del procedimento disciplinare». Le ipotesi di sospensione disciplinate dall'art. 38, comma 5, c.g.s. CONI, sono: a) se per lo stesso fatto è stata esercitata l'azione penale, ovvero l'incolpato è stato fermato o si trova in stato di custodia cautelare, riprendendo a decorrere dalla data in cui non è più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere ovvero sono divenuti irrevocabili la sentenza o il decreto penale di condanna, fermo che l'azione disciplinare è promossa e proseguita indipendentemente dall'azione penale relativa al medesimo fatto; b) se si procede ad accertamenti che richiedono indispensabilmente la collaborazione dell'incolpato, e per tutto il tempo necessario; c) se il procedimento disciplinare è rinviato a richiesta dell'incolpato o del suo difensore o per impedimento dell'incolpato o del suo difensore; d) in caso di gravi impedimenti soggettivi dei componenti del collegio giudicante, per il termine strettamente necessario alla sostituzione.

ISSN 2279-7238

Corte costituzionale, seppur con motivazioni diverse rispetto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (considerata dal rimettente diritto vivente), ha escluso la tutela caducatoria statale nei confronti dei provvedimenti dell'ordinamento sportivo, riconoscendo esclusivamente la tutela risarcitoria.

Prima di procedere all'analisi del merito della questione affrontata dalla Corte costituzionale ed alle differenze che sussistono rispetto al caso odierno, è necessario rilevare come il decreto-legge n. 220 del 2003, così come convertito dalla legge n. 280 del 2003, all'art. 2, abbia riservato, come è noto, all'ordinamento sportivo, ed ai suoi "giudici", le questioni inerenti: l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive e, per quel che interessa maggiormente in questa sede, i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive.

In tali materie il comma II dello stesso articolo stabilisce che le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo.

Il legislatore, pertanto, dopo aver previsto, all'art. 1 che la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo del Comitato Olimpico Internazionale, e che i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo, esplicitando la natura ordinamentale del fenomeno sportivo, ha previsto gli strumenti necessari per consentire l'esplicazione effettiva di quell'autonomia, stabilendo da un lato una riserva di "giurisdizione" degli organi di giustizia sportiva nelle materie di cui all'art. 2, comma I, e, dall'altro, il meccanismo della pregiudiziale sportiva, ossia l'onere di adire preventivamente gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo[498].

Occorre peraltro sottolineare come, dal canto suo, l'ordinamento sportivo si sia, da sempre, munito di strumenti tendenti ad affermare la supremazia sulla giustizia statale, mediante l'istituto del c.d. vincolo di giustizia sportiva, per cui gli affiliati, e quindi sia le società che i tesserati, debbono necessariamente, pena la sanzione disciplinare, in caso di controversia

[498] La pregiudiziale sportiva rappresenta il fondamento normativo statale mediante il quale si "protegge" l'ordinamento sportivo dall'ingerenza senza limiti della giurisdizione dell'ordinamento statale. In tal senso mi sembra il pensiero di R.M. PELLEGRINI, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, 2007, 255, secondo cui la stessa costituisce appunto il tentativo del legislatore di difendere la natura ordinamentale del fenomeno sportivo. Difatti per l'Autore «l'onere di esaurire preventivamente i gradi della giustizia sportiva appare costituire una forma di garanzia a favore dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, costituendo, peraltro, anche un filtro all'attività giurisdizionale alla quale il legislatore "auspica" che non si addivenga per una duplice ragione: da un lato, perché l'intervento della giustizia statale, pur imprescindibile in talune situazioni costituzionalmente protette, mal si attaglia allo spedito e lineare funzionamento del fenomeno sportivo, caratterizzato da dinamiche peculiari che necessiterebbero di strumenti di regolazione *ad hoc*, onde evitare possibili "crisi di rigetto" del sistema sportivo sul quale vengano innestati procedimenti utilizzati in ambito generale, dall'altro lato, per ragioni deflattive del contenzioso». V. inoltre G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e tutela giurisdizionale*, Torino, 2007, nonché P. SANDULLI, *La giurisdizione "esclusiva" in materia di diritto sportivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2005, 395 ss.

ISSN 2279-7238

relativa all'ambito sportivo, adire gli organi federali, con esclusione dell'autorità giudiziaria statale[499].

Venendo alla questione odierna, il giudice a quo non ha ritenuto di dubitare della legittimità dell'intero sistema delineato dal legislatore nel 2003. Nell'ordinanza di rimessione si legge infatti che né la riserva al giudice sportivo delle controversie concernenti la violazione delle norme c.d. tecniche né la c.d. pregiudiziale sportiva rappresentano delle questioni da contestare e suscettibili di assurgere a questione di legittimità costituzionale[500].

La questione che, ad avviso del giudice a quo, al contrario merita una valutazione della Corte costituzionale riguarda le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari sportive.

Mentre infatti la prima area di riserva "giurisdizionale", quella tecnica, apparterrebbe all'irrilevante giuridico dal punto di vista dell'ordinamento statale, la seconda, concernente il potere disciplinare delle federazioni sportive, si porrebbe in contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 Cost.

2. Il precedente della Corte costituzionale: la sentenza n. 49 del 2011

Nel 2011 la Consulta aveva avuto modo di pronunciarsi su una questione in parte analoga[501]. Il Tar Lazio aveva infatti sollevato questione di legittimità costituzionale sugli artt. 2, comma 1, lettera *b*), e comma 2, per contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, nella parte in cui si riservava al giudice sportivo la competenza a decidere in via definitiva sulle controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive; in particolare il giudice a quo lamentava la sottrazione della controversia anche se gli effetti della stessa superavano l'ambito dell'ordinamento sportivo, incidendo su diritti ed interessi legittimi[502].

---

499 Sul vincolo di giustizia v. F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, 341 ss.; M. SFERRAZZA, *Il vincolo di giustizia sportiva: natura ed effetti alla luce dell'attuale quadro normativo*, in *Riv. diritto ed economia dello sport*, V, 3/2009.

500 Punto 3 del considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione.

501 Sulla decisione cfr. F.G. SCOCA, *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore*, in *Corriere giur.*, 2011, 1548; E. LUBRANO, *La Corte cost. n. 49/2011, nascita della giurisdizione amministrativa in materia disciplinare sportiva*, in *Riv. dir. ed economia sport.*, 2011, I, 63; G. MANFREDI, *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, in *Giur. cost.*, 1/11, 688 ss.

502 Della questione si era già occupato il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, che, con la nota sentenza 8 novembre 2007 n. 1048, aveva ritenuto di escludere nettamente la giurisdizione statale in materia disciplinare, in quanto il legislatore con la legge del 2003 «ha operato una scelta netta, nell'ovvia consapevolezza che l'applicazione di una norma regolamentare sportiva ovvero l'irrogazione di una sanzione disciplinare sportiva hanno normalmente grandissimo rilievo patrimoniale indiretto; e tale scelta l'interprete è tenuto ad applicare, senza poter sovrapporre la propria "discrezionalità interpretativa" a quella legislativa esercitata dal Parlamento». Per il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia il rilievo patrimoniale, e quindi la sussistenza di situazioni giuridiche connesse con l'ordinamento sportivo rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica, non incide sulla giurisdizione determinando quello spostamento (in realtà previsto dalla legge del 2003) dalla giurisdizione sportiva a quella statale. Lo stesso legislatore ha infatti dettato un criterio elastico che avrebbe dovuto consentire al giudice statale di affermare o escludere la propria giurisdizione a seconda dell'incidenza su una situazione giuridica soggettiva rilevante appunto per l'ordinamento generale. Escludere nettamente la giurisdizione statale in materia disciplinare significa, al contrario, pronunciarsi sulla base di un criterio rigido "a prescindere dalle conseguenze ulteriori" come li definisce la stessa decisione, che dovevano, al contrario, indirizzare la decisione del giudice statale in tema di giurisdizione. Anche il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5782 del 25 novembre 2008, sez. VI, ritenne, in quanto maggiormente conforme al dato letterale, di dover aderire all'interpretazione prospettata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia.

ISSN 2279-7238

La Corte costituzionale ritenne la questione non fondata. In particolare la Consulta, dopo aver affermato che l'ordinamento sportivo nazionale costituisce l'articolazione nazionale di un più ampio ordinamento autonomo, avente tuttavia una dimensione internazionale, elemento che, seppur non sviluppato in quanto ritenuto non decisivo per la decisione, risulta, ad avviso di chi scrive, di estrema rilevanza, ha enunciato il principio, oggi messo in discussione dall'ordinanza di rimessione, per cui la normativa impugnata non viola l'art. 24 Cost. in quanto, qualora la situazione soggettiva assuma i connotati del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, pertanto rilevanti per l'ordinamento statale, è riconosciuta al ricorrente la tutela risarcitoria.

Occorre rilevare come peraltro il giudice costituzionale ritenga che, nonostante il rimettente estenda il giudizio agli artt. 103 e 113 Cost., in realtà la censura faccia riferimento esclusivamente al profilo relativo all'art. 24 della Costituzione[503].

Il rimettente afferma infatti che dai parametri costituzionali di cui si chiede l'applicazione si deve dedurre che a nessuno possa essere negata la tutela della propria sfera giuridica dinanzi ad un giudice statale e che la deroga al principio costituzionale del diritto ad ottenere la tutela della propria posizione giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo dinanzi ad un giudice statale determina il dubbio di costituzionalità, comportando una lesione del diritto di difesa.

Come si avrà modo di constatare nell'odierna ordinanza di rimessione il giudice a quo cerca di distaccarsi da tali affermazioni evidenziando autonomi profili di contrasto della disciplina legislativa con gli artt. 103 e 113 Cost.
Tornando al fulcro della decisione, la Consulta evidenzia come l'esclusione della giurisdizione statale di annullamento dei provvedimenti dell'ordinamento sportivo non sia elemento idoneo a determinare una violazione del diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, trattandosi di un tipo di giudizio privo della necessaria effettività e una «forma non armonica rispetto all'affermato intendimento di tutelare l'ordinamento sportivo»[504].

Per la Consulta pertanto il diritto di agire in giudizio, previsto dall'art. 24 Cost., richiederebbe sì una tutela, ma non necessariamente in forma specifica. La tutela per equivalente, che rappresenta una diversa modalità di tutela giurisdizionale già peraltro sperimentata dal legislatore, alla luce dei principi costituzionali non appare irragionevole, ma, al contrario, la soluzione più idonea in quanto forma meno incisiva sull'autonomia dell'ordinamento sportivo.

Il giudizio di annullamento rappresenterebbe quindi, ad avviso della Consulta, una forma di intromissione nell'ordinamento sportivo non armonica con i principi costituzionali. Si legge infatti nella sentenza che «anche prescindendo dalla dimensione internazionale del fenomeno, deve sottolinearsi che l'autonomia dell'ordinamento sportivo trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 della Costituzione, dato che non può porsi in dubbio che le associazioni

[503] Secondo la Consulta la censura attiene ad un unico profilo, chiaramente definito dal rimettente quando afferma che dai parametri costituzionali invocati «si evince che a nessuno può essere negata la tutela della propria sfera giuridica dinanzi ad un giudice statale, ordinario o amministrativo che sia». Anche se nell'ordinanza di rimessione il riferimento è ai tre articoli richiamati, la censura ha un carattere unitario, non prospettandosi illegittimità costituzionali diverse da quelle formulate con riferimento all'art. 24 Cost.

[504] Punto 4.5 del considerato in diritto.

ISSN 2279-7238

sportive siano tra le più diffuse «formazioni sociali dove [l'uomo] svolge la sua personalità» e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive»[505].

La decisione ha ricevuto una serie di obiezioni da parte di quella dottrina secondo cui i principi affermati dalla Corte costituzionale appartengono ad un "ordine giuridico medievale"[506]. Sarebbe infatti fuori di dubbio, a parere di tale dottrina, che le formazioni sociali siano tutelate dalla Costituzione repubblicana, tuttavia tale tutela andrebbe ricercata nell'attuazione dei diritti inviolabili dell'uomo[507]. Su tali obiezioni si tornerà nel prosieguo del lavoro.

3. La questione sollevata dall'odierna ordinanza di rimessione n. 3514 del 2017

La questione di costituzionalità che viene oggi sollevata dal giudice a quo ripropone in parte il medesimo dubbio di costituzionalità e pone pertanto in discussione l'orientamento espresso dal giudice costituzionale nella suddetta decisione.

Con esso si è affrontata una questione particolarmente delicata, avente ad oggetto il rapporto tra l'ordinamento statale e uno dei più significativi ordinamenti autonomi che vengono a contatto con quello statale, cioè l'ordinamento sportivo. Ordinamento che, già ad una prima analisi, si caratterizza per due particolarità, estremamente connesse: da un lato la sua imponente struttura associativa, articolata a livello nazionale, dall'altro il suo collegamento genetico, messo in luce anche dalla sentenza della Corte costituzionale, con l'ordinamento sportivo internazionale. Il tutto sorretto da una forte tradizione.

Peraltro, come già in parte sottolineato, nella odierna ordinanza il giudice a quo cerca di evidenziare un aspetto che, ad avviso dello stesso, non è stato oggetto della pronuncia del 2011, ossia che l'irrogazione di sanzioni disciplinari sia attività idonea a ledere anche posizioni di interesse legittimo[508].

---

[505] Punto 4.1 del considerato in diritto.

[506] G. MANFREDI, *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, cit., 688 ss.

[507] G. MANFREDI, *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, cit., 688 ss. e, in particolare, 691-692, dove afferma che: "nello Stato pluriclasse non ha più ragion d'essere la separatezza tra l'ordinamento statuale e gli ordinamenti infrastatuali che rispecchiava la cesura tra Stato e società che connotava lo Stato borghese. Ma dato che l'unico strumento per tutelare questi diritti consiste in un intervento dello Stato, a questa stregua si corre il rischio di indebolire le formazioni sociali, e, quindi, la garanzia che esse rappresentano per la persona: sicché non è facile conciliare libertà delle associazioni e libertà nelle associazioni. Cfr. inoltre F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario Scialoja-Branca del codice civile*, Bologna-Roma, 1976, 160 ss., G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, A. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991, G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in AA.VV. *Il pluralismo sociale nello Stato democratico. Atti del corso di aggiornamento culturale dell'Università cattolica*, Milano, 1980, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1988, E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali, parte speciale*, II ed., Padova, 1992, M. BASILE, *L'intervengo dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975.

[508] Nella decisione del 2011 la Corte costituzionale aveva disatteso l'eccezione di inammissibilità della questione, proposta dalla difesa del CONI, in relazione alla mancata adeguata valutazione da parte del rimettente della natura del provvedimento emesso dalla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport. Ad avviso del CONI il provvedimento della Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport rappresentava un caso di lodo arbitrale e, data la soggezione di tali atti a ipotesi tipizzate di motivi di impugnazione, secondo quanto stabilito dal codice processuale civile, il relativo ricorso di fronte al giudice *a quo* doveva essere dichiarato inammissibile e, di conseguenza, la sollevata questione di legittimità costituzionale irrilevante. La Corte costituzionale, conformemente alla sua giurisprudenza pregressa, aveva

ISSN 2279-7238

Il giudice a quo ritiene quindi che i provvedimenti disciplinari adottati dalle federazioni costituiscano esercizio di attività amministrativa. La particolare configurazione del Collegio di Garanzia, organo di giustizia di ultimo grado istituito presso il CONI in posizione di autonomia, non consentirebbe di giungere ad una conclusione diversa, in quanto le sue decisioni sarebbero partecipe della natura pubblicistica dell'ente entro cui è istituito.

Le decisioni della giustizia federale e del Collegio di Garanzia presso il CONI sarebbero quindi, a tutti gli effetti, provvedimenti amministrativi [509]. Trattandosi di esercizio di potere pubblicistico da parte degli organi di giustizia federali e del C.O.N.I. e, di converso, di posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, al soggetto, in conclusione, non potrebbe essere negata l'impugnazione di atti e provvedimenti amministrativi dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, pena la violazione degli artt. 103 e 113 Cost.

Peraltro viene evidenziato nell'ordinanza di rimessione come, senza una espressa presa di posizione del legislatore [510], non possa ricavarsi, sulla base dei principi generali dell'ordinamento, alcuna equipollenza tra forme di tutela reale e forme di tutela risarcitoria.

Nell'ordinanza si legge che «*Al di fuori di un'espressa scelta legislativa* (…) *infatti, non può ricavarsi sulla base dei principi generali dell'ordinamento alcuna equipollenza tra forme di tutela reale e forme di tutela risarcitoria*. La distinzione tra regole di invalidità e regole risarcitorie resta marcata e non può considerarsi superata dalle eccezioni (espresse) rinvenibili nel nostro sistema»[511].

Che vi sia una netta differenza e non equipollenza tra la tutela reale e quella risarcitoria è evidente. Mentre infatti, come evidenzia l'ordinanza di rimessione, la prima determina, qualora sia possibile, il ripristino della situazione giuridica soggettiva compromessa, la seconda importa anzitutto un onere probatorio più incisivo, ossia l'onere di provare il danno ingiusto e tutti gli altri elementi dell'illecito civile e, in secondo luogo, realizza l'interesse del creditore attraverso una prestazione diversa da quella originaria.

Ed allora, se è vera la premessa, è chiaro che ci si trova dinanzi a due forme di tutela diverse, sia in ordine al grado di effettività, sia in relazione al grado di intromissione nell'ambito dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, evidentemente maggiori per la tutela reale.

Ciò che non convince è la conclusione cui il giudice a quo sembra giungere in virtù di quella premessa. La suddetta differenziazione e, di conseguenza, il riconoscimento solo della tutela risarcitoria è, secondo il giudice a quo, elemento sufficiente a determinare «una chiara compromissione del diritto di difesa nonché del principio di effettività della tutela giurisdizionale, con violazione dei principi costituzionali posti dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.»[512]. La compromissione sembrerebbe invece evitata qualora l'equipollenza fosse dettata espressamente dal legislatore.

---

rigettato l'eccezione ritenendo che l'eventuale difetto di giurisdizione non fosse macroscopico e, come tale, non rilevabile nel corso del suo giudizio.

[509] Punto 5.1 del considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione.

[510] Il giudice a quo fa riferimento alla scelta in sede di riforma societaria della sostituzione della tutela reale a quella risarcitoria per i soci di minoranza in ipotesi di invalidità delle delibere assembleari.

[511] Punto 5.2 del considerato in diritto, corsivi nostri.

[512] Sull'effettività della tutela giurisdizionale cfr. F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013; G.A. PRIMERANO, *L'autonomia «disincentivata» dell'azione risarcitoria nel codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 2566 ss.; A. POLICE, voce *art. 24*, in *Commentario alla Costituzione,* R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), 509 ss. e Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 162 ss.; M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della*

ISSN 2279-7238

Il ragionamento seguito dal giudice a quo sembrerebbe pertanto il seguente: poiché il legislatore non ha previsto espressamente la tutela risarcitoria come unico mezzo di tutela giurisdizionale; poiché la tutela risarcitoria è mezzo diverso e non assimilabile a quello reale; allora l'interpretazione che riconosca solo quest'ultimo a tutela della posizione lesa del soggetto è incostituzionale in quanto determina una compressione illegittima del diritto di difesa.

Ad avviso di chi scrive tale ragionamento non può essere condiviso. Proviamo a ragionare a contrario secondo le direttive del giudice a quo, ponendo quindi in dubbio e rovesciando il presupposto; che il legislatore abbia quindi previsto espressamente la sola tutela risarcitoria. Venendo meno il primo anello della catena argomentativa si dovrebbe concludere che l'interpretazione risultante sia legittima e conforme a Costituzione. Il ragionamento diverrebbe allora il seguente: il legislatore ha previsto espressamente la tutela risarcitoria per i provvedimenti dell'ordinamento sportivo; tale tutela è quindi, come avviene nel caso delle delibere assembleari invalide per i soci di minoranza, legittima in quanto conforme a Costituzione.

Il vizio sarebbe pertanto individuato nella mancata previsione espressa da parte del legislatore.

È evidente allora che, seguendo l'interpretazione del giudice a quo, la costituzionalità o meno della normativa sembrerebbe ancorata alla distribuzione del potere di creare norme. Solo il legislatore sarebbe in grado di stabilire un limite alla tutela di agire in giudizio.

Il giudizio di costituzionalità delle leggi è tuttavia diretto, anzitutto, alla valutazione delle scelte legislative in relazione ad uno o più parametri costituzionali. Che una data interpretazione sia o meno conforme a Costituzione non può essere determinato dal collegamento, più o meno marcato, con il testo della legge. In altri termini che l'interpretazione dell'art. 2 comma 1, lett. b, d.l. n. 220/2003, secondo cui «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto:b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive» non consenta di prevedere la sola

---

tutela, giudice amministrativo, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*,Torino, 2016, II, 1428 ss.; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 583 ss.; G.B. GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile*, Milano, 1990, 96 ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *giustiziaamministrativa.it*, 11 ottobre 2010; M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, 7 ss.; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2009, pp. 635 ss.; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, 476 ss.; M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *Eur. Public Law*, 2005, 375 ss.; A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, 9 ss.; A. ROTTOLA, *L'effettività dell'ordinamento comunitario e del suo sistema giurisdizionale*, Bari, 2008, 10 ss.; P. MENGOZZI, *L'applicazione del diritto comunitario e l'evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia nella direzione di una chiamata dei giudici nazionali ad assicurare una efficace tutela dei diritti ad esso attribuiti ai cittadini degli Stati membri*, in *Diritto amministrativo comunitario*, L. RANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI (a cura di), Rimini, 1994, 29 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; F. MONTANARI, *Evoluzione del principio di effettività e rimborso dei tributi incompatibili con il diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009,pp. 89 ss.; O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, 2014, IV, 2311 ss.; E. CHITI, *Il ricorso per annullamento e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 1169 ss. e Id., *Misure cautelari positive ed effettività del diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, 333 ss.; L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 999 ss.

ISSN 2279-7238

tutela risarcitoria come strumento di tutela del soggetto leso non può comportarne l'incostituzionalità, quantomeno per violazione dei parametri invocati dal giudice a quo (art. 24, 103 e 113 Cost.). Si potrebbe sostenere che la lettera della legge non consenta quell'interpretazione, ma, una volta ritenuto che il legislatore possa legittimamente prevedere la sostituzione della tutela reale con quella risarcitoria, in quanto conforme a Costituzione (v. il caso societario), ne deriva che, anche se non prevista espressamente, il contenuto di quella interpretazione sia conforme a Costituzione e, pertanto, su questo piano, la violazione non sussista.

Affermare, come fa il giudice a quo, che sia necessaria una legge per introdurre l'equipollenza tra le due forme di tutela risulta peraltro apodittico, non essendo ancorato ad alcun principio di diritto positivo. Come vedremo nel prossimo paragrafo, tale modo di procedere risulta peraltro non condivisibile alla luce di una ulteriore considerazione. Anche considerando come vera la premessa del ragionamento, l'elemento legislativo sarebbe in ogni caso superato dal piano cui accede la Corte costituzionale nella precedente sentenza, ossia il piano dei principi costituzionali.

La prova del vizio logico del ragionamento risiede infatti nella seguente considerazione: il Tar sembra muoversi all'interno di un unico principio, riassumibile nel diritto di difesa ad agire in giudizio e nella tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa contro gli atti della pubblica amministrazione senza limiti ai particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La Corte costituzionale, al contrario, bilancia due principi che si pongono in conflitto e, come tali, da contemperare: oltre ai valori posti in luce dall'ordinanza di rimessione si aggiunge infatti quello dell'autonomia dell'ordinamento sportivo.

4. L'ordinamento sportivo come ordinamento riconosciuto e garantito dalla Costituzione repubblicana

Se ci fermassimo, come sembra fare il giudice a quo, all'analisi della normativa del 2003 con riferimento esclusivo ai principi stabiliti dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., la conclusione non potrebbe non essere la dichiarazione di incostituzionalità delle norme impugnate.

Si tratterebbe infatti, a fronte dell'esercizio di potere pubblicistico, e quindi di incisione su una posizione soggettiva di interesse legittimo, di una mancata possibilità di impugnazione degli atti e provvedimenti amministrativi dinanzi ad organi di giustizia statale. Il soggetto leso potrebbe solo sperare nella "giustizia" sportiva, ma, una volta concluso l'iter "interno", non vi sarebbe altra via che accettare la decisione dell'ordinamento sportivo e, al più, ottenere il risarcimento del danno.

Se si rimane nella prospettiva monistica del giudice a quo il diritto di agire in giudizio del cittadino subirebbe una ingiusta limitazione, la tutela giurisdizionale sarebbe limitata a particolari mezzi di impugnazione e per determinate categorie di atti in violazione delle norme costituzionali invocate.

Se, al contrario, si accede ad una visione pluralistica del sistema costituzionale, le conclusioni cui giunge il giudice a quo assumono necessariamente una valenza diversa e la sentenza n. 49 del 2011 della Corte costituzionale torna ad esprimere l'esigenza, già messa in

ISSN 2279-7238

luce da autorevole dottrina, di contemperare due opposte esigenze, entrambe tutelate a livello costituzionale[513].

La Costituzione repubblicana all'art. 2 Cost. prevede che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"; come ho avuto modo di affermare in un altro scritto precedente, pel tramite dell'art. 2 e dell'art. 18 Cost. si riconosce il principio associativo, elemento insopprimibile dell'agire umano[514].

L'ordinamento repubblicano riconosce pertanto non solo i diritti individuali, intesi come diritti del singolo, ma anche, e questo assume rilevanza decisiva per il discorso che stiamo conducendo, come soggetto sociale, tutelando pertanto la sua dimensione relazionale.

Il riconoscimento dell'aspetto ordinamentale delle formazioni sociali da parte della Costituzione trova infatti la propria ragion d'essere nella tutela di entrambe le dimensioni, individuale e collettiva, dei diritti della persona[515].

La questione prioritaria è allora stabilire se lo sport, e soprattutto la struttura organizzativa che lo supporta, possa essere considerato una formazione sociale riconosciuta e garantita dalla Costituzione repubblicana.

Occorre anzitutto rilevare come la Costituzione, nella sua versione originaria, non contenesse alcuna norma esplicita di riferimento del fenomeno sportivo, né nel senso di diritto allo sport del singolo, né tanto meno come ordinamento sportivo[516].

Il legislatore costituzionale, con la riforma del 2001, ha invece aggiunto, tra le materie inserite nel comma 3 dell'art. 117, vale a dire nell'ambito della materia oggetto di riparto della funzione legislativa tra Stato e Regioni, la locuzione "ordinamento sportivo".

La Costituzione contiene quindi un esplicito riferimento all'aspetto ordinamentale dello sport, anche se tale riferimento non appare decisivo in quanto il legislatore utilizza lo stesso termine anche in relazione al settore della comunicazione, di cui certamente si può negare il carattere ordinamentale, se non nel senso di disciplina normativa, significato certamente diverso.

Sembrerebbe quindi che, nonostante il riferimento esplicito, la Costituzione all'art. 117 Cost. non attribuisca rilevanza costituzionale all'aspetto ordinamentale del fenomeno

---

513 F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, cit.

514 Sia consentito rinviare a D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione alla luce dell'esperienza costituzionale*, in *Diritto pubblico,* 3/2017, 861 ss.

515 Sulle formazioni sociali v. M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, 581. P. GROSSI, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *La famiglia nel diritto pubblico*, G. DALLA TORRE (a cura di), Roma, 1996, 14 ss., A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3ª ed., Padova, 2003, 14 ss., A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 113 ss., E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana, in A.A.V.V., Il pluralismo sociale nello stato democratico*, cit., 72, A. PIZZORUSSO, *Art. 128 suppl.*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna-Roma, 1996, 33, F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 57, C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulla garanzia dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978.

516 C. MORTATI in *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, cit., 1574-1575, aveva rilevato che «in ultimo luogo vengono in considerazione le comunità sportive, per le quali è meno facile trovare la norma di collegamento poiché solo in modo indiretto potrebbe farsi ricorso all'art. 32 che tutela la salute, alla quale potrebbe ritenersi che anche lo sport concorra, anche se, quando assume carattere agonistico, possa condurre a pregiudicarla. Tuttavia la considerazione del vasto e diffuso interesse che le circonda e la tendenza a soddisfarla mediante la costituzione di strutture autoritarie fanno sorgere il problema della tutela del singolo nel loro interno».

ISSN 2279-7238

sportivo. Tuttavia la riconducibilità del fenomeno sportivo, anche nella sua dimensione oggettiva, alle formazioni sociali e alla tutela loro garantita dalla Costituzione, sembra confermata anzitutto dall'analisi relativa alla sua genesi.

Difatti, il fenomeno sportivo nasce e si diffonde attraverso libere associazioni, in una prospettiva di autonomia e indipendenza dall'ordinamento dello Stato[517], mediante la costituzione di una organizzazione internazionale (elemento richiamato anche dalla Corte costituzionale) separata da quelle dei singoli Stati nazionali.

Queste brevi considerazioni non sono certo sufficienti per giungere alla conclusione che la Costituzione tuteli il fenomeno sportivo come formazione sociale. È necessario procedere con l'analisi dello sport come fenomeno sociale.

Lo sport rappresenta infatti uno degli ambiti in cui i membri della comunità sono "uniti" da alcuni valori, i quali rappresentano motivo di coesione; come è stato affermato «deve trattarsi di una comunità, piccola o grande, che trova il suo fattore di coesione in valori assunti (e condivisi) da ciascuno dei suoi membri quale fondamento ineludibile, quel fondamento che giustifica interamente ogni regola comunitaria e la assolutizza nella coscienza dei soci, imponendone una inderogabile osservanza; quel fondamento che, nella sua tipicità e irripetibilità identifica quel singolo ordinamento rispetto a ogni altro, lo rende in sé - cioè nel proprio ordine - completo ed autosufficiente»[518].

Questi elementi di coesione consentono di ritenere il movimento sportivo un ordinamento giuridico originario, in quanto avente elementi che lo contraddistinguono rispetto all'altro da sé. Se si accede all'interpretazione dell'originarietà, caratteristica indefettibile dell'ordinamento, come legame indissolubile tra i membri dell'istituzione in virtù di determinati valori condivisi, ne risulta che il fenomeno sportivo assurge ad ordinamento sportivo originario e, come tale, riconosciuto dalla Costituzione e riqualificato, mediante gli artt. 2 e 18, come ordinamento autonomo[519].

Lo sport è, pertanto, una formazione sociale, che consente all'essere umano lo sviluppo della sua personalità, spiegando «una dimensione della persona attinente alla sua spiritualità; (…) Lo sportivo autentico è, prima di tutto, un soggetto virtuoso, nel senso che è chiamato al dovere irrinunciabile di esercitare alcune virtù, ritenute supreme e il cui mancato esercizio lo pone fuori della comunità: il *puro agonismo* come atteggiamento di fondo, la *lealtà*. L'etica,

---

[517] Tra i principi fondamentali della Carta olimpica si legge: «L'organizzazione e la gestione dello sport devono essere controllate da organismi sportivi indipendenti, riconosciuti come tali» mentre all'art. 31 che «I C.N.O. devono operare per mantenere armoniose relazioni di cooperazione con gli organismi governativi interessati; essi devono altresì contribuire efficacemente a mettere a punto dei programmi destinati alla promozione dello sport a tutti i livelli. Poiché lo sport contribuisce all'educazione, alla salute, all'economia ed all'ordine sociale, è auspicabile che i C.N.O. possano beneficiare del sostegno dei Poteri pubblici nella realizzazione dei propri obiettivi. *I C.N.O. dovranno tuttavia preservare la loro autonomia e resistere a tutte le pressioni, incluso quelle di ordine politico, religioso od economico che potrebbero impedire loro di rispettare la Carta Olimpica*» e «Al di fuori delle misure e delle sanzioni previste nei casi di trasgressione della Carta Olimpica, il C.I.O. potrà, dopo averlo ascoltato, sospendere un C.N.O. o revocarne il riconoscimento: se l'attività del C.N.O. viene ostacolata in seguito a disposizioni legali o regolamentari in essere nel proprio Paese o all'operato di altre organismi sportivi o simili, del Paese; se la formazione o l'espressione della volontà delle Federazioni nazionali od altre entità membri del C.N.O. o in esso rappresentate, sono ostacolate in seguito a disposizioni legali o regolamentari in essere nel proprio Paese o all'operato di altre entità sportive o non, del Paese stesso», corsivi nostri.

[518] P. GROSSI, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. amm.*, 1-2/2012, 11.

[519] Sia consentito ancora rinviare a D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana. Spunti di riflessione alla luce dell'esperienza costituzionale*, cit.

ISSN 2279-7238

una certa etica, un'etica assolutamente specifica, è il momento di rilievo — è momento caratterizzante — del fenomeno sportivo»[520].

Ora, tornando all'analisi della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Lazio, appare evidente che il legislatore del 2003 abbia inteso riservare alla giustizia sportiva alcuni ambiti, più o meno intrinsecamente connessi con l'ordinamento sportivo stesso, tra cui spicca in primo luogo la materia c.d. tecnica, settore per definizione appartenente al fenomeno sportivo e, in secondo luogo, quella disciplinare, prevedendo però nel contempo la norma di collegamento tra i due ordinamenti, per cui la giurisdizione statale ha titolo di intervento quando vengono in rilievo per il suo ordinamento situazioni giuridiche soggettive connesse con quelle dell'ordinamento sportivo.

Tuttavia nell'ambito delle controversie disciplinari, il relativo provvedimento punitivo adottato nell'ambito dell'ordinamento sportivo non di rado incide, almeno indirettamente, per i gravi effetti, soprattutto economici che comporta, su quelle situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo, che assumono rilevanza per l'ordinamento generale. La stessa Corte costituzionale aveva avuto modo di affermare che «la possibilità, o meno, di essere affiliati ad una Federazione sportiva o tesserati presso di essa nonché la possibilità, o meno, di essere ammessi a svolgere attività agonistica disputando le gare ed i campionati organizzati dalle Federazioni sportive facenti capo al CONI (…) *non è situazione che possa dirsi irrilevante per l'ordinamento giuridico generale e, come tale, non meritevole di tutela da parte di questo. Ciò in quanto è attraverso siffatta possibilità che trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, sia quello di svolgimento della propria personalità, sia quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patrimoniali – ove si tenga conto della rilevanza economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale – tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale*»[521].

È allora evidente il rischio che si determini un conflitto di valori tra il riconoscimento costituzionale di autonomia della formazione sociale (e del suo ordinamento) e la tutela degli individui e pertanto, tra quanto previsto dall'art. 2 e dall'art. 24 Cost. Il conflitto poi, nel caso di specie, se si aderisce alla tesi della natura pubblicistica delle federazioni e del CONI più in

---

520 P. GROSSI, *Op. ult.* cit., 12. Anche G. GUARINO, in *Lo sport quale «formazione sociale» di carattere sovranazionale*, in *Scritti in onore di Aldo Piras*, Milano, 1996, 349, ritiene che lo sport sia una formazione sociale riconosciuta e garantita dall'art. 2 Cost.; secondo l'Autore «Nel periodo anteriore all'entrata in vigore della Costituzione lo sport costituiva un ordinamento derivato. Esso riceveva l'esistenza dall'ordinamento dello Stato e trovava unicamente in questo la sua legittimazione. L'ordinamento dello Stato poteva conseguentemente atteggiare o modificare l'ordinamento minore nel modo che meglio avesse ritenuto opportuno. Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, il rapporto si capovolge. Lo sport, come è poi nella realtà storica, è un ordinamento che esiste indipendentemente dallo Stato e che lo Stato riconosce ed accetta in quanto tale. Il suo essere una "formazione sociale", una formazione per di più sovranazionale, comporta per lo Stato un obbligo di garanzia e di tutela. Lo sport è pertanto un ordinamento che si pone come "indipendente" nei confronti dello Stato».
Tale concezione del fenomeno sportivo non è stata accolta da quella parte della dottrina che ha ritenuto di decisiva importanza il sempre crescente rilievo economico che tale fenomeno è venuto ad assumere negli ultimi decenni. Per tale via si è giunti a sostenere la preminenza gerarchica del principio personalistico rispetto al principio pluralistico. Cfr. G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., 277. Che l'aspetto economico sia oramai elemento determinante all'interno del fenomeno sportivo non può certamente essere posto in dubbio. Ciò che tuttavia non si condivide è che, a causa di tale elemento, sia venuto meno anche quell'aspetto "originario" del fenomeno sportivo che, al contrario, continua a caratterizzarlo e a differenziarlo dall'altro da sé, la sua componente ludica improntata al rispetto di regole e principi propri dello sport. Sia consentito rinviare a D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti e Costituzione repubblicana*, in *gruppodipisa.it*.

521 Punto 4.3 del considerato in diritto, corsivi nostri.

ISSN 2279-7238

generale e, come tale, alla tesi della natura di provvedimenti amministrativi dei loro atti, si estende anche alle ulteriori regole previste dagli artt. 103 e 113 Cost.

In ogni caso, aderendo, come fa la Corte costituzionale, alla impostazione pluralistica, non può non concludersi che il suddetto conflitto imponga un bilanciamento, che implica «la possibilità della limitazione del singolo valore fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere»[522].

La Corte costituzionale, con una decisione che appare, per quanto detto, condivisibile, ha individuato, in aderenza al pluralismo ordinamentale, tale limitazione massima nel riconoscimento da un lato della tutela del singolo in seno alla giustizia statale (comprimendo l'autonomia dell'ordinamento sportivo) e dall'altro nel riconoscere al soggetto leso esclusivamente la tutela risarcitoria.

[522] F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

ISSN 2279-7238

La "rottura" dei modelli di disciplina nella riorganizzazione del Ministero dei beni e attivita' culturali*

di Vincenzo Cocozza**

SOMMARIO: 1. Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale nel quadro costituzionale. – 2. La prima disciplina di organizzazione del Ministero delle attività culturali. – 3. La "rottura" del modello di disciplina nel 2014. – 4. Il percorso per pervenire ad una organizzazione ministeriale con d.m. non regolamentare.

1. Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale nel quadro costituzionale.

La più recente disciplina del Ministero delle attività culturali, con le innovazioni introdotte in ordine al ruolo e all'organizzazione dei Musei, sta suscitando, in maniera del tutto condivisibile, una particolare attenzione nel mondo scientifico[523].

Si tratta, infatti, di un momento attuativo di fondamentali prescrizioni costituzionali che attengono a quanto costituisce uno dei più importanti elementi di ricchezza del nostro Stato: il patrimonio culturale[524].

Al riguardo vi è sempre stata una diffusa consapevolezza ma, per quelle, a volte singolari, vicende, attraverso le quali si sviluppa la disciplina regolativa, si è registrata una, quasi speculare, incertezza nel trasferire in norme idonee questa esigenza di garantire il bene[525].

Eppure, i Costituenti, nel dibattito sull'art. 9, manifestarono la piena convinzione che vi fosse un insuperabile, formidabile e, probabilmente, unico valore rappresentato dal patrimonio artistico, storico e naturale del Paese, con la correlata, forte, necessità di preservarlo[526].

Proprio per questo prevalse, pur con qualche incertezza, una visione tendente a disegnare un prevalente ruolo dello Stato nel settore, collegato all'esigenza della tutela[527]. Comunque, l'art. 9, nel testo, poi, approvato, propone una struttura normativa ricca di potenzialità applicativa nel momento in cui il valore da custodire è affidato al congiunto operare di tutela e valorizzazione. Azioni che, opportunamente collegate, come mi sembra corretto e

---

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza -Università degli Studi di Napoli "Federico II".

523 Cfr., di recente, L. FERRARA, A. LUCARELLI e D. SAVY (a cura di), *Il governo dei musei tra Costituzione, funzione sociale e mercato*, Napoli, 2017.

524 L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale,* Bologna, 2016.

525 M. AINIS, *Beni culturali,* in *Enciclopedia Treccani;* G. SCIULLO, *I beni, le funzioni,* in i C. BARBATI , M. CAMMELLI, G. SCIULLO , Il *Diritto dei beni culturali,* Bologna, 2003.

526 Cfr. intervento dell'on. Marchesi «*E' bene che ricordi ai colleghi che l'eccezionale patrimonio artistico italiano costituisce un tesoro nazionale e come tale va affidato alla tutela e al controllo di un organo centrale*».

527 Cfr. intervento dell'on. Codignola che ha insistito per una tutela da affidare allo Stato come «*garanzia rispetto al previsto ordinamento regionale*» (A.C. pag. 3419).

ISSN 2279-7238

coerente al sistema. consentono una visione dinamica della garanzia[528]. C'è un nesso funzionale fra le due attività dal momento che l'una è certamente meno efficace se non c'è l'altra.

Se, poi, si legge, come è doveroso procedere, l'art. 9 nell'impianto costituzionale complessivamente considerato, si può cogliere una trama complessiva che fa immaginare le necessarie maglie di una rete che va costruita. Tutelare e valorizzare il patrimonio culturale significa attuare i diritti fondamentali che l'art. 2 Cost. racchiude e, naturalmente, favorire il conseguimento dell'eguaglianza, anche, se non soprattutto, nella sua declinazione sostanziale, nel momento in cui la diffusione della conoscenza e le consapevolezze che ne derivano aiutano ad ottenere quel grande e difficile progetto che l'art. 3 propone[529].

Nello stesso tempo c'è una dimensione economica che non è possibile trascurare. La grande sfida è ottenere un punto di equilibrio fra tutela e valorizzazione del patrimonio culturale con l'incremento dei vantaggi economici derivanti da un'offerta turistica che si alimenta di tale patrimonio. Non sembra dubbio che si è di fronte ad un obiettivo primario in un Paese, come il nostro, che ha una disponibilità al riguardo che ben pochi hanno.

Conseguire l'indicato equilibrio è, per altro verso, inveramento di snodi rilevanti del nostro sistema costituzionale in quanto ne sono coinvolti i raccordi tra Stato ed autonomie locali che non possono non essere partecipi di una tale progettualità[530]. Allo stesso modo il principio di sussidiarietà, che offre, anche nella sua forma orizzontale, la base costituzionale per un giusto e, oggi, inevitabile, intervento dei privati in un virtuoso circuito di collaborazione con il pubblico[531]. E tutto questo per ottenere quel buon andamento che l'art. 97 Cost. ha fissato come metodo ed obiettivo per la pubblica amministrazione.

Se tutto quanto precede è condivisibile, non sembra dubitabile che è giusto sostenere che si tratta di affrontare una grande sfida in termini di maglie organizzative da delineare. C'è una complessità che pretende l'elaborazione di modelli che siano la giusta risposta a tale ampia articolazione.

In tal senso è del tutto evidente che, a fronte di un patrimonio culturale composito, nel quale vi sono siti di particolare attrattiva turistica, con l'equivalente resa economica, e altri beni, che non posseggono, invece, eguale forza, occorre trovare un modo perché si bilancino le posizioni nel senso che tutela e valorizzazione siano assicurate a tutti in maniera eguale, con una equa ripartizione delle risorse, anche in termini competitivi.

D'altra parte, è altrettanto ovvio che i beni culturali non possono essere considerati come separati dal territorio nei quali sono collocati, con tutto quanto ne deriva per il necessario sostegno delle aree in termini di servizi generali.

---

[528] L. BOBBIO, *Gli interventi sul patrimonio culturale: attori, processi decisionali, interazioni,*i n *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, 1987, 157 ss.; S. SETTIS, Italia S.p.A. L'assalto al patrimonio culturale,* Torino, 2002.

[529] Si vedano, in tema, i contributi di R. BRIGANTI-B. GUASTAFERRO in L. FERRARA, A. LUCARELLI e D. SAVY (a cura di), *Il governo dei musei* cit, 21 e 29.

[530] F. MERUSI, *La disciplina giuridica dei musei nella Costituzione tra Stato e regioni,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 25 settembre 2009, 8.

[531] A. LUCARELLI, *Regioni e valorizzazione dei beni culturali, tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale dopo la riforma costituzionale e la legge istitutiva della Patrimonio S.p.a.,* in *Scritti in onore di Ugo Maiello,* Napoli, 2003.

ISSN 2279-7238

Insomma, va recuperata l'idea di sistema, cioè di una pluralità di componenti che devono costituire una trama organizzata e governata da processi decisionali adeguati[532].

Costruzione, dunque, complessa che richiama il ruolo e la responsabilità della decisione politica, che deve trovare discipline che siano la sintesi delle diversità di visioni per una organizzazione in grado di dare le risposte alle difficili sfide della complessità.

Sotto questo punto di vista, l'opzione del Costituente che, nell'art. 95, ha affidato alla legge, oltre che il numero e le attribuzioni, anche l'organizzazione dei Ministeri, esprime un'esigenza coerente con la indicata complessità[533].

Ma, come si sa, il ruolo della legge ha subìto una forte delimitazione. Soprattutto con l'art. 17, comma 4 *bis,* della L. 400/1988, il processo di delegificazione ha fatto il suo ingresso stabile nell'area dell'organizzazione ministeriale. Lo spostamento della sede decisionale dal Parlamento al Governo ha comportato le note problematiche sull'attuale valore ed effettività del principio di legalità sostanziale[534].

Il regolamento governativo ex art. 17, comma 2, indicato dal comma 4 *bis* come atto per la disciplina dell'organizzazione, pur assistito da minori garanzie rispetto al modello di delegificazione delineato dallo stesso comma 2, ha, pur sempre, nelle forme per esso previste, un argine da considerare con favore. La deliberazione del Consiglio dei ministri e, quindi, la responsabilità politica dell'intero Governo, e la fase consultiva rappresentano punti di tale argine.

D'altra parte, è costatazione condivisa quella che, nel processo di riforma della P.A., scandito da molteplici provvedimenti di carattere normativo o meno, ha assunto sempre più un ruolo di rilievo la fase consultiva del Consiglio di Stato.

Al di là dell'estensione del parere anche in ambiti non contemplati dalla legge[535], è stato, soprattutto, il contributo fornito per ottenere una decisione amministrativa sempre più «*evidence-based decision*» e individuare organismi decisionali in grado di fornire una risposta di tal tipo.

---

[532] Una recente riforma (D. Lgs. 4 agosto 2016, n. 169), che ha fondato le linee dell'intervento sull'idea di sistema, è quella dei porti. Tale opzione è stata opportunamente valorizzata, nella fase consultiva, soprattutto con l'intervento del Consiglio di Stato, che ha indicato gli elementi costitutivi di un sistema, e valutato quali possono essere i modi per sviluppare il modello decisionale ad esso adeguato. Sul punto, V. COCOZZA, *Disciplina dei porti e nuovi modelli di amministrazione pubblica per una dimensione europea,* in *Diritto Pubblico Europea Rassegna online*, aprile 2017.

[533] Per un tentativo di caratterizzare tale legge come necessario intervento organico per un disegno dell'apparato ministeriale, V. COCOZZA, *Interesse dicasteriale e riorganizzazione dei ministeri,* Napoli, 1984.

[534] G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006),* in Osservatorio sulle fonti 2006. A cura di P. Caretti, Torino, 2007, 209 ss. 8; N. LUPO, *"Dal regolamento alla legge": semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Dir. soc.*, 2006, 416 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*, in *Giur. cost.*, 2006, specie 1126 ss.; F. BATISTONI FERRARA, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, 191 ss.; N. LUPO, *La potestà regolamentare del Governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa*, in *Osservatorio sulle fonti 2002*, a cura di P. CARETTI, Torino, 2003, 260; F. MODUGNO-A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost., 2003*, 355 ss.; F. CINTIOLI, *A proposito dei decreti ministeriali «non aventi natura regolamentare»*, in Quad. cost., 2003, 820 ss.; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni,* Torino, 1999; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. pubb.*, 1996.

[535] Si vedano i pareri 2 agosto 2016 e 14 settembre 2016 resi sui regolamenti dell'ANAC. Sul punto cfr. V. COCOZZA, *Il parere del Consiglio di Stato sui provvedimenti ANAC,* in *amministrativamente.com*, 11-12/2016.

ISSN 2279-7238

2. La prima disciplina di organizzazione del Ministero delle attività culturali.

Sulla base di questa premessa di metodo, da leggersi come esigenza al fondo di atti conformativi dell'organizzazione, di ricevere un contributo importante, che non è solo di carattere tecnico, da parte dell'organo di consulenza, vengono in particolare rilievo le ipotesi in cui si manifesta, in forma macroscopica, l'allontanamento da questo modello. Ciò ancor di più nel momento in cui il fenomeno si realizza in ambiti di particolare rilevanza per l'assetto ordinamentale, per le proiezioni in termini di incremento, anche economico, del sistema Paese.

La fuga dal regolamento è fenomeno noto e studiato[536].

Però, mi sembra di poter dire, si stanno realizzando ipotesi così estreme di tale fenomeno e con percorsi tanto complicati per arrivare al risultato, da imporre una riflessione. Si può sostenere che è non poco fondato il dubbio sulla legittimità dei procedimenti seguiti. Ma ciò non è sufficiente. Al fondo, infatti, va colta una dinamica di sistema che va attentamente considerata. Proprio il tema al quale si presta attenzione ne costituisce un esempio che può essere opportuno valutare, perché è notevole che, in un settore tanto importante, come si è cercato di evidenziare, gli interventi abbiano ormai abbandonato il carattere della normazione per attingere quello dal contenuto provvedimentale organizzativo.

Se il Ministero per i beni culturali reca con sé il tratto di un'origine pervero peculiare essendo stato istituito con un atto avente forza di legge giustificabile per casi straordinari di necessità ed urgenza, e cioè il D.L. 14 dicembre 1974, n. 657, convertito nella legge 25 gennaio 1975, n. 5, per la sua organizzazione fino al 2014 vi è stato il recupero dello schema formale in quanto è stata ottenuta con D.P.R. (prima decreti legislativi e, poi, regolamenti).

L'ingresso dei DD.PP.RR. di natura regolamentare avviene con il processo di delegificazione di cui all'art. 1 della legge 296/2006, comma 404.

Va compiuta un'osservazione di tipo sostanziale.

Il primo D.P.R. (n. 233/2007), approvato dal "Governo Prodi", è stato adottato seguendo il procedimento contemplato dalla legge 400/1988 e non si registrano scostamenti.

Il secondo D.P.R.(n. 91/2009), approvato dal "Governo Berlusconi", invece, pur seguendo il procedimento stabilito dalla legge 400/1988, presenta la caratteristica che il parere reso dal Consiglio di Stato non viene recepito nell'atto regolamentare. È, per così dire, un primo segnale di insofferenza rispetto ai condizionamenti sulle scelte operate dal Governo.

3. La "rottura" del modello di disciplina nel 2014.

[536] G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti,* Milano, 2005.

ISSN 2279-7238

La prima "rottura" dello schema formale, che delinea il modello disegnato dalla legge, si realizza, come si diceva, nel 2014, con il decreto legge n. 66.

L'art. 16, comma 4, di tale decreto legge reca una disciplina transitoria che può essere indicata come una ibridazione del modello di delegificazione[537].

Si tratta di una regolamentazione, infatti, che presenta alcune specifiche caratteristiche.

È previsto che i regolamenti di organizzazione dei Ministeri possono essere adottati con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa delibera del Consiglio dei Ministri. Pertanto, non più delegificazione, bensì declassamento della fonte regolamentare, da D.P.R. a D.P.C.M., con quanto ne discende in termini di differenti forma e forza.

È una forzatura perchè si tratta di un "declassamento" della fonte. Però c'è una qualche forma di bilanciamento. L'intervento di tal tipo è ammissibile soltanto per interventi di riordino diretti ad assicurare ulteriori riduzioni della spesa. Quindi vi è una specialità dell'intervento consentito. Ed è, comunque, fenomeno temporaneo, giacché questo tipo di disciplina dell'organizzazione è ammissibile soltanto dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge al 15/10/2014.

Vi è, ancora, una peculiare clausola di abrogazione. Non potendo il D.P.C.M., chiamato ad intervenire nella materia dell'organizzazione, abrogare i precedenti D.P.R., è lo stesso decreto legge a stabilire che, a decorrere dalla data di efficacia di ciascun D.P.C.M., cessa di avere vigore il regolamento di organizzazione vigente.

Infine trasforma l'intervento consultivo del Consiglio di Stato in mera possibilità.

Osservando nel suo complesso la regolamentazione introdotta dall'indicato atto avente forza di legge (D.L. 66/2014), si può dire che sono state mutuate ed adattate alcune caratteristiche del procedimento di delegificazione per ottenere un diverso effetto di "declassamento" regolamentare, che, proprio perchè di dubbia legittimità, viene mitigato dalla temporaneità e dalla specialità dei fini dell'intervento.

Il decreto legge n. 83 dello stesso anno, con particolare riferimento al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, apporta ulteriori elementi, nel momento in cui reca ulteriori misure di riorganizzazione, in un uno con quelle per il rilancio dei Musei.

Viene all'attenzione, soprattutto, l'art. 14.

Si tratta, va notato, di consentire, ai sensi del comma 1, (lett. a) interventi per ridurre la spesa e (lett. b) per fronteggiare emergenze.

Sono previsti, nel comma 2, un Decreto ministeriale per poter trasformare poli museali, istituti e luoghi della cultura statali, uffici competenti in complessi di beni di eccezionale valore, in sovrintendenze con autonomia e con un amministratore unico in luogo del Consiglio di amministrazione. E, nel comma 2 *bis* e comma 3, un regolamento di organizzazione del Ministero per adeguare l'Italia agli *standard* internazionali in materia di

[537] C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche,* in *Dir. Pubbl.,* 2010, 398.

ISSN 2279-7238

Musei e per individuare poli museali e istituti di cultura costituenti uffici di livello dirigenziale.

4. Il percorso per pervenire ad una organizzazione ministeriale con d.m. non regolamentare.

A questo punto, sulla base dell'autorizzazione da atto avente forza di legge, può intervenire il D.P.C.M. Ed è il D.P.C.M. 171/2014 che reca, così, la nuova organizzazione del Ministero.

Due sono gli elementi da notare.

Il primo è che, utilizzando la possibilità stabilita nel D.L. 66/2014, non viene chiesto il parere del Consiglio di Stato. L'organo della consulenza viene, così, estromesso dalla partecipazione ad un così importante processo di riforma.

Il secondo è che si dà l'avvio ad un ulteriore processo di riorganizzazione a completamento di quanto stabilito dal D.P.C.M. utilizzando, in maniera del tutto impropria, l'art. 17, comma 4bis, lett. e) Legge 400/88. Come è noto, tale norma - dopo aver stabilito che l'organizzazione e la disciplina degli uffici dei Ministeri sono determinate, con regolamenti emanati ai sensi del comma 2, su proposta del Ministro competente d'intesa con il Presidente del Consiglio dei ministri e con il Ministro del tesoro, nel rispetto dei princìpi posti dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni - fissa una serie di contenuti e di criteri.

Essi sono: a) riordino degli uffici di diretta collaborazione con i Ministri ed i Sottosegretari di Stato, stabilendo che tali uffici hanno esclusive competenze di supporto dell'organo di direzione politica e di raccordo tra questo e l'amministrazione; b) individuazione degli uffici di livello dirigenziale generale, centrali e periferici, mediante diversificazione tra strutture con funzioni finali e con funzioni strumentali e loro organizzazione per funzioni omogenee e secondo criteri di flessibilità eliminando le duplicazioni funzionali; c) previsione di strumenti di verifica periodica dell'organizzazione e dei risultati; d) indicazione e revisione periodica della consistenza delle piante organiche. Di questi viene in rilievo la lett. e), e cioè la possibilità di prevedere decreti ministeriali di natura non regolamentare per la definizione dei compiti delle unità dirigenziali nell'ambito degli uffici dirigenziali generali.

Quindi, il modello è: D.P.R. di organizzazione che può prevedere anche D.M. di natura non regolamentare per interventi assolutamente limitati e di dettaglio e ben tipizzati quali sono i compiti delle unità dirigenziali specificate.

Invece la previsione è contenuta in un D.P.C.M. Questo atto, poi, non segue quanto fissato dalla lett. *e)* del comma 4 *bis* Legge 400/88, ma trasforma il ruolo dei D.M. rendendoli protagonisti di un processo di organizzazione.

ISSN 2279-7238

Si consideri che proprio con D.M. di natura non regolamentare (in data 23/12/2014) si ha una regolamentazione dell'organizzazione e del funzionamento dei Musei statali. Cioè di una parte di enorme rilievo per configurazione organizzativa del "sistema" governo beni culturali.

La seconda "rottura" del modello si è realizzata: il D.P.C.M., utilizzando una parte di una disciplina legislativa che, intanto può essere coerente con l'impianto costituzionale in quanto siano rispettati con attenzione i limiti di intervento, consente l'immissione di un atto non regolamentare per l'organizzazione.

C'è, ancora, un terza tappa di questo processo da imputare alla legge 208/2015 che, nell'art. 1 comma 327, contempla una ulteriore ibridazione[538].

Ai sensi di tale legge, il decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo emanato ai sensi dell'art. 17, comma 4*bis,* lett. *e)* Legge 400/88, si sgancia da quanto fissato nel modello introdotto da tale comma 4*bis* e viene configurato come atto di organizzazione.

C'è, dunque, un'ulteriore "rottura" per questa situazione specifica senza, però, incidere sulla regola generale contenuta nella legge 400/1988.

Per un singolo Ministero c'è una autorizzazione, per legge, ad un atto non regolamentare ad intervenire per riorganizzare, anche mediante soppressione, fusione, accorpamento degli uffici dirigenziali, anche a livello generale.

Il quadro, che deriva da quanto si è descritto, induce a riflettere perchè non può essere giustificabile che interventi di tale rilevanza vengano affidati a meccanismi congegnati in modo tale da tracciare una via poco chiara per arrivare al risultato e tali da non rispettare le regole di organizzazione che la Costituzione ha fissato e che la legge ha trasferito in modelli generali di intervento.

È un dato che le indicazioni della legge 400/1988 nel settore hanno mostrato, ancora una volta, di non aver alcuna efficacia prescrittiva. Ma non può essere trascurato che un processo di riforma così importante si stia sviluppando del tutto al di fuori della partecipazione effettiva delle forze politiche e degli organi di consultazione.

Ed è questo il punto da considerare: occorre prendere atto e predisporre strumenti modulabili ed adattabili a seconda delle esigenze. O continuare a consentire discipline estemporanee e poco chiare a tutto danno della certezza e della garanzia?

---

[538] L'art. 1, comma 327, stabilisce: «*Nelle more dell'adozione dei decreti legislativi attuativi dell'articolo 8 della legge 7 agosto 2015, n. 124, al fine di dare efficace attuazione alle disposizioni di cui all'articolo 17-bis, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di garantire il buon andamento dell'amministrazione di tutela del patrimonio culturale, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo emanato ai sensi dell'articolo17,comma 4-bis, lettera e), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dell'articolo 4, commi 4 e 4-bis, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, si provvede, nel rispetto delle dotazioni organiche del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo di cui alle tabelle A e B del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 agosto 2014,n.171, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica,alla riorganizzazione anche mediante soppressione, fusione o accorpamento, degli uffici dirigenziali, anche di livello generale, del medesimo Ministero*».

ISSN 2279-7238

Come si formano e come agiscono le Istituzioni politiche? A proposito del volume di Sandro Guerrieri*

di Guido Melis**

Come si formano e come agiscono le istituzioni politiche? Si deve considerare la loro attività tutta racchiusa nelle norme che le creano oppure dipende da una prassi concreta, influenzata da fattori esterni ed interni, che via via ne configurano l'identità e le stesse funzioni?

A queste domande, che per la verità dovrebbe sempre porsi lo storico e in particolare lo storico delle istituzioni politiche, risponde egregiamente il libro di Sandro Guerrieri del quale discutiamo questo pomeriggio: Un Parlamento oltre le nazioni. L'Assemblea Comune della CECA e le sfide dell'integrazione europea (1952-1958), Bologna, Il Mulino, 2017.

Il tema, sinora più oggetto di indagini politologiche o giuridiche che non propriamente storico-istituzionali, è quello delle origini delle istituzioni europee (per meglio dire, dell'Europa unita) nell'immediato dopoguerra. Tema posto all'ordine del giorno sin dal 1948 (Guerrieri indica come data d'inizio quella del Congresso dell'Europa, svoltosi all'Aja il 7-10 maggio di quell'anno); ed imposto in qualche modo in tutti i Paesi dalla dolorosa riflessione a caldo che nacque sulla guerra mondiale. Come evitare che quella storia si ripetesse? Quali strategie adottare nel rapporto tra gli Stati? Con sensibilità e preoccupazioni diverse ma sempre acute, tutti i Paesi vincitori sentirono il bisogno di affrontare quella che da allora si potrebbe definire come la "questione europea". E lo fecero con qualche efficacia, a giudicare dal fatto che a quella fase ha fatto seguito il più lungo periodo di pace che l'Europa continentale abbia conosciuto in tutta la sua plurisecolare storia.

Un vivace movimento europeista, alla cui guida fu un grande intellettuale italiano, Altiero Spinelli, pose quel punto cruciale all'ordine del giorno. Il tema era, per dirla con una battuta, costituire un'Europa che fosse unita e democratica. Nessuno dei grandi leader del continente del dopoguerra, neppure i meno inclini all'europeismo come Charles De Gaulle, poté accantonare quell'interrogativo.

Tuttavia – come illustra benissimo questo libro – il dibattito fu lungo e difficile, il processo di sintesi molto problematico, il cammino per raggiungere il risultato caratterizzato da continui stop and go che talvolta fecero dubitare sull'esito finale. Del resto su quest'esito positivo, dopo il grande ottimismo europeista della fine del secolo scorso al quale abbiamo tutti partecipato, siamo oggi indotti a manifestare preoccupazioni serie, nelle ore segnate dalla crisi catalana. Nella quale io vedo immanente il rischio di un'Europa che, lungi dal trasformarsi in un sistema più democratico basato sulle autonomie, potrebbe facilmente

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Sapienza Università di Roma

ISSN 2279-7238

degenerare nella pura e semplice rottura dell'unità faticosamente conquistata in mezzo secolo di sforzi comuni.

Ma seguiamo il libro. Prima domanda: è esistita o no una via all'integrazione europea che si possa definire "parlamentare", un "Parlamento oltre le nazioni", per citare il titolo del volume?

Guerrieri ci dice di sì: quella prospettiva è esistita nelle intenzioni di molti degli attori in scena e possiamo anche ritenere (pessimismi a parte) che sia oggi in via di avanzata realizzazione.

Ma al tempo stesso ci dice di no: non è esistita, o comunque non subito. Guerrieri cita nelle prime pagine lo storico e splendido discorso di Winston Churchill all'Aia, nella sala del Parlamento, il 7 maggio 1948: l'Europa dell'arte, della grande letteratura, delle architetture e del paesaggio, dei fiumi che la percorrono tutta, delle città e delle campagne, della storia. L'Europa della civiltà europea. Un pezzo di altissima retorica. Ma poi ci conduce nei meandri della politica concreta di quegli stessi anni, dove la stessa ispirazione di Churchill si traduce nella gelosa difesa dei propri interessi da parte della Gran Bretagna, e con essa degli altri Paesi vincitori, dei piccoli Stati timorosi di essere schiacciati dai grandi e delle potenze allarmate dall'avvento della guerra fredda. Le ragioni inesorabili della realpolitik prevalgono sulla spinta ideale.

L'Europa dei parlamenti prestissimo è dimenticata per far posto tutt'al più a quella degli Stati nazionali. E di un complesso di Stati a loro volta attraversati da reciproche contraddizioni profonde, talvolta con opinioni pubbliche interne che non capiscono o non condividono l'ideale europeo, o che se vi partecipano lo fanno (come dimostra il perdurante assenteismo italiano dalla vita delle istituzioni di Strasburgo) con indolente trascuratezza. E' un'Europa senza le sinistre marxiste, tanto per dire qualcosa che ci riguarda da vicino. Il che equivale a dire che è, in larga parte, un'Europa senza classi popolari.

E' in questo contesto che nasce l'embrione di quella che poi diventerà (ma in un lungo e accidentato percorso) l'Europa unita. E nasce – particolare che Guerrieri mette felicemente in luce, da vero storico delle istituzioni qual è – in un complesso più o meno bilanciato di istituti diversi. C'è il Consiglio d'Europa, che rappresenta al massimo grado l'Europa degli Stati nazionali e del loro instabile equilibrio, l'Europa dei governi. C'è l'Assemblea consultiva, che, con pochi poteri come dice l'aggettivo stesso, fa da pendant esterno al primo organismo e ambisce a controllarne, per così dire, l'operato (ma per lo più lo subisce). E poi, falliti i tentativi di "parlamentarizzare", c'è l'invenzione per molti versi felice di Jean Monnet: la Ceca, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, che sostituisce realisticamente alla prospettiva di una ascesa improbabile dell'idea globale e democratica di Europa quella più parziale di una unità per settori. Prospettiva "funzionalistica", come la si definì già all'epoca, basata in questo caso sulla molla dell'interesse economico, il carbone e l'acciaio.

Frutto di quell'invenzione fu l'Alta Autorità, un soggetto – si disse criticamente – ideato da tecnocrati come organismo tecnocratico (e forse fu davvero così, almeno nella prima idea che ne ebbe Monnet), ma che fu ben presto affiancato da un nuovo attore in scena, l'Assemblea comune, destinata a discuterne e controllarne l'azione. Controllarne come? Con

ISSN 2279-7238

quali poteri? Con quale efficacia? Ecco, appunto, la sostanza della ricerca di cui stiamo parlando.

Parliamo, intanto, di assemblee (la Consultiva e la Comune) elette da designazioni di secondo grado, votate dai parlamenti nazionali, frutto degli equilibri dei Paesi membri, distaccate da una partecipazione popolare diretta.

E tuttavia, seguendo la ricostruzione attenta dell'autore, non può sfuggirci la rilevanza di questi due organismi. Essi contano, innanzitutto, per la banale ragione che esistono: la loro previsione normativa rivela nelle classi dirigenti europee un retropensiero più o meno consapevole, che, cioè, non si può fare a meno di una istanza di rappresentanza e di controllo esterna ai governi.

Sono persino contagiosi, come dimostra l'episodio della Ced (che avrebbe dovuto essere il pendant della Ceca per la difesa e che poi non fu realizzata per effetto delle vicende della guerra fredda); ma soprattutto, ed è questo il punto saliente, nascono – questi organismi assembleari – quasi in sordina, senza poteri o con poteri estremamente ridotti, per poi però crescere nelle prassi, sino a giocare ruoli di rilievo (più o meno, s'intende) nelle decisioni dei governi. Come in un elastico perennemente in tensione, la storia europea del dopoguerra gioca le sue sorti su variazioni, spostamenti d'equilibrio, avanzate e ritirate: gli esecutivi contro gli organismi assembleari, le decisioni dall'alto dei governi contro le discussioni dal basso dei parlamenti sovranazionali.

È merito di Sandro Guerrieri ricostruire puntualmente su una molteplicità di fonti (se ne può vedere il lungo elenco a fine libro) questo gioco perenne, questo ininterrotto tiro alla fune tra istituzioni. Dandoci (e qui sta il valore direi di metodo del libro) la raffigurazione della vita concreta di un sistema istituzionale a più voci.

L'Assemblea comune (che costituisce il soggetto principale dell'indagine) sviluppa gradatamente i suoi organi interni, i suoi regolamenti; organizza il suo personale secondo progressive riforme; fissa i canoni della sua expertise sulle politiche economiche, allargando l'originario mandato anche a quelle sociali ed occupative, e alle politiche del lavoro, e a quelle della sicurezza. Progressivamente occupa spazi vuoti, che l'Europa dei governi lascia evidentemente non presidiati, e vi si inserisce con autorevolezza. Contano anche gli uomini: che ne sia presidente De Gasperi non è indifferente; che la compongano alcune grandi personalità dell'élite dei vari Paesi neppure; che Monnet, dopo averla accettata, ne valorizzi l'opera dialogando dall'Alta Autorità con l'Assemblea, crea una prassi.

Tutto ciò non avviene per caso. Dietro si intravede la spinta del movimento esterno (il federalismo alla Spinelli, pur sempre critico verso quell'assetto di mal risolto europeismo democratico, che non cesserà mai di denunciare). O anche quella delle singole personalità e delle forze politiche dei vari Paesi (e qui Guerrieri ci offre a più riprese sondaggi interessanti sul dibattito in Francia, in Gran Bretagna, nei Paesi bassi e in Belgio, in Germania ovest, in Italia).

E' insomma una lunga guerra di posizione, quella che vediamo rappresentata in questa ricerca: che si svolge essenzialmente sui due tavoli, quello della dialettica tra Consiglio

ISSN 2279-7238

europeo e Assemblea consultiva e l'altro, del contrasto sordo ma continuo tra Alta autorità e Assemblea comune. A mediare i grandi leader dell'Europa degli anni Cinquanta: Monnet, Schuman, De Gasperi (con meno efficacia poi il suo sostituto Pella), e gli olandesi, e i tedeschi (che progressivamente escono dall'angolo in cui li ha costretti la sconfitta e conquistano posizioni nel concerto europeo).

Guerrieri ci dice più volte che non si tratta di una marcia trionfale. Esiste una asimmetria evidente tra l'idea europeista e la realtà di quegli anni. Molti sentono una delusione per l'abbandono del progetto iniziale (la stessa realistica scelta funzionalista che porta a costituire la Ceca è un ripiegamento, in fondo). Uno dei padri dell'Europa unita, il belga Spaak, nel 1951 trarrà la conclusione che il Consiglio d'Europa è entrato in uno stato di paralisi, e ne deriverà la scelta di dimettersi dalle sue responsabilità di vertice.

E tuttavia…Una certa vulgata storiografica – ci dice Guerrieri – induce a ritenere quella stagione iniziale segnata dal fallimento: storia di vinti. Ma l'autore di questo libro è, nelle sue conclusioni, meno pessimista: certo, non esistette subito un Parlamento sovranazionale eletto a suffragio diretto, ma l'Assemblea comune valse a togliere astrattezza all'Alta Autorità, temperandone la totale indipendenza e scongiurando i vizi latenti di una tecnocrazia economica che sarebbe potuta essere più astratta dai problemi sociali; ebbe – quella Assemblea (e cito qui le parole conclusive di Guerrieri) – "una capacità di iniziativa che condusse l'istituzione ad acquisire, in difetto di poteri, lo spirito di un vero Parlamento".

Io leggo una lezione, in queste parole, e la condivido. E consiste nell'invito implicito di Guerrieri a renderci consapevoli che le istituzioni non vivono solo nelle carte costituzionali o nelle leggi, ma nell'interazione coi contesti in cui operano e – al tempo stesso – nel loro intreccio reciproco.

Non sono monadi immobili, definite una volta per tutte, ma corpi viventi, capaci di modificarsi. Sono prassi, funzionamento degli organi in cui si articolano, culture che le attraversano, linguaggi che adoperano per esprimersi, personale che ne esegue le politiche, risorse che impiegano o non impiegano per conseguire i loro fini. Come, appunto, pur con tutti i limiti di un'Europa ancora degli Stati, furono gli istituti che questo libro magistralmente analizza.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Influenza del modello codicistico francese in un contesto giuridico ibrido: traiettorie della codificazione del diritto privato in Louisiana*

di Biagio Andò **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'indagine condotta da Cairns nel 2015 nel contesto della sua produzione scientifica pregressa. – 3. Le radici culturali dell'opera del 2015. – 4. Il problema della portata del *Digest* del 1808 secondo Cairns: si tratta di un "vero" codice? Specifica importanza della questione nel contesto analizzato. – 5. La codificazione della schiavitù: sue ricadute sulla classificazione del *Digest* nel sistema delle fonti del diritto privato *louisianian*. – 6. Il saggio di Cairns del 2017: un *revirement?* – 7. Quali fonti del *Digest?* "Forme" e "spazi" della tradizione *civilian* in Louisiana. – 8. "Spazi sincronici" del diritto nella ricostruzione storiografica delle origini dell'ibridismo *louisianian*. – 9. Conclusioni: il *Digest* quale espressione d'identità culturale e quale fonte di diritto privato "generale".

Abstract. This essay deals with the issue of the cultural roots of 1808 Louisiana *Digest*, discussing the approach followed by John Cairns in a recent survey. May the Digest be considered as a civil code in the proper meaning of the term or rather has it to be reduced to a restatement of the law which was in force previously to its enactment? Its legal qualification within the system of legal sources, far from being only a question relevant at the level of legal history, is important in order to seize at present a layer of Louisiana's legal hybridity other than the well-known one – dating back to the early 19th century – generated by the US common law encroachment on pre-existing law rooted in the civilian legal tradition. In fact, attention will be paid to the form of legal hybridity made up of *jus non scriptum* and *jus scriptum*, which may be considered the constituents of the civilian legal tradition rooted in Louisiana. In this paper, it will be argued that textual similarities between Digest and Code Nap. must be taken with a grain of salt in order to avoid misleading descriptions of the former; attention should be paid to the peculiarities of the Louisianian receiving socio-economic context at the beginning of the "American era".

1. Premessa

L'interrogativo circa i fattori dai quali dipendono le mutazioni del diritto continua a rivestire rilievo centrale nel dibattito comparatistico. Il diritto è suscettibile di trapianti e dunque può essere oggetto di circolazione o esso, piuttosto, deve considerarsi elemento inscindibile dal contesto che ad esso dà vita? Coloro che sostengono la possibilità di un trapianto devono affrontare molteplici interrogativi che investono: i meccanismi che assicurano questa circolazione[539]; l'individuazione degli attori

** Ricercatore di Diritto comparato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Catania.

[539] I fattori che governano la circolazione di regole o di istituti specifici si ridurrebbero, secondo quanto risulta da un orientamento consolidato (si veda al riguardo M. GRAZIADEI, *Comparative law as the study of transplants and receptions*, in

ISSN 2279-7238

di questi processi; il rilievo da ascriversi alle caratteristiche proprie del contesto di recezione. Le soluzioni prospettate a margine di queste questioni hanno importanti ricadute sulle cartografie concettuali attraverso cui i comparatisti strutturano l'ordine del giuridico.

Non sembra peregrino sostenere che questo ambito di problemi costituisca la dimensione più autentica del diritto comparato, declinato quale disciplina dotata di autonomo statuto scientifico e non semplice metodo al servizio di saperi altri.

2. L'indagine condotta da Cairns nel 2015 nel contesto della sua produzione scientifica pregressa.

Su taluni dei temi appena evocati si sofferma una recente indagine sulle origini dei processi di codificazione del diritto privato in Quebec e Louisiana[540], interessante sotto molteplici profili. Innanzitutto, perché investe uno strumento – il codice civile, appunto – a cui storicamente in Europa continentale è stata ascritta notevole importanza simbolica nel quadro di un sistema delle fonti del diritto il cui baricentro è costituito dall'attività del legislatore; per la prospettiva, di cruciale importanza per il comparatista (nel passato e nel presente), dalla quale l'a. ha scelto di affrontarlo (quella delle cause del *legal change*); *last but not least*, per i sistemi giuridici considerati, accomunati dal tratto caratterizzante dell'ibridismo giuridico, prodotto dalla confluenza ed interazione delle tradizioni di *civil* e *common law* in un quadro normativo unitario[541].

Che la prospettiva a partire dalla quale questi temi sono affrontati sia quella di un'indagine di storia del diritto su due specifiche esperienze rappresenta un valore aggiunto, per il contributo di concretezza che essa apporta all'analisi del fenomeno dei *legal transplants* quali fattori di produzione della mutazione giuridica.

Occorre precisare che il lavoro pubblicato da Cairns è costituito, con modifiche (circoscritte alla parte dell'introduzione) non particolarmente significative[542], dalla tesi di dottorato ultimata alla fine degli anni '70 del secolo scorso.

Il lavoro del 2015 acquista un senso preciso ove opportunamente situato nella produzione scientifica pregressa dell'autore.

Cairns è storico del diritto che ha a lungo studiato le traiettorie della tradizione *civilian* attraverso le figure di giuristi o eventi caratterizzanti istituzioni universitarie. La sua

M. REIMANN-R. ZIMMERMANN, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 455 e ss.), a tre: la forza, e dunque l'imposizione del diritto ad opera del potere coloniale sul territorio del quale s'è acquisito il controllo; il prestigio culturale, vale a dire la spontanea adesione ad un modello esterno percepito "migliore" del proprio; l'efficienza di un modello giuridico, percepito come particolarmente idoneo a soddisfare determinate esigenze pratiche palesatesi in un determinato contesto.

[540] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history. Law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, Talbot Publishing, 2015.

[541] La specifica forma d'ibridismo evocata nel testo è conseguenza delle trasformazioni politiche prodotte dall'avvicendamento di governi coloniali che hanno introdotto nei territori da essi controllati le proprie legislazioni, espressione di una delle due tradizioni giuridiche sopra richiamate.

[542] Queste modifiche consistono sostanzialmente in un aggiornamento dei riferimenti bibliografici presenti nella stesura originaria. Riserve sul fatto che l'impianto dell'indagine pubblicata sia rimasto sostanzialmente identico, sono espresse da E. ORUCU, *John Cairns, codification, transplants and history law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, in 20 *Edinburgh L. Rev.* 244 (2016).

ISSN 2279-7238

attenzione è rivolta primariamente al suo Paese d'origine, la Scozia[543], con episodiche incursioni al di fuori di esso[544].

Il prosieguo di queste note verrà dedicato alla parte dello studio in cui si analizza il primo processo di codificazione verificatosi in Louisiana[545] sfociato nel "Digest of the civil laws now in force in the Territory of Orleans, with alterations and amendments adapted to its present system of government" (d'ora in poi: *Digest*[546]). Il problema della "natura" – della portata – del *Digest* in Louisiana non attira esclusivamente l'attenzione dei cultori di storia del diritto. E' emblematico in tal senso l'acceso dibattito, che ha coinvolto giuristi accademici di diversa estrazione unitamente a giuristi pratici[547], a cui ha dato vita un'indagine[548] relativa al complesso processo di revisione del codice civile del 1870 (che, pur con le modifiche di ampio spettro apportate dal legislatore lungo un arco temporale significativamente esteso[549], è ancora vigente). Questa indagine ha elevato il *Digest* a paradigma di comprensione dell'esito di tale processo. Le numerose modifiche avrebbero infatti decretato la morte del codice civile e la nascita di un nuovo *Digest* in virtù della contestuale vigenza delle norme modificate dalla revisione e di quelle preesistenti (quando queste non confliggano manifestamente con le prime). Secondo Palmer, l'approccio delle corti *louisianian* al *Digest*, lungi dall'essere circoscritto alla vigenza di questo, caratterizzerebbe anche le successive codificazioni del diritto privato. Il processo di revisione del codice civile del 1870 non sarebbe che l'ennesimo episodio di "crisi" del sistema delle fonti formali del

---

[543] Fra questi, si segnalano J.W. CAIRNS, *John Millar's Lectures on Scots Criminal Law*, in 8 *Oxford J. Legal Stud.* 364 (1988); ID., *The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century Edinburgh*, in 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 191 (1994); ID., *The Face That Did Not Fit: Race, Appearance, and Exclusion from the Bar in Eighteenth-Century Scotland*, in 9 *Fundamina* 11 (2003); ID., Ius Civile *in Scotland, ca 1600*, in 2 *Roman Legal Trad.* 136 (2004); ID., *The First Edinburgh Chair in Law: Grotius and the Scottish Enlightenment*, in 11 *Fundamina* 32 (2005); ID., *The Origins of the Edinburgh Law School: The Union of 1707 and the Regius Chair*, in 11 *Edinburgh L. Rev.* 300 (2007); ID., *Attitudes to Codification and the Scottish Science of Legislation*, 1600-1830, in 22 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 1 (2007).

[544] In particolare si vedano: J.W. CAIRNS, *Alexander Cunningham's Proposed Edition of the Digest: An Episode in the History of the Dutch Elegant School of Roman Law (Part I)*, in 69 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 81 (2001) e *(Part II)*, in 69 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 307 (2001); ID., *Legal Study in Utrecht in the late 1740s: the Education of Sir David Dalrymple, Lord Hailes*, in 8 *Fundamina* 30 (2002); ID., *Henry Goudy, Hannis Taylor, and Plagiarism Considered as a Fine Art*, in 30 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 1 (2015).

[545] In Louisiana, l'ibridismo è conseguenza della sovrapposizione del diritto statunitense al diritto previgente francese e spagnolo. Nel 1803, il territorio di Orleans fu venduto al governo federale dalla Francia (questo evento è noto nel dibattito storiografico come *Louisiana Purchase*). Questo ibridismo si manifesterebbe attraverso una "segmentazione" dell'ordinamento in distinte aree normative entro cui le tradizioni in esame avrebbero esercitato la propria influenza: il diritto privato sarebbe *civilian*, laddove sui settori del diritto pubblico e del diritto processuale sarebbe dato cogliere l'impronta della tradizione di *common law*. In questo senso, V. V. PALMER, *Mixed jurisdictions worldwide. The third legal family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 3-13.

[546] Il testo consta di due versioni ufficiali, inglese e francese.

[547] Si rinvia al riguardo alla tavola rotonda organizzata dalla Tulane law Society il 7 aprile 1989 a cui hanno partecipato V.V. Palmer, A.N. Yiannopoulos, e Cynthia Samuel della Tulane Law School; Julio Cueto-Rua della Louisiana State University; David Gruning della Loyola University School of Law; Shael Herman dello studio Sessions, Fishman, Boisfontaine, Nathan, Winn, Butler and Barkley di New Orleans; James L. Dennis della Louisiana Supreme Court. Gli atti di questa tavola rotonda sono stati poi pubblicati con il titolo *The Great Debate over the Louisiana Civil Code's Revision*, in 5 *Tul. Civ. L.F.* 49 (1990).

[548] V.V. PALMER, *The death of a code – The birth of a Digest*, in 63 *Tul. L. Rev.* 221 (1988-1989).

[549] Questo processo è stato avviato nel 1948 ed è durato più di mezzo secolo. Successivamente al *Digest*, sono stati approvati due codici civili, rispettivamente nel 1825 e nel 1870.

ISSN 2279-7238

diritto privato, successivo a quelli verificatisi sotto il *Digest* e il codice del 1825[550]. Queste crisi sarebbero espressione dell'atteggiamento (costante nel lungo periodo) atto a riconoscere in casi disciplinati da disposizioni codicistiche preesistenti norme evidentemente non ricavate in via d'interpretazione da queste, e delle quali viene predicata la compatibilità con queste. Esse restituirebbero, secondo questa tesi, l'immagine di una transizione (mai definitivamente attuatasi) dal diritto previgente ai codici civili che costituiscono esito del processo di codificazione, testimoniata da alcuni *leading cases* decisi sotto il *Digest* e il codice del 1825, in cui i giudici ricorrono a soluzioni consolidate nella tradizione anche dopo il decorso di un significativo lasso di tempo dalla loro entrata in vigore[551]. Questo atteggiamento è ancora più significativo se si considera che il legislatore nel 1825 aveva espresso più chiaramente che nel passato la propria intenzione di abrogare il diritto anteriore[552], e che i giudici non giustificavano il ricorso ad esso con la necessità di rimediare a lacune caratterizzanti il sistema del codice. Nonostante la chiara intenzione del legislatore, i giudici continuavano a non considerare il codice civile quale fonte di regolamentazione esclusiva ed esaustiva nell'area delle relazioni fra privati.

Il persistere di un dibattito sulle fonti del *Digest*, e di voci che segnalano che il modello di regolazione dei rapporti privatistici invalso nel 1808 non era stato una volta per tutte

---

[550] Palmer sofferma l'attenzione su casi in cui l'applicazione di norme desumibili in modo lineare dalla lettera delle disposizioni legislative è esclusa dallo stesso legislatore nel commento che accompagna modifiche del testo delle stesse. Il più lampante sarebbe rappresentato dall'antinomia fra la disposizione legislativa che riconosce il monopolio del legislatore nella determinazione delle cause sospensive ed interruttive della prescrizione e il principio giudiziale "contra non valentem agere non currit praescriptio", la cui persistente vigenza è riconosciuta dal legislatore nel commento apposto alla disposizione appena citata. Il brocardo rivelerebbe una norma senza disposizione prodotta dall'argomentazione delle corti, fonte di regole per la soluzione del caso concreto, che contraddice quella desumibile in via d'interpretazione letterale dalla disposizione codicistica.

[551] Questo atteggiamento delle corti sarebbe il riflesso di un'identificazione da esse istituita fra l'obiettivo di assicurare la *legal certainty* dell'ordinamento e la preservazione del diritto vigente prima della codificazione secondo J.LOVETT, *On the principle of legal certainty in the Louisiana Civil Law Tradition: From the Manifesto to the Great Repealing Act and beyond*, in 63 *La. L. Rev.* 1397 (2003).

[552] Esemplari sono i casi *Cottin v. Cottin* (1817), *Flower v. Griffith* (1827), e *Reynolds v. Swain* (1839), il primo nella vigenza del *Digest* , gli altri due sotto il codice civile del 1825. Il codice del 1825 all'art. 3521 aveva adottato una previsione, non presente nel *Digest* del 1808, che manifestava inequivocabilmente l'intenzione del legislatore di adottare un codice che sancisse la cessazione della vigenza del diritto anteriore: "From and after the promulgation of this code, the Spanish Roman and French laws, which were in force in this state, when Louisiana was ceded to the United States, and the Acts of the Legislative Council, of the Legislature of State of Louisiana, be and hereby repealed in every case, for which it has been especially provided in this code, and that they shall not be invoked as laws, even under the pretence that their provisions are not contrary or repugnant to those of this code". Nella *sec.* 2 del *Digest*, si prevedeva il *repeal* del diritto previgente solo nel caso in cui fosse "contrary to, or incompatible with, the provisions of the Code". Il caso citato per secondo in questa nota, successivo all'entrata in vigore dell'art. 3521, rappresenta un esempio lampante di elusione di questa disposizione. Probabilmente, proprio a causa del mancato conseguimento dell'obiettivo per il quale era stato introdotto l'art. 3521, il legislatore aveva avvertito l'esigenza di assicurare l'effettiva cesura fra diritto previgente alla codificazione e diritto codificato. Nel 1828, il *La. Act* No. 83 aveva disposto l'abrogazione di "all the civil laws which were in force before the promulgation of the civil code lately promulgated". Cionondimeno, ancora nel 1839 in *Reynolds* la Corte suprema della Louisiana riconosceva l'esistenza di un "diritto non scritto" (consistente nell'insieme di "principles of law which had been established or settled by the decisions of courts of justice") sottratto agli effetti abrogativi del *La. Act* No. 83; effetti che potevano investire solo le "positive, written or statute laws of Rome, Spain and France and of Louisiana, and only such as were introductory of a new rule, not those which were merely declaratory". Della legislazione poteva cioè prevedersi la cessazione della vigenza solo quando essa ponesse regole *ex novo*, cioè in via autonoma, ma non quando essa fosse da considerarsi mero strumento di attuazione di principi generali del diritto.

ISSN 2279-7238

rimpiazzato dalle codificazioni successive (venendo anzi ribadito dal processo di revisione del codice civile del 1870), evidenzia il carattere risalente nel tempo di un problema che investe le fonti del diritto privato, dato dalla coesistenza fra diritto anteriore e diritto codificato; di una coesistenza dai confini non nitidamente delineati.

3. Le radici culturali dell'opera del 2015

Il discorso sulla genesi del *Digest* viene situato espressamente dall'a. nell'alveo di una ben precisa visione dei meccanismi di circolazione del diritto, il cui nucleo qualificante è rappresentato dalla teoria dei *legal transplants* elaborata da Alan Watson[553], di cui l'autore si professa allievo. Com'è noto, Watson pone una forte enfasi sull'autonomia del diritto rispetto al contesto in cui esso è vigente, in ciò distaccandosi nettamente dalle cd. "mirror theories", secondo cui vi sarebbe una relazione di causalità necessaria fra l'ambiente socio-economico e un determinato diritto positivo che in esso è destinato ad operare[554]. In virtù di questa relazione, il diritto assolverebbe, sempre secondo queste teorie, la funzione di strumento attraverso cui soddisfare precisi bisogni sociali ("practical needs")[555].

Secondo Watson, la circolazione del diritto (e la conseguente possibilità di trapianti di determinati regole ed istituti anche in contesti visibilmente differenti da quelli in cui essi sono stati originariamente elaborati) dipende in larga misura da decisioni di *élites*, la cui azione non è necessariamente orientata dall'obiettivo di dar risposta ad esigenze diffusamente avvertite nella comunità; le riforme prodotte da queste minoranze piuttosto possono trovare la loro giustificazione nell'ideologia che anima i *law reformers*, e cioè in quel complesso di idee e valori che fonda la loro azione[556]. Il trapianto sarà allora da considerarsi prodotto dell'azione di individui o minoranze operanti nell'ambito del sistema interessato

[553] A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984. Sul tema della mutazione giuridica, si veda altresì dello stesso autore, in una prospettiva che include la (ma non si esaurisce nella) questione dei trapianti, *Comparative law and legal change*, 37 C.L.J. 313 (1978), ove l'a. procede ad un tentativo di elaborare una teoria del "legal change" (circoscritta alla tradizione giuridica occidentale) attraverso l'individuazione/sistematizzazione degli elementi che possono incentivarlo o, al contrario, scoraggiarlo. La probabilità di una mutazione giuridica dipenderebbe secondo questo autore dall'intensità della resistenza opposta dalla *source of law* interessata dal processo, dal grado di efficacia di "Pressure Forces", dalla presenza di "Opposition Forces", dall'esistenza di "Transplant Bias" (su quest'ultimo si avrà modo di ritornare a breve). Cairns pone a giustificazione dello studio pubblicato nel 2015 la necessità di fornire una risposta esaustiva alle questioni – sollevate da Watson proprio nello scritto citato da ultimo – relative: alle ragioni del successo/insuccesso della codificazione in contesti non europei; al grado di libertà caratterizzante il processo di recezione di un dato modello giuridico; ai fattori che incidono sulla rapidità di tale processo.

[554] Sulla fecondità nel campo degli studi comparatistici delle riflessioni dedicate da Alan Watson ai *legal transplants*, si veda J.W.CAIRNS, *Watson, Walton, and the history of legal transplants*, in 41 *Ga. J.Int'l and comp. L.* 637 (2013).

[555] Secondo queste teorie, il *legal change* è dipendente dai cambiamenti occorsi nel contesto sociale. Si veda al riguardo senza pretesa di esaustività, E.M. WISE, *The transplant of legal patterns*, 38 *A.J.C.L.* 1 (1990).

[556] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., 516, rileva in linea con l'approccio di Watson che "there is no immediate connection between a change in any particular state of affairs and a corresponding change in the relevant law. The effect of social circumstances on law is always and inevitably mediated through lawmakers. Because lawmakers act as mediators between society and law, the immediate causes of change or stasis will always tend to be found in the intellectual climate or ideology of their society as familiar to the lawmakers. […] the lawmakers are concerned with embodying in the law the ideals of their legal and social culture, confident in the notion that the legal provisions will have an effect in society".

ISSN 2279-7238

che rendono possibile la recezione di un modello giuridico esterno[557]. Donde il rigetto di quell'orientamento che individua necessariamente la genesi dei fattori produttivi della mutazione giuridica nel sistema sociale, e, simmetricamente, il riconoscimento del carattere transnazionale del diritto[558]. Più che risposta a bisogni sociali determinati da cambiamenti già prodottisi a livello sociale, i trapianti di *foreign legal patterns* nella visione di Watson sarebbero strumenti atti a produrre il cambiamento[559]. In questa cornice, il diritto comparato sarebbe idoneo a rivelare la natura intrinsecamente dinamica delle *legal relationships* che s'instaurano fra diversi sistemi giuridici, a seguito del "borrowing" di regole giuridiche. Secondo Cairns, l'elaborazione della teoria di Watson, così come il successo da essa ottenuto nel dibattito comparatistico, si devono al concorso di fenomeni sociali di significativo rilievo[560]. Sotto quest'ultimo profilo, il successo di questa teoria alla fine degli anni '80 sarebbe dovuto allo sgretolamento della cortina di ferro che separava l'Europa dell'est dall'Europa dell'ovest e dalla sempre maggiore attenzione nei *legal circles* europei al tema della codificazione europea del diritto privato. Eventi, questi ultimi, che avrebbero reso l'analisi di Watson di grande interesse perché di profonda attualità.

Ciò che può essere fatto oggetto dei processi di circolazione secondo Watson è il diritto costituito dall'insieme degli enunciati di origine legislativa*;* l'atto del legislatore, concepito quale entità a sé stante disgiunta dagli apparati interpretativi che contribuiscono a determinarne la fisionomia nel contesto originario, può così travalicarne i confini ed essere "innestato" in ambiente alieno. L'identificazione propugnata da Watson fra diritto e complesso degli enunciati legislativi è stata considerata riduttiva[561].

Conformemente all'approccio teorico di Watson, il codice è considerato da Cairns un "prodotto" che può essere "esportato" indipendentemente dalla cultura giuridica di cui è espressione. Il *Civil Code of Lower Canada* del 1866 e il *Digest of Orleans* del 1808 sarebbero esempi di "transplanted or borrowed codes"[562].

---

[557] A. WATSON, *Comparative law and legal change*, cit., 326-327, individua gli elementi che incoraggiano il trapianto – che sono cioè fonte di un "Transplant Bias" – nella "linguistic tradition shared with a possible donor", nel "*general* prestige" e nella "accessibility of the possible donor". Da questi fattori dipenderebbe la riuscita del processo di ricezione di un codice civile straniero.

[558] In questo senso, A. WATSON, *The evolution of Western private law*, Baltimore-London, Johns Hopkins University Press, 2001, IX.

[559] J.W.CAIRNS, *Watson, Walton, and the history of legal transplants*, cit., 644, ritiene che al centro dell'opera di Watson sui *legal transplants* si trovi l'idea che il "borrowing" (da un altro sistema) sia "the most common mode of legal development", e che non vi sia necessità "for the borrowing system to have any real understanding of the system from which rules or institutions were borrowed".

[560] J.W.CAIRNS, *Watson, Walton, and the history of legal transplants*, cit., 643, 676. Sotto il primo profilo, la fortuna del termine "trapianto" al di là del contesto medico da cui esso trae origine sarebbe conseguenza della larga eco destata nell'opinione pubblica da alcuni esperimenti di trapianto di organi nel corpo umano fra la fine degli anni '60 e l'inizio del secolo oramai alle spalle.

[561] Per una critica della riduzione del diritto ad insieme di "bare propositional statements" operata da Watson, cfr. P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111 (1997). Legrand infatti polemicamente rileva che "[T]he notion of 'legal transplant' is used as a convenient variance decline reducer"; essa rispecchierebbe "a faith in abstract universalism which is at odds with the observable decline of formal rationality" (122).

[562] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, *op. cit.*, 497 al riguardo precisa che "[T]he codifiers utilized a foreign code both as a model and as a quarry of accessible and readily borrowable provisions. Both codes are obvious offspring of the 1804 Code Napoléon".

ISSN 2279-7238

Egli mette al centro del suo ragionamento l'esito – il codice, nella sua dimensione di opera di un legislatore storicamente determinato – non dedicando particolare attenzione all'insieme di fattori, distinti dall'attività di codificazione, che incidono su di essa, fra i quali riveste rilievo primario la cultura dell'interprete.

Alla luce del quadro teorico elaborato da Watson, Cairns affronta il problema delle fonti del processo di codificazione del diritto privato ad esito del quale è stato introdotto il *Digest*. Che il termine "problema" non sia eccessivo è dimostrato dal fatto che la questione delle fonti della codificazione è stata fatta oggetto, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, di un infuocato dibattito fra gli studiosi *louisianian* [563]. Questa questione è ancor oggi – come dimostra in modo eloquente proprio il lavoro di Cairns – dibattuta. L'importanza, nell'economia del ragionamento condotto dall'autore, del passaggio in cui egli individua la genealogia del *Digest* nel modello codicistico francese è evidente alla luce dell'ipotesi di fondo che regge l'indagine, e cioè che il diritto possa essere esportato e sia suscettibile di trapianto.

Asserire una continuità del diritto codificato con quello previgente avrebbe comportato il disconoscimento dell'assunto secondo cui il diritto è una variabile indipendente dal *background* socio-economico, e dunque può essere innestato in ambienti vistosamente diversi dal contesto originario.

Se nell'indagine di Cairns, è evidente l'influenza esercitata dalla "pars destruens" del ragionamento di Watson, non è altrettanto chiara la sua posizione su quali fattori orientino l'azione dei legislatori[564].

4. Il problema della portata del Digest del 1808 secondo Cairns: si tratta di un "vero" codice? Specifica importanza della questione nel contesto analizzato

Come già sottolineato, una parte importante del lavoro di Cairns è – *pour cause* – dedicata allo *status* da riconoscersi al *Digest* nel panorama delle fonti *louisianian* dell'epoca.

---

563 I momenti salienti di questo dibattito sono rappresentati dalle riflessioni di Robert Pascal e Rodolfo Batiza. In particolare, R. PASCAL, *A Recent Discovery: A Copy of the 'Digest of the Civil Laws' of 1808 with Marginal Source References in Moreau Lislet's Hand*, in 26 *La. L. Rev.* 25 (1965); R. BATIZA, *The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance*, in 46 *Tul. L. Rev.* 4 (1971); R. PASCAL, *Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza*, in 46 *Tul. L. Rev.* 603 (1972); R. BATIZA, *Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder,* in 46 *Tul. L. Rev.* 628 (1972). Si veda anche quanto osservato nel paragrafo precedente a proposito dell'approccio al *Digest* adottato da corti *louisianian* in alcuni *leading cases*.

564 A dimostrazione dell'assenza di chiarezza del ragionamento di Cairns circa i fattori atti a orientare le scelte del legislatore si consideri questo passaggio:"[T]his study […] has drawn attention to the actions of lawmakers […] the proper method of study of legal stasis or legal development is to examine the actions of lawmakers as *social actors* […] as *members of*, and *influenced by*, *their society* and of a particular grouping or class of that society, they are involved in an activity (law making) which is both conscious and purposive. *They cannot be said to be acting as mere reflections of a class grouping, nor as unconscious agents of some hidden deeper structure* […]. Nor are these lawmakers as redactors actors in some functionalist sense: the law we find in the 1808 Digest […] is not a mere expression of the aims of bourgeois society, nor an attempt to embody the most efficient way of carrying out some aim in either an economic or utilitarian sense. *Influenced by any number of factors drawn from their social grouping and the legal culture, redactors clearly act consciously to embody in their codes their beliefs as to what the law should be*. That is, *they act consciously, but not subjectively*" (518, corsivi aggiunti). Non è agevole comprendere come Cairns consideri pacifica la natura obiettiva dell'azione dei legislatori, subito dopo avere escluso che essa debba necessariamente esser ricondotta alle istanze di un gruppo sociale determinato o comunque ad altro parametro ulteriore alla – e distinto dalla – sensibilità soggettiva dei legislatori.

ISSN 2279-7238

Pur riconoscendo l'ampiezza e l'eterogeneità dei materiali impiegati nella redazione del *Digest*, riflesso di una visione del diritto che non riconosce allo Stato il potere esclusivo di produrlo[565], Cairns attribuisce al codice francese del 1804 carattere di fonte principale del *Digest*.

La questione ultima alla cui soluzione è diretto il libro del 2015 è se al diritto privato codificato nel 1808 possa o meno riconoscersi carattere innovativo rispetto al diritto previgente. Solo nel primo caso, al *Digest* potrebbe riconoscersi lo *status* di "vero" codice. Sebbene ad un primo sguardo possa sembrare una questione di rilievo squisitamente teorico, essa riveste importanza sostanziale quale possibile chiave di lettura dell'ibridismo del sistema giuridico in esame da una prospettiva diversa da quella più consueta[566].

L'interrogativo posto da Cairns è se il legislatore che agli inizi dell'800 ha codificato il diritto privato abbia inteso provvedere semplicemente al riordino e alla sistematizzazione del diritto previgente (e cioè si sia limitato a mettere la "Spanish law in French dress"[567]), o piuttosto abbia inteso operare una soluzione di continuità rispetto a questo optando per l'introduzione di un sistema del diritto privato esaustivo ed autosufficiente, e pertanto autonomo dal diritto anteriore. La premessa in virtù della quale il diritto codificato nel 1808 non traeva il proprio fondamento – la propria legittimazione – da fonti previgenti è strumentale, nel ragionamento condotto da Cairns, all'affermazione del suo carattere di "novità". L'"originalità" (rispetto alle previgenti normative di diritto privato) della sua forma – data dall'aver provveduto all'organizzazione di un'intera area normativa – ha instillato una "sostanza" nuova nelle disposizioni in esso contenute (anche qualora esse ripropongano soluzioni tradizionali)[568].

Il già ricordato eclettismo della cultura giuridica dei codificatori non esclude secondo Cairns che il *Digest* debba considerarsi come atto normativo esaustivo ed autosufficiente; cioè come sistema compiuto di diritto privato che non rende necessario all'interprete di attingere soluzioni nel diritto previgente.

La tesi è corroborata da una serrata sequenza argomentativa – volta a negare che il *Digest* del 1808 sia atto legislativo che si pone in continuità con il diritto previgente – sulla quale occorre soffermarsi.

La precisazione contenuta nel *Preamble* del *Digest* secondo cui esso doveva intendersi come "a guide for the decision of the courts and juries, without recurring to a multiplicity of books, which, being for the most part written in foreign languages, offer in their interpretation inexhaustible sources of litigation" è letta da Cairns nel senso che il *Digest* –

---

[565] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., 55: "The period of redaction of the Digest would tend to suggest that the redactors would be supporters of natural law theories; indeed, evidence from the Digest itself shows that this suggestion is correct. That the redactors were supporters of natural law implies that they would not consider their actions hampered by a narrow conception of the positive law in force in Louisiana. Further, that the redactors should consider non-Castilian sources in drawing up the code is hardly surprising anyway, considering that codification is linked to evaluation of the law in comparison with other legal systems".

[566] Si vedano le osservazioni formulate sul punto ai parr.7-8.

[567] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., XIV.

[568] Per un'analisi del codice come forma di legislazione espressione dell'ideologia della completezza, S. HERMAN, *Legislative management of history: notes on the philosophical foundations of the civil code*, 53 Tul. L. Rev. 380 (1978-1979).

ISSN 2279-7238

e non le "old sources" previgenti che costituiscono il sostrato delle sue disposizioni – rappresentava la fonte immediata e diretta delle decisioni delle Corti. Pertanto, esso non poteva essere considerato una "guide to [previous] sources"[569], sprovvisto di rilievo normativo autonomo rispetto ad esse. A sostegno della posizione adottata, l'a. invoca la *sec.* 5 del testo, secondo cui, nei casi di "obscurity or ambiguity, fault or omission", le corti dovevano consultare le versioni inglese e francese di esso; esse pertanto servivano "mutually […] to the interpretation of one and of the other". Questa disposizione sarebbe prova della non necessità di ricorrere a fonti esterne al *Digest* ai fini della sua applicazione[570].

Inoltre, la previsione che riconosceva la perdurante vigenza delle norme anteriori al *Digest* quando non "contrary" a o "irreconcilable" con questo, non imponeva, secondo Cairns, un ricorso sistematico alle "old laws".

Nel suo ragionamento valore decisivo ha l'intenzione del legislatore. Poiché l'introduzione del *Digest* era volta, secondo l'autore, ad evitare il ricorso al diritto previgente, deve assumersi che intento del legislatore fosse quello di far in modo che il Digest "stand on its own"[571]; il conseguimento di questo obiettivo non richiedeva tuttavia necessariamente, secondo l'a., una totale abrogazione del diritto previgente.

Il *Digest* è considerato un codice civile nell'accezione moderna, non traendo legittimazione dal diritto previgente. Non potrebbe in senso contrario considerarsi la prassi delle corti *louisianian* di ricorrere al diritto previgente al *Digest* anche a notevole distanza dalla sua entrata in vigore[572]. Cairns così dà per dimostrato ciò che invece doveva costituire oggetto della sua dimostrazione.

Egli esamina, a riprova della fondatezza della tesi per cui la codificazione del diritto privato si sia realizzata principalmente sotto l'influsso del diritto francese e che la disciplina legislativa non rispecchi puntualmente la realtà sociale circostante, due aree normative disciplinate dal *Digest*: *family law* e *employment*.

Quanto alla prima, l'a. si sforza di dimostrare che la pietra angolare su cui è costruita la disciplina dei due assi principali dei rapporti familiari (rapporti fra coniugi; relazione padre-figli) è costituita dalla *puissance maritale*, non riconducibile all'influenza del diritto romano, del quale il diritto spagnolo castigliano è discendente diretto, ma del *droit coutumier* francese.

---

[569] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., 64.

[570] *Ibid.*

[571] J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, *op. ult. cit.*, 66.

[572] Per la necessità di considerare, ai fini della valutazione della portata di un codice come fatto storico, la "combinazione tra l'autorità dei «verba» del legislatore e la vitalità del sostrato culturale che li ha alimentati, vitalità che spesso si esprime nell'assoggettarli ad una metamorfosi anche profonda" (445), A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, II, Torino, 1988, 442 ss., il quale sottolinea "la necessità che ciascun codice sia studiato nel suo contesto e che tale contesto si estenda anche dopo l'entrata in vigore del codice stesso", evitando "uno studio delle codificazioni incentrato esclusivamente sull'opera del legislatore" (entrambe le citazioni, 446). Le osservazioni di G. hanno il chiaro fine di mettere in guardia l'interprete dal rischio di comprensioni del fenomeno della codificazione fondate su schemi concettuali –articolati sulla base della dicotomia netta "frattura/continuità" – che rischiano di essere fuorvianti (su queste categorie, si avrà modo di ritornare nei parr.7-9). Non potendosi negare che la codificazione del diritto privato abbia inaugurato in Europa un'epoca nuova, la chiave di lettura delle trasformazioni prodotte dalla codificazione rispetto all'epoca precedente non sarebbe tuttavia secondo G. rappresentata da una presunta "semplificazione" da essa prodotta rispetto alla pregressa "complessità" normativa, quanto piuttosto da una "complessità" diversa dal passato, caratterizzata dalle interazioni fra testo ed interpretazioni dei giuristi.

ISSN 2279-7238

Cairns evidenzia altresì che il principio di gerarchia sotteso alla *puissance maritale* non corrisponde alla realtà sociale della famiglia *louisianian* (modellata su istanze affettive, piuttosto che sul principio di autorità). Il modello più "liberale" del diritto castigliano è tuttavia accantonato nel *Digest* a favore di quello più rigido del diritto francese.

La seconda area considerata è, nel discorso dell'a., altrettanto importante. I cambiamenti intervenuti nella condizione giuridica dei *servants* all'inizio del diciannovesimo secolo – in precedenza disciplinati dal diritto castigliano nell'ambito dei rapporti familiari (nella veste di componenti *de iure* della famiglia del "padrone") e dal *Digest* ricondotti a quello dei rapporti contrattuali (del contratto di lavoro subordinato) – sarebbero emblematici di una rinnovata visione dei rapporti economici ispirata all'ideologia del liberismo economico, e cioè alla dottrina che secondo Cairns caratterizza il codice civile francese.

Le assonanze rilevate dall'autore con il modello del codice civile francese ravvisate sembrano tuttavia essere meramente esteriori. La genealogia del *Digest* prospettata da Cairns sembra tutta fondata su affinità "strutturali" di questo con il codice francese. Non adeguatamente evidenziate sembrano essere le differenze, rilevanti sul piano socio-economico, fra Francia e Louisiana che si mostrano sul piano dell'individuazione dei destinatari dei precetti del *Digest*. A differenza del *Cod. Nap.*, esso, come sarà precisato nel paragrafo che segue, non prevede un sistema di diritto privato fondato sul modello del "soggetto unico". Fino al codice del 1870, infatti, è stata vigente, a livello di formante legale, la distinzione fra liberi e schiavi. Basterebbe questo elemento a insinuare dubbi circa la lettura del *Digest* quale trasposizione del modello francese di codice civile.

5. La codificazione della schiavitù: sue ricadute sulla classificazione del Digest nel sistema delle fonti del diritto privato louisianian

Nel libro I – "Of persons" – l'art.13 qualificava "slave" "one who is in the power of a master and who belongs to him in such a manner, that the master may sell him, dispose of his person, his industry and his labor, and who can do nothing, possess nothing, nor acquire anything, but what must belong to his master"; l'art.15 definisce "free men " "those who have preserved their natural liberty, which consists in a right to do whatever one pleases, except in so far as one is restrained by law".

Una categoria intermedia era rappresentata da coloro che in virtù dell'atto di manumissione avessero acquistato o riacquistato la condizione giuridica di individuo libero.

Dal riconoscimento di *status* soggettivi differenziati, consacrato a livello normativo dal *Digest*, discendevano conseguenze puntuali sul terreno della capacità giuridica generale. Gli

ISSN 2279-7238

schiavi non avevano capacità processuale. Era riconosciuto a chiunque la possibilità di provare il proprio *status* di uomo libero[573].

Il regime codicistico della schiavitù viene invocato da certa dottrina quale cartina di tornasole dell'incontrovertibile originalità del *Digest louisianian* o comunque a sostegno della sua non riconducibilità al modello giuridico francese espresso dal *Cod. Nap.*

Una certa dottrina ha infatti sottolineato che il *Digest* esprime contemporaneamente due modelli contrapposti: da una parte, esso è un "code of enlightenment and natural reason"; dall'altra, esso è un "code of darkness, a code *contra naturam*"[574]. Contrariamente a quanto è previsto nel codice francese, libertà ed uguaglianza non sono predicati riferibili alla comunità intera, ma solo a parti di essa. Sotto questo profilo, il *Digest* è più vicino al codice prussiano del 1794, che contemplava tre distinte classi di soggetti di diritto, che non al codice civile francese.

Nonostante fosse possibile al legislatore individuare per la disciplina della schiavitù una *sedes materiae* diversa dal *Digest*[575], i redattori di questo ritennero opportuno inserirla in questo; verosimilmente, al fine di conferirle rilievo generale. Sembra fondata l'ipotesi per cui il riconoscimento della schiavitù non riflette solo la cultura del gruppo – dominante – francofono, ma trovi una precisa ragion d'essere nell'esigenza di assicurare la sopravvivenza del sistema di produzione, fondato sul lavoro degli schiavi, e gli interessi dei suoi attori principali, i "planters" appunto, che erano "large landowners" e "slaveowners"[576].

Emblematica, al fine di comprendere l'importanza riconosciuta alla tutela di questi interessi, è la protesta formale – nota come "the Remonstrance" – contro la misura di *embargo* all'importazione di schiavi sul territorio statunitense varata dal Congresso nel marzo del 1807 (ed in vigore a partire dal gennaio del 1808).

Il favore nei confronti della schiavitù dimostrato dalla classe egemone, peraltro ampiamente rappresentata nel Parlamento *louisianian*, e il suo riconoscimento e disciplina all'interno di una fonte normativa d'importanza cruciale nell'area dei rapporti interprivati dimostrano che il fenomeno non aveva affatto valore marginale, e che dunque deve essere considerato rilevante al fine di cogliere in profondità il contesto socio-economico sotteso al *Digest*.

---

[573] Non erano puntualmente regolate le modalità con cui questa prova poteva essere fornita. Sul punto, R. J. SCOTT, *"She … refuses to deliver up herself as the slave of your petitioner": Emigrés, enslavement, and the 1808 Louisiana Digest of the civil Laws*, in 24 *Tulane European & Civil Law Forum* 115 (2009).

[574] V. V. PALMER, *Through the codes darkly: slave law and civil law in Louisiana*, Clark, Talbot, 2012, 103-104.

[575] La materia della schiavitù venne dapprima disciplinata dal *Code Noir* francese del 1685, poi introdotto in Louisiana nel 1724 ed emendato per l'ultima volta solo due anni prima dell'approvazione del *Digest*. La versione del *Code Noir* introdotta nel 1806 aveva aggravato la condizione degli schiavi rispetto all'epoca del dominio spagnolo non solo quanto ai presupposti della loro emancipazione, ma anche sul versante delle misure a tutela dell'ordine pubblico adottate nei loro confronti. Questa disciplina, vigente anche dopo l'introduzione del *Digest*, era modellata, secondo una corrente della storiografia giuridica *louisianian*, su quelle vigenti in altri stati dell'unione. Si rinvia al prossimo paragrafo l'analisi della ricostruzione, proposta dagli aderenti a questo orientamento, dei rapporti di derivazione del diritto *louisianian* dalla *common law* statunitense.

[576] V. V. PALMER, *Through the codes darkly*, *cit.*, 106-107.

ISSN 2279-7238

Se uno degli elementi chiave, o forse l'elemento qualificante della cultura europea moderna della codificazione del diritto privato è rappresentato dal principio di eguaglianza formale, non si può non cogliere la vistosa differenza fra codificazione *louisianian* e codice civile francese.

L'obiettivo della semplificazione del diritto, in funzione dei valori della sua certezza e comprensibilità, è perseguito nei processi di codificazione del diritto privato storicamente realizzatisi in Europa attraverso una "riduzione" dei molteplici stati soggettivi rilevanti alla figura unitaria del "soggetto di diritto"[577]. La mancanza di questo requisito nel *Digest* è probabilmente alla base dell'osservazione di un autorevole studioso secondo cui la riforma realizzatasi in Louisiana nei primi anni dell'Ottocento con il *Digest* rappresenta un'"eccezione più apparente che reale" all'assenza in Nordamerica di processi di codificazione del diritto[578]. Sembra pertanto di potere osservare che il testo del 1808 avesse il fine non di chiudere le porte al diritto previgente, affermando un diritto nuovo, quanto piuttosto di provvedere ad una sistemazione delle fonti normative atte a regolare i rapporti fra privati, facendole confluire in un testo unitario e così garantendone una maggiore accessibilità.

Utilizzando una distinzione consolidata nella storiografia del diritto italiano, si potrebbe ascrivere al *Digest* il carattere di consolidazione, piuttosto che di codice civile[579]. In tal senso, orienterebbero non solo certi atteggiamenti osservati in sede di applicazione del *Digest* (i quali resistono anche nella vigenza del codice civile del 1825), ma la già menzionata *sec.* 2 di esso che riconosce la perdurante vigenza del diritto anteriore che non sia "contrary" o "irreconcilable" con esso.

6. Il saggio di Cairns del 2017: un revirement*?*

Il notevole lasso di tempo intercorso fra la conclusione dell'indagine e la sua pubblicazione è il fattore che con maggiore probabilità ha indotto Cairns a ritornare negli ultimi anni e a più riprese[580] sui temi della sua tesi di dottorato e ad attenuare la perentorietà di certe conclusioni sostenute nel volume del 2015. Specialmente nel lavoro del 2017 appena citato, Cairns si discosta dall'approccio (adottato in precedenza) secondo cui il *Digest* sia "entirely French", propendendo per la sua rappresentazione quale "unique and fascinating civil code"[581]. Il senso di questa affermazione è chiarito subito dopo, nel passaggio in cui l'autore

[577] Sulla semplificazione come elemento essenziale dell'ideologia della codificazione, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, 35-40.
[578] ID., *op.cit.*, 24.
[579] Il riferimento è ovviamente a M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Bologna, Zanichelli, 1956, 50, il quale attribuisce alle codificazioni una funzione diversa da quella svolta dalle consolidazioni. Esse non sarebbero semplice strumento legislativo di unificazione del diritto, esprimendo piuttosto la volontà di modificare "dalle fondamenta la sostanza delle leggi". Non semplice sistemazione (del diritto previgente), ma trasformazione radicale di esso.
[580] J.W. CAIRNS, *The De la Vergne Volume and the Digest of 1808*, in 24 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 31 (2009); ID., *Spanish Law, the Teatro de la Legislacion Universal de Espana e Indias, and the Background to the Drafting of the Digest of Orleans of 1808*, in 31 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 79 (2017).
[581] J.W. CAIRNS, *Spanish Law, the Teatro de la Legislacion Universal*, cit., 82 ed *infra*.

ISSN 2279-7238

mette in guardia il lettore dal rischio di incaute letture genealogiche che individuino in via esclusiva nel codice civile francese il modello che ha permeato il *Digest*.

Cairns si sofferma sulla distinzione analizzata nel precedente paragrafo, e cioè sulla decisione del legislatore francese d'istituire un regime unificato della capacità giuridica fondato sulla qualità di cittadino, laddove, come si è rilevato nel paragrafo precedente, il *Digest* riconosce un regime differenziato a seconda dello *status* proprio del soggetto.

Non sembra tuttavia in discussione per Cairns l'idea che la valenza di un determinato testo legislativo come codice civile – e cioè la sua centralità nel sistema delle fonti quale atto regolante in maniera integrale un'area dell'ordinamento – riconosciuta al *Digest* dipenda *fondamentalmente ed esclusivamente* da una decisione del legislatore. Lo specifico intento che avrebbe guidato il legislatore storico in Louisiana è considerato da Cairns presupposto necessario ed esclusivo per il riconoscimento in capo al *Digest* del carattere di codice.

Dalla visione del codice quale prodotto della volontà del legislatore (nel senso che rappresenta l'esito *di una sua decisione*) [582] può differenziarsi la prospettiva per cui la decisione del legislatore è requisito necessario ma non sufficiente a conferire ad un testo la qualità di fonte di regolamentazione centrale in un determinato settore normativo. Secondo la prospettiva da ultimo delineata, un codice non potendo "parlare da solo" necessita del contributo del formante sapienziale: solo il tempo e l'operato dei giuristi potrebbero consentire una valutazione non superficiale della effettiva incidenza del codice nel panorama delle fonti e creare le condizioni per l'edificazione di un sistema che governa in modo organico una determinata area dell'ordinamento. Al codice come atto solipsistico del legislatore si contrappone una visione di esso come testo che si "costruisce" nel tempo. Questo sembra essere il punto di vista di uno dei padri del codice civile francese, Portalis, che nel suo celebre *Discours Préliminaire* osservava che "les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler, on ne les fait pas"[583].

L'influenza del pensiero di Portalis sul *Digest* risulta chiaramente dall'art. 21 del Titolo Preliminare di questo, che viene appunto mutuato da quel *Livre Préliminaire* di cui il giurista francese è artefice e che verrà poi espunto dal testo definitivo del codice civile francese, in cui è previsto il caso della lacuna legislativa. L'art. 21 prevedeva che "dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive". Proprio questa disposizione esprime in maniera nitida la visione di un diritto basato su una ragione universale ed atemporale, suscettibile di essere

[582] Aderisce al paradigma proposto da Cairns A. OSTROUKH, *The Mystery of the Mixité around the Title of the Louisiana Digest of the Civil Laws of 1808*, in 62 *Loy. L. Rev.* 725 (2016), ove l'a. intesse la sua analisi di rilievi filologici relativi alla versione linguistica – l'inglese – che avrebbe orientato la scelta dell'intitolazione del testo. L'analisi si regge sull'idea secondo cui il "valore" di un testo quale codice sarebbe riconducibile in modo lineare ed esclusivo ad una determinata intenzione del legislatore.

[583] La portata di questa affermazione può apprezzarsi compiutamente in riferimento al passaggio in cui Portalis rappresenta il ruolo strategico espletato dalla giurisprudenza sul terreno dell'applicazione della legge: "[D]ans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois".

ISSN 2279-7238

disvelata dal giurista in virtù di uno studio sistematico che trascende il testo legislativo. Questo testo è stato sostanzialmente confermato nei codici successivi, ed è, con modifiche non particolarmente importanti apportate alla versione originaria, presente nel codice attualmente vigente.

Le due prospettive sopra sintetizzate sottendono due ricostruzioni del codice civile che si configurano nei termini di un'alternativa: quella che fa del codice terreno d'espressione di una determinata ideologia (di quell'ideologia che consacra l'onnipotenza del legislatore nella misura in cui si riconosce di essere l'artefice esclusivo della rilevanza di un testo); quella più attenta a cogliere nel codice la dimensione di processo di lunga durata, sull'esistenza del quale incide anche la formazione (ed il consolidamento) di prassi interpretative idonee ad assicurarne sul piano dell'effettività le caratteristiche di sistema.

La posizione di Cairns si espone ad un'una obiezione che rende ancor più arduo ipotizzare una rapporto di filiazione diretta fra *Digest* e codice civile francese. La comprensione del codice francese come testo contrassegnato da completezza, esaustività e soprattutto autonomia dal diritto previgente è il frutto dell'elaborazione di esso da parte di diverse generazioni di interpreti. Ma questi caratteri non possono intendersi come suoi tratti originari, e non costituivano con ogni probabilità obiettivi ai quali s'erano ispirati i redattori di esso. Essi sono divenuti realtà nel tempo. E ciò nonostante sia indiscutibile che a monte della redazione del codice civile francese si sia verificata storicamente una rottura dell'ordine giuridico e sociale. Ciò che il codice francese storicamente testimonia è il superamento di un certo ordine sociale frammentato e profondamente permeato da disuguaglianza – rispecchiato dal diritto dell'*Ancien Régime* – a favore di un ordine unitario ispirato dalle (alla realizzazione delle) esigenze ed interessi della classe borghese che non si propone di eliminare effettivamente le disuguaglianze, limitandosi all'affermazione di un'uguaglianza formale. Ciò che è avvenuto con la Rivoluzione (e dunque *prima* dell'introduzione del codice nel 1804) è una soluzione di continuità rispetto al passato, a seguito della quale si è affermata quale protagonista sul piano economico e politico la classe borghese. Questo mutamento, storicamente avvenuto, rende più verosimile la rappresentazione di una discontinuità sul piano dell'identità del sistema normativo che riflette il radicale mutamento dell'assetto socio-economico già intervenuto. In Louisiana, nessun sovvertimento dell'ordine sociale preesistente si è prodotto con l'avvento dell'"American era"; anzi, ottiene consenso unanime il rilievo secondo cui il blocco che era egemone al tempo del *Louisiana Purchase* sul piano sociale e culturale lo sia rimasto almeno fino alla metà del diciannovesimo secolo. Perché si possa sostenere che l'ideologia della rottura dell'ordine normativo pregresso perpetrata ad opera di un ordine nuovo abbia animato il legislatore *louisianian*, dovrebbe ipotizzarsi che esso abbia perseguito una strategia confliggente con gli interessi della classe egemone. Ipotesi *prima facie* inverosimile che si avrà modo di vagliare accuratamente nel prosieguo di queste riflessioni.

7. Quali fonti del Digest? "Forme" e "spazi" della tradizione civilian *in Louisiana*

ISSN 2279-7238

Il problema della genealogia delle fonti del *Digest* del 1808 incide sulla ricostruzione degli specifici tratti della tradizione *civilian* in Louisiana. Essa impone in via preliminare all'interprete di scegliere se adottare la prospettiva della continuità del diritto codificato nel 1808 con il diritto previgente o quella, diametralmente opposta, della sua discontinuità.

L'analisi del primo processo di codificazione del diritto privato compiutosi in Louisiana costituisce l'occasione per mettere a fuoco lo "stile" – quale complesso di fattori rivelatori di una determinata identità[584] – della tradizione *civilian* nello specifico contesto esaminato. La presenza di un codice civile evoca sul piano intuitivo la rappresentazione di una *civil law* rivelata senza residui dalla dimensione del "diritto scritto", "appiattendo" su quest'ultima la sua fisionomia complessiva. Con la locuzione "diritto scritto" non s'intende far riferimento alla "forma" che riveste il precetto giuridico – alla "esteriorizzazione" di esso discendente dalla sua redazione per iscritto – quanto piuttosto al diverso problema del suo *fondamento*, della sua *genesi*; e cioè al fatto che esso sia (im)posto da un determinato legislatore storico secondo un processo che può definirsi *top-down*. Esso acquisisce un senso preciso in virtù della sua contrapposizione al "diritto non scritto", la cui formazione è "spontanea", nel senso che è creato dalla comunità (secondo una logica *bottom-up*) [585]. Valga al riguardo un esempio: la redazione per iscritto di norme consuetudinarie non impone di qualificarle alla stregua della tassonomia dello *jus scriptum*, in quanto la loro esistenza non è dovuta ad un atto di volontà del legislatore.

L'analisi condotta da Cairns sulle dinamiche della codificazione del diritto privato è utile a far luce proprio sullo *jus non scriptum* quale insieme di norme di condotta che non traggono la loro validità dall'essere incorporati in precetti legislativi (quale tipicamente è il diritto consuetudinario)[586]. L'angolo visuale da cui si guarderà al "diritto non scritto" è tuttavia diverso da quello che solitamente caratterizza le analisi comparatistiche di taglio sistemologico. In questo panorama, la distinzione *jus scriptum/jus non scriptum* si presenta nella veste di dicotomia, di opposizione concettuale che assolve alla funzione di demarcatore atto a rilevare una netta distinzione fra *civil* e *common law* fondata sull'irrimediabile diversità che le contraddistingue sul piano ontologico. La tradizione di

[584] Sul concetto di stile, nell'accezione richiamata nel testo, quale strumento prezioso per l'indagine comparatistica, S. ZWEIGERT- H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol.1, Milano, Giuffré, 1998, 82 ss., in part. 84.

[585] Per un'approfondita riflessione sui significati (nel passato e nel presente) della dicotomia *jus scriptum/jus non scriptum*, si rinvia all'affascinante indagine di S. MEDER, Ius non scriptum. *Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, ES, 2011.

[586] La dimensione dello *jus non scriptum* è rilevante per una non superficiale comprensione delle fonti del diritto privato *louisianian* vigenti agli esordi dell'*American era*. Secondo taluni, una parte significativa di esse era, anche successivamente alla fine del governo spagnolo, costituita da diritto consuetudinario francese, in virtù dei legami fra comunità francofona – maggioritaria nella popolazione all'epoca della prima codificazione del diritto privato – e diritto francese, e della scarsa conoscenza dello spagnolo (che certamente condizionava la possibilità di avere accesso alle fonti di questo diritto). Così, V.V. PALMER, *The French connection and the Spanish perception. An evaluation of French influence on Louisiana civil law*, in V.V. PALMER, *The Louisiana civilian experience: critiques of codification in a mixed jurisdiction*, Durham, Carolina Academic Press, 2005, p.52: "[t]here is evidence that officially imposed Spanish law had limited geographical and cultural reach and Louisianians clung to their original private law at a folk level".

ISSN 2279-7238

civil law sarebbe la provincia del "diritto scritto"; quella di *common law* sarebbe il regno di quello "non scritto"[587].

Questa dicotomia è utilizzata da alcuni giuristi in Louisiana ai fini di veicolare una determinata comprensione dell'ibridismo giuridico caratterizzante il loro ordinamento. La riconduzione di regole non poste dal legislatore all'influenza della *common law* statunitense mostra la propria importanza sul terreno della determinazione degli spazi delle due tradizioni, e dunque rileva ai fini della questione se – ed entro quali margini – sia perdurante la vitalità della tradizione *civilian*[588] o piuttosto debba constatarsene l'evanescenza e la definitiva "vittoria" del diritto statunitense[589]. Essa ha quindi un preciso significato sul piano politico nella misura in cui riflette una certa visione dei rapporti di forza tra le due tradizioni.

Nell'analisi presente, alla categoria del "diritto non scritto" si guarderà da un diverso punto di vista: non quale tratto peculiare di una tradizione giuridica rispetto all'altra, ma quale elemento atto a distinguere due diverse configurazioni della medesima tradizione – quella *civilian* – che concorrono, in misura diversa, a delinearne la fisionomia e che rivelano l'esistenza di una tensione ad essa interna[590]. Il rapporto fra queste versioni della tradizione, più che nella categoria della *transizione* (dal diritto non scritto al diritto scritto) o *successione* (del diritto scritto al diritto non scritto), trova una definizione soddisfacente sul terreno della loro *interazione*. La tradizione *civilian* sarebbe rivelata, dunque, in Louisiana attraverso entrambe le dimensioni dello *jus scriptum* e dello *jus non scriptum*.

I due piani – quello "diacronico" del rapporto fra diritto vigente anteriormente alla codificazione e diritto codificato e quello "sincronico" dei presupposti per la coesistenza di tradizioni giuridiche diverse in una cornice giuridicamente unitaria (in *spazi* che *identificano* nel tempo presente il *concreto operare* di esse) – costituiscono, ad avviso di chi scrive,

---

[587] Sul carattere antitetico di queste due "forme della legge", e sulla loro capacità di segnare "una profonda dualità dell'Occidente", P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari-Roma, Laterza, 2013, V. Tuttavia, non deve essere dimenticato (ma il discorso richiederebbe ben altro approfondimento) che la tradizione continentale europea vigente prima dei processi di codificazione del diritto privato avviatisi nel diciottesimo secolo era in larga misura fondata su fonti di "diritto non scritto".

[588] In questo senso, H. SPILLER DAGGETT et al., *A reappraisal appraised: a brief for the civil law of Louisiana*, in 12 *Tulane Law Review* 12 (1937-1938); M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, in J. DAINOW (a cura di), *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*, Baton Rouge, Louisiana University State Press, 1974, 38-68.

[589] P. CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, in 9 *Loyola Law Journal*, 51 (1928); G. IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, in 11 *Tulane Law Review* 585 (1936-1937); A. J. REEVES, *The common law state of Louisiana*, in 2 *Tulane Civil Law Forum* 1 (1974).

[590] L'idea di un conflitto interno alla tradizione di *civil law* trova alcuni sostenitori nella letteratura *louisianian*. Negli anni '40, M. FRANKLIN, *The place of Thomas Jefferson in the expulsion of Spanish medieval law from Louisiana*, in 16 *Tul. L. Rev.* 319 (1942) coglieva la radice del conflitto interno alla tradizione di *civil law* vigente in Louisiana nella coesistenza di due versioni di essa – la spagnola e la francese – che incarnavano valori diametralmente opposti: mentre il diritto spagnolo era improntato alla conservazione, quello francese esprimeva un'anima rivoluzionaria. Questa lettura, informata a categorie proprie della politica, ad avviso di chi scrive, orienta la prospettiva di Cairns.

ISSN 2279-7238

declinazioni – da angoli visuali differenti – del medesimo fenomeno, e cioè della complessità del sistema delle fonti del diritto privato *louisianian* che ne connota l'ibridismo giuridico.

Quanto al piano diacronico, la complessità appena rilevata è frutto di un atteggiamento largamente diffuso presso la comunità degli interpreti del *Digest* che lo intende in continuità con il diritto previgente. Una sostanziale identità fra quadro normativo anteriore e *Digest* istituita da essi che ha come precipitato la non attivazione dei meccanismi che governano la successione di leggi diverse nel tempo, *in primis* il criterio cronologico, in virtù del quale prevale, nell'ipotesi in cui due norme dello stesso livello gerarchico siano incompatibili, la norma più recente[591]. Ai sensi della sopra citata *sec.* 2 del *Digest* agli interpreti è devoluto il compito di decidere se e quando – a fronte di una situazione giuridica verificatasi in seguito all'entrata in vigore del *Digest* – una norma anteriore debba ritenersi abrogata per incompatibilità con una norma da esso desunta. La storia del *Digest*, nell'applicazione che di esso hanno fatto le corti, evidenzia l'osservanza, da parte di queste, delle norme elaborate nell'ambito del quadro normativo anteriore al 1808; i giudici non hanno ritenuto che le nuove disposizioni veicolassero norme incompatibili con quelle previgenti. In mancanza di antinomie rilevate, non era stato fatto ricorso al criterio di soluzione previsto per la loro composizione dalla già menzionata sec. 2.

Non sembra di poter ravvisare in quest'atteggiamento le tracce dell'ideologia "legicentrica" sviluppatasi nella vigenza del codice civile francese, riflesso del riconoscimento dell'onnipotenza del legislatore (che simmetricamente implica l'esistenza di limiti ben precisi al potere creativo dei giudici) e che si traduce, sul piano applicativo, nel ricorso alla tecnica del sillogismo.

La visione del codice civile veicolata da Cairns sembra ispirata a un punto di vista dogmatico (o, se si preferisce, giuridico formale) che lega *l'idea* di codice a quella di una sua "naturale" completezza ed esaustività, da cui discende la sua autonomia dal diritto previgente e la sua idoneità a porre un ordinamento giuridico nuovo[592].

La rappresentazione proposta dallo studioso scozzese secondo cui il portato di un codice è quello della sua completezza non sembra convincente alla luce delle circostanze storiche che segnarono l'entrata in vigore proprio del codice civile francese. L'abrogazione del diritto previgente era stata prevista dall'art. 7 della legge n. 3667 del 21 marzo 1804 che all'atto della promulgazione del codice civile aveva disposto che, a partire da quel momento, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti nelle materie oggetto di disciplina del codice non fossero più vigenti[593]. L'effetto abrogativo dunque

[591] Sul piano definito nel testo "sincronico" si avrà modo di ritornare nel successivo paragrafo. E' bene sin d'ora mettere in evidenza la sua contiguità con quello diacronico.

[592] Ravvisa nella "pretesa di costituire un ordinamento giuridico «nuovo», «completo» e «definitivo» che racchiude nelle sue formule le soluzioni per tutti i casi possibili" il tratto distintivo del codice T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffré, 1952, 172, il quale pone questa idea di codice "in relazione, da un lato con la formazione dello stato centralizzato, col concetto della statalità del diritto e con l'ideale nazionale; dall'altro col movimento giusnaturalista e con una concezione logico-formale del diritto" (173 – 174).

[593] Al riguardo, si veda U. PETRONIO, *La nozione di* Code Civil *fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in *Quaderni fiorentini*, XXVII, 1998, 89.

ISSN 2279-7238

discendeva da un atto del legislatore distinto dalle singole leggi che avevano introdotto le specifiche parti del codice civile [594]. L'obiettivo immediato perseguito attraverso la codificazione del diritto privato non era quello di realizzare un nuovo ordinamento dei rapporti privati, esaustivo e completo, quanto piuttosto un diritto uniforme per tutta la Francia (uno strumento, dunque, di unificazione giuridica), semplice e chiaro sì da essere accessibile a chiunque[595]. Che il codice civile francese abbia determinato per il semplice fatto della sua esistenza la cessazione della vigenza del diritto anteriore non sembra corroborato dai fatti.

In sintesi, l'obiezione a cui si espone la posizione di Cairns è di avere sovrapposto, nello sforzo di dimostrare l'ascendente esercitato dal codice civile francese sui redattori del *Digest*, due piani di rilevanza del *Code Civil* francese che vanno mantenuti distinti perché diversi: *una certa idea* del codice civile francese (che, più che far luce su sue qualità intrinseche, riflette un atteggiamento dei suoi interpreti), da cui discende un determinato approccio ad esso ed una specifica comprensione delle sue disposizioni, da una parte; e la sua dimensione di atto normativo storicamente determinato (che investe gli obiettivi che hanno ispirato il legislatore francese nel procedere alla codificazione), dall'altra. Poiché completezza ed esaustività non sono qualità intrinseche del testo del codice francese, ma sono il frutto di una comprensione propria della comunità dei giuristi francesi che si è cimentata con esso nel corso del diciannovesimo secolo, desta perplessità che queste caratteristiche siano ascritte al *Digest* quale effetto dell'influenza esercitata dal *Code Civil* francese sulla redazione del primo. Proprio perché oggetto del *legal transplant* sono testi legislativi, non può assumersi che i processi di circolazione investano necessariamente anche le interpretazioni elaborate a margine dei testi recepiti dalla cultura giuridica operante nel contesto originario.

8. "Spazi sincronici" del diritto nella ricostruzione storiografica delle origini dell'ibridismo louisianian

Sulla questione del valore ascrivibile al *Digest*, utili indicazioni possono provenire anche dal dibattito, che ha coinvolto storici del diritto e storici *tout court*, a margine del periodo intercorrente fra l'inizio della vigenza dell'"American rule" e l'ultimo trentennio del diciannovesimo secolo. In particolare, i primi venti anni del diciannovesimo secolo

[594] Il codice civile francese è il prodotto di trentasei leggi via via approvate e poi riunite dalla legge del marzo 1804 citata nel testo. Questo procedimento di formazione del codice civile di carattere frammentario aveva comportato nella fase di approvazione delle singole leggi – e cioè dal 5 marzo 1803 al 21 marzo 1804 – la sopravvivenza delle norme anteriori compatibili con quelle nuove. Questa situazione di coesistenza di diritto anteriore e diritto codificato era durata fino alla legge del 1804 con cui si era disposta (con effetto retroattivo) l'abrogazione della legislazione previgente. Sulla questione degli effetti dell'abrogazione, U. PETRONIO, *La nozione di* Code Civil, cit., 108-109, ove viene discussa la questione se l'art.7 avesse abrogato il diritto previgente *tout court* o solo quelle norme vertenti su materie integralmente disciplinate *ex novo* dal codice.

[595] U. PETRONIO, *La nozione di* Code Civil, cit., pp. 88, 90. Sulla stessa lunghezza d'onda, J. GORDLEY, *Myths of the French Civil Code*, in 42 *American Journal of Comparative Law* 459 (1994), il quale rileva che "[I]n the 19th century, the conviction grew that the Code should be interpreted exegetically without looking beyond its own texts. And so, strangely enough, the Code was treated as self-sufficient even though its drafters had not intended it to be […] They treated the Code as self-sufficient because they did not believe, as Portalis had, in the possibility of a transnational, transtemporal legal scholarship that could give the texts meaning. *Since there was nowhere else to look except the texts of the Code, the Code had to be self-sufficient. So they created the myth that it was*" (490 – 491, corsivi aggiunti).

ISSN 2279-7238

costituiscono il terreno privilegiato su cui si confrontano due opposte letture della "formative era" dell'ibridismo *louisianian*[596].

Su un versante, i *traditional legal historians* individuano nell'*exceptionalism louisianian* nascente dalle peculiarità culturali della comunità francofona l'elemento cruciale per la comprensione del periodo. Il forte radicamento dell'identità francofona, secondo questo orientamento, avrebbe assolto al ruolo di solido baluardo a fronte dei tentativi esperiti dal governo statunitense di assimilare la popolazione *louisianian* al resto del paese[597]. L'affermazione di questo "eccezionalismo", ponendo enfasi sulla "internal history" della Louisiana, si risolve in una ricostruzione dei rapporti fra *civil* e *common law* improntata al paradigma del *clash of cultures*[598], allo iato – se non addirittura alla contrapposizione – fra diritto *civilian* (di cui rappresenterebbe espressione autentica il *Digest*) e il diritto applicato dalle corti (individuabile negli istituti e principi della *common law* statunitense).

La continuità fra tradizione *civilian louisianian* e tradizione continentale europea moderna (incarnata emblematicamente dalla tradizione giuridica francese post-rivoluzionaria), così come argomentata dai "traditional legal historians", presupponendo l'omogeneità di fondo della prima alla seconda, ne enfatizza l'"insularità" rispetto al più ampio contesto statunitense; da questa "autonomia" della Louisiana dagli altri stati componenti la federazione, secondo questi studiosi, trarrebbe origine il *clash* sopraricordato. L'ibridismo, in sostanza, sarebbe interpretato come il prodotto della coesistenza conflittuale di culture giuridiche irrimediabilmente diverse.

Sul versante opposto, i *new Louisiana legal historians* leggono la fase costitutiva dell'ibridismo giuridico del proprio ordinamento attraverso il prisma del contesto sociale statunitense[599], considerato come più appropriato ai fini dell'analisi. Il cambio di prospettiva sarebbe giustificato dalla rilevazione di analogie puntuali, sul piano della giurisprudenza e della legislazione[600], fra diritto *louisianian* e i diritti vigenti in altri stati dell'unione, espressione di soluzioni sostanzialmente identiche a questioni – quali quelle razziale, dei limiti e tutela della proprietà privata, e dello spazio di autonomia politica dal governo federale – condivise. L'assunto della *uniqueness* della Louisiana che ispira le indagini dei *traditional legal historians* sarebbe pertanto per i *new legal historians* fortemente discutibile.

---

[596] Il *décalage* fra "traditional" e "new legal historians" è enfatizzato da taluni studiosi che si riconoscono nella posizione di questi ultimi. Rilievi critici sull'approccio adottato dai "new legal historians" si leggono in S.P. DONLAN, *Clashes and continuities: brief reflections on the "new Louisiana legal history"*, 5 *J. Civ. L. Stud.* 67 (2012).

[597] Uno studioso considerato espressione emblematica di questa tendenza storiografica è G. DARGO, *Jefferson's Louisiana: Politics and the clash of legal traditions*, Cambridge, Harvard University Press, 1975.

[598] Di "vitriolic clash of traditions" parla E. F. HAAS, *Louisiana's legal heritage: an introduction*, in E. F. HAAS et al., eds., *Louisiana's legal heritage*, Pensacola, The Perdido Bay Press, 1983, 3.

[599] Per un esempio di questo indirizzo, cfr. W. M. BILLINGS, *Louisiana legal history and its sources: needs, opportunities and approaches*, in E. F. HAAS (a cura di), *Louisiana's legal heritage*, cit., 189-199.

[600] Iscrive in una traiettoria unitaria il *Digest*, la *Northwest Ordinance* del 1787, e la *Kentucky Constitution* del 1799 (in quanto tutti rispondenti alla medesima esigenza di assicurare, attraverso significative riforme istituzionali, un'espansione ordinata dell'unione verso ovest), P. KASTOR, *"Adapted to its present system of government": legal change, national reorganization, and the Louisiana Civil law Digest*, in 24 *Tul. Eur. & Civil L. Forum* 139 (2009), secondo cui "these texts come together to explain how Americans hoped to build institutions of government and define what it would mean to be an American".

ISSN 2279-7238

La tassonomia "mixed legal system" è impiegata da questi studiosi per esprimere la graduale espansione dell'orbita della *common law* statunitense e la corrispondente progressiva marginalizzazione della tradizione *civilian*. L'esito attuale di questo processo è dato dalla sostanziale sempre maggiore omogeneità della cultura giuridica *louisianian* alla statunitense in ragione di un processo di assorbimento della prima nella seconda (e dunque di una perdita, in capo a quella, della *originaria purezza*) oramai definitivo. Questi studiosi privilegiano la chiave di lettura del consenso – l'esistenza di un nucleo comune di interessi fra "Americans" e "French creoles" – su quello del conflitto che, come visto, anima la ricostruzione proposta dalla storiografia tradizionale.

Le interpretazioni proposte dai due approcci storiografici hanno ricadute puntuali e dirette sull'analisi proposta da Cairns a margine della *querelle* intorno alla genealogia del *Digest*. Cairns riconosce il rilievo di questa differenza d'approccio nella *Introduction* al suo lavoro, censurando le disattenzioni di cui si sarebbero resi responsabili i *new legal historians* riguardo alle *actual sources* del diritto *louisianian*.

Negli ultimi anni George Dargo, in occasione del bicentenario del *Digest*[601], ritorna sulle proprie riflessioni assumendo una posizione più sfumata rispetto al passato e cercando un punto di mediazione fra le opposte tesi dei "traditional" e dei "new legal historians". Egli ricorda la rappresentazione del *Digest* data da taluni esponenti politici *louisianian* a breve distanza dalla sua introduzione. A loro avviso, esso costituiva "almost verbatim *the new system of France – The Napoleon Code*"[602]. Questa lettura intendeva inviare segnali rassicuranti al governo statunitense, sì da superare la percezione da parte di quest'ultimo di una radicale diversità del contesto sociale, caratterizzante il territorio entrato di recente nell'unione, da quello che contraddistingueva gli altri stati. Diversità dovuta tanto alla natura composita della comunità (per la presenza di gruppi eterogenei per diversità di origine etnica), quanto alla situazione di arretratezza sul piano socio-culturale e giuridico che si ascriveva ad essa. Sotto questo secondo profilo, l'affermazione secondo cui il *Digest* costituiva una derivazione dal codice civile francese, percepito come espressione di un diritto "evoluto", intendeva enfatizzare la modernità del sistema dei rapporti di diritto privato proprio del testo del 1808 e dunque attenuare su questo terreno lo iato con il diritto statunitense.

Questa strategia, probabilmente, intendeva prevenire il rischio di tensioni ulteriori a quelle già intercorse fra governo centrale e comunità francofona, prodotte dall'infruttuoso tentativo di Jefferson di introdurre in Louisiana l'*Anglo-American law* (anche) attraverso una politica di cambiamento demografico radicale. Dietro il pretesto della necessità della difesa militare del territorio da pericoli esterni (rappresentati dalle mire di potenze straniere che riconoscevano ad esso carattere strategico), Jefferson intendeva rovesciare l'egemonia della comunità francofona allora dominante, incrementando in misura significativa il numero degli abitanti statunitensi di nascita.

[601] G. DARGO, *The Digest of 1808: historical perspectives*, in 24 *Tulane European & Civil Law Forum* 1 (2009).
[602] Il passo citato si trova in G. DARGO, *The Digest of 1808*, *cit.*, 3.

ISSN 2279-7238

La strategia demografica pensata da Jefferson trovò notevoli resistenze nella tendenza della comunità francofona a preservare la propria identità culturale. Uno degli strumenti utilizzati a tal fine fu proprio il *Digest*. La sua riconduzione alla tradizione giuridica francese mirava a rinsaldare l'egemonia culturale della compagine francofona. Su questo piano, secondo Dargo, si giocò la partita della preservazione dell'identità di questa, perseguita attraverso una strategia "controegemonica"[603], mirante ad assicurare alla tradizione di *civil law* uno spazio autonomo dal diritto statunitense. Il *Digest* avrebbe rappresentato allora per la comunità francofona, parafrasando quanto Portalis scrisse a proposito del codice civile francese, un documento "que nous rappelle ce que nous étions et nous fait apprecier ce que nous sommes"[604]. I rappresentanti del governo statunitense, al fine di garantire la stabilità politica nel territorio, sarebbero addivenuti ad un compromesso con la cultura francofona che era largamente maggioritaria, autorizzando l'entrata in vigore del *Digest*[605]. La chiave di lettura dei rapporti fra "Americans" e "French" è da Dargo individuata nella tassonomia della "hybridity".

La categoria della "hybridity" evidenzia una posizione parzialmente nuova rispetto al passato, un'interpretazione rinnovata dell'epoca in cui interviene l'approvazione del *Digest* che attenua la distanza fra i "traditional" e i "new legal historians" e che supera la contrapposizione netta fra gli schemi interpretativi del "conflict" e "consensus".

Il *Digest* testimonierebbe la resistenza della comunità *louisianian* a farsi parte indistinta di un tutto omogeneo, deprivata *in toto* della propria autonomia; ma non l'incondizionato rigetto da parte di essa della possibilità di partecipare alla "American federal union"[606], accettandone – ma non subendone passivamente – la vigenza. Un ingresso *soft* nell'Unione, nel segno di una non "total Americanization"[607].

9. Conclusioni: il Digest *quale espressione d'identità culturale e quale fonte di diritto privato "generale"*

Le ragioni dell'interesse che ancor oggi persiste riguardo al problema del fondamento del *Digest* sarebbero a questo punto chiare. Esso rappresenterebbe evento storico che segnala la vitalità di un'identità culturale, a quel tempo ancora fortemente radicata; più precisamente, l'attaccamento mostrato dal gruppo sociale egemone, all'inizio del diciannovesimo secolo, per i propri modelli culturali e, dunque, per il proprio diritto. Sul terreno della tradizione *civilian* di origine francese, è possibile individuare un *fil rouge* che dalle fonti francesi vigenti al 1762[608], data in cui il territorio fu ceduto dalla Francia alla Spagna, conduce al *Digest*. Il senso di questo è di unificare le molteplici e disperse fonti del diritto privato in un unico testo, agevolandone conoscenza ed utilizzo.

---

[603] Cfr. G. DARGO, *The Digest of 1808*, *cit.*, 23-24.
[604] La frase è citata in U. PETRONIO, *La nozione di* Code Civil, cit., 95.
[605] Sulle convergenze degli interessi di rappresentanti del governo statunitense e comunità francofona, si rinvia alle osservazioni di E. F. HAAS, *Louisiana's legal heritage*, cit., 4.
[606] G. DARGO, *The Digest of 1808*, *cit.*, 30.
[607] E. F. HAAS, *Louisiana's legal heritage*, *cit.*, 5.
[608] Queste ricomprendevano la legislazione adottata dalla Corona francese (nel cui ambito avevano rilievo primario alcune ordinanze), la *Coutume de Paris*, le decisioni del *Conseil Souverain*.

ISSN 2279-7238

Il *Digest* non avrebbe però solo valore di "foundational legal document"[609], porta di accesso alla comprensione di un'epoca dell'ordinamento *louisianian* d'importanza cruciale per gli sviluppi che questo diritto avrebbe avuto nei decenni successivi. Ad esso sarebbe da riconoscersi funzione strategica di "constitutive cultural moment in historical time"[610]; di simbolo di un passato non transeunte, che, lungi dall'essere definitivamente alle spalle, *resiste*, interrogando, interpretando il presente, e modellandone la comprensione.

Del persistente significato, nel presente, di simbolo proprio *di questa fonte del passato* l'indagine di Cairns rappresenterebbe emblematica testimonianza.

L'interesse di questa allora risiederebbe nel fatto che essa rinvia ad un coacervo di questioni che sollecitano l'interprete ad interrogarsi su un profilo specifico dell'ibridismo giuridico caratterizzante l'ordinamento giuridico *louisianian* interno alla tradizione *civilian*.

L'approccio adottato da Cairns a margine del problema della portata del *Digest* – della sua rilevanza nel sistema delle fonti – è improntato ad una visione che dalla sua struttura (mutuata indubbiamente dal codice civile francese) fa discendere conseguenze rilevanti d'ordine sostanziale, non consacrando adeguata attenzione al contesto socio-economico che ne rappresenta lo sfondo. La sua indagine mette in rilievo infatti del *Digest* solo il profilo di strumento di tecnica legislativa attraverso cui è stata data una determinata sistemazione alla materia dei rapporti tra privati, ma non ne evidenzia in modo congruo la sostanza politica di mezzo attraverso cui le istanze dello strato sociale egemone al tempo della sua entrata in vigore hanno acquisito rilevanza e trovato realizzazione. Si trascura così il fatto che il *Digest* fosse un *corpus* normativo atto a riconoscere solo i diritti di una fascia sociale (e non del corpo sociale considerato nel suo complesso). Nessuna idea di volontà generale è veicolata dal *Digest*. L'idea centrale sulla quale esso si basa sembra essere quella di un diritto privato da intendersi nel significato ristretto di *diritto dei privati non istituito* da una decisione del potere politico.

Il concetto di volontà generale è imprescindibile ai fini della comprensione del codice civile francese del 1804, fondato appunto sull'equazione fra quella e la legge dello Stato. Nel modello francese, l'ambito del diritto privato governato dal codice civile è frutto di una "decisione istitutiva" del legislatore, nel presupposto di una netta distinzione fra diritto pubblico e diritto privato.

Il *Digest* non si propone l'obiettivo di esprimere un diritto innovativo dei rapporti privati, quanto piuttosto intende procedere nel solco della continuità con il passato, prefiggendosi semplicemente l'obiettivo di rendere più facilmente accessibile la normativa vigente ai privati.

Un *corpus* che non nega rilevanza allo *jus non scriptum* preesistente ad esso, e che non pretende di ridurre il diritto in vigore alla *legge posta dallo Stato*.

[609] G. DARGO, *The Digest of 1808*, cit., 30.
[610] *Ibidem*.

ISSN 2279-7238

Alla luce di queste sintetiche considerazioni, non può non destare perplessità il modo in cui Cairns ha utilizzato la teoria dei *legal transplants* quale strumento di analisi del processo di codificazione realizzatosi in Louisiana nei primi anni del diciannovesimo secolo.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

I partiti politici nella costruzione della democrazia elettorale in Tunisia*

di Giammaria Milani**

Sommario: 1. Partiti politici, democrazia elettorale e transizioni costituzionali dopo le "Primavere arabe". – 2. L'istituzionalizzazione del partito unico sotto il regime di Bourghiba. – 3. Il *changement* di Ben Alì e il multipartitismo di facciata. – 4. La costruzione della democrazia elettorale: la II Repubblica tunisina. – 5. I partiti politici di fronte alle sfide della transizione costituzionale.

1. Partiti politici, democrazia elettorale e transizioni costituzionali dopo le "Primavere arabe".

Le elezioni per la prima Assemblea nazionale costituente della storia tunisina si tennero il 25 marzo 1956: i 98 seggi furono interamente assegnati alle liste del Front National[611], raggruppamento elettorale dominato dal partito Néo-Destour e partecipato da associazioni sindacali e di categoria[612]. Le sole forze politiche alternative che si presentarono alle elezioni, il Parti Communiste e una lista indipendente, raccolsero rispettivamente l'1,2 e lo 0,1% dei voti, risultati insufficienti per ottenere rappresentanti in seno all'Assemblea[613].

Il 23 ottobre 2011, a seguito della "Rivoluzione dei Gelsomini" che, già alla fine del 2010, aveva innescato le c.d. "Primavere arabe", gli elettori tunisini sono stati chiamati alle urne per eleggere una nuova Assemblea nazionale costituente, incaricata di redigere e approvare la Costituzione della II Repubblica. Alla campagna elettorale hanno partecipato 123 partiti, anche se soltanto 77 hanno presentato liste elettorali per l'Assemblea nazionale costituente, e ben 11 partiti e 16 liste indipendenti hanno ottenuto seggi[614].

In poco più di mezzo secolo il quadro della rappresentanza politica tunisina è cambiato radicalmente, passando da un sistema a partito unico a un sistema multipartitico; tale

---

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Siena

611 Si è scelto di utilizzare, in questo saggio, la denominazione francese dei partiti politici tunisini; per due partiti, il Mouvement de la Rénovation, o Ettajdid, e il Mouvement de la Renaissance, o Ennahda, per i quali è molto diffusa anche nella letteratura francese la denominazione araba, si sono riportate entrambe le dizioni.

612 Non si trattava, come sottolinea C. DEBBASCH, *Les assemblées en Tunisie*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1964, p. 86, di una coalizione di partiti, ma dell'alleanza di un partito con alcune organizzazioni corporative, che avevano accettato di partecipare al Front National per avere la possibilità di essere rappresentate in seno all'Assemblea. Vedi anche M. TOUMI, *La Tunisie de Bourguiba à Ben Alì*, Paris, PUF, 1989, p. 29.

613 In particolare, il Parti Communiste aveva presentato candidati in due circoscrizioni, ottenendo 7.352 voti, mentre la lista indipendente aveva raccolto 233 voti nella sola circoscrizione in cui si era candidata; i voti totali furono 610.989. Vedi C. DEBBASCH, *Les assemblées en Tunisie*, cit., pp. 87-88.

614 Vedi C. GADDES, *Il processo costituente (2011-14): fasi e protagonisti*, in T. GROPPI, I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia. La primavera della Costituzione*, Roma, Carocci, 2015, pp. 53-54.

ISSN 2279-7238

mutamento è stato caratterizzato da momenti di lenta evoluzione, come l'istituzionalizzazione del partito unico negli anni sessanta e la progressiva apertura al pluralismo negli anni ottanta, e da cambiamenti repentini, come la liberalizzazione politica seguita alla rivoluzione del 2010-2011.

In questo articolo si tenterà di ricostruire questo cammino, analizzandolo alla luce del contesto arabo-islamico e mettendo in evidenza le caratteristiche e le mutazioni della disciplina dei partiti politici in Tunisia, per giungere a comprendere i punti critici e le possibili sfide poste alla transizione costituzionale in atto nel Paese dal riconoscimento e dall'attuazione dei diritti politici.

Lo studio delle libertà politiche, e in particolare della libertà di costituire e di associarsi in partiti politici, costituisce un punto di vista utile all'esame, più generale, dei processi di transizione che interessano negli ultimi anni gli ordinamenti della Regione e che hanno come prospettiva l'affermazione dello Stato costituzionale. È stato rilevato, infatti, come la democrazia elettorale sia uno degli aspetti principali di tale forma di Stato, costituendone «il nucleo minimo»[615]. Del resto, la richiesta di democratizzazione della vita politica e di riconoscimento delle libertà politiche fondamentali è stato uno dei motori dei movimenti di protesta delle "Primavere arabe", che sono state in tal modo etichettate come proteste "politiche"[616].

L'analisi dei partiti politici nel contesto arabo-islamico si è a lungo dovuta confrontare con ostacoli oggettivi, riconducibili al fatto che per molto tempo la Regione ha costituito un'eccezione alle c.d. "ondate di democratizzazione" che hanno progressivamente portato alla diffusione su scala globale delle forme e degli istituti dello Stato costituzionale[617].

Tuttavia, i partiti politici hanno trovato spazio negli ordinamenti arabo-islamici già prima che questi conquistassero l'indipendenza; si potrebbe a tal proposito condividere la definizione dei partiti politici come "prodotti importati" nei Paesi della Regione[618], che hanno ereditato dagli Stati europei colonizzatori questa modalità di organizzazione dello spazio politico.

L'origine esogena dei partiti politici ha determinato tuttavia, specialmente negli anni successivi alla conquista dell'indipendenza, alcuni problemi di compatibilità tra la democrazia dei partiti sviluppata negli Stati di derivazione liberale e il contesto specifico del mondo arabo-islamico. In tal senso, sono stati individuati almeno tre fattori in grado di deviare il funzionamento dei partiti in questi ordinamenti: innanzitutto, i Paesi arabo-islamici hanno conosciuto soltanto tardivamente e parzialmente processi di liberalizzazione

615 Così T. GROPPI, *L'identità costituzionale tunisina nella Costituzione del 2014*, in T. GROPPI, I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia*, cit., p. 29; ID., *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del "costituzionalismo globale"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, p. 223.

616 Vedi L. MEZZETTI, *La libertà decapitata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 267.

617 Vedi P.R. BADUEL, *Les partis politiques dans la gouvernementalisation de l'Etat des pays arabes. Introduction*, in *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 1996, p. 10. Sulle stesse questioni si interroga M. CATUSSE, *Présentation*, in *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 2006, p. 2-3.

618 Vedi B. BADIE, *L'Etat importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Payot, 1992, p. 177, che estende la definizione alle esperienze politiche conosciute in genere dai Paesi del terzo mondo.

ISSN 2279-7238

dei legami di appartenenza politica e sociale; inoltre, i partiti politici in questi ordinamenti non sono nati come attori concorrenti per la conquista del potere, ma come soggetti associati nella lotta contro i colonizzatori; infine, il clientelismo alla base delle relazioni sociali nel mondo arabo-islamico si scontra con la struttura dei *clivages* alla base dello sviluppo dei partiti di massa[619].

Gli eventi rivoluzionari avvenuti negli ultimi anni in molti degli ordinamenti dell'Africa del Nord e del Medio Oriente hanno certamente mostrato come questi specifici elementi di eccezione risultino oggi indeboliti rispetto al passato[620]; la protesta, che prima si è definita "politica", ha avuto senza dubbio come destinatarie le *élite* al potere, ma si è spesso strutturata, come nel caso tunisino, su un'offerta partitica che non appare troppo dissimile da quella delle democrazie europee. La liberalizzazione politica conosciuta in alcuni di questi Paesi impone dunque uno studio più approfondito della disciplina giuridica dei partiti politici, i quali si candidano ad essere, ad un tempo, attori e strumenti delle transizioni in atto nella Regione.

2. L'istituzionalizzazione del partito unico sotto il regime di Bourghiba.

La prima Costituzione repubblicana della Tunisia[621], entrata in vigore il 1° giugno 1959, non menzionava in alcuna disposizione i partiti politici, né tra i principi, i diritti e le libertà fondamentali, né in relazione alla formazione e al funzionamento degli organi costituzionali. I costituenti adottarono un approccio al tema della rappresentanza politica che è stato definito "liberale"[622]: nel Preambolo si affermava la necessità di «instaurare una democrazia fondata sulla sovranità del popolo», principio ribadito all'art. 3, il quale stabiliva che «la sovranità appartiene al popolo tunisino, che la esercita conformemente alla Costituzione». Il tema della rappresentanza veniva ripreso nel Capitolo II, dedicato al potere legislativo, nel quale si disponeva che «il popolo esercita il potere legislativo con l'intermediazione di un'assemblea legislativa, l'Assemblea nazionale» (art. 18) e che «ogni deputato è il rappresentante della nazione intera» (art. 25).

Sebbene fosse assente ogni riferimento alla libertà di associazione in partiti, non mancava il formale riconoscimento di alcune libertà civili e politiche che trovavano spazio, insieme ad altri diritti, nello scarno Capitolo I dedicato alle disposizioni generali: in particolare, l'art.

---

619 *Ibidem*, p. 178.

620 Già a metà degli anni novanta P.R. BADUEL, *Les partis politiques*, cit., p. 19, sottolineava la presenza di non trascurabili eccezioni a queste considerazioni di carattere generale.

621 La Tunisia vanta una tradizione costituzionale risalente, precedente all'instaurazione del protettorato francese nel 1881: nel 1957 il Bey Mohammed, con il Patto fondamentale, concedeva al popolo alcune libertà fondamentali, mentre nel 1861 il Bey Mohammed Sadok promulgava la prima costituzione sancendo il passaggio da una monarchia assoluta ad una monarchia costituzionale. Vedi H. JEGHAM, *La Constitution tunisienne de 1861*, Tunis, Chems, 1989; V. SILVERA, *Le régime constitutionnel de la Tunisie. La Constitution du 1er juin 1959,* in *Revue française de science politique*, 1960, pp. 366-370 ; B. LOPEZ GARCIA, C. FERNANDEZ SUZOR, *Introducción a los Regímenes y Constituciones Arabes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 284 ; L. EL HOUSSI, *La Tunisia dalle origini del Protettorato francese a oggi*, in T. GROPPI, I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia*, cit., pp. 36-37.

622 Vedi M. CAMAU, F. AMRANI, R. BEN ACHOUR, *Contrôle politique et régulations electorales en Tunisie*, Tunis, Imprimerie officielle de la République Tunisienne, 1981, p. 139.

ISSN 2279-7238

8 richiamava le libertà di opinione, di espressione, di stampa, di riunione e di associazione, le quali erano garantite ed esercitate secondo le disposizioni stabilite dalla legge[623].

La proclamazione delle libertà civili e politiche ha permesso ad alcuni autori di parlare di multipartitismo naturale o implicito[624] e di statuto costituzionale indiretto dei partiti politici[625]; altri hanno sottolineato come, non disciplinando direttamente i partiti politici, il costituente avesse scelto di non proibire formalmente e preliminarmente nessun partito politico[626]. Tuttavia, l'evoluzione normativa e della prassi in materia di fatto consentì, nel silenzio della Costituzione, lo sviluppo di un sistema a partito unico che già si era affermato in occasione delle elezioni dell'Assemblea nazionale costituente.

Del resto, il sistema a partito unico sembrava porsi come modello di riferimento per gli Stati del Maghreb e dell'area arabo-islamica a seguito dell'indipendenza. In alcuni casi, il partito unico trovava spazio nel dettato costituzionale. Ad esempio, la Costituzione algerina del 1963 menzionava il Front de Libération Nationale come «partito unico d'avanguardia» (art. 23) e gli assegnava diverse funzioni: la definizione della politica nazionale e il controllo sull'operato del Governo e del Parlamento (art. 24), l'educazione e l'inquadramento delle masse (art. 25), la realizzazione degli obiettivi della rivoluzione (art. 26). La Costituzione siriana del 1973 affermava, in maniera simile, che il Partito Baas è il partito che dirige la società e lo Stato (art. 8). La Costituzione egiziana del 1971 definiva l'Unione socialista araba come l'organizzazione politica che rappresenta le forze laboriose del Paese e lo strumento per l'attuazione delle politiche nazionali (art. 5).

Non mancavano certamente le eccezioni alla diffusione del modello monopartitico. L'esempio forse più eclatante è quello del Marocco, la cui Costituzione del 1962 prevedeva un espresso divieto alla creazione di un partito unico, riconoscendo la funzione dei partiti di organizzare e di rappresentare i cittadini (art. 3)[627]. L'esperienza del multipartitismo in Marocco deve tuttavia essere letta alla luce dell'organizzazione istituzionale del paese, nell'ambito della quale la corona occupava senz'altro, e occupa tuttora, una posizione centrale: in tal senso, è stato osservato come il multipartitismo fosse in realtà utilizzato dal re Hassan II per consolidare il suo ruolo politico facendo leva sulle divisioni tra i partiti[628].

Pur seguendo traiettorie del tutto diverse da quelle marocchine, anche la Libia di Gheddafi costituiva un'eccezione al modello del partito unico. In questo caso, però, tale eccezione

---

[623] Ciò che ha di fatto consentito la previsione di importanti limitazioni al godimento di tali libertà. Vedi M. CAMAU, F. AMRANI, R. BEN ACHOUR, *Contrôle politique et régulations electorales*, cit., pp. 141 ss.

[624] Vedi A. AMOR, *Constitution et pluralisme politique en Tunisie. Le cas du pluripartitisme*, in ATDC, *Les expériences constitutionnelles maghrébines*, Tunis, Imprimerie officielle de la République Tunisienne, 1981, pp. 229-329.

[625] Vedi H. MRAD, *La Constitution tunisienne et les partis politiques*, in ATDC, *Actes du colloque de commemoration du cinquantenaire de la promulgation de la Constitution tunisienne*, Tunis, Imprimerie officielle de la République Tunisienne, 2010, p. 129.

[626] Vedi C. DEBBASCH, *La République tunisienne,* Paris, LGDJ, 1962, p. 25: «En Tunisie, aucun parti n'est pas *a priori* proscrit … Si l'on peut dire que la Tunisie vit sous le régime du parti unique, c'est parce que l'on constate que dans tous les rouages de la vie nationale, seul le Néo-Destour apparaÎt».

[627] Vedi P. RONDOT, *Les partis dans le monde musulman*, in *Pouvoirs*, 1983, p. 89.

[628] Vedi K. MOHSEN-FINAN, M. ZEGHAL, *Opposition islamiste et pouvoir monarchique au Maroc. Le cas du Parti de la Justice et du Développement*, in *Revue Française de Science Politique*, 2006, pp. 79 e ss. E. STEFANELLI, *La Costituzione economica del Marocco: tra* commitment *liberista e settore pubblico dell'economia*, in *Federalismi*, 2017, p. 5.

ISSN 2279-7238

non muoveva verso la promozione del pluralismo politico; al contrario, si contestava l'istituzione stessa del partito politico, così come della rappresentanza parlamentare, considerati strumenti per frammentare l'unità del popolo, il quale era invece chiamato a esercitare direttamente la sovranità[629].

La regola era, comunque, quella del partito unico, sia che essa fosse formalizzata nel testo della Costituzione, sia che, come nel caso della Tunisia, si affermasse di fatto. Le motivazioni alla base della "fortuna" di tale modello sono in parte comuni agli ordinamenti che nascono da precedenti esperienze coloniali, in parte specificamente riferibili al mondo arabo-islamico.

Proprio il passato coloniale costituiva la principale spinta al monopartitismo. La dominazione coloniale e la conseguente lotta per l'indipendenza assottigliavano, o meglio nascondevano, le contraddizioni e le differenze sociali e culturali, con effetti tanto più evidenti quanto più lento era stato il processo di decolonizzazione[630].

Anche una volta conquistata l'indipendenza, la scelta del partito unico continuava a trovare radici, in particolare nella necessità di affrontare il sottosviluppo che spesso caratterizzava la società e l'economia di questi Paesi; l'ambìto progresso sociale ed economico passava dall'unità e dalla collaborazione di tutte le forze del Paese e non poteva lasciare spazio all'espressione del pluralismo politico[631].

Il filo conduttore che legava l'affermazione del partito unico nella fase coloniale e il suo mantenimento a seguito dell'indipendenza era la retorica dell'unità nazionale[632]; la stessa presenza di un'opposizione avrebbe prima indebolito il movimento di liberazione nazionale e in seguito minato le possibilità del Paese di raggiungere un livello di sviluppo economico accettabile[633].

Il partito unico, in questa prospettiva, si poneva come strumento di "protezione" dell'unità nazionale; da una parte, la limitazione del pluralismo politico era considerata funzionale al mantenimento della stabilità politica degli Stati di recente indipendenza[634]; dall'altra parte, il partito unico si poneva l'obiettivo di educare le masse e di formare le classi dirigenti.

Un altro fattore che favoriva, almeno in alcuni ordinamenti, l'affermazione del partito unico era il potere carismatico esercitato da taluni *leader* politici; la presenza di una personalità capace di incarnare l'intero movimento di liberazione nazionale era senz'altro in grado di rafforzare, in questi Paesi, la posizione e il prestigio del partito e il suo ruolo di garante dell'unità nazionale[635]. Il caso della Tunisia era in tal senso emblematico: Habib Bourghiba, guida del movimento di liberazione nazionale e Presidente della Repubblica dal

[629] Vedi P. RONDOT, *Les partis*, cit., pp. 89-90.
[630] Vedi C. DEBBASCH, *Le parti unique à l'épreuve du pouvoir. Les expériences maghrebines et africaines*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1965, p. 9.
[631] *Ibidem*, p. 9.
[632] Vedi M. FLORY, R. MANTRAN, *Les régimes politiques des pays arabes*, Paris, PUF, 1968, p. 144; L.J. NAGY, *Les partis politiques dans le mouvement national. Le cas de l'Algérie et de la Tunisie*, in *Cahiers de la Méditerranée*, 1990, p. 86.
[633] Vedi, proprio in riferimento alla Tunisia, C. DEBBASCH, *La République tunisienne*, cit., pp. 22-23.
[634] Vedi C. DEBBASCH, *Le parti unique*, cit., p. 36.
[635] Vedi M. FLORY, R. MANTRAN, *Les régimes politiques des pays arabes*, cit., p. 144; C. DEBBASCH, *Le parti unique*, cit., p. 10.

ISSN 2279-7238

1957 al 1987, contribuì col suo carisma alla formazione di quell'"unanimismo" che limitava fortemente il grado di pluralismo politico nel Paese[636]. La forma di governo presidenzialista diffusa in questi Paesi e adottata anche in Tunisia istituzionalizzava la figura carismatica del *leader*, concentrando il potere nelle mani del Presidente della Repubblica e garantendo al partito unico il controllo sulle attività degli organi costituzionali[637].

A questi elementi, comuni alla maggior parte delle esperienze di partito unico conosciute nei Paesi precedentemente sottoposti a regimi coloniali, se ne sommavano alcuni che, invece, erano legati allo specifico contesto arabo-islamico: proprio il fattore religioso svolgeva, in tal senso, un ruolo centrale nell'affermazione del monopartitismo. L'islam sottende un'esigenza di unità che si poneva naturalmente in contrasto con le divisioni in fazioni o in partiti, animati da sentimenti di fedeltà e lealtà particolari[638]. Lo sforzo verso l'omogeneità non poteva che manifestarsi, sul piano politico, nell'esistenza di un partito unico, in grado di rappresentare la comunità arabo-islamica come un tutto intero[639].

L'insieme di questi fattori sembrava convergere in Tunisia dove, nonostante la Costituzione non proibisse la creazione di partiti politici né sancisse l'esistenza di un partito unico, il Néo-Destour ricopriva tale posizione fin dall'indipendenza del Paese.

La transizione di fatto verso il sistema a partito unico era favorita innanzitutto dalla presenza di un quadro legislativo che permetteva un controllo e una limitazione delle libertà politiche costituzionalmente dichiarate.

L'art. 8 della Costituzione, nel riconoscere, tra le altre, la libertà di associazione, disponeva che essa fosse esercitata secondo le disposizioni stabilite dalla legge. La legge n. 59-154[640], relativa alle associazioni e promulgata pochi mesi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, poneva diverse condizioni all'esercizio della libertà prevista all'art. 8[641]. In particolare, l'art. 4 della legge stabiliva che l'associazione non sarebbe esistita finché non avesse ricevuto l'autorizzazione del Ministero dell'Interno, che quest'ultimo poteva decidere in maniera discrezionale se concedere o rifiutare tale autorizzazione e che il silenzio della pubblica amministrazione equivaleva al rifiuto. L'art. 2 disponeva, inoltre, che le finalità dell'associazione non potevano essere contrarie alla legge e al buon costume o costituire una minaccia all'ordine pubblico, all'integrità territoriale o alla forma repubblicana dello Stato. Anche una volta costituita, in base all'art. 23 l'associazione poteva, per gli stessi motivi, essere sciolta con una decisione dell'autorità giudiziaria.

La legge è stata utilizzata per limitare la libertà di costituire partiti politici: il caso del Parti Communiste, l'unico oltre al Néo-Destour a presentare candidati alle elezioni del 1956 per l'Assemblea nazionale costituente, è emblematico dell'affermazione in Tunisia del sistema

[636] Vedi J. MONTABES PEREIRA, G. MARTÍNEZ FUENTES, *Il cambiamento politico tunisino verso la democrazia: transizione, riforme, rivoluzione ed elezioni*, in G. D'IGNAZIO, N. FIORITA, S. GAMBINO, F. RANIOLO, A. VENTURA (a cura di), *Transizioni e democrazia nei Paesi del Mediterraneo e del vicino Oriente*, Cosenza, Periferia, 2014, p. 271.
[637] Vedi C. DEBBASCH, *Le parti unique*, cit., p. 20.
[638] Vedi P. RONDOT, *Les partis*, cit., p. 71.
[639] Vedi M. FLORY, R. MANTRAN, *Les régimes politiques des pays arabes*, cit., p. 145.
[640] Loi n. 59-154 du 7 novembre 1959 relative aux associations.
[641] Vedi M. CAMAU, F. AMRANI, R. BEN ACHOUR, *Contrôle politique et régulations electorales*, cit., p. 142.

ISSN 2279-7238

a partito unico. Il Parti Communiste era stato infatti ritenuto responsabile di un complotto contro il Presidente Bourghiba, ciò che ne aveva comportato prima la sospensione e poi lo scioglimento, avvenuto nel 1963[642].

Se la legge sulle associazioni forniva la base legale per la limitazione del pluralismo politico, un'altra legge, quella che disciplinava il sistema elettorale per l'Assemblea nazionale, è stata utilizzata per rafforzare la posizione politica dominante del Néo-Destour. La legge n. 86-59[643], confermando sostanzialmente la legislazione adottata nel 1956 per l'elezione dell'Assemblea nazionale costituente[644], disegnava un sistema elettorale maggioritario a turno unico (art. 79), il quale non poteva che favorire il Néo-Destour, unico partito organizzato e diffuso su tutto il territorio nazionale[645].

Il Néo-Destour, nato nel 1934 a seguito di una scissione dal partito Destour guidata da Bourghiba, si era infatti da subito distinto per essere un partito di massa con una struttura burocratica e politica imponente[646]. Il partito, già prima dell'indipendenza, sembrava organizzarsi secondo il modello del centralismo democratico, del resto adottato in quegli anni anche in altri Paesi africani[647]. La lotta per l'indipendenza imponeva un'azione fortemente centralizzata; tuttavia, sebbene tutte le decisioni fossero adottate dall'alto, il coinvolgimento delle masse, tanto nella fase dell'elaborazione di tali decisioni, quanto in quella della loro applicazione, era sempre formalmente previsto e perseguito[648].

A tal fine, il partito sviluppava una struttura altamente articolata basata sulle cellule, che raggruppavano i militanti e i simpatizzanti e che si occupavano di assicurare che le direttive del partito venissero eseguite. Al livello superiore si trovavano le federazioni, formate dai delegati delle cellule più numerose. A livello centrale, invece, il partito era organizzato in un Congresso nazionale, che era composto dai delegati delle cellule e si riuniva ogni anno, e dal Consiglio nazionale, formato da rappresentanti delle federazioni e da membri eletti dal Congresso e chiamato a svolgere le funzioni di quest'ultimo nei momenti in cui non era riunito. Il vertice esecutivo e centro decisionale del partito era l'Ufficio politico, eletto dal Congresso e formalmente responsabile di fronte ad esso[649].

La rapida espansione del partito, che passava da poco più di 100 mila iscritti nel 1954 a circa 600 mila nel 1957, spingeva verso una modifica della struttura, attraverso la riduzione

---

642 *Ibidem*, p. 144.

643 Loi n. 59-86 du 30 juillet 1959 relative à l'élection du Président de la République et des membres de l'Assemblée Nationale.

644 Décret du 6 janvier 1956 relatif à l'élection de l'Assemblée Nationale Constituante.

645 Vedi M. CAMAU, F. AMRANI, R. BEN ACHOUR, *Contrôle politique et régulations electorales*, cit., p. 142 e 212. Sul controllo esercitato di fatto dal partito sulle strutture e sul funzionamento dell'Assemblea nazionale vedi Z. MDHAFFAR, *Le pouvoir législative au Maghreb*, Tunis, Centre d'études, de recherche et de publications, 1987, pp. 36-139.

646 Al contrario del Nèo-Destour, il Destour sembrava invece rispondere al modello del partito di quadri. Vedi C. DEBBASCH, *La République tunisienne*, cit., pp. 25-26.

647 C. DEBBASCH, *Le parti unique*, cit., p. 14, fa riferimento, ad esempio, alle esperienze della Guinea e dell'Algeria, oltre che a quella tunisina.

648 Vedi C.H. MOORE, *Tunisia Since Independence. The Dynamics of One-Party Government*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1965, p. 109; C. DEBBASCH, *Le parti unique*, cit., p. 14.

649 Lo statuto, originariamente approvato nel 1934, è stato più volte modificato per adattare la struttura e il funzionamento alla rapida crescita del partito. Sull'organizzazione del partito vedi C.H. MOORE, *Tunisia Since Independence*, cit., p. 108; C. DEBBASCH, *La République tunisienne*, cit., pp. 26-27.

ISSN 2279-7238

del numero delle cellule, che scendevano da 1.800 a 1.000, e l'abolizione delle federazioni, sostituite prima da Commissari regionali e poi da Comitati di coordinamento guidati da un segretario nominato dall'Ufficio politico[650]. La centralizzazione del partito, che si realizzava anche tramite il rafforzamento dell'Ufficio politico ai danni del Congresso e del Consiglio[651], sembrava del resto funzionale all'istituzionalizzazione del partito unico, ovvero alla formale integrazione del partito nelle strutture dello Stato[652].

Il momento di svolta fu rappresentato dal Consiglio nazionale del marzo 1963 e dal Congresso di Bizerte dell'ottobre 1964, inizio di una transizione simbolicamente segnata anche dal cambio del nome del partito, che diventava Parti Socialiste Destourien (PSD).

Il processo di istituzionalizzazione si manifestava, in un primo momento, a livello regionale[653]. Si decideva infatti di concentrare nella figura del Governatore, vero organo decisionale in ambito regionale, sia le funzioni di rappresentante dello Stato, in base alla vigente normativa sull'amministrazione territoriale del Paese [654], sia le funzioni di rappresentante del partito, in qualità di segretario del Comitato di coordinamento[655].

Ancora più evidente era l'integrazione del partito nel consiglio regionale, al quale la Costituzione del 1959 attribuiva la funzione di gestire gli affari regionali (art. 59) ma che di fatto rivestiva un ruolo essenzialmente consultivo[656]. La legge n. 63-54[657], novellando la precedente disciplina contenuta nella legge n. 57-12[658], riformava la composizione dei consigli, stabilendo che essi erano composti, oltre che dal Governatore e dai rappresentanti delle organizzazioni corporative e delle associazioni di comuni, dai membri del Comitato regionale di coordinamento del partito (art. 2)[659]. Per la prima volta, il partito unico in quanto tale trovava riconoscimento in un testo legislativo, a dimostrazione della volontà di integrare le strutture del partito nelle strutture dello Stato[660].

La stessa volontà animava la creazione del Consiglio della Repubblica, manifestazione del processo di istituzionalizzazione del partito unico a livello nazionale. Il Consiglio,

---

[650] Vedi ancora C.H. MOORE, *Tunisia Since Independence*, cit., p. 113; C. DEBBASCH, *La République tunisienne*, cit., pp. 27-31.

[651] Vedi C.H. MOORE, *Tunisia Since Independence*, cit., p. 114.

[652] Così M. PRIEUR, *L'institutionnalisation du Parti Socialiste Destourien*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1967, p. 121; C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens? Sens et contre-sens d'une "libéralisation politique"*, in *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 2006, p. 7; B. LOPEZ GARCIA, C. FERNANDEZ SUZOR, *Introducción*, cit., p. 297.

[653] La Costituzione del 1959 prevedeva, all'art. 59, l'istituzione di consigli municipali e di consigli regionali incaricati di gestire gli affari locali. Sull'evoluzione in materia sia consentito rinviare a G. MILANI, *Decentramento e democrazia nell'evoluzione costituzionale della Tunisia*, in *Federalismi*, 2014.

[654] Décret du 21 juin 1956 portant organisation administrative du Royaume.

[655] Vedi M. PRIEUR, *L'institutionnalisation du Parti Socialiste Destourien*, cit., p. 125.

[656] Vedi G. MILANI, *Decentramento e democrazia*, cit., p. 10.

[657] Loi n. 63-54 du 30 décembre 1963 relative aux Conseils de Gouvernorat.

[658] Loi n. 57-12 du 17 août 1957 portant creation de Conseils de Gouvernorat.

[659] Il Presidente Bourghiba aveva inizialmente proposto una soluzione ancora più radicale, prevedendo la fusione del Consiglio regionale e del Comitato di coordinamento in un solo organo. Vedi M. PRIEUR, *L'institutionnalisation du Parti Socialiste Destourien*, cit., p. 126.

[660] *Ibidem*, p. 127.

ISSN 2279-7238

disciplinato dalla legge n. 66-67[661] ma di fatto già istituito in precedenza[662], era presieduto dal Presidente della Repubblica e formato dai membri del Governo e dell'Ufficio politico del partito (art. 2); il Consiglio aveva un ruolo consultivo, essendo incaricato di esaminare le questioni sottoposte dal Presidente della Repubblica (art. 3)[663].

Alla penetrazione nelle strutture dello Stato il PSD affiancava il controllo sulle organizzazioni della società civile[664], in tal modo estendendo la sua influenza su tutti i settori della vita del Paese[665]. Seguendo l'esempio del partito unico, anche le altre forme di rappresentanza e di aggregazione si sviluppavano seguendo la retorica dell'unità nazionale, perseguendo interessi particolari che venivano ricondotti, mediante il controllo del partito, all'interesse generale della Tunisia[666].

Il sistema partitico rimaneva di fatto immutato fino all'inizio degli anni ottanta[667]; già a metà degli anni settanta, tuttavia, la forma di governo tunisina conosceva un'importante modifica che appariva in qualche modo prodromica alle aperture che dopo qualche anno interessarono, almeno formalmente, anche il sistema politico.

La revisione costituzionale del 1976 introduceva nell'ordinamento costituzionale alcuni elementi propri della forma di governo parlamentare[668]. Per la prima volta, veniva infatti previsto un Governo, guidato da un Primo ministro (art. 37) e legato al Parlamento dal rapporto di fiducia (artt. 58-63)[669]. Il Presidente della Repubblica continuava comunque a ricoprire un ruolo centrale nell'ordinamento, mantenendo la titolarità del potere esecutivo (art. 37) e potendo nominare e revocare i membri del Governo (artt. 50-51)[670].

La revisione nasceva dalla volontà, secondo le parole dello stesso Bourghiba, di allentare la concentrazione del potere sottesa alla Costituzione del 1959 e permessa anche dalla

---

661 Loi n. 66-67 du 28 novembre 1966 portant institution d'un Conseil de la République.

662 La creazione di organi e la loro successiva formalizzazione era, del resto, un pratica comune durante la presidenza Bourghiba. Vedi M. PRIEUR, *L'institutionnalisation du Parti Socialiste Destourien*, cit., p. 127.

663 *Ibidem*, p. 130.

664 A tal proposito, C. DEBBASCH, *Le parti unique*, cit., pp. 26-32, distingue tre modelli di relazione tra partito e organizzazioni negli ordinamenti africani: il controllo del partito sulle organizzazioni; il controllo delle organizzazioni sul partito; la separazione tra partito e organizzazioni.

665 Vedi C. DEBBASCH, *La République tunisienne*, cit., p. 33.

666 L'Union Générale des Travailleurs de Tunisie, l'Union Générale des Etudiants de Tunisie, l'Union Nationale des Femmes Tunisiennes, l'Union Tunisienne des Industriels et Commerçants e l'Union National des Agricolteurs Tunisiens erano alcune delle organizzazioni più rilevanti utilizzate dal partito a sostegno all'ideologia dell'unità. Vedi *Ibidem*, pp. 33-39.

667 La fase del monopartitismo istituzionalizzato, caratterizzato da elezioni non competitive, impossibilità di costituire partiti e confusione tra Stato e partito unico, si protraeva dal 1963 al 1981 secondo C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., p. 8 e M. CAMAU, *Le Maghreb*, in M. FLORY, B. KORANY, R. MANTRAN, M. CAMAU, P. AGATE (a cura di), *Les régimes politiques arabes*, Paris, PUF, 1990, p. 420.

668 Vedi H. SLIM, *Tunisie. Présentation*, in E. CANAL-FORGUES (a cura di), *Recueil des Contitutions des Pays Arabes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 464; M. OLIVIERO, *Il costituzionalismo dei paesi arabi. Le costituzioni del Maghreb*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 144.

669 Già con la riforma del 1969 nella Costituzione si accennava alla figura del Primo ministro, il quale avrebbe potuto esercitare le funzioni che gli venivano delegate dal Presidente della Repubblica o sostituire quest'ultimo in caso di morte, dimissioni o impedimento assoluto.

670 Si noti peraltro che con la revisione del 1975 Bourghiba era diventato Presidente della Repubblica a vita, in via eccezionale, in considerazione del suo impegno per la liberazione della Tunisia dal colonialismo.

ISSN 2279-7238

presenza e dalla forza del partito unico[671]. Le proteste sociali che a più riprese avevano messo in crisi il regime tra la fine degli anni sessanta e i primi anni ottanta, spesso animate peraltro dalle organizzazioni della società civile poste formalmente sotto il controllo del partito, avevano infatti mostrato i limiti della politica basata sul clientelismo di Stato e posto le basi tanto per le modifiche del quadro istituzionale, quanto per le prime timide liberalizzazioni in campo politico[672].

Il primo partito ad essere legalizzato fu il Parti Communiste, sciolto nel 1963 e nuovamente riconosciuto soltanto nel 1981[673]; seguivano, nel 1983, il Mouvement des Démocrates Socialistes (MDS) e il Mouvement de l'Unité Populaire (MUP)[674]. Entrambe le formazioni nascevano da correnti interne al PSD, le quali si erano progressivamente rese autonome rispetto alla linea del partito[675]; una genesi, questa, che di fatto anticipava i caratteri del multipartitismo dei decenni successivi, basato su un pluralismo di facciata e sul riconoscimento di movimenti vicini al regime e funzionali al partito al potere.

3. Il *changement* di Ben Alì e il multipartitismo di facciata.

I cauti processi di liberalizzazione politica ed economica non risolsero la crisi del regime, fortemente indebolito dalle tensioni sociali che interessavano il Paese nel corso degli anni ottanta. È in questo clima che, nel 1987, Bourghiba veniva destituito dall'allora Primo ministro Ben Alì[676], il quale inaugurava una stagione di aperture democratiche che trovava nel pluralismo politico una delle manifestazioni più evidenti e significative[677].

Il multipartitismo doveva essere alla base, secondo Ben Alì, «di una vita politica evoluta e istituzionalizzata», nella quale non c'era più spazio «né per la presidenza vitalizia, né per la successione automatica al vertice dello Stato»[678]. Sul piano normativo, questo rinnovato

[671] Nel suo discorso dell'8 giugno 1970, Bourghiba affermava che «l'expérience vient de démontrer que la concentration des pouvoirs entre les mains d'un seul, aussi dévoué soit-il, comporte des risques»; vedi S. CHAABANE, *Le système constitutionnel tunisien à travers la réforme de 1976*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1977, p. 313.

[672] Vedi M. CAMAU, *Le Maghreb*, cit., pp. 420-422; M. CHÉRIF FERJANI, *Révolution, élections et évolution du champ politique tunisien*, in *Confluences Méditerranée*, 2012, p. 108; B. LOPEZ GARCIA, C. FERNANDEZ SUZOR, *Introducción*, cit., p. 301-302.

[673] C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., pp. 10-12, sottolinea come il Parti Communiste non rappresenti più, in quel momento, un "pericolo politico" per il regime, ciò che spinge il Presidente Bourghiba, per il tramite del Primo ministro Mzali, ad autorizzare la costituzione del partito. Vedi anche M. TOUMI, *La Tunisie*, cit., pp. 122-125.

[674] Vedi M. CAMAU, *Le Maghreb*, cit., p. 420; C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., pp. 8-10; M. CHÉRIF FERJANI, *Révolution, élections et évolution*, cit., p. 108.

[675] Il MDS è nato dalla corrente liberale del PSD, guidata dall'ex ministro Mestiri, fuoriuscito dal partito di governo a seguito delle rivendicazioni, rimaste insoddisfatte, di democratizzazione e di spersonalizzazione del regime. Il MUP è stato invece fondato da Ben Salah, anch'egli ex ministro, vicino alle posizioni più radicali del socialismo destouriano. Vedi C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., pp. 8-10; M. TOUMI, *La Tunisie*, cit., pp. 102-113.

[676] Si tratta del c.d. "colpo di stato medico", così definito perché, per destituire Bourghiba, Ben Alì convinse i medici del Presidente della Repubblica a dichiararlo incapace, per senilità e aggravamento delle sue condizioni di salute, di compiere le funzioni presidenziali; una volta ritenuto incapace, il Primo ministro, secondo quanto previsto dall'art. 57 della Costituzione, assumeva l'incarico di Capo dello Stato fino alla scadenza naturale del mandato, avvenuta nel 1989; nello stesso anno, le elezioni presidenziali confermavano Ben Alì alla presidenza della Repubblica. Vedi M. CAMAU, *Le Maghreb*, cit., p. 440.

[677] Vedi L. EL HOUSSI, *Il risveglio della democrazia*, Roma, Carocci, 2013, pp. 28 ss ; ID., *La Tunisia dalle origini*, cit., p. 45; M. CAMAU, *Le Maghreb*, cit., p. 441.

[678] Così Ben Alì nel discorso tenuto in occasione della successione alla presidenza della Repubblica il 7 novembre 1987; vedi P. SETTEMBRINI, *Le point sur les aménagements du cadre juridique de la vie politique en Tunisie*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1997, p. 331.

ISSN 2279-7238

indirizzo politico prendeva forma in un primo momento nell'approvazione di nuove leggi di disciplina del sistema elettorale e dei partiti politici, per poi trovare consacrazione nel testo della Costituzione.

La legge organica n. 88-32[679] riconosceva per la prima volta espressamente la possibilità di costituire partiti politici, i quali, secondo l'art. 1, avevano il compito di contribuire all'organizzazione della vita politica dei cittadini e partecipare alle competizioni elettorali. La legge reiterava in parte la normativa in materia di associazioni, applicata fino a quel momento ai partiti politici, stabilendo che il partito necessitava dell'autorizzazione del governo per potersi costituire (art. 8). Un importante elemento distingue tuttavia le due discipline: ai sensi della legge organica sui partiti politici, infatti, il silenzio della pubblica amministrazione comportava, dopo quattro mesi, la tacita accettazione della domanda di costituzione (art. 9).

La stessa legge organica si occupava poi di stabilire alcune specifiche condizioni relative alle finalità e all'organizzazione dei partiti. Quanto al primo aspetto, si affermava che i partiti dovessero evitare ogni forma di violenza, fanatismo, razzismo e discriminazione, oltre che astenersi da qualsiasi attività che potesse portare pericolo all'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale e ai diritti e le libertà altrui (art. 2); erano inoltre vietati i partiti che si basavano su un'identità religiosa, linguistica, etnica o regionale (art. 3). Quanto al secondo profilo, si stabiliva che il partito dovesse fondarsi su principi democratici, senza però specificare ulteriormente vincoli alle strutture, al funzionamento o agli organi di partito (art. 5).

La sola possibilità di costituire partiti politici non era del resto sufficiente a consentire l'accesso di queste formazioni politiche agli organi rappresentativi; il sistema elettorale maggioritario a turno unico continuava infatti a garantire al partito dominante tutti i seggi dell'Assemblea nazionale. È il caso, ad esempio, delle elezioni del 1989 che, oltre a confermare alla presidenza della Repubblica Ben Alì, vedevano il suo partito ottenere l'80% dei voti e la totalità dei seggi.

Per tale motivo, al fine di raggiungere un livello più effettivo di pluralismo politico, il legislatore approvava nel 1993 una modifica alla legge elettorale per inserire una quota di seggi riservata ai partiti di opposizione. In base alla legge organica n. 93-118[680], una parte dei seggi continuava ad essere assegnata con metodo maggioritario a turno unico, mentre gli altri seggi erano attribuiti su base nazionale con metodo proporzionale (art. 72); alla ripartizione della quota proporzionale partecipavano le liste che non avevano ottenuto seggi nei collegi maggioritari, ciò che di fatto riservava tale quota ai partiti minoritari (art. 105bis). Il rapporto tra parte maggioritaria e parte proporzionale veniva fissato per decreto: nel 1994

[679] Loi organique n. 88-32 du 3 mai 1988 organisant les partis politiques.
[680] Loi organique n. 93-118 du 27 décembre 1993, modifiant et complétant le Code électoral.

ISSN 2279-7238

i seggi riservati ai partiti di opposizione erano 19 su 163[681], numero che saliva, nel 1999, a 34 seggi su 182[682].

Il legislatore interveniva altresì sul sistema di finanziamento dei partiti, prevedendo che essi ricevessero un contributo dallo Stato nel caso in cui fossero stati rappresentati in Parlamento da almeno un deputato. La legge n. 97-48[683] stabiliva, in particolare, che i partiti ammessi al finanziamento pubblico ricevessero annualmente un contributo basato su una quota fissa e su una quota calcolata in funzione del numero di deputati (art. 3). Tale normativa veniva modificata e integrata due anni dopo, mediante la legge n. 99-27[684], che introduceva un'ulteriore forma di finanziamento pubblico a favore dei partiti politici a titolo di contributo per la pubblicazione di giornali (art. 5bis).

Successivamente alle riforme del quadro legislativo organico e ordinario, anche il testo costituzionale veniva modificato, in quegli stessi anni, con l'introduzione di norme espressamente dedicate ai partiti politici. Il riconoscimento costituzionale dei partiti era, del resto, una tendenza comune agli Stati dell'area arabo-islamica tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta. In Algeria, ad esempio, la Costituzione del 1989 segnava la fine del periodo socialista e l'apertura al multipartitismo: si disponeva, in tal senso, che «il diritto di creare associazioni a carattere politico è riconosciuto» (art. 40) [685]. Una nuova Costituzione, adottata nel 1996, prevedeva in maniera più specifica che «il diritto di creare partiti politici è riconosciuto e garantito» (art. 42)[686]. In Egitto il multipartitismo era stato espressamente introdotto tra i principi fondamentali della Costituzione nel 1980: la revisione eliminava dall'art. 5 i riferimenti all'Unione socialista araba, affermando invece che «il sistema politico della Repubblica araba d'Egitto è multipartitico, nell'ambito dei principi e degli elementi fondamentali della società egiziana stabiliti dalla Costituzione»[687].

In Tunisia, la prima importante revisione interessava, nel 1997, l'art. 8 della Costituzione: tale articolo, nella versione originale, riconosceva come si è detto alcuni fondamentali diritti civili dei cittadini, tra i quali la libertà di espressione, di riunione, di associazione. L'emendamento costituzionale integrava il testo, con l'aggiunta di cinque commi interamente dedicati alla disciplina dei partiti politici; si trattava, a ben vedere, della costituzionalizzazione di quanto precedentemente disposto dalla legge organica n. 88-32.

---

[681] Pari a circa il 12% dei seggi. Décret n. 94-2 du 10 janvier 1994, fixant les circonscriptions électorales, le nombre des membres de la chambre des députés et la répartition des sièges par circonscription.

[682] Pari a circa il 20% dei seggi. Décret n. 99-1542 du 10 juillet 1999, fixant les circonscriptions électorales, le nombre des membres de la chambre des députés et la répartition des sièges par circonscription.

[683] Loi n. 97-48 du 21 juillet 1997 relative au financement public des partis politiques.

[684] Loi n. 99-27 du 29 mars 1999 complétant la loi n. 97-48 du 21 juillet 1997 relative au financement public des partis politiques.

[685] Il godimento di tale diritto, si precisava, non poteva costituire una minaccia alle libertà fondamentali, all'unità nazionale, all'integrità territoriale, all'indipendenza del paese e alla sovranità popolare.

[686] Oltre ai limiti già posti dalla Costituzione precedente con riguardo alla creazione di associazioni politiche, il nuovo testo prevedeva che i partiti politici non potessero essere fondati su una base religiosa, linguistica, razziale, di genere, corporativa o regionale, né ricorrere alla violenza o alla costrizione.

[687] In realtà, alcuni partiti politici, nati da correnti interne al partito si erano già presentati alle elezioni legislative del 1976 e del 1979. Vedi S. BEN NEFISSA, *Les partis politiques égyptiens entre les contraintes du système politique et le renouvellement des élites*, in *Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 1996, p. 57-58.

ISSN 2279-7238

In tal senso, si affermava che «i partiti contribuiscono all'inquadramento dei cittadini al fine di organizzare la loro partecipazione alla vita politica. Devono essere organizzati su basi democratiche. Devono rispettare la sovranità del popolo, i valori della Repubblica, i diritti dell'uomo e i principi relativi allo statuto personale» (comma 3). Nei commi successivi si ribadivano i limiti alla istituzione dei partiti politici, che dovevano respingere ogni forma di violenza, fanatismo, razzismo e discriminazione (comma 4) e non potevano essere costituiti sulla base di un'identità religiosa, linguistica, etnica o regionale (comma 5). L'art. 8 aggiungeva che i partiti non potevano avere rapporti di dipendenza nei confronti di partiti o di interessi stranieri (comma 6).

Una nuova revisione costituzionale, approvata nel 2002, rileva per il tema qui trattato. Si tratta senz'altro della più complessa e articolata modifica alla Costituzione approvata durante la presidenza di Ben Alì. La revisione introduceva un sistema parlamentare di tipo bicamerale[688], senza peraltro incidere in maniera significativa sulla forma di governo tunisina, che continuava ad essere caratterizzata dal ruolo subalterno del Parlamento e dello stesso Governo nei confronti del Presidente della Repubblica[689].

La riforma costituzionale del 2002 interessava in maniera significativa il Capitolo I, dedicato ai principi fondamentali e ai diritti e doveri dei cittadini. In particolare, l'emendamento modificava l'art. 5 della Costituzione, precedentemente limitato al riconoscimento del principio dell'inviolabilità della persona umana e della libertà di coscienza e di culto, aggiungendo, tra l'altro, che «la Repubblica tunisina ha come fondamento i principi dello Stato di diritto e del pluralismo», superando in tal senso, da un punto di vista formale e costituzionale, la retorica dell'unità.

In realtà, come è stato sottolineato dalla dottrina, alla retorica dell'unità, espressa dal sistema a partito unico per gran parte della presidenza di Bourghiba, si sostituiva, negli anni novanta e duemila, la retorica del consenso[690]. I partiti minoritari, riconosciuti e rappresentati in Parlamento, funzionavano secondo una logica clientelare, esercitando un'opposizione "morbida" al regime di Ben Alì e ottenendo in cambio benefici politici dal partito dominante[691]. Quest'ultimo, ormai divenuto Rassemblement Constitutionnel Démocratique (RCD)[692], con ciò segnando anche nominalmente la formale rottura rispetto ai principi del socialismo sui quali il partito unico si era innestato, diventava il fulcro di quella democrazia consensuale che caratterizzava la Tunisia negli anni che precedettero la "Rivoluzione dei Gelsomini".

---

[688] Accanto alla Camera dei deputati (la camera bassa, così rinominata dalla revisione costituzionale del 1981), si prevedeva l'istituzione di una Camera di consiglieri, i cui membri erano in parte eletti su base regionale, in parte selezionati dalle associazioni e dalle organizzazioni corporative e in parte designati dal Presidente della Repubblica tra le personalità di rilievo nazionale.

[689] Sulla posizione preponderante del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale tunisino nel periodo di Ben Alì si veda M.R. BEN HAMMED, *Le pouvoir executif dans les pays du Maghreb*, Tunis, Centre d'études, de recherche et de publications, 1995, pp. 49-139.

[690] Vedi E. GOBE, L. CHOUIKHA, *Opposition et élections en Tunisia*, in *Maghreb-Machrek*, 2000, pp. 38-39.

[691] *Ibidem*, p. 30, affermano in tal senso che la legittimazione dei partiti di opposizione non passa dalle urne, dal momento che la loro presenza sulla scena politica dipende dalle scelte dello stesso partito dominante.

[692] Vedi M. CAMAU, *Le Maghreb*, cit., p. 440.

ISSN 2279-7238

Il "Patto nazionale", firmato il 7 novembre 1988 dall'RCD e dai partiti di opposizione, esprimeva in maniera chiara il processo alla base del riconoscimento del multipartitismo e del pluralismo politico in Tunisia. In tale occasione, si affermava infatti che i partiti e le organizzazioni sociali si impegnavano a considerare i principi contenuti nel patto e alla base del rinnovamento promosso da Ben Alì «come un contratto comune che vincola tutti e che ha portato a riunire tutti i tunisini attorno ad un medesimo consenso».

Il multipartitismo, in tale prospettiva, era funzionale al regime al potere. Da una parte, la presenza di partiti politici alternativi all'RCD aiutava quest'ultimo a ritrovare la «vocazione militante del partito politico»[693], affievolita da decenni di occupazione totale ed esclusiva dello spazio politico nazionale[694]. Dall'altra parte, i partiti di opposizione fornivano talvolta un sostegno concreto e diretto al regime, appoggiandone pubblicamente politiche e decisioni[695]. La contiguità di tali partiti rispetto al regime al potere di fatto ne indeboliva ulteriormente la legittimazione popolare e ne restringeva la base elettorale, aumentando il potere contrattuale dell'RCD e alimentando così la logica clientelare alla base del modello di democrazia consensuale promossa da Ben Alì[696].

Il sistema politico e partitico che si sviluppava da queste premesse è stato definito "non competitivo" o "semi-competitivo" [697]: le elezioni, in tale contesto, non erano uno strumento di competizione per la conquista del potere, servendo piuttosto come mezzo per misurare i rapporti di forza tra gli attori all'opposizione e per gratificare i movimenti politici che si muovevano nel quadro del pluralismo controllato messo a punto dal regime[698]. Il testo della Costituzione era significativo di tale visione, soprattutto se comparato con quanto disposto dalla legge organica n. 88-32 sui partiti politici: mentre quest'ultima poneva, tra le funzioni dei partiti politici, quella di partecipare alle competizioni elettorali, il dettato costituzionale, che pur in larga parte riproduceva la legislazione organica, si limitava a riconoscere il loro contributo «all'inquadramento dei cittadini al fine di organizzare la loro partecipazione alla vita politica»[699].

Il partito unico continuava ad ottenere, nelle elezioni legislative svoltesi nel corso della Presidenza di Ben Alì, oltre l'80% di suffragi. I principali partiti di opposizione rappresentati erano quelli più vicini al regime, già legalizzati nel 1983, i quali, come si è prima ricordato, nascevano da correnti interne al precedente partito unico, progressivamente diventate autonome: il Mouvement des Démocrates Socialistes e il Mouvement de l'Unité Populaire.

---

693 Vedi A. ZGHAL, *Le concept de société civile et la transition vers le multipartitisme*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, p. 209.

694 Vedi *ibidem*, pp. 208-209, che sottolinea come il fatto che il partito dominante recuperi il suo carattere militante sia a sua volta necessario per garantire la tenuta della Repubblica tunisina, divenuta in quegli anni un'eccezione tra i Paesi dell'area arabo-musulmana: negli anni ottanta, infatti, la Tunisia resta l'ultima Repubblica "civile", dal momento che gli altri regimi si dividono in monarchie a legittimazione religiosa e in repubbliche a guida militare.

695 Sono stati definiti, in tale ottica, "partis faire-valoir". Vedi E. GOBE, L. CHOUIKHA, *Opposition et élections*, cit., p. 30; M. DJAZIRI, *La problématique partisane dans les systèmes politiques du Maghreb. Relance des études comparatives*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1995, pp. 440-442.

696 Vedi E. GOBE, L. CHOUIKHA, *Opposition et élections*, cit., p. 33.

697 *Ibidem*, p. 29.

698 *Ibidem*, p. 29.

699 Vedi C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., p. 2.

ISSN 2279-7238

A questi si aggiungevano altri partiti politici, appartenenti alla sinistra non comunista, creati e riconosciuti nel 1988, a seguito dell'approvazione della legge organica sui partiti politici: l'Union Démocratique Unioniste e il Parti Social Liberal[700].

Ciò che accomunava questi partiti, oltre alla contiguità più o meno marcata rispetto all'RCD e al rapporto clientelare e di dipendenza che li legava al regime di Ben Alì, era la ridotta base sociale ed elettorale a loro sostegno[701]. Tali movimenti rispondevano al modello del partito di quadri, senza una vera base militante e senza alcuna diffusione e articolazione sul territorio nazionale[702]. Si trattava inoltre, in tutti i casi, di partiti personali, fortemente orientati dalla personalità e dalle scelte dei loro *leader*, che li guidavano fin dalla loro istituzione[703].

Un'azione di opposizione più solida al regime di Ben Alì era esercitata, in quegli anni, dal Parti Communiste e, soprattutto, dal Mouvement de la Tendance Islamique[704]. La posizione del partito della sinistra comunista, riconosciuto fin dal 1981, rappresentava in particolare un tentativo di distanziarsi tanto dal fronte islamico, ritenuto in grado di porre in discussione i principi del modernismo e del secolarismo alla base dell'ordinamento tunisino, quanto dal Governo[705]; a partire dal 1988, con la firma del "Patto nazionale", e poi nel 1993, con l'abbandono dell'ideologia comunista simboleggiata dalla ridenominazione in Mouvement de la Rénovation, o Ettajdid, era tuttavia chiara la difficoltà di conciliare l'attività di opposizione con l'esigenza di un riconoscimento legale da parte del regime, ciò che conduceva il partito ad assumere posizioni meno rigide nei confronti di Ben Alì[706].

Una diversa evoluzione caratterizzava, invece, l'azione politica del movimento islamista. La politicizzazione del movimento avvenne tra la fine degli anni settanta e l'inizio degli anni ottanta, quando il Mouvement de la Tendance Islamique iniziava ad uscire dalle moschee e a diffondersi nel mondo universitario e sindacale[707]. Sulla scia delle tensioni sociali esplose in quegli anni, il movimento islamista diventava l'unica reale opposizione al regime di Bourghiba, che reagiva con la repressione e l'arresto di decine di responsabili e attivisti, tra cui il *leader* del movimento Rachid Gannouchi[708]. Il rinnovamento promosso da Ben Alì, espresso anche dalla liberazione di alcuni prigionieri e dall'autorizzazione alla pubblicazione di un giornale[709], incoraggiava alcuni cambiamenti nel movimento, che nel 1988 firmava il

[700] *Ibidem*, p. 11.
[701] *Ibidem*, pp. 11-12.
[702] Vedi E. GOBE, L. CHOUIKHA, *Opposition et élections*, cit., p. 30.
[703] Vedi *ibidem*, p. 30, che sottolineano come tali partiti riproducano, tanto nelle loro strutture che nelle loro pratiche, lo schema dello Stato patrimoniale.
[704] Vedi M. CHÉRIF FERJANI, *Révolution, élections et évolution*, cit., p. 109.
[705] *Ibidem*, p. 109.
[706] Vedi C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., p. 11.
[707] Per una ricostruzione della storia del movimento vedi A. WOLF, *Political Islam in Tunisia: the history of Ennahda*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Vedi H. HERMASSI, *L'État tunisien et le Mouvement Islamiste*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, p. 297; M. TOUMI, *La Tunisie*, cit., pp. 113-118.
[708] Vedi S.M. TORELLI, *La Tunisia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 129-131; M. CHÉRIF FERJANI, *L'islam politique en Tunisie : une école de compromis*, in M. NACHI (a cura di), *Révolution et compromis*, Tunis, Nirvana, 2017, pp. 336-337.
[709] Vedi S.M. TORELLI, *La Tunisia contemporanea*, cit., pp. 131-133; M. CHÉRIF FERJANI, *L'islam politique en Tunisie*, cit., pp. 338-341.

ISSN 2279-7238

"Patto nazionale" e nel 1989 mutava il suo nome in Mouvement de la Renaissance, o Ennahda, in modo da conformarsi alle disposizioni contenute nella legge organica relative al divieto di costituire partiti politici su basi religiose[710]. Ciononostante, l'organizzazione non fu mai riconosciuta dal regime di Ben Alì in quanto partito politico, a dimostrazione ulteriore dell'apertura soltanto formale del sistema politico tunisino, caratterizzato da un multipartitismo che era favorito fintanto che poteva essere controllato e utilizzato dal regime. Ennahda, infatti, era l'unico movimento politico, oltre all'RCD, ad essere organizzato sul territorio e a contare su un ampio sostegno popolare, ciò che lo rendeva una reale ed effettiva minaccia al predominio del partito al potere[711].

Il cauto e parziale processo di liberalizzazione politica fin qui ricostruito, se da un lato ha permesso all'*élite* al potere di mantenere per decenni il controllo del Paese, dall'altro non ha resistito ai moti di protesta sociale esplosi alla fine del 2010 e ben presto tramutati in rivendicazioni di carattere politico. In Tunisia, come altrove nell'area arabo-islamica, la scelta della transizione guidata ha mostrato tutti i suoi limiti, portando al repentino e definitivo epilogo del regime di Ben Alì[712].

4. La costruzione della democrazia elettorale: la II Repubblica tunisina.

Non soltanto la "Rivoluzione dei Gelsomini", ma l'intera ondata di proteste che interessa a partire dalla fine del 2010 la quasi totalità degli ordinamenti arabo-islamici prende le mosse dal gesto di Mohamed Bouazizi che si immola il 17 dicembre 2010 a Sidi Bouzid, città della Tunisia centrale, denunciando così la grave situazione economica e sociale condivisa da gran parte della popolazione tunisina sotto il regime di Ben Alì. Le rivolte che si scatenano come conseguenza di quel gesto provocano la fuga di Ben Alì dal Paese, avvenuta il 14 gennaio 2011, e segnano l'inizio della transizione politica della Tunisia.

L'avvio di questa fase è caratterizzato, sia dal punto di vista politico che da quello giuridico, da instabilità e incertezza[713]. In forza dell'art. 57 della Costituzione, che disciplina i casi di vacanza del Presidente della Repubblica, il Consiglio costituzionale affida la presidenza *ad interim*, per un periodo di sessanta giorni, al Presidente della Camera dei deputati, Mebazaa[714]. Sempre in base alla Costituzione, e in particolare all'art. 28, il Parlamento abilita

[710] Vedi H. HERMASSI, *L'État tunisien et le Mouvement Islamiste*, cit., p. 303.
[711] Vedi C. BRAUN, *A quoi servent les partis tunisiens?*, cit., p. 17.
[712] Vedi L. MEZZETTI, *La libertà decapitata*, cit., p. 270.
[713] Sulle questioni costituzionali aperte nel periodo di transizione si vedano, tra gli altri: H. MRAD, *La problématique constitutionnelle de la transition*, in H. REDISSI, A. NOUIRA, A. ZGHAL (a cura di), *La transition democratique en Tunisie. Etat des lieux. Les thématiques*, Tunis, Diwen Edition, 2012, pp. 17-22; R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie: entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, pp. 715-732; D. ANSELMO, *Tunisia: dalla rivoluzione dei gelsomini all'Assemblea costituente*, in *Rivista Aic*, 2012, pp. 1-7; C. GADDES, *Il processo costituente*, cit., pp. 50-65; E. GOBE, *Tunisie an I : les chantiers de la transition*, in *L'Année du Maghreb*, 2012, pp. 433-454; J. SAYAH, *L'acte II de la Révolution tunisienne : La Constitution*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 48-64.
[714] In un primo momento il Primo ministro Mohamed Gannouchi aveva annunciato di dover esercitare egli stesso le funzioni presidenziali, in base all'art. 56 della Costituzione che regola i casi di impedimento temporaneo del Presidente della Repubblica. La questione è stata rapidamente risolta dal Consiglio costituzionale, che in base all'art. 57 si è riunito immediatamente per constatare la vacanza definitiva del Presidente della Repubblica e per investire il Presidente della Camera dei deputati delle sue funzioni. Vedi R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., pp. 717-719.

ISSN 2279-7238

il Presidente *ad interim* ad adottare decreti-legge, delegandogli di fatto l'intero esercizio della funzione legislativa[715]. In pochi mesi, sotto la pressione delle proteste popolari, si succedono tre governi provvisori[716], prima della formale sospensione della Costituzione e della decisione di indire le elezioni per un'Assemblea nazionale costituente (ANC) incaricata di redigere e approvare una nuova Costituzione.

Il processo di transizione è guidato in questa fase dall'Istanza superiore per la realizzazione degli obiettivi della rivoluzione, della riforma politica e della transizione democratica (Alta istanza), presieduta da Yadh Ben Achour[717] e incaricata di elaborare i testi normativi necessari a disciplinare il passaggio al nuovo ordinamento costituzionale[718]. La rottura del precedente ordinamento è formalmente sancita dal decreto-legge n. 2011-14[719], che segna l'allontanamento dal regime costituzionale nato nel 1959, prevedendo un'organizzazione provvisoria dei poteri dello Stato resa urgente dal fatto che, come si legge nel Preambolo, «l'applicazione delle disposizioni costituzionali è divenuta impossibile a causa della situazione in cui versa il Paese»[720].

Dal punto di vista politico, la discontinuità è ben rappresentata da due elementi che rivoluzionano il sistema dei partiti: lo scioglimento del Rassemblement Constitutionnel Démocratique e il riconoscimento legale di un elevato numero di partiti[721].

La volontà di superare il modello dello Stato-partito e di separare le strutture dell'amministrazione pubblica da quelle dell'RCD viene annunciata dal Presidente Mebazaa il 19 gennaio 2011, subito dopo la fuga di Ben Alì dal Paese[722]. Il 6 febbraio, il Ministro degli Interni decide, in base agli artt. 18 e 19 della legge organica n. 88-32 sui partiti politici, di sospendere le attività del partito e di sequestrarne i locali e i beni; alla sospensione amministrativa segue, il 9 marzo, la dissoluzione del partito per via giudiziaria da parte del

[715] L'art. 28 sembra in realtà limitare la possibilità di ricorrere a tale procedimento, attivabile per un tempo limitato e per un oggetto specifico. In realtà, la loi n. 2011-5 du 9 février 2011, habilitant le Président de la République par intérim à prendre des décrets-lois conformément à l'article 28 de la constitution, elenca una lunga serie di materie sensibili, riservandone la disciplina al Presidente *ad interim*. Vedi C. SBAILÒ, *Diritto pubblico dell'islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, Cedam, 2015, p. 82.

[716] I primi due governi, guidati da Gannouchi, ultimo Primo ministro della presidenza di Ben Alì, scatenano una serie di manifestazioni che si concentrano in Rue de la Kasbah, a Tunisi, sede del palazzo del Governo, e che prendono perciò il nome di "Kasbah I" (24 gennaio 2011) e di "Kasbah II" (20 febbraio 2011). Vedi C. GADDES, *Il processo costituente*, cit., p. 50; E. GOBE, *Tunisie an I*, cit., p. 434.

[717] Yadh Ben Achour è un giurista tunisino, già preside della Facoltà di Scienze giuridiche di Tunisi. Sul processo di transizione costituzionale ha scritto Y. BEN ACHOUR, *Tunisie. Une révolution en pays d'islam*, Tunis, Cérès, 2016.

[718] L'Alta istanza è disciplinata dal Décret-loi n. 2011-6 du 18 février 2011, portant création de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique e riunisce due commissioni create in precedenza, l'Alta commissione per le riforme politiche e l'Alta commissione per la protezione della rivoluzione. Vedi C. GADDES, *Il processo costituente*, cit., p. 50; R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., p. 721.

[719] Décret-loi n. 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation provisoire des pouvoirs publics.

[720] In particolare, il decreto-legge determina lo scioglimento della Camera dei deputati, della Camera dei consiglieri, del Consiglio economico e sociale e del Consiglio costituzionale (art. 2) e concentra il potere legislativo e quello esecutivo nelle mani del Presidente *ad interim* (artt. 4-12). Vedi R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., p. 722.

[721] Vedi E. GOBE, *Tunisie an I*, cit., p. 441.

[722] Vedi K. RABEH, *La fin du Parti-Etat en Tunisie*, Tunis, Latrach, 2015, p. 10.

ISSN 2279-7238

Tribunale di Tunisi, misura confermata il 28 marzo dalla Corte di Appello[723]. In realtà, già prima che la fine dell'RCD fosse sancita dalla decisione dell'autorità giudiziaria, il partito aveva avviato un processo di autodissoluzione che aveva portato, in successione, allo scioglimento dell'Ufficio politico, del Comitato centrale, delle cellule e di tutte le ramificazioni e le filiali del partito dislocate presso amministrazioni e imprese pubbliche e organizzazioni di settore[724].

Parallelamente alla dissoluzione del Rassemblement Constitutionnel Démocratique, il sistema politico tunisino è caratterizzato dalla legalizzazione di un crescente numero di partiti; in questo quadro, il riconoscimento di Ennahda, principale forza di opposizione, ancorché repressa, al regime di Ben Alì, riveste senz'altro un significato politico e simbolico di particolare rilevanza[725]. Il movimento islamista viene ufficialmente riconosciuto il 1° marzo 2011 e i suoi membri sono in seguito nominati tra i rappresentanti dei partiti politici che compongono l'Alta istanza[726], anche se a più riprese ne abbandonano i lavori in dissenso con i metodi di funzionamento e di decisione dell'organo[727].

Il periodo che va dalla sospensione della Costituzione del 1959 all'elezione, avvenuta il 23 ottobre 2011, dell'ANC, conferma il ruolo centrale nel processo di transizione di tale istanza, che in quei mesi si concentra soprattutto sulla preparazione dei testi normativi, in seguito approvati con decreto-legge, funzionali alla costruzione di una democrazia elettorale aperta e pluralista: in particolare, oltre alle norme che disciplinano il sistema elettorale per l'ANC e quelle che regolano la costituzione dei partiti politici, viene prevista in questa fase la creazione di un'Istanza superiore indipendente per le elezioni (ISIE)[728].

Il primo di questi atti ad essere approvato è proprio il decreto-legge n. 2011-27, con il quale si istituisce l'ISIE, stabilendone funzioni e composizione[729]. Si tratta di una novità nell'ordinamento tunisino, sebbene la sua creazione fosse già stata proposta nel 2007, in

---

[723] *Ibidem*, pp. 46-50.

[724] *Ibidem*, pp. 19-37.

[725] Il movimento Ennahda, complici anche gli ottimi risultati ottenuti in occasione delle elezioni per l'ANC, ha monopolizzato l'attenzione degli studiosi che si sono confrontati con l'evoluzione del sistema dei partiti tunisino a seguito della rivoluzione. Tra i molti, si vedano A. WOLF, *Political Islam in Tunisia*, cit., pp. 129-162; T. ABBIATE, *The Revival of Political Islam in the MENA Region: The Case of* Ennahda *in Tunisia*, in *Revista Ballot*, 2015, pp. 67-82; K. BENDANA, *Le parti* Ennahda *à l'èpreuve du pouvoir en Tunisie*, in *Confluences Mediterranée*, 2012, pp. 189-204; F. AMRANI, *Ennahda : démocratie et pluralisme*, in *Pouvoirs*, 2016, pp. 95-105; H. REDISSI, *La Nahdha et la transition démocratique*, in H. REDISSI, A. NOUIRA, A. ZGHAL (a cura di), *La transition democratique en Tunisie. Etat des lieux. Les acteurs*, Tunis, Diwen Edition, 2012, pp. 111-126; D. PICKARD, *Al-Nahda: Moderation and Compromise in Tunisia's Constitutional Bargain*, in J.O. FROSINI, F. BIAGI (a cura di), *Political and Constitutional Transitions in North Africa. Actors and Factors*, London-New York, Routledge, 2015, pp. 4-32; A. SANTILLI, *Al-Nahda e il processo di transizione tunisino: genesi e strategie di un "partito in movimento"*, in M. CAMPANINI (a cura di), *Le rivolte arabe e l'Islam*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 53-75.

[726] La composizione dell'Alta istanza è stata dapprima stabilita dall'Arrêté du Premier ministre du 14 mars 2011, portant nomination des membres de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique e in seguito modificata dall'Arrêté du Premier ministre du 5 avril 2011, portant nomination des membres de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique.

[727] Vedi R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., p. 721; E. GOBE, *Tunisie an I*, cit., p. 440.

[728] M. LIECKEFETT, *La Haute Instance et les élections en Tunisie : Du consensus au "Pacte politique"?*, in *Confluences Mediterranée*, 2012, p. 134, sottolinea come tali atti siano i principali risultati del lavoro dell'Alta istanza.

[729] Décret-loi n. 2011-27 du 18 avril 2011, portant création d'une instance supérieure indépendante pour les élections.

ISSN 2279-7238

vista delle elezioni del 2009[730]. L'Istanza è incaricata di «vigilare e assicurare che si tengano elezioni democratiche, pluraliste, oneste e trasparenti» (art. 2), attraverso «la preparazione, la supervisione e il controllo delle operazioni elettorali» (art. 4).

L'ISIE è composta da una commissione centrale e diverse commissioni circoscrizionali. Il decreto regola direttamente la composizione della commissione centrale, formata da sedici membri interamente nominati dall'Alta istanza sulla base di rose di nomi proposte dalle associazioni non governative e dalle associazioni di categoria (art. 8)[731]. È inoltre previsto che i membri dell'ISIE, oltre a dimostrare la loro «esperienza in materia elettorale» e la loro «competenza, imparzialità, indipendenza e onestà», non devono aver ricoperto cariche di responsabilità nell'RCD negli ultimi dieci anni (art. 6)[732].

Anche grazie alla competenza e all'indipendenza dei suoi membri, l'ISIE ha svolto le proprie funzioni con buoni risultati[733], non soltanto mediante la gestione del procedimento elettorale, ma anche attraverso una sensibilizzazione degli attori coinvolti, e segnatamente i partiti politici, i media e i cittadini[734]. Di conseguenza, da una parte l'esperienza dell'ISIE è alla base della scelta, in seguito operata dai costituenti, di prevedere la creazione e la costituzionalizzazione di Istanze indipendenti funzionali al rafforzamento della democrazia[735]; dall'altra parte, si sceglie, a seguito della conclusione del processo elettorale per l'ANC che avrebbe dovuto porre fine al mandato dell'ISIE[736], di prolungare l'attività dell'Istanza, ricostituita con la legge organica n. 2012-23[737], successivamente modificata dalla legge organica n. 2013-52[738].

La nuova normativa interviene sia sulla composizione che sulle funzioni dell'Istanza, confermando però il suo ruolo centrale per l'edificazione di una moderna democrazia elettorale, dovendo garantire che le elezioni e i referendum siano «democratici, liberi, pluralisti, onesti e trasparenti» (art. 2).

---

730 Vedi M. LIECKEFETT, *La Haute Instance*, cit., p. 139; S. SPADA, *Una novità della Costituzione del 2014: le Istanze costituzionali indipendenti*, in T. GROPPI, I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia*, cit., p. 80.

731 Il decreto stabilisce in maniera puntuale la composizione dell'Istanza, formata da tre membri proposti dai magistrati, tre membri proposti dagli avvocati, un membro proposto dai notai, un membro proposto dai cancellieri, un esperto in comunicazione, un esperto informatico, un esperto contabile, due rappresentanti di organizzazioni non governative, un rappresentante dei tunisini all'estero, due professori universitari.

732 Vedi J. MONTABES PEREIRA, G. MARTÍNEZ FUENTES, *Il cambiamento politico tunisino*, cit., p. 275.

733 Vedi S. SPADA, *Una novità della Costituzione del 2014*, cit., p. 182; J. MONTABES PEREIRA, G. MARTÍNEZ FUENTES, *Il cambiamento politico tunisino*, cit., p. 275; L. CHOUIKHA, *L'Instance Supérieure Indépendante pour les élections et le processus électoral tunisien : un témoignage de l'intérieur*, in *Confluences Mediterranée*, 2012, p. 172; M. KRAÏEM DRIDI, *Les enjeux de la nouvelle loi sur l'ISIE*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les enjeux du processus électoral*, Tunis, Université de Carthage, 2014, p. 19; R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., p. 726.

734 Vedi L. CHOUIKHA, *L'Instance Supérieure Indépendante pour les élections*, cit., pp. 172-174.

735 Vedi S. SPADA, *Una novità della Costituzione del 2014*, cit., p. 180.

736 L'art. 1 del decreto-legge n. 2011-27 stabilisce infatti che «la missione [dell'ISIE] sarà completata con l'annuncio dei risultati delle elezioni [dell'Assemblea nazionale costituente]».

737 Loi organique n. 2012-23 du 20 décembre 2012, relative à l'instance supérieure indépendante pour les élections.

738 Loi organique n. 2013-52 du 28 décembre 2013, modifiant et complétant la loi organique n. 2012-23 du 20 décembre 2012, relative à l'instance supérieure indépendante pour les élections.

ISSN 2279-7238

In base alla legge organica, i membri dell'Istanza sono nove (art. 5)[739], durano in carica per sei anni e vengono rinnovati per un terzo ogni due anni (art. 9), in modo da garantire l'indipendenza dell'organo e la continuità della sua azione[740]. I componenti dell'Istanza sono scelti dal Parlamento e devono rispettare una serie di criteri soggettivi: oltre all'esperienza, alla competenza, all'imparzialità e al fatto di non aver avuto incarichi di responsabilità nell'RCD, come già stabilito dalla normativa precedente, i candidati devono avere almeno 35 anni e non possono essere membri di ordini professionali o di partiti politici (art. 7).

Oltre alle funzioni già in precedenza affidate all'ISIE e riconducibili alla preparazione, alla supervisione e al controllo delle operazioni elettorali, all'Istanza sono adesso attribuite nuove competenze, relative in particolare all'applicazione delle regole sul finanziamento della campagna elettorale e all'emissione di pareri sui progetti di legge in materia di elezioni e referendum (art. 3)[741].

Il secondo atto fondamentale per la costruzione della democrazia elettorale tunisina è il decreto-legge n. 2011-35 con il quale si disciplina il sistema elettorale per l'ANC[742]. La novità senza dubbio più rilevante introdotta dal decreto è la previsione di una formula elettorale proporzionale: il decreto sancisce infatti l'adozione di uno scrutinio di lista proporzionale con ripartizione dei seggi secondo il metodo dei più alti resti (artt. 31 e 32).

La legislazione elettorale tunisina, basata fin dall'indipendenza su un sistema maggioritario a turno unico, ha favorito in passato l'istituzionalizzazione del partito unico e successivamente la creazione di un multipartitismo controllato e di facciata. La scelta operata dall'Alta istanza, pur orientata principalmente a garantire la più elevata rappresentatività in seno all'ANC in quanto organo incaricato di redigere e approvare una nuova Costituzione[743], assume dunque, anche in questo caso, una forte valenza di rottura rispetto alla tradizione giuridica del Paese.

Del pari risultano innovative quelle disposizioni contenute nel decreto finalizzate a garantire l'adeguata rappresentanza di alcune categorie della popolazione ritenute politicamente e socialmente più deboli[744]. Si prevede ad esempio, a tal fine, il principio della parità di genere verticale nella composizione delle liste elettorali, ovvero che i candidati all'interno delle liste devono essere alternati in relazione al genere (art. 16)[745]. Anche le diseguaglianze territoriali sembrano essere oggetto di specifiche disposizioni del decreto, il quale stabilisce una sovrarappresentazione delle regioni meno popolate, alle quali sono

[739] La legge organica specifica che l'Istanza è composta da un giudice ordinario, un giudice amministrativo, un avvocato, un notaio o un cancelliere, un professore universitario, un ingegnere specializzato in sicurezza informatica, un esperto in comunicazioni, un esperto in finanza pubblica, un rappresentante dei tunisini all'estero.
[740] Vedi S. SPADA, *Una novità della Costituzione del 2014*, cit., p. 182.
[741] Vedi M. KRAÏEM DRIDI, *Les enjeux de la nouvelle loi sur l'ISIE*, cit., pp. 26-27.
[742] Décret-loi n. 2011-35 du 10 mai 2011, relatif à l'élection d'une Assemblée nationale constituante.
[743] Vedi M. LIECKEFETT, *La Haute Instance*, cit., p. 136; J. MONTABES PEREIRA, G. MARTÍNEZ FUENTES, *Il cambiamento politico tunisino*, cit., p. 278.
[744] Vedi E. GOBE, *Système électoral et révolution : la voie tunisienne*, in *Pouvoirs*, 2016, p. 75.
[745] La regola della parità orizzontale, in base alla quale i partiti devono presentare un uguale numero di capilista appartenenti ai due generi, viene proposta in seno all'Alta istanza ma rigettata. Vedi *ibidem*, p. 77.

ISSN 2279-7238

assegnati due seggi aggiuntivi rispetto a quelli calcolati in proporzione alla popolazione residente (art. 33)[746].

Il decreto adottato nella prima fase della transizione non si limita a regolare l'elezione dell'ANC, dacché i principi che esso introduce sembrano influenzare profondamente la successiva attività normativa in materia[747]. È il caso, soprattutto, della legge organica n. 2014-16[748], che, nel disciplinare le elezioni legislative, reitera la scelta per il sistema elettorale proporzionale (art. 106) e le disposizioni sulla parità di genere (art. 24)[749].

L'ultimo degli atti adottati per regolare la vita politica del Paese durante la prima fase di transizione è il decreto-legge n. 2011-87, che riforma la disciplina sui partiti politici in vigore dal 1988[750]. Il cambio di impostazione rispetto al tema dei partiti è evidente fin dal confronto delle disposizioni che aprono i due testi: se l'art. 1 della legge organica del 1988 definisce i partiti in base alle loro funzioni, che sono quelle di inquadrare i cittadini, di organizzarne la partecipazione politica e di prendere parte alle elezioni, l'art. 1 del decreto-legge del 2011 pone come obiettivo primario della nuova normativa quello di «garantire la libertà di costituire partiti politici, di aderirvi e di partecipare alle loro attività … di appoggiare e promuovere il pluralismo politico e di consolidare il principio della trasparenza nella gestione dei partiti politici». L'art. 2 del decreto-legge, nel ribadire le funzioni dei partiti già stabilite nella normativa precedente, specifica in maniera significativa che «la partecipazione alle elezioni [ha come obiettivo] l'esercizio del potere a livello nazionale, regionale o locale», con ciò sancendo l'allontanamento dalla logica clientelare e dal modello del partito dominante che si erano sviluppati sotto il regime di Ben Alì.

La legge, «di ispirazione democratica e pluralista»[751], elimina il regime dell'autorizzazione preventiva da parte del Ministro degli Interni, sostituendola con una dichiarazione da presentare, insieme allo statuto del partito, al Primo ministro (art. 9). Quest'ultimo può opporsi alla costituzione del partito entro sessanta giorni e soltanto per contrasto dello statuto con gli artt. 3 e 4 del decreto-legge, con decisione motivata avverso la quale è possibile ricorrere di fronte alla giustizia amministrativa (art. 10).

L'art. 3 contiene una serie di principi ai quali il partito deve attenersi nelle sue attività e nel suo funzionamento: il principio repubblicano, la primazia del diritto, la democrazia, il

[746] Tali regioni, secondo quanto dibattuto anche tra i membri dell'Alta istanza, sono anche le più povere del Paese, essendo state oggetto in passato di politiche pubbliche che le hanno marginalizzate e che hanno contribuito al loro spopolamento. Vedi *ibidem*, p. 76.

[747] Vedi R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., p. 723.

[748] Loi organique n. 2014-16 du 26 mai 2014, relative aux élections et référendums.

[749] La legge organica è stata sottoposta al controllo di costituzionalità dell'Istanza provvisoria sul controllo di costituzionalità dei progetti di legge, organo provvisorio di giustizia costituzionale previsto all'art. 148, n. 7, della Costituzione del 2014, che proprio sui cinque ricorsi presentati contro la legge organica ha emesso le sue prime decisioni. L'Istanza si è soffermata proprio sulla regola della parità verticale di genere, affermando come essa sia costituzionalmente legittima e rappresenti lo sforzo del legislatore per assicurare la rappresentanza delle donne in seno alle assemblee elettive (Décision n. 2014-2 de l'IPCCL du 19 mai 2014, rendue à propos du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums). Sia consentito rinviare a G. MILANI, *La legge elettorale tunisina al vaglio dell'Istanza provvisoria per il controllo di costituzionalità*, in *Federalismi-Focus Africa*, 2017, pp. 3-4.

[750] Décret-loi n. 2011-87 du 24 septembre 2011, portant organisation des partis politiques.

[751] Vedi R. BEN ACHOUR, S. BEN ACHOUR, *La transition démocratique en Tunisie*, cit., p. 726. Vedi anche T. ABBIATE, *The Revival of Political Islam*, cit., p. 75.

ISSN 2279-7238

pluralismo, l'alternanza al potere, la trasparenza, l'uguaglianza, la neutralità della pubblica amministrazione e dei luoghi di culto, l'indipendenza della giustizia e i diritti umani[752]. L'art. 4 specifica, invece, le azioni vietate ai partiti politici, riconducibili all'incitamento alla violenza, all'odio, all'intolleranza e alla discriminazione basata sulla religione, sul sesso o sull'origine regionale[753].

Accanto alle disposizioni che regolano la costituzione e le funzioni dei partiti politici, il decreto ne disciplina anche il sistema di finanziamento, abrogando esplicitamente la legge n. 97-48. In particolare, il previgente sistema di finanziamento pubblico è sostituito da un sistema misto[754]. I soggetti privati possono concorrere alle spese del partito con le quote di iscrizione ovvero con donazioni e lasciti; il partito può inoltre richiedere prestiti o trarre profitto dallo sfruttamento dei suoi beni o delle sue attività (art. 17). Al contrario, sono vietate le donazioni provenienti dall'estero o da fonti sconosciute, così come le donazioni di persone giuridiche o quelle di persone fisiche superiori ai 60 mila dinari (art. 18). Il finanziamento pubblico è espressamente previsto dal decreto, anche se non se ne specificano le modalità di attribuzione (art. 19)[755].

Il nuovo ruolo assunto nell'ordinamento dai partiti politici si riflette nelle disposizioni del regolamento interno dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo[756], che riconosce la possibilità di costituire gruppi parlamentari formati da almeno sette membri (art. 34), dotando tali organi delle risorse umane e materiali necessarie al loro funzionamento (art. 40) e affidando loro importanti funzioni relative, ad esempio, alla formazione delle commissioni parlamentari (art. 65) e alla presentazione di atti di indirizzo (art. 138).

Se gli atti adesso analizzati, insieme ad altri adottati sempre nella prima fase della transizione tunisina[757], costituiscono la struttura di una nuova democrazia elettorale, le fondamenta vanno invece cercate nella nuova Costituzione tunisina, approvata nella notte tra il 26 e 27 gennaio 2014 dopo un lungo e complicato processo costituente.

Il testo riconosce la centralità dei diritti politici ed elettorali[758], che trovano spazio, in particolare, negli artt. 34 e 35 della Costituzione. L'art. 34 prevede che «il diritto di eleggere,

---

[752] Si noti che l'elenco dei principi a cui devono attenersi i partiti politici, incrementato rispetto alla versione del 1988, è tassativo, a differenza della normativa precedente, che all'art. 2 stabiliva che il partito dovesse «rispettare e difendere *specialmente*» alcuni principi (enfasi nostra), lasciando modo al Governo di integrare discrezionalmente le cause di diniego di costituzione di un partito.

[753] Il riferimento alla religione, al sesso e all'origine regionale erano presenti già nella legge organica del 1988, ma in una posizione e con un significato assai differenti. Mentre nel 1988 si prevedeva il divieto di fondare partiti politici basati su tali elementi, adesso gli stessi elementi sono esemplificativi delle cause per le quali è espressamente vietato incitare alla violenza, all'odio, all'intolleranza e alla discriminazione.

[754] Vedi N. KACZOROWSKI, *Financement des partis politiques : le cas de la Tunisie*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les enjeux du processus électoral*, cit., pp. 74-76.

[755] Lo stesso schema di finanziamento, di natura mista, è stato in seguito adottato dal legislatore nella legge organica sulle elezioni e il referendum per disciplinare i finanziamenti delle campagne elettorali e referendarie.

[756] Règlement intérieur de l'ARP adopté lors de la séance plénière du 2 février 2015.

[757] Vedi, ad esempio, il Décret-loi n. 2011-88 du 24 septembre 2011, portant organisation des associations e il Décret-loi n. 2011-116 du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle.

[758] Vedi M. VOLKMANN, *Constitution et élections*, in AA.VV., *La Constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives*, Tunis, PNUD, 2016, p. 607; B. KARRAY, *Constitution et principes démocratiques*, in E. DUBOUT, N. BACCOUCHE (a cura di), *Nouvelle Constitution tunisienne et transition démocratique*, Paris, Lexis-Nexis, 2015, p. 95.

ISSN 2279-7238

di votare e di essere candidato sono garantiti in conformità con quanto stabilito dalla legge. Lo Stato vigila sul rispetto della rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive». L'art. 35 afferma invece che «la libertà di costituire partiti politici, sindacati e associazioni è garantita. I partiti politici, i sindacati e le associazioni si impegnano nei loro statuti e nelle loro attività a rispettare le disposizioni della Costituzione e della legge, oltre che la trasparenza finanziaria e il rifiuto della violenza». L'attenzione per il riconoscimento dei partiti politici emerge anche all'art. 60, laddove si definisce l'opposizione parlamentare come «una componente principale dell'Assemblea dei rappresentanti del popolo»[759].

Le disposizioni costituzionali che garantiscono i diritti politici devono essere lette, innanzitutto, alla luce del Preambolo[760], riconosciuto espressamente dall'art. 145 come «parte integrante» della stessa Costituzione[761] ed espressione dell'identità costituzionale tunisina segnata dal tentativo di far coesistere elementi della tradizione arabo-musulmana con principi propri del "costituzionalismo globale"[762]. Dopo aver fatto riferimento, tra l'altro, agli «insegnamenti dell'Islam» e alle «componenti della … identità arabo-musulmana», si annuncia infatti «l'intento di costruire un regime repubblicano, democratico, partecipativo, nel quadro di uno Stato civile nel quale la sovranità appartiene al popolo attraverso l'alternanza pacifica al potere per mezzo di elezioni libere e il principio di separazione ed equilibrio tra i poteri, un regime nel quale il diritto di associazione fondato sui principi del pluralismo, l'imparzialità dell'amministrazione, e il buon governo costituisce il fondamento della competizione politica».

Le parole del Preambolo trovano poi riscontro in alcuni dei principi generali cui è dedicato il Capitolo I dalla Costituzione e che fungono da ulteriori chiavi di lettura per le disposizioni poste a riconoscimento e garanzia dei diritti politici ed elettorali[763]. Rilevano, in tal senso, sia l'art. 2, che pone la volontà del popolo, oltre che la cittadinanza e la supremazia della legge, come fondamento dello Stato tunisino, sia l'art. 3, il quale ribadisce che il popolo è titolare della sovranità e fonte del potere, che esercita mediante elezioni e referendum.

La tutela effettiva di tali diritti è sostenuta sia dalla clausola limitativa *ex* art. 49, che di fatto salvaguarda il nucleo duro dei diritti e delle libertà fondamentali[764], sia da un rinnovato circuito delle garanzie nell'ambito del quale, oltre all'ISIE, che come anticipato è stata

[759] Sul riconoscimento costituzionale dell'opposizione vedi M. KRAÏEM DRIDI, *L'opposition en tant que contre-pouvoir*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Constitution et contre-pouvoirs*, Tunis, Université de Carthage, 2015, pp. 53-54.
[760] Vedi I. SPIGNO, *Diritti e doveri, tra universalismo e particolarismo*, in T. GROPPI, I. SPIGNO (a cura di), *Tunisia*, cit., p. 95.
[761] Vedi G. ROMEO, *La Costituzione della Tunisia*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Codice delle Costituzioni. Volume VI. Paesi islamici*, Padova, Cedam, 2016, p. 465
[762] Vedi T. GROPPI, *L'identità costituzionale tunisina*, cit., p. 33.
[763] Vedi I. SPIGNO, *Diritti e doveri*, cit., p. 95.
[764] L'art. 49 stabilisce che «senza pregiudicare la loro sostanza, la legge fissa le restrizioni relative ai diritti e alle libertà garantite dalla Costituzione e al loro esercizio. Tali restrizioni non possono essere stabilite se non per rispondere alle esigenze di uno Stato civile e democratico e nell'ottica di salvaguardare i diritti altrui o i principi della sicurezza pubblica, della difesa nazionale, della sanità pubblica o della morale pubblica, sempre nel rispetto della proporzionalità tra le restrizioni e la loro giustificazione. Le istanze giurisdizionali assicurano la protezione dei diritti e delle libertà contro tutte le minacce. Nessuna revisione può colpire gli *acquis* in materia di diritti dell'uomo e di libertà garantiti dalla presente Costituzione». Vedi I. SPIGNO, *Diritti e doveri*, cit., p. 98; G. ROMEO, *La Costituzione della Tunisia*, cit., p. 465; S. MÂAOUIA, *Les libertés individuelles dans la nouvelle Constitution tunisienne*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les nuovelles constitutions arabes : Tunisie, Maroc, Égypte*, Tunis, Université de Carthage, 2015, pp. 53-54.

ISSN 2279-7238

inserita nel testo costituzionale (art. 126)[765], anche altre Istanze indipendenti (artt. 125-130)[766] e la stessa Corte costituzionale (artt. 118-124)[767] rivestono un ruolo fondamentale nella costruzione della democrazia tunisina.

Un'ulteriore garanzia per la protezione dei diritti politici dei cittadini tunisini è rappresentata dall'apertura della Tunisia all'ordinamento internazionale, dinamica che trova spazio nell'art. 20 della Costituzione del 2014, il quale riconosce ai trattati internazionali una forza supralegislativa, ancorché infracostituzionale[768].

In particolare, un interessante contributo può essere offerto dalla partecipazione della Tunisia all'Unione africana, succeduta nel 2002 all'Organizzazione per l'unità africana, istituita nel 1963[769]. La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata nell'ambito dell'organizzazione nel 1981 ed entrata in vigore nel 1986, riconosce i diritti politici all'art. 13, stabilendo, tra l'altro, che «i cittadini hanno il diritto di partecipare liberamente alla direzione degli affari pubblici del loro paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti sulla base di norme previste dalla legge»; sono inoltre tutelate le libertà di opinione (art. 9), di associazione (art. 10) e di riunione (art. 11). La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, istituita a garanzia dei diritti sanciti nella Carta, ha mostrato, pur a fronte di una giurisprudenza ancora scarna, una certa sensibilità in materia, pronunciandosi per la prima volta nel merito proprio su un ricorso presentato contro una violazione di diritti di partecipazione politica[770].

La Tunisia, oltre ad aver ratificato, già nel 1983, la Carta africana, è uno dei trenta Paesi ad aver proceduto alla ratifica del Protocollo sull'istituzione della Corte e uno degli otto ad aver dichiarato, in conformità agli artt. 5 e 34 dello stesso Protocollo, di consentire alle organizzazioni non governative e ai singoli individui di accedere direttamente alla Corte; tali sviluppi, che trovano riscontro anche nella firma, da parte del Governo tunisino, della Carta africana sulla democrazia, le elezioni e la governance[771], potranno favorire in futuro l'effettiva protezione dei diritti riconosciuti nella Carta e la costruzione nel Paese di una moderna democrazia elettorale.

5. I partiti politici di fronte alle sfide della transizione costituzionale.

[765] La Costituzione ha di fatto reiterato quanto già previsto nella legge organica n. 2012-23 relativa all'ISIE.

[766] Si tratta, in particolare, dell'Istanza per la comunicazione audiovisuale, dell'Istanza per i diritti umani, dell'Istanza per lo sviluppo sostenibile e i diritti delle generazioni future e dell'Istanza per la buona governance e la lotta contro la corruzione.

[767] Anche la Corte costituzionale è una novità della Costituzione del 2014; in precedenza era stato attivo un Consiglio costituzionale, istituito nel 1987 e costituzionalizzato nel 1995.

[768] Vedi T. GROPPI, *L'identità costituzionale tunisina*, cit., p. 30.

[769] Sull'evoluzione dei processi di integrazione regionale in Africa, in particolare in materia di diritti, vedi G. PASCALE, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli, Jovene, 2017.

[770] Tanganika Law Society et al. v. Tanzania, 14 giugno 2013; vedi V. PIERGIGLI, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli giudica sulla violazione dei diritti di partecipazione politica e delle regole democratiche in Tanzania (Tanganika Law Society et al. v. Tanzania, 14 giugno 2013)*, in *Federalismi-Focus Africa*, 2014. Più in generale, sui recenti sviluppi e le possibili tendenze della giurisprudenza della Corte africana, ID., *La protezione dei diritti fondamentali davanti alla Corte africana tra segnali di consolidamento e istanze di riforma*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, pp. 365-394.

[771] Il Trattato è stato firmato dalla Tunisia nel 2013 ed è ancora in attesa di ratifica.

ISSN 2279-7238

Il riconoscimento costituzionale e la garanzia legislativa del pluralismo politico rappresentano indubbiamente un risultato apprezzabile del processo di transizione che interessa la Tunisia a partire dalla fine del 2010[772]. Le richieste di liberalizzazione e apertura del campo politico sono state, insieme alle rivendicazioni economiche e sociali, il grande motore della rivoluzione che dal Paese è divampata in tutto il mondo arabo-islamico[773].

I diritti politici ed elettorali, inseriti in un'architettura costituzionale basata sui principi del pluralismo, dell'alternanza democratica e della separazione dei poteri e sorretta da un rinnovato circuito di garanzie, sono formalmente e sostanzialmente tutelati nella Costituzione tunisina del 2014; la nuova democrazia elettorale trova espressione in un apparato di norme, in gran parte elaborato all'inizio della transizione, che garantisce la partecipazione dei cittadini alla vita politica del Paese ed evidenzia l'importanza dei partiti politici in tal senso.

Il quadro fin ora descritto non è tuttavia privo di ombre che rischiano di oscurare i progressi compiuti a seguito della "Rivoluzione dei Gelsomini" e consacrati nella Costituzione della II Repubblica tunisina. Una serie di problemi di carattere sia politico che giuridico pongono sfide decisive al consolidamento della democrazia nel Paese[774].

Un primo problema può essere costituito, paradossalmente, dalla presenza di troppi partiti politici e dalla conseguente eccessiva parcellizzazione del sistema politico tunisino. Dopo qualche settimana dalla caduta del regime di Ben Alì, più di cento nuovi partiti politici sono stati istituiti e riconosciuti; in alcuni casi si è trattato di partiti creati soltanto sulla carta, senza alcun sostegno popolare, in altri casi di movimenti che sono esistiti per qualche giorno e che in poco tempo hanno esaurito la propria spinta politica[775]. Il sistema elettorale proporzionale adottato per l'Assemblea nazionale costituente e sostanzialmente confermato per l'Assemblea dei rappresentanti del popolo ha amplificato gli effetti della liberalizzazione politica, dando vita allo stesso tempo a un sistema politico e partitico frammentato[776].

L'instabilità politica è una delle conseguenze più immediate ed evidenti del rinnovato sistema dei partiti politici[777]: dal punto di vista parlamentare, ciò ha dato vita alla moltiplicazione dei gruppi parlamentari e al frequente passaggio di deputati da un gruppo a un altro; l'instabilità parlamentare si è riflessa su quella ministeriale, con il susseguirsi di fatto di quattro governi a seguito delle elezioni legislative del 2014[778].

---

[772] Vedi N. FERGANY, *Arab Revolution in the 21st Century? Lessons from Egypt and Tunisia*, New York, Palgrave Macmillan, 2016, p. 101, che include la vitalità e il ruolo dei partiti politici tra i fattori di successo della transizione tunisina, soprattutto se comparata alla recente evoluzione degli altri Paesi dell'area.

[773] Vedi A. TETI, P. ABBOTT, F. CAVATORTA, *The Arab Uprisings in Egypt, Jordan and Tunisia. Social, Political and Economic Transformations*, New York, Palgrave Macmillan, 2018, p. 125.

[774] Vedi R. BEN ACHOUR, *Rapport introductif*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les enjeux du processus électoral*, cit., pp. 9-17.

[775] Vedi M. CHÉRIF FERJANI, *Révolution, élections et évolution*, cit., pp. 107-110.

[776] Vedi E. GOBE, *Système électoral et révolution*, cit., pp. 72-75; J. AJROUD, *Système électoral et transition démocratique*, in *Etudes juridique*, 2012, p. 34.

[777] Vedi C. GADDES, *Il processo costituente*, cit., p. 54.

[778] A seguito delle elezioni del 2014 si sono succeduti formalmente due Governi, nominati dal Presidente della Repubblica Béji Caïd Essebsi; tuttavia, sia il Governo di Habib Essid, in carica dal 6 febbraio 2015 al 27 agosto 2016, che quello di Youssef Chahed, Primo ministro dal 26 agosto 2016, entrambi sostenuti da Nidaa Tounes, partito creato

ISSN 2279-7238

La frammentazione del quadro politico ha messo in luce l'immaturità dei partiti politici[779] e la loro difficoltà nell'intercettare e canalizzare la partecipazione politica dei cittadini[780]. L'astensionismo che ha caratterizzato le prime importanti elezioni tunisine, nel 2011 e nel 2014, ne è un chiaro esempio. Alle elezioni per l'Assemblea nazionale costituente ha partecipato poco più del 51% degli aventi diritto, percentuale che è salita in occasione delle elezioni politiche, quando ha votato il 68% degli aventi diritto per l'Assemblea dei rappresentanti del popolo e il 62% per il primo turno delle elezioni presidenziali[781]. L'altra faccia della medaglia è costituita dalla moltiplicazione degli attori e dei canali informali di partecipazione politica, la cui proliferazione ha caratterizzato in particolare le fasi del processo costituente tunisino e ha messo in discussione il ruolo dei partiti politici come strumenti privilegiati di raccordo tra Stato e società civile[782].

Alle questioni di carattere politico si affiancano, nella costruzione della democrazia elettorale tunisina, sfide di natura tecnica e giuridica. In tal senso, ad esempio, il processo di iscrizione dei cittadini sulle liste elettorali e la gestione del calendario elettorale hanno mostrato, già in occasione dell'elezione dell'Assemblea nazionale costituente, la presenza di alcune importanti problematiche che non sembrano ancora del tutto superate, come dimostrano le difficoltà nell'organizzazione delle prime elezioni municipali a seguito della rivoluzione, la cui data è stata più volte posticipata a partire dal 2017[783]. È del tutto evidente come tali problematiche possano avere un impatto decisivo non soltanto sul processo elettorale, ma anche sulla stabilità e sulla credibilità del sistema politico del Paese.

In questo quadro, i partiti politici, finalmente riconosciuti come strumenti fondamentali e come attori protagonisti della democrazia tunisina, sono chiamati a concretizzare nella realtà della politica la speranza della Costituzione; una sfida non facile, se si considerano le problematiche adesso accennate e la profonda crisi conosciuta da tali organizzazioni anche

nel 2012 proprio da Essebsi, sono stati interessati da importanti "rimpasti" dopo alcuni mesi dalla loro nomina. Sulla situazione politica tunisina a partire dalla fine del 2010 si possono consultare gli articoli di giornale raccolti in H. MRAD, *Tunisie : de la révolution à la constitution*, Tunis, Nirvana, 2014, e H. MRAD, *De la constitution à l'accord de Carthage*, Tunis, Nirvana, 2017. Vedi anche M. KILANI, *Tunisie. Carnets d'une révolution*, Paris, Pétra, 2014; N. BEAU, D. LAGARDE, *L'exception tunisienne*, Paris, Seuil, 2014.

779 Vedi C. GADDES, *Il processo costituente*, cit., p. 54.

780 A. TETI, P. ABBOTT, F. CAVATORTA, *The Arab Uprisings in Egypt, Jordan and Tunisia*, cit., p. 130, sottolineano come tali criticità siano accentuate dalla difficile situazione economica che caratterizza la Tunisia a partire dalla rivoluzione.

781 Sul fenomeno dell'astensionismo in occasione delle elezioni per l'Assemblea nazionale costituenti vedi M. CHÉRIF FERJANI, *Révolution, élections et évolution*, cit., p. 112; J. AJROUD, *Système électoral et transition démocratique*, cit., p. 39.

782 Vedi, in particolare per il ruolo degli attori "nuovi" e "informali" nel processo costituente tunisino, C. GADDES, *Il processo costituente*, cit., pp. 61-65; M. KERROU, *Les nouveaux acteurs de la révolution et de la transition politique*, in H. REDISSI, A. NOUIRA, A. ZGHAL (a cura di), *La transition democratique en Tunisie*, cit., pp. 218-234. Sulle diverse forme della partecipazione popolare al processo costituente tunisino si veda T. ABBIATE, *La partecipazione costituzionale ai processi costituenti. L'esperienza tunisina*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 181-228.

783 Si vedano, su entrambe le questioni, J. MONTABES PEREIRA, G. MARTÍNEZ FUENTES, *Il cambiamento politico tunisino*, cit., pp. 279-280; N. AKACHA, *Respecter le calendrier électoral : un défi majeur*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les enjeux du processus électoral*, cit., pp. 41-49; C. KULENOVIC, *Les défis de la nouvelle administration électorale*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les enjeux du processus électoral*, cit., pp. 51-58; S. GOUIA, *Les enjeux de l'inscription des électeurs*, in R. BEN ACHOUR (a cura di), *Les enjeux du processus électoral*, cit., pp. 59-71; H. MRAD, *Le dialogue national en Tunisie*, Tunis, Nirvana, 2015, pp. 102-105.

ISSN 2279-7238

negli ordinamenti occidentali, ma il cui superamento appare decisivo per determinare l'esito della transizione democratica del Paese.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Dalla omnibus legislation agli "omnibudget bills". Verso nuovi abusi dei poteri normativi del Governo?*

di Mario Altomare**

Il quadrimestre preso in esame ha visto emergere notevoli perplessità e preoccupazioni manifestate dal mondo politico, accademico e mediatico a seguito della presentazione da parte del Governo a guida liberale di alcuni *bill omnibus*, ossia disegni di legge che apportano numerose e disorganiche modifiche e abrogazioni in svariati settori normativi dell'ordinamento giuridico e che, pertanto, rendono estremamente difficile per il Parlamento riuscire a esercitare una compiuta attività di esame in dettaglio delle proposte che vi sono contenute.

Innanzitutto, appare opportuno osservare come tali perplessità derivino sostanzialmente dall'inaspettato cambio di rotta del Primo Ministro Trudeau, il quale aveva promesso, durante la campagna elettorale del 2015, di non voler più ricorrere allo strumento dei progetti di legge *omnibus* e di mettere mano ad una riforma generale degli *Standing Orders* della Camera dei Comuni che, tra le altre cose, avrebbe definitivamente posto fine ad ogni uso smodato di questa "undemocratic practice", così come era stata definita nella piattaforma politica del Partito Liberale in occasione delle ultime elezioni federali. Tale modifica è stata poi approvata nel giugno del 2017 e, in tema di *omnibus legislation*, ha conferito allo *Speaker* della *House of Commons* il potere di disporre votazioni separate e distinte sulle singole disposizioni contenute in un disegno di legge *omnibus* "where there is not a common element connecting the various provisions or where unrelated matters are linked" (*S. O. 69* [*1*]). Inoltre, questa

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.
** * Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

previsione non trova applicazione "if the bill has as its main purpose the implementation of a budget and contains only provisions that were announced in the budget presentation or in the documents tabled during the budget presentation" (*S.O.* 69 [2]).

Nonostante gli obiettivi prefissati dal Premier Trudeau e la successiva approvazione della riforma dei regolamenti dei Comuni, il Governo liberale non ha mancato di introdurre, tra il mese di **febbraio** e il mese di **marzo**, due disegni di legge dal contenuto estremamente vasto ed eterogeneo. Il primo, il *Bill* C-69, lungo più 412 pagine, qualora venisse approvato finirebbe per modificare diverse leggi che vanno dalla valutazione dell'impatto ambientale all'amministrazione della navigazione sulle acque interne e alla istituzione di una nuova Autorità di regolazione del settore dell'energia. Il secondo, il *Bill* C-75, anch'esso molto lungo (circa 300 pagine), mira all'obiettivo di riformare numerosissime disposizioni del codice penale, con la particolarità di incorporare altri 3 disegni di legge introdotti dal Ministro della Giustizia tra il 2016 e il 2017 e rimasti fermi alla prima lettura nella Camera dei Comuni.

In secondo luogo, occorre considerare come le principali preoccupazioni risultino legate più che altro allo sviluppo dei c.d. "*omnibudget bills*", ossia progetti di legge volti ad implementare le misure contenute nella manovra annuale di bilancio, in quanto il Governo Trudeau, da quando è in carica, ha introdotto *budget implementation bills* particolarmente lunghi e complessi (il *Bill* C-15 e il *Bill* C-29 del 2016 contenevano rispettivamente 179 e 234 pagine, i progetti di legge C-44 e C-63 del 2017 erano composti rispettivamente da 290 e 317 pagine e l'ultimo, il più corposo, ne ha 556).

In realtà, il Ministro delle Finanze Bill Morneau ha negato il carattere *omnibus* dell'ultimo *Budget Implementation Bill*, sostenendo che tutte le disposizioni in esso contenute riflettono in maniera omogenea le misure che sono state annunciate nella presentazione del *federal budget* per l'anno fiscale 2018-19 (sul punto v. *infra*). Di conseguenza, secondo il Ministro non sarebbe applicabile

ISSN 2279-7238

in questo caso il potere dello *Speaker* della *House of Commons* di stabilire votazioni in parti separate del progetto di bilancio. Quanto affermato dal Ministro Morneau ha suscitato le forti critiche sia della *NDP House Leader*, la quale ha descritto il nuovo indirizzo dell'Esecutivo in carica come la "newest edition of omnibus legislation", sia della capogruppo dei Conservatori, che ha sottolineato come il progetto di legge relativo all' implementazione delle misure di bilancio contenesse misure molto differenti (dalla riforma del regime fiscale per le piccole imprese, alla regolazione e tassazione della marijuana o alla discussa *carbon tax*) ciascuna delle quali meriatava uno specifico dibattito in assemblea.

Dato il chiaro mutamento di posizione dell'Esecutivo in materia di *omnibus legislation*, occorre notare come nel quadrimestre analizzato sia tornato al centro dell'attenzione pubblica il tema dei possibili abusi da parte del Governo dei suoi poteri normativi. Un tema di cui già si è molto discusso in Canada soprattutto negli anni in cui le amministrazioni consrvatrici di minoranza avevano fatto un ampio ricorso, oltre che alla presentazione di progetti di legge *omnibus,* anche della proroga delle sessioni parlamentari e del contingentamento dei tempi di discussione nelle aule parlamentari. Tali strumenti, si ricordi, erano utilizzati per far fronte alla condizione di debolezza ed instabilità politica in cui si trovavano i Governi Harper, essendo privi di una solida maggioranza parlamentare che li sostenesse e di conseguenza numerosi disegni di legge di origine governativa non venivano approvati. Nella legislatura in corso, invece, il Governo Trudeau gode del supporto della maggiotanza assoluta dei seggi, per cui risultano ben altri i presupposti che hanno spinto verso l'adozione dei disegni di legge *omnibus*.

Secondo alcuni commentatori politici canadesi il Governo in carica sarebbe pronto a riprendere un uso improprio degli *omnibus bill* per realizzare il proprio programma politico, in quanto le dure tattiche ostruzionistiche messe in atto dai Conservatori (come si è verficato nell'ambito del caso Atwal

ISSN 2279-7238

scoppiato durante il viaggio in India compiuto dal Primo Ministro e dalla sua famiglia; sul punto v. *infra*) ed il ruolo politicamente più indipendente esercitato dalla Camera Alta (data la presenza di un gran numero di *non-partisan Senators* selezionate dall'*Independent Advisory Board for Senate Appointments*) hanno reso più difficile l'approvazione dei progetti di legge di iniziativa governativa.

Secondo altri, al contrario, un Senato politicamente indipendente sarebbe maggiormente in grado di assumere un ruolo più attivo nell'esaminare le proposte legislative dell'Esecutivo, respingendo i progetti di legge *omnibus* approvati e trasmessi dalla Camera dei Comuni, la quale ultima si trova invece ad essere controllata dal partito che detiene la maggioranza assoluta dei seggi e perciò non risulta perfettamente capace di esercitare un'efficace funzione di scrutinio sull'operato del Governo. Pertanto, emerge chiaramente come, in presenza di un *non-partisan Senate*, i rapporti convenzionali tra i due rami del Parlamento canadese potrebbero rimodularsi radicalmente, venendo meno quella preminenza di fatto che viene riconosciuta alla Camera dei Comuni nei confronti della *Upper House*, che di solito si oppone solo di rado alla volontà espressa dalla prima.

Detto ciò, occorre rilevare che nel quadrimestre analizzato alcuni commentatori politici hanno messo in risalto come un eventuale abuso della legislazione *omnibus*, e in particolare degli *omnibudget bills*, possa essere impedito, o quantomeno limitato, da quel potere dello *Speaker* della *House of Commons* di stabilire votazioni in parti separate sulle misure eterogenee di un *bill omnibus*, di cui già si è parlato precedentemente. Con l'esercizio di tale potere lo *Speaker* sarebbe chiamato a sostenere e difendere i diritti dei parlamentari e ad adottare un approccio molto più rigoroso per stabilire se le disposizioni di un disegno di legge siano da considerarsi omogenee e coerenti per la materia o per lo scopo cui esse si riferiscono.

ISSN 2279-7238

Alla luce del dibattito di questi mesi, sarà quindi interessante vedere come lo *Speaker* della Camera dei Comuni, da un canto, ed il Senato, dall'altro, faranno uso dei loro poteri per arginare la tendenza dell'attuale Governo di ricorrere al dispositivo dei disegni di legge *ominibus* ed evitare così il rischio che si riconfiguri uno sbilanciamento del riparto dei poteri tra Legislativo ed Esecutivo a favore di quest'ultimo.

ELEZIONI

VERSO LE ELEZIONI IN ONTARIO

In questi mesi in Ontario si sta svolgendo la campagna elettorale, al centro di una grande attenzione politica e mediatica di tutto il Paese, in vista delle elezioni del 7 giugno prossimo. Gli elettori dovranno scegliere se confermare o meno la fiducia alla Premier in carica, la liberale Kathleen Wynne, o se optare per Andrea Horwath, leader provinciale del Nuovo Partito Democratico, o per il neoeletto leader dei *Tories* dell'Ontario, Doug Ford. Si rilevi innanzitutto che l'Ontario è tradizionalmente una roccaforte dei Liberali, che lo governano dal 2003 e che questa è la prima campagna elettorale della provincia in cui i partiti non potranno più ricevere donazioni da sindacati o società, ma solo da persone fisiche; inoltre saranno allocati 15 seggi in più rispetto alle elezioni del 2014, passando da 107 a 122, dato l'incremento della popolazione dell'Ontario degli ultimi anni. È opportuno sottolineare che l'Ontario è stata la prima provincia, grazie ad una iniziativa della Premier Wynne, ad introdurre dal **1 gennaio** un aumento della paga minima oraria del 21% (si è passati da 11,60 a 14 dollari all'ora) e ad approvare la riforma del Pharmacare, che prevede la gratuità dei farmaci che necessitano di ricetta medica per chi è al di sotto dei 24 anni. Risultati che rappresentano i principali punti di forza del programma liberale licenziato dalla Wynne, la quale ha avuto occasione di illustrarli efficacemente all'Assemblea legislativa di *Queen's Park* il **19 marzo**, giorno del discorso dal Trono (v. *infra*) che di fatto ha dato il via alla campagna elettorale. Il programma politico dei Conservatori Progressisti, invece, si vuole presentare come una piattaforma nuova e più semplificata, in cui si propone l'eliminazione del *sex education*

ISSN 2279-7238

curriculum dalle scuole provinciali, la privatizzazione della vendita di alcolici e marijuana e un taglio della spesa pubblica del 4%, senza però individuare le aree di intervento da parte del Governo. Doug Ford si è inoltre detto preoccupato per l'elevato debito dell'Ontario e per gli insufficienti sforzi compiuti dal Governo Wynne diretti a rallentare l'aumento dei prezzi immobiliari nella *Greater Toronto Arena*, l'area metropolitana più popolosa del Canada, proponendo così di impiegare spazi e terreni sottoutilizzati per costruire case unifamiliari più economiche e di abrogare la tassa per gli acquirenti stranieri di immobili. Per quanto riguarda le proposte del NDP, il leader provinciale ha rivelato che le priorità del suo partito consisteranno nell'estendere la copertura sanitaria e migliorare la qualità dei servizi sanitari, aumentare l'aliquota dell'imposta sulle società e nazionalizzare la *Hydro One*, società di distribuzione dell'energia elettrica in Ontario.

Inoltre, il **5 aprile** il Ministro del commercio e la Ministra delle politiche per le persone disabili del Governo dell'Ontario hanno fatto sapere che intendono rinunciare alla loro candidatura alle prossime elezioni per motivi di salute. Una notizia inaspettata che indebolisce la squadra della Premier Wynne, già in calo rispetto al *PC Party* di Doug Ford come dimostra l'ultimo sondaggio diffuso dalla *Campaign Research*.

PARTITI

LA *CONVENTION* DEL *NEW DEMOCRATIC PARTY*

Dal **15** al **18 febbraio** ad Ottawa si è tenuta la *Convention* del Nuovo Partito Democratico. Più di 1700 delegati provenienti da tutto il Paese si sono incontrati in quello che Jagmeet Singh, leader del partito dall'ottobre 2017 e il primo sikh di origini indiane a guidare la sinistra canadese, ha definito come "the most well-attended policy convention ever". I lavori di questa *Convention* si sono svolti in un clima di tensioni e spaccature all'interno del partito in merito all'espansione del progetto di costruzione dell'oleodotto *Trans Mountain,* di proprietà della compagnia *Kinder Morgan,* e di forte imbarazzo per gli scandali sui presunti abusi sessuali che hanno coinvolto due deputati federali. Ma l'elemento di maggiore novità è stato sicuramente il pieno riconoscimento di Singh alla guida del partito. Nel discorso più importante che ha pronunciato dopo la sua elezione, Singh ha rimarcato quelli che a suo avviso rappresentato i due principi fondamentali capaci di tenere unito il partito: l'importanza dell'ambiente e la centralità dell'economia. Inoltre, ha rassicurato che

ISSN 2279-7238

sono in corso le opportune indagini relative alle accuse di condotte inappropriate rivolte al MP Eric Weir e che sono stati avviati i procedimenti interni per verificare la fondatezza delle accuse di molestie sessuali nei confronti dell'ex MP Peter Stoffer. Subito dopo il suo discorso si è tenuto il consueto *leadership vote* previsto dall' art. VI, par. 3, let. a) del *NDP Constitution* e il 90,7% dei delegati ha votato contro la proposta di tenere un'altra competizione per la *leadership* del partito, confermando così il mandato dell'attuale leader.

La *Convention* è stata una occasione utile per discutere su altre tematiche di grande attualità nella politica interna e internazionale: dalle misure per combattere le disuguaglianze sociali alla posizione del partito sull'occupazione israeliana dei territori palestinesi, dalla copertura universale delle cure dentistiche all'istruzione gratuita, dalla depenalizzazione dell'uso delle droghe all'istituzione di tasse più alte per i ricchi, dall'aumento della paga minima all'esclusione dei bambini dalle "*no-fly list*" canadesi. Tuttavia, non c'è alcuna garanzia che questi e altri punti cruciali entreranno a far parte della piattaforma elettorale del partito in vista delle prossime *general election* del 2019. In effetti, come ha detto Jagmeet Singh, queste proposte costituiscono solo "aspirational principles" e al momento non esiste un piano per la loro attuazione.

Merita inoltre di essere segnalata anche una risoluzione, votata l'ultimo giorno della *Convention,* con cui i delegati riconoscono che il "rimpatrio" della Costituzione avvenuto senza il consenso del Québec sia stato un "historic mistake" e accolgono favorevolmente ogni sforzo teso a coinvolgere la provincia francofona nel quadro costituzionale canadese, oltre a incoraggiare le riforme del testo costituzionale "negotiated in good faith and nation to nation", dirette a ristabilire su nuove basi le relazioni tra le popolazioni indigene e la Corona.

LA TRAVAGLIATA CORSA ALLA *LEADERSHIP* DEL PARTITO CONSERVATORE PROGRESSISTA DELL'ONTARIO

Il **25 gennaio**, Patrick Brown, leader da maggio 2015 del P*rogressive Conservative Party of Ontario,* si è dimesso dalla sua carica per le accuse di molestie sessuali mossegli da parte di due donne in riferimento ad espisodi avvenuti circa 10 anni fa, quando Brown era ancora deputato federale. Nella conferenza stampa tenutasi il **24 gennaio**, l'MPP di Barrie aveva respinto le accuse delle due donne, mentre subito dopo la conferenza i suoi 6 più stretti collaboratori hanno rassegnato le loro dimissioni, alle quali sono seguite il giorno dopo quelle di Brown, appunto, il quale però si è rifiutato di rinunciare all'altra carica di deputato provinciale.

ISSN 2279-7238

Il *caucus* del partito ha quindi convocato un vertice il **26 gennaio**, per l'elezione del *leader ad interim*, come stabilito dall' art. 23 *PC Party Constitution*, incaricato di guidare il partito fino a quando non sarà scelto un nuovo leader. Ad occupare questa carica pro-tempore il *caucus* del partito ha scelto, all'unanimità, Vic Fedeli, ex sindaco di North Bay.

Si è così aperta la corsa alla *leadership* del partito, che si è basata essenzialmente su una accesa contrapposizione tra la base e il gruppo dirigente, quest'ultimo accusato, da un alto, di non essersi accorto di alcune anomalie nelle iscrizioni, gonfiate di almeno 70.000 tessere e, dall'altro, di aver sostenuto Brown anche dopo le sue dimissioni. Tra l'altro, la vcienda dell'ormai ex leader dimissionario si è ulteriormente complicata, in quanto, dopo essere stato espulso dal *caucus* del partito il **16 febbraio**, è stato riammesso a presentare la sua candidatura per correre alla *leadership*, ma vi ha dovuto successivamente rinunciare a causa di nuove pesanti accuse emerse nei suoi confronti. Accuse basate su alcune indiscrezioni relative alle pressioni che egli avrebbe esercitato sul risultato della *nomination* nell'ambito del distretto di Hamilton West-Ancaster-Dundas, per l'elezione dei candidati del PCP all'Assemblea provinciale dell'Ontario, che si rinnoverà il 7 giugno 2018. Sulla vicenda è stato aperto un fascicolo dalla polizia di Hamilton da cui ne sono scaturite le indagini avviate dai procuratori federali.

Le procedure di voto per selezionare il nuovo capo dei *Tories* dell'Ontario si sono concluse l'**8 marzo** con l'elezione di Doug Ford, il quale ha avuto la meglio sugli altri 3 candidati (Tanya Granic Allen, Christine Elliot, Doug Ford e Catherine Mulroney). Ford, che durante la campagna elettorale ha attaccato duramente l'establishment del suo stesso partito, sfiderà l'attuale Premier dell'Ontario, la liberale Kathleen Wynne, alle elezioni del prossimo 7 giugno, con cui si sceglierà il prossimo Governo della provincia. Tuttavia, Christine Elliott, arrivata seconda, ha denunciato gravi irregolarità nelle votazioni, in quanto a migliaia di elettori è stata assegnata una circoscrizione sbagliata e perchè si è registrata una sottilissima discrepanza negli *electoral points* (sono 100 in ciascuno dei 124 distretti) conquistati da lei e da Ford. In seguito, la Elliott ha dichiarato che il suo staff ha riesaminato il risultato, che è stato tra l'altro confermato dal capo del *Leadership Election Organizing Committee,* riconoscendo così la vittoria del suo rivale.

È interessante notare che il sistema di votazione interno al *PC Party* prevede il Voto Alternativo ed è stato aperto a tutti i membri del partito che siano in possesso di specifici requisiti: essere cittadino canadese residente in Ontario, aver compiuto almeno 14 anni e aver versato un contributo di iscrizione di 10 dollari canadesi.

ISSN 2279-7238

Inoltre, si evidenzi che le procedure di votazione sono state gestite con metodo elettronico ma si sono registrate alcune complicazioni e ritardi riguardo all'*iter* di identificazione dei membri. Proprio per tali complicazioni alcuni di questi non sono riusciti a votare e prima della proclamazione del nuovo leader, programmata per sabato **10 marzo**, è stata proposta una *application*, grazie all'iniziativa di John Nunziata ex deputato liberale, dinanzi alla *Ontario Superior Court of Justice*, sezione distaccata di Toronto, per chiedere una *injunction* che stabilisse un prolungamento delle procedure di votazione di almeno un'altra settimana. In questa sezione basti menzionare che il *Superior Court Justice*, Todd Archibald, ha rigettato la richiesta e sostenuto le posizioni del partito. Ci occuperemo più approfonditamente della decisione su questo caso nella sezione dedicate alle Corti (v. *infra*).

L'INCERTO FUTURO DEL *BLOC QUÈBÈCOIS*

Il *parliamentary caucus* del Blocco del Québec ha subito il **28 febbraio** la scissione di 7 dei suoi 10 membri alla *House of Commons*, a seguito di un ultimatum, rimasto inascoltato, con il quale gli scissionisti intimavano la leader del partito Martine Ouellet a dimettersi dalla carica che riveste dallo scorso marzo 2017. Si è così ridotta drasticamente la già fragile consistenza numerica del *caucus* del partito, che rimaneva comunque al di sotto della soglia minima di 12 seggi per dar vita a un gruppo parlamenatre, come previsto dalla prassi. La Ouellet, che non è un membro dei Comuni ma detiene un seggio come Indipendente in seno all'Assemblea Nazionale del Québec, è stata accusata di condurre una *leadership* eccessivamente decisionista e di anteporre le istanze indipendentiste ai problemi reali della popolazione quebecchese. Tuttavia, i membri che hanno abbandonato il *caucus* del partito, e che ora hanno costituito il *Groupe parlamentaire Québécois*, hanno annunciato che continueranno a sostenere la battaglia politica della separazione del Québec dalla Federazione canadese, seppure con una strategia diversa, non più incentrata sul movimento sovranista radicale, che lega la soluzione di qualsiasi problema della provincia francofona alla sua indipendenza, bensì su un approccio pragamatico che miri a difendere gli interessi del Québec, senza assumere toni separatisti, cercando di trovare nuovi compromessi con il *Roc (Rest of Canada)*.

È chiaro che nella fase attuale l'influenza del Blocco del Québec sulla politica nazionale si sia fortemente ridimensionata rispetto al 1993, quando, sotto la guida di Lucien Bouchard, il partito aveva il controllo di 54 seggi ai

ISSN 2279-7238

Comuni e rappresentava l'opposizione ufficiale. Oggi, con soli 3 MPs, la sopravvivenza del *once-strong party* a livello federale appare evidentemente una questione aperta.

PARLAMENTO

IL PROGETTO DI BILANCIO TRA UNA CRESCITA PIÙ INCLUSIVA E LE INCERTEZZE SULLE SORTI DEL NAFTA

Il **27 febbraio** il Ministro delle Finanze Bill Morneau ha presentato alla Camera dei Comuni il bilancio federale – denominato "*Equality and Growth for a Strong Middle Class*" - per l'anno fiscale 2018-2019. Si tratta di una serie di misure fiscali e di spesa che il Governo prevede di attuare nell'ambito del prossimo ciclo finanziario, incentrate su una crescita economica più sostenibile, fondata sull'innovazione tecnologica e, soprattutto, più inclusiva in quanto tesa a realizzare una effettiva parità di reddito tra uomini e donne, a contrastare la violenza di genere e a favorire l'imprenditoria femminile. Occorre poi segnalare i fondi che il Governo stanzerà per il "*parental leave*", che consentirà ai genitori di ottenere un congedo dal lavoro di 5 settimane dopo la nascita del figlio, e per gettare le basi di un *Universal Pharmacare Plan*, che renda effettivo il principio di accesso universale alle cure, già stabilito formalmente nella legge istituiva del sistema sanitario, e che garantisca una più bilanciata distribuzione dei costi tra le province nella fornitura dei farmaci. Detto ciò, è importante anche evidenziare che il terzo budget presentato dal Governo liberale risente fortemente dei progressi limitati sui negoziati con Stati Uniti e Messico per ridefinire i dettagli del *North American Free Trade Agreement*, in relazione al quale i problemi principali si registrano sul campo della proprietà intellettuale e dell'agricoltura. Di conseguenza, il progetto di bilancio 2018 esprime chiaramente una politica economica particolarmente cauta, che prevede piani di investimento di portata modesta e voci di spesa limitate, in attesa almeno di conoscere quali saranno i prossimi sviluppi nell'evoluzione delle trattative riguardanti l'accordo di libero scambio nordamericano.

L'OSTRUZIONISMO DEI CONSERVATORI E IL CASO ATWAL

Tra il **22 e il 23 marzo** i Conservatori hanno messo in atto un serrato *filibustering* alla Camera dei Comuni a seguito della sconfitta su una loro mozione con cui

ISSN 2279-7238

chiedevano di sentire il *National Security Advisor* del Primo Ministro, Daniel Jean, sul caso dell'ex terrorista sikh, Jaspal Atwal, apparso al fianco della *First Lady* in occasione di un ricevimento ufficiale tenutosi durante il viaggio in India compiuto dalla famiglia Trudeau. L'ostruzionismo è stao caratterizzato da oltre 20 ore di votazioni aventi a oggetto 260 mozioni presentate dai *Tories* in merito alle *fiscal estimates* introdotte dal Governo per tracciare il quadro delle spese necessarie a coprire il fabbisogno reale di ciascun dipartimento. Poiché i voti parlamentari su queste stime rappresentanto un vero e proprio atto di fiducia nei confronti dell'Esecutivo, i MPs liberali hanno dovuto presenziare all'intera seduta per evitare che il Governo andasse incontro ad una sconfitta in materia finanziaria che si sarebbe tradotta in una manifestazione di sfiducia da parte della Camera dei Comuni. Certamente i Conservatori non avevano i numeri necessari per bocciare le stime di bilancio, ma erano ugualmente determinati a bloccare le attività della Camera bassa per ottenere dal Premier Trudeau tutte le informazioni sul suo viaggio in India.

L'ostruzionismo sembra aver sortito l'effetto voluto, dato che il **16 aprile** il *National Security Adviser* è stato sentito dallo *Standing Committee on Public Safety and National Security* della Camera dei Comuni, dinanzi al quale ha dichiarato che il caso Atwal non costituirebbe un rischio per la sicurezza nazionale, ma tutt'al più una potenziale "controversy that could erupt" con il Governo di New Delhi, sottolineando che i servizi di *intelligence* erano già da molto tempo al corrente dell'invito di Jaspal Atwal al ricevimento in onore del Primo Ministro Trudeau.

IL *GOVERNMENT BILL* CONTRO LE MOLESTIE SESSUALI SUI POSTI DI LAVORO

Sulla scorta degli scandali a sfondo sessuale che hanno coinvolto diversi parlamentari nell'ultimo quadrimestre, il primo progetto di legge ad essere discusso ai Comuni il **19 gennaio** è stato il *Bill C-65 - An Act to amend the Canada Labour Code (harassment and violence), the Parliamentary Employment and Staff Relations Act and the Budget Implementation Act, 2017, No. 1*. Il progetto è stato introdotto dal Governo lo scorso autunno e si trova adesso assegnato all'esame dello *Standing Committee on Human Resourcers, Skills and Social Development*. Se dovesse superare l'approvazione parlamentare e ricevere il *royal assent*, il *Bill* apportrebbe una serie di modifiche alla Parte II del *Canada Labour Code*, dedicata alla materia della sicurezza e della salute sul lavoro. Tra queste: si amplierebbe l'ambito di applicazione della Parte II del Codice, per coprire non solo gli infortuni e le lesioni fisiche dei lavoratori, ma anche la loro integrità psicofisica; si estenderebbero i doveri del datore di lavoro, il quale

ISSN 2279-7238

sarebbe chiamato a indagare, documentare e riferire su "ogni incidente, episodio di violenze o di molestie sessuali, malattie professionali e ogni altra situazione pericolosa" che dovesse verificarsi sul posto di lavoro; si estenderebbe l'applicazione degli standard di sicurezza e salute sui posti di lavoro anche ai dipendenti della Camera dei Comuni e del Senato, apportando così una modifica anche al *Parliamentary Employment and Staff Relations Act.*

OMNIBUS BIL

V. *INFRA*: INTRODUZIONE

GOVERNO

LA POSIZIONE DEL GOVERNO FEDERALE SULLA COSTRUZIONE DELL'OLEODOTTO KINDER MORGAN

Il Ministro dell'Ambiente, Jim Carr, ha annunciato, nel dibattito svoltosi il **12 febbraio** alla Camera dei Comuni sulla base di una mozione presentata dai Conservatori in merito al *Trans-Mountain Expansion Project*, che il Governo federale non permetterà alla provincia del British Columbia di "stall or stop the project. That is simply not an option". La *Opposition motion*, promossa dalla deputata conservatrice Shannon Stubbs, ha sottolineato la necessità di realizzare il progetto della costruzione dell'oleodotto *Kinder Morgan*, già approvato a livello federale nel 2016, che dovrà trasportare il petrolio dall'Alberta al British Columbia, oltre a sollecitare il Governo Trudeau ad intervenire prontamente "using all tools available". In risposta a tale mozione, il Ministro Carr ha inoltre affermato che il Governo non si tirerà indietro a difendere l'interesse nazionale, ricordando il suo intervento presso il *National Energy Board* per ottenere nel più breve tempo possibile l'emissione di permessi relativi alla costruzione del gasdotto. Dall'intervento del Ministro si evince come il ruolo del Governo federale in questa vicenda sia completamente opposto alla posizione dei Conservatori espressa nella suddetta mozione, con cui, secondo Carr, cercano "to divide our country and pits the environment against the economy, province against province, and region against region". Al contrario, il Governo centrale assume come priorità fondamentale la stretta collaborazione con i Governi di tutte le province, dei territori e con le popolazioni aborigenre, sull'esempio del *Pan-Canadian Framework on Clean Growth and Climate Change*, il piano di politica

ISSN 2279-7238

ambientale adottato il 9 dicembre 2016 in accordo appunto con le entità federate e i popoli nativi, gli Inuit e i *Métis*.

Inoltre, occorre sottolineare come il vero problema per il Governo Trudeau sia rappresentato attualmente dall'insorgere di una disputa interprovinciale tra l'Alberta e la British Columbia in merito alla realizzazione del progetto di espansione dell'oleodotto (v. *infra*), che ha indotto la società Kinder Morgan a sospendere tutte le attività e spese non essenziali connesse al completamento di tale progetto. L'**11 aprile** si è tenuta una riunione straordinaria del Consiglio di Gabinetto per esaminare tutte le opzioni disponibili allo scopo di ottenere la ripresa delle attività di potenziamento del gasdotto, ma il Governo non ha ancora presentato un piano efficace diretto a difendere l'interesse nazionale e a riaffermare la competenza esclusiva federale nella materia relativa al commercio e alle infrastrutture interprovinciali, come è quella che riguarda il *Trans-Mountain Expansion Project*.

In aggiunta a ciò, è importante osservare come il Premier Trudeau non sia riuscito in questi mesi ad appianare le divergenze che dividono l'Alberta e la British Columbia, dato che il vertice del **15 aprile** con i rispettivi Premier provinciali, Rachel Notley e John Horgan, si è concluso con un nulla di fatto e per non aver cercato il consenso delle 140 *First Nations* che abitano i territori della British Columbia che sarebbero attraversati dall'oleodotto.

NUOVI IMPEGNI PER L'ATTUAZIONE DEI DIRITTI DELLE POPOLAZIONI ABORIGENE

Il **15 febbraio** il Primo Ministro Justin Trudeau ha rinnovato l'impegno del suo Governo per l'attuazione di un nuovo quadro giuridico che metta al centro la promozione e la tutela dei diritti delle popolazioni indigene che abitano il Canada. Occorre ricordare che il riconoscimento e la tutela dei popoli nativi, oltre che degli Inuit e dei *Métis*, è stato operato per la prima volta in Canada dalla *section* 35 della Carta costituzionale del 1982, che distingue la categoria dei "diritti derivanti dai Trattati" e quella dei "diritti aborigeni" prevalentemente di tipo culturale, e dalla *section* 25 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, disposizione che mira ad evitare che i diritti e le libertà sancite nella Carta incidano negativamente sul godimento dei diritti ancestrali. Nel suo discorso alla Camera dei Comuni, il Premier Trudeau ha denunciato la mancata applicazione di questi articoli da parte dei precedenti Governi e ha parlato della necessità di effetturare una svolta nel modo di affrontare il tema della protezione dei diritti degli aborigeni, tramite una loro effettiva attuazione, altrimenti "we will not have lasting success on the concrete

ISSN 2279-7238

outcomes that we know mean so much to everyone". Pertanto, il nuovo quadro giuridico annunciato da Trudeau costituirà la linea guida per tutte le future relazioni con le popolazioni abrogiene e sarà redatto sulla base di consultazioni nazionali condotte sotto la supervisione di Carolyne Bennett, Ministro per i rapporti con le popolazioni indigene e Jody Wilson-Raybould, Ministro della Giustizia. L'obiettivo è di arrivare ad adottare la nuova legislazione prima delle prossime elezioni generali, che si terranno ad ottobre 2019. Le reazioni dei rappresentati delle diverse comunità aborigine al discorso di Trudeau sono rimaste caute vista la mancanza di precisione che si è scorta nell' affrontare alcuni nodi importanti e problematici che riguardano la protezione dei loro diritti. Ad esempio, Judy Wilson, capo della comunità Neskonlith che abita l'area di Mont Polley, ha sostenuto che Trudeau avesse omesso nel suo discorso il riconoscimento dei diritti sulle terre che queste popolazioni abitano da sempre. Tuttavia, giova ricordare che è stata la Corte Suprema a riconoscere che proprio lo storico possesso delle terre da parte delle comunità aborigene costituisse la radice da cui derivano i c.d. diritti atavici o *inherent rights* (sentenza *Calder* del 1973 e *Guerin* del 1984). Per cui il Governo federale si è spesso trincerato dietro le decisioni della Corte, lasciando che fossero i popoli nativi ad adire i giudici supremi quando ritenevano di aver subito una lesione nella sfera dei loro diritti ancestrali. Il nuovo pacchetto di misure legislative proposto dal Premier Trudeau mira, perciò, a ridurre il numero di controversie giudiziarie che vertono sui diritti delle *First Nations*. Ma la vera incognita nell'implementazione di simili misure, come ha sottolineato l'*Ontario Regional Chief* dell'Assemblea delle Prime Nazionai Isadore Day, è rappresentata dalle province che detengono il controllo delle risorse naturali, come stabilito dall'art. 92 del CA 1867 e saranno quindi un interlocutore decisivo nel processo di consultazioni che deve preparare all'*Indigenous Rights Plan* voluto da Trudeau.

CORTI

IL DIRITTO DI LIBERO COMMERCIO INTERPROVINCIALE NEL CASO *R. V. GERARD COMEAU*

Il **19 aprile** la Corte Suprema canadese si è pronunciata sul noto caso "*free the beer*", così come è stata definita dalla stampa la vicenda di Gerald Comea, un uomo residente nella cittadina di Tracadie nel New Brunskick, che nell'ottobre 2012 era stato multato dalla polizia provinciale per aver trasportato dal Québec 14 casse di birra e 3 bottiglie di superalcolici, dato che nella provincia francofona gli alcolici

ISSN 2279-7238

costano molto meno. Comeau ha così sostenuto con i suoi avvocati una lunga battaglia legale per contestare la legittimità costituzionale del *Liquor Control Act* – in particolare la *sec.* 134(b) - una legge del New Brunswick che stabilisce la quantità massima di alcolici che è possibile importare da altre province, ritenendo che ogni cittadino canadese abbia il diritto di acquistare alcolici in qualsiasi provincia senza alcun tipo di limitazione. Questa tesi è stata bocciata all'unanimità dai nove giudici della Corte Suprema, secondo i quali la Costituzione non sancisce il diritto di libero commercio tra le province e non impedisce, pertanto, che i singoli Governi provinciali possano adottare alcune restrizioni al passaggio delle merci. La Costituzione, come si legge nella sentenza, non può essere intesa alla stregua di un insieme di norme e di principi che sanciscono soltanto la piena integrazione economica tra le entità federate, in quanto tale interpretazione "would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation".

La questione costituzionale al centro di questo caso riguarda l'interpretazione della *section* 121 del *Constitution Act 1867*, che stabilisce che i prodotti provinciali "shall […] be admitted free into each of the other provinces". Già nel 1921 la Corte Suprema aveva sostenuto come tale norma costituzionale proibisse l'applicazione di tariffe commerciali dirette, quali dazi doganali, nello scambio interprovinciale di merci, ma non l'introduzione di altre barriere non tariffarie sotto forma di restrizione quantitative ai prodotti importati. Sulla base di questo precedente, i giudici supremi ribadiscono, nel caso *R. v. Cameau*, che la *section* 121, nel vietare ai Governi provinciali di applicare misure tariffarie, non impedisce loro "from adopting laws and regulatory schemes directed to other goals that have incidental effects on the passage of goods across provincial borders". Pertanto, lo scopo perseguito da *Liquor Control Act* "is not to impede trade, but rather to restrict access to any non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province".

Detto ciò, occorre osservare che la sentenza della Corte Suprema riveste una certa importanza che trascende il caso specifico, in quanto riafferma il potere delle singole amministrazioni provinciali di introdurre misure protezionistiche di carattere non-tarifarrio, che potrebbero impedire un numero non irrilevante di scambi commerciali. Allo stesso tempo, è una decisione che può tornare utile al Governo della British Columbia per rafforzare la sua posizione nell'ambito della controversia con l'Alberta sull'espansione del gasdotto Trans-Mountain, che ha raggiunto livelli molto alti di tensione anche con il Governo federale, accusato da più parti di immobilismo.

ISSN 2279-7238

L' *ADMINISTRATIVE SEGREGATION* NELLA GIURISPRUDENZA DELLA *SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA*

A seguito della decisione del dicembre scorso con cui la Corte Superiore dell'Ontario stabiliva l'obbligo di limitare a 5 giorni la pratica della detenzione in isolamento nei penitenziari (il c.d. *administrative segregation*), il **17 gennaio** anche la *Supreme Court of British Columbia* si è pronunciata sul tema del *solitary confinement*, sulla base di un ricorso presentato dalla *B.C. Civil Liberties Association*, e ha sancito che le disposizioni contenute nelle *sect.* 31 – 37 del *Corrections and Conditional Release Act* (SC 1992, c. 20) [CCRA] violano i diritti di cui alle *sect.* 7 e 15 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Occorre sin da subito notare che, mentre entrambe le decisioni giungono alla medesima conclusione che l'*administrative segregation* confligge con la *section* 7 della Carta dei diritti (che attiene al diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona), la natura della violazione e le misure necessarie a porvi rimedio sono differenti. Le disposizioni impugnate però sono le stesse e disciplinano il procedimento con cui può essere disposto l'isolamento carcerario da parte del direttore penitenziario.

Nella decisione della *Supreme Court of British Columbia*, il giudice Leask ha rilevato che l'isolamento in carcere prolungato nel tempo espone i detenuti a rischi significativi di danni pscicologici. Secondo il giudice esiste infatti una stretta connessione causale tra l'*administrative segregation* e il rischio di suicidi e autolesioni che investono i carcerati soggetti a tale regime. Tra l'altro, le norme impugnate risultano, come si evince dalla sentenza, non proporzionali rispetto allo scopo della massima sicurezza nei peniteziari che la legge vuole perseguire, in quanto l'isolamento a tempo indeterminato, oltre al fatto che causa effetti estremamente dannosi per la salute psichica e il benessere sociale delle persone che vi sono sottoposte, non appare neanche uno strumento che permette di ottenere l'obiettivo prefissato col minore sacrificio possibile degli altri diritti dei detenuti.

A differenza di quanto emerge dalla sentenza del giudice della Corte Superiore dell'Ontario, che ha riconosciuto la lesione della *sect.* 7 ma solo per la parte relativa al diritto alla sicurezza, alla libertà e al principio di *fundamental justice*, il giudice supremo della British Columbia ritiene fondate le violazioni della *sect.* 7 in tutte le sue parti e del principio di uguaglianza di cui alla *sect.* 15, dal momento che la normativa impugnata prevede un sistema discriminatorio nei confronti dei detenuti indigeni e infermi di mente. Infine, il giudice Leask stabilisce il limite dei 15 giorni massimi di *segregation* come "defensible standard", rimedio utile contro l'isolamento estremo e prolungato.

ISSN 2279-7238

LA *INJUNCTION* PER IL PROLUNGAMENTO DELLE VOTAZIONI PER SCEGLIERE IL NUOVO LEADER DEL *PC PARTY*

Il **9 marzo** il giudice Todd Archibald della *Ontario Superior Court of Justice* ha rigettato la richiesta di *injunction* presentata da un membro del Progressive Conservative Party of Ontario, che era diretta a rimandare di una settimana le votazioni per scegliere il leader del partito, in quanto alcuni iscritti non avevano ricevuto il numero elettronico necessario ad esprimere il loro voto. Il giudice non ha riscontrato l'esistenza dei presupposti richiesti per emettere il provvedimento di urgenza richiesto dall'*applicant*, in quanto, per ciò che attiene al *balance of convenience,* "One more week without a leader impacts every member of the Progressive Conservative Party of Ontario", per cui "The clear balance is in favour of the respondents". Per di più, da quanto si legge nel testo della decisione emerge chiaramente che gli *applicants*, privati del loro diritto di voto, avrebbero dovuto tentare di risolvere la questione preventivamente all'interno del loro partito, poichè "Asking our courts […] to intervene in the process every time there is a grievance risks opening the door to an innumerable number of court challenges".

PROVINCE

ONTARIO, *SPEECH FROM THE THRONE* E PRESENTAZIONE DEL BILANCIO

La terza sessione del quarantunesimo Parlamento dell'Ontario è iniziata il **19 marzo**, giorno in cui in cui si è tenuto il discorso dal Trono. La Governatrice Luogotenente Elizabeth Dowdeswell ha accolto la richiesta, alquanto inaspettata, della proroga dell'Assemblea legislativa provinciale presentata dalla Premier liberale Kathleen Wynne il **15 marzo**. La mossa di chiedere la *prorogation* ha avuto chiaramente una valenza politica ben precisa: in tal modo infatti la Premier in carica ha saputo sfruttare lo *Speech from the Throne* per distogliere l'attenzione degli elettori e dei media dalle vicende interne al *Progressive Conservative Party*, in particolare il ricambio della sua *leadership*, che rischiavano di monopolizzare la campagna elettorale e per elencare all'Assemblea tutti i risultati conseguiti dal suo Governo. Col discorso del Trono, inoltre, la Wynne ha indicato le priorità dei prossimi mesi e ha illustrato il contenuto del budget provinciale, che è stato poi presentato il **28 marzo**: un nuovo piano di investimenti che porterà il deficit sotto l'1%

ISSN 2279-7238

del PIL; stanziamento di nuovi fondi per creare asili nido a sostegno dell'infanzia e per garantire rette universitarie gratuite per gli studenti provenienti da famiglie meno abienti; ulteriore espansione del piano di copertura dei farmaci che necessitano di prescrizione medica; completamento della riforma della paga minima, che sarà portata a 15 dollari nel 2019 e introduzione di misure di supporto alla formazione professionale per i più giovani.

LO SCONTRO TRA L'ALBERTA E LA BRITISH COLUMBIA PER L'AMPLIAMENTO DELLA *TRANS MOUNTAIN PIPELINE*

Risale al 2008 l'ultimazione della costruzione dell'oleodotto *Trans Mountain,* progettato per trasportare il greggio dall'Alberta alla British Columbia. Cinque anni dopo il suo completamento, la società Kinder Morgan, proprietaria dell'oleodotto, ha proposto al *National Energy Board* di potenziare l'infrastruttura, tramite la costruzione di una nuova *pipeline* parallela a quella già esistente. Il Governo della British Columbia si è da sempre opposto al progetto, in quanto la suddetta società non ha mai fornito dati sufficienti e rassicuranti relativi all'impatto sociologico e ambientale che avrebbe comportato tale potenziamento. Dal canto suo il Governo dell'Alberta ha messo in evidenza la grave perdita sia in termini di investimenti che di posti di lavoro che si concretizzerebbe qualora l'ampliamento dell'oleodotto non fosse portato avanti. La disputa tra le due province si è acuita ulteriormente quando il **6 febbraio** la Premier dell'Alberta, Rachel Notley, ha deciso di boicottare le importazioni di vino dalla British Columbia, iniziando così una guerra commerciale che ha avuto gravi conseguenze soprattutto per consumatori e aziende agricole. Tale misura, oggetto di una azione inibitoria esercitata dal *B.C. Wine Institute,* è stata presa dopo che il Governo della British Columbia ha chiesto il c.d. permesso di appello dinanzi alla *Federal Court of Appeal* (ai sensi della *sect.* 22 del *National Energy Board* che consente di adire direttamente la Corte d'Appello federale per impugnare le decisioni della Commissione nazionale dell'energia) al fine di contestare la decisione del *National Energy Board,* adottata nel dicembre scorso, diretta ad esentare la società *Kinder Morgan* dal rispetto di due sezioni dello statuto della città di Burnaby, sul cui territorio dovrebbe passare il nuovo oleodotto, che avrebbero impedito di proseguire con l'ampliamento dell'opera. In parallelo, anche il Consiglio comunale di Burnaby si è mosso per chiedere la concessione del *leave to appeal* contro la medesima decisione del *NEB*. Su tutte e due le

ISSN 2279-7238

istanze però la Corte d'Appello federale si è pronunciata negativamente, prima il **23 marzo** per quanto riguarda il *leave* che aveva richiesto il Governo della *British Columbia* e poi il **27 marzo** per quello avanzato dalla città di Burnaby, senza motivare le due decisioni visto che, in caso di *dismissal of appeal*, la Corte non è tenuta a farlo. Il Consiglio municipale di Burnaby ha quindi deciso di adire sulla questione la Corte Suprema come giudice di ultima istanza.

Oltre a ciò, occorre segnalare che la British Columbia ha anche minacciato di ridurre la quantità di bitume diluito da trasportare verso le coste occidentali. Bisogna sottolineare che si tratta di una semplice minaccia che non si è ancora tradotta in azioni concrete e che secondo la *Canadian Constitutional Foundation* non poteva giustificare il divieto di importazione sul vino già imposto dall'Alberta. Divieto che è stato poi ritirato il **22 febbraio**, dopo che il Premier della British Columbia, John Horgan, ha annunciato che il suo Governo chiederà alla Corte d'appello provinciale un parere consultivo sulla presunta esistenza di un diritto della provincia a proteggere il suo ambiente naturale, e poter limitare così il volume di greggio trasportato lungo il suo territorio.

Inoltre, il **13 marzo** l'Assemblea legislativa dell'Alberta ha votato all'unanimità una *Government motion* diretta a sostenere tutti gli sforzi compiuti dal Governo provinciale affinché il progetto di espansione venga portato a termine e per incoraggiare il Governo federale ad adottare tutte le misure necessarie per la costruzione del nuovo oleodotto. È un atto simbolico che è servito a esprimere la compattezza della comunità politica della provincia, da sempre ferma nel considerare l'importanza che la *Trans Mountain Pipeline* riveste per lo sviluppo energetico dell'Alberta. Tra l'altro, al fine di evitare ulteriori ritardi e impedimenti nella realizzazione del progetto di espansione del gasdotto, il **16 aprile** il Governo provinciale ha introdotto un nuovo progetto di legge che, se approvato, attribuirebbe all'Esecutivo il potere unilaterale di stabilire tutte le restrizioni commerciali necessarie nei confronti della British Columbia. Una misura che inasprisce ulteriormente i rapporti tra le due province.

Nella disputa tra l'Alberta e la British Columbia ha fatto il suo ingresso anche la provincia di Saskatchewan, pure interessata alla riuscita dell'ampliamento dell'oleodotto, che, come ha suggerito il suo Premier Scott Moe, intende trovare una soluzione in sede giudiziaria, oppure facendo ricorso ad accordi commerciali interprovinciali, o ancora seguendo l'esempio dell'Alberta nell'adottare norme di legge *ad hoc* che conferiscano al Governo

ISSN 2279-7238

piena discrezionalità nel determinare il volume di esportazioni di gas e greggio verso la British Columbia.

ISSN 2279-7238

Sullo sfondo del progetto di rilancio dell'UE e della linea in politica estera: le questioni istituzionali (aperte) del quinquennato Macron[784]

Di Paola Piciacchia**

A D un anno dall'ascesa di emmanuel macron all'eliseo, più che il bilancio sull'attuazione del programma elettorale (la cui realizzazione ha continuato in questi mesi a "*marcher*" a ritmo serrato), ciò che si impone è la riflessione sul modo in cui il presidente ha incarnato la carica di capo dello stato e sull'impatto che il suo esercizio del potere ha avuto ed è destinato ad avere sugli equilibri istituzionali.

Nonostante l'apertura di continui cantieri attraverso i quali il presidente con il suo governo ha perseguito l'obiettivo di attuare il programma con cui aveva vinto le elezioni lo scorso anno per realizzare così le promesse fatte in campagna elettorale – questione che non ha certo sollevato dubbi sull'efficienza del nuovo esecutivo francese - è un dato che la popolarità del presidente in questi mesi abbia continuato ad oscillare.

E che quest'ultima si sia offuscata rispetto al largo consenso iniziale – sebbene non allo stesso livello del suo predecessore - nel giro di un anno è cosa ormai nota stando non solo ai sondaggi che lo hanno visto – a tratti - in consistente calo, ma stando anche al persistente fronte di contestazione interna sollevato dai numerosi scioperi e manifestazioni di piazza contro le riforme da lui avviate, soprattutto in materia di riforma del lavoro e del dialogo sociale.

La riforma del lavoro e la nuova normativa sulla contrattazione collettiva in particolare hanno suscitato una forte reazione dei sindacati che continuano ad avere in francia un forte impatto sull'opinione pubblica. Le reazioni alle riforme di macron sembrano, infatti, aver contribuito a far emergere la contraddizione più grande tra il popolo che non pare riconoscersi nelle scelte

784 Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

del nuovo presidente e le *élites* che invece appaiono rispecchiarsi in questa nuova idea di sinistra che, al contrario, non riesce ad avere *appeal* sul tradizionale elettorato di sinistra.

Ed è così che macron, ad un anno dalla sua elezione, ha speso la sua immagine su una sorta di doppio binario. Così potrebbe definirsi, infatti, il solco tra politica interna e politica internazionale che il presidente ha contribuito a tracciare nel primo anno di mandato incarnando un ruolo e adottando un metodo che ha avuto un impatto diverso in politica estera da quello avuto in politica interna.

Mentre in politica estera macron ha continuato, come nella migliore tradizione presidenziale francese, a manifestare - con un più o meno esplicito richiamo alla *grandeur* francese - la volontà di divenire un punto di riferimento importante in europa per il rilancio e la riforma dell'ue e di avere un peso nel quadro geopolitico mondiale - consolidando ad esempio i rapporti con gli stati uniti, finanche con il vaticano (dove è atteso in visita per giugno), partecipando alle azioni militari in siria contro gli arsenali chimici e giocando un ruolo nei fragili equilibri del mediterraneo - sul piano interno lo stile del presidente non sembra aver sortito lo stesso effetto.

Mentre gli slanci di macron improntati al riformismo "du en même temps" all'estero sono stati salutati con entusiasmo quale risposta "globale à une crise globale", diversamente, sul piano interno, essi rischiano di alimentare la percezione di una sorta di tentazione autoritaria del capo dello stato a decidere al di là del consenso delle rappresentanze sociali quali i sindacati e senza un effettivo controllo parlamentare. Un metodo di esercizio del potere questo che sintetizzato nella formula "face à l'autoritarisme, la réponse n'est pas la démocratie autoritaire mais l'autorité de la démocratie", espressa da macron nel suo intervento sul futuro dell'europa davanti al parlamento europeo, ha indotto a considerare tale approccio "brutale" secondo un'espressione usata dallo stesso hollande alla fine dello scorso anno a proposito della politica di riforme del suo successore.

ISSN 2279-7238

E, infatti, oltre ai contenuti delle riforme avviate, sul piano interno, almeno due sono le questioni istituzionali che sollevano interrogativi.

La prima è quella relativa al massiccio ricorso alla procedura dell'art. 38 cost. E al potere di ordinanza del governo per varare la riforma del lavoro.

Come è noto, la prima preoccupazione di macron ad avvio della nuova legislatura e della nuova sessione parlamentare a settembre è stata quella di far votare dal parlamento la legge di autorizzazione per l'adozione da parte del governo di ordinanze per realizzare l'ampio e delicato programma di riforme del mercato del lavoro e della contrattazione collettiva.

Il ricorso allo strumento dell'ordinanza ha in questo caso sollevato numerose preoccupazioni perché ha, di fatto, quasi completamente spostato l'asse decisionale dal parlamento al governo, lasciando al parlamento solo un limitato potere di controllo esercitabile, *ex ante*, con l'approvazione della legge di abilitazione ed, *ex post*, con l'approvazione della legge di ratifica delle ordinanze, legge, peraltro, non necessaria dal momento che ai sensi dell'art. 38 cost. In caso di mancata ratifica le ordinanze non decadono, ma, pur non acquistando valore di legge, rimangono in vigore mantenendo la natura di atto amministrativo.

La questione merita di essere approfondita. Come è noto, la procedura dell'art. 38 della costituzione francese rientra tra quelle previsioni con cui il costituente nel 1958 aveva inteso dotare il governo degli strumenti normativi necessari per portare avanti l'indirizzo politico. Così, oltre ad attribuire al governo un potere regolamentare autonomo nell'ambito di una riconfigurazione del sistema delle fonti operata attraverso la ripartizione tra le materie riservate alla legge (art. 34 cost.) E quelle riservate al regolamento (art. 37 cost.), il costituente aveva attribuito ad esso ulteriori poteri normativi prevedendo la possibilità di essere autorizzato dal parlamento ad emanare, per l'attuazione del proprio programma, ordinanze nelle materie riservate alla

ISSN 2279-7238

legge, deliberate in consiglio dei ministri previo parere del consiglio di stato e firmate dal presidente della repubblica.

Nonostante i timori per una procedura, che, sebbene subordinata ad uno schema ben definito (autorizzazione parlamentare, limiti temporali indicati, presentazione progetto di legge di ratifica pena la decadenza delle ordinanze emanate dal governo) apriva per la prima volta in francia, in contesto teorico profondamente mutato rispetto al passato, all'idea della delega legislativa - mai culturalmente ammessa prima a tal punto da essere ignorata dalle leggi costituzionali della terza repubblica e addirittura espressamente vietata dalla costituzione della quarta repubblica (art.13) -, l'art. 38 cost. Nell'esperienza costituzionale francese non ha alimentato troppe preoccupazioni.

Esso, di fatto, ha finito per essere utilizzato, non solo, molto limitatamente - fino ad almeno alla metà del decennio scorso – ma, soprattutto, in settori molto tecnici quali la regolamentazione del diritto locale e la trasposizione del diritto europeo, la codificazione e la semplificazione.

L'evoluzione della forma di governo francese ha sicuramente influenzato l'utilizzo dell'art. 38 cost.: l'avvento del *fait majoritaire*, la dinamica maggioritaria, la presidenzializzazione del sistema hanno contribuito a far divenire il regime costituzionale della v repubblica qualcosa di diverso rispetto all'idea dei costituenti di un assetto conflittuale dei rapporti parlamento e governo, idea che – come è noto - era stata all'origine delle numerose previsioni di parlamentarismo razionalizzato contenute nella costituzione del 1958.

Solo in un caso il ricorso alla procedura dell'art. 38 cost. Provocò forti tensioni. Durante la prima coabitazione nel 1986 tra il presidente mitterrand e il primo ministro chirac scoppiò un vero e proprio conflitto istituzionale causato dal rifiuto del primo di firmare le ordinanze emanate dal governo (su autorizzazione del parlamento) e volute dal secondo per procedere alle privatizzazioni previste dal programma di governo.

ISSN 2279-7238

Il conflitto fu tale che non solo contribuì ad aprire un ampio dibattito dottrinale sull'art. 38 cost. E sul ruolo del capo dello stato nella firma delle ordinanze ma che, di fatto, obbligò il primo ministro chirac a percorre la via parlamentare per le privatizzazioni.

Da allora, le ordinanze dell'art. 38 sono diventate lo strumento privilegiato per il recepimento delle direttive europee che politicamente non ha mai suscitato conflitti con il legislatore; per la regolazione del diritto locale, per l'estensione e l'adattamento dei testi legislativi ai territori d'oltremare, settore la cui regolamentazione il parlamento non ha avuto grosse difficoltà a trasferire all'esecutivo; e, infine, per un altro settore particolarmente tecnico come quello della codificazione e della semplificazione del diritto nella prospettiva di uno snellimento dell'attività legislativa.

nell'ultimo decennio, sebbene si sia assistito ad un notevole incremento dell'uso della procedura dell'art. 38 – in parte anche dovuta agli effetti della riforma introdotta nel 2008 che ha previsto l'obbligo della ratifica "esplicita" e che ha contribuito ad una maggiore certezza del diritto rispetto alla prassi della ratifica "implicita" – gli ambiti di riferimento sono rimasti gli stessi e questo non ha suscitato particolari tensioni.

Alla luce di quanto suesposto non meraviglia che la decisione di macron di ricorrere all'art. 38 cost. Per portare avanti una delle riforme più importanti del suo quinquennato, una riforma così delicata come quella del lavoro che necessariamente avrebbe dovuto comportare un maggiore coinvolgimento dialettico del parlamento, abbia suscitato perplessità e fatto sorgere più di un interrogativo sul modo di concepire il rapporto parlamento/governo da parte dell'eliseo.

Tanto più se si pensa alla consolidata giurisprudenza del consiglio costituzionale sull'art. 38 cost. Che, a partire dalla sentenza n. 86-207 dc del 25-26 giugno 1986, non ha mai riconosciuto l'obbligo per il governo di fare conoscere in anticipo il contenuto e il tenore delle ordinanze che il parlamento lo autorizza ad emanare. Già nel 1986, infatti, il *conseil* si era preoccupato di

ISSN 2279-7238

dire che mentre il governo è obbligato ad indicare con precisione al parlamento la finalità delle misure che intende prendere e il campo di intervento, non ha l'obbligo di "de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (…) et (il) ne lui pas interdit de faire dépendre cette teneur de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard le conclusions" (21° cons.).

L'amplissima maggioranza che sostiene all'assemblea nazionale il governo philippe e dunque gli indirizzi presidenziali avrebbe potuto permettere al presidente macron, per le riforme in atto, di garantire maggiore coinvolgimento del parlamento nel suo complesso, nonostante l'incognita del senato, dove una maggioranza opposta a quella presidenziale sicuramente avrebbe rappresentato un ostacolo, anche se non insuperabile.

E forse proprio per questo, per assicurarsi riforme in tempi rapidi che macron ha scelto la via dell'art. 38 cost., ma questa via è stata percepita, in primis dalle forze sociali, come la volontà di scavalcare il parlamento e imporre una riforma dall'alto, cosa che non era appunto riuscita neanche a chirac nel 1986 durante la prima coabitazione.

Di fatto, questo sembra rimettere in discussione gli ultimi anni in cui il parlamento, soprattutto a partire dalla riforma del 2008, ha progressivamente cercato spazi entro i quali diventare un interlocutore attivo del governo.

Da parte sua il parlamento in sede di approvazione della legge di ratifica delle ordinanze emanate per la riforma sul lavoro non ha rinunciato a ritornare sul contenuto di alcune di esse giungendo – non senza la necessità di ricomporre con la commissione mista paritetica le divergenze tra assemblea nazionale e senato – a modificarle in più punti (v. *Infra*).

I profili istituzionali legati all'art. 38 cost. Sono a tal punto importanti che non è un caso che, tra le proposte di revisione costituzionale elaborate dal gruppo di lavoro del senato presentate il 24 gennaio scorso, figuri la razionalizzazione dell'art. 38 cost. Con l'introduzione dell'obbligo di ratifica e la previsione della decadenza delle ordinanze non ratificate.

ISSN 2279-7238

Proprio la revisione costituzionale rappresenta la seconda questione istituzionale che pone interrogativi.

Sta iniziando l'iter parlamentare per l'approvazione della revisione costituzionale annunciata da macron il 3 luglio dello scorso anno di fronte al parlamento riunito in congresso come uno dei punti fondamentali del suo programma. Il progetto di revisione costituzionale *« pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace » che ha ottenuto il parere del consiglio di stato»* (v. Infra), presentato dal governo, che recepisce in parte alcune proposte già avanzate nelle precedenti legislature - come quella della soppressione dei membri di diritto (*ex* presidenti della repubblica) del consiglio costituzionale, la soppressione della corte di giustizia della repubblica, la riforma del consiglio superiore della magistratura, l'interdizione del cumulo delle funzioni ministeriali con un mandato esecutivo locale - mentre in parte è frutto di nuove proposte, ha già sollevato numerose critiche soprattutto per ciò che concerne le proposte relative al procedimento legislativo, considerate restrittive dei diritti del parlamento.

A suscitare preoccupazione in particolare sono disposizioni relative all'eccessivo inquadramento e limitazione del diritto di emendamento, le disposizioni relative all'art. 48 cost. Sull'ordine del giorno con previsioni che rischiano di tornare indietro rispetto alle conquiste della riforma del 2008, e quelle di revisione della procedura per le leggi finanziarie che mirano a limitare il dibattito parlamentare solo sugli aspetti più importanti.

Per ciò che concerne il diritto di emendamento, nello specifico, il progetto non modifica il regime delle irrecivibilità in relazione all'art. 38 cost. Ma rende ormai sistematiamente irricevibili le proposte o gli emendamenti che non appartengono alla sfera della legge o che sono senza legame diretto con il testo depositato o trasmesso in prima lettura e crea un nuovo profilo di irricevibilità concernente le proposte o gli emendamenti privi di portata normativa. Una contrazione di uno dei diritti fondamentali dei parlamentari considerato eccessivo.

ISSN 2279-7238

Il progetto di revisione sarà accompagnato da un progetto di legge ordinaria e un progetto di legge organica, che lo completeranno, relativi all'introduzione di una dose di proporzionale nelle legge elettorale e alla riduzione del numero dei parlamentari, in linea con quanto annunciato da Macron il 3 luglio 2017. E anche su questi si è aperto il dibattito sui possibili riflessi negativi della riforma sulla democrazia francese e sulla dinamica maggioritaria.

Ai sensi dell'art. 89 Cost. per la revisione costituzionale il Senato ha gli stessi poteri dell'Assemblea Nazionale e l'accordo del Senato per l'approvazione di questa riforma appare tutt'altro che scontato. Anzi, il contrario. Per di più ai sensi dell'art. 46, c. 4 Cost. le leggi organiche relative al Senato devono essere votate nei medesimi termini da entrambre le Camere, il che fa supporre che il Senato potrebbe opporsi anche alla legge organica per la riduzione dei senatori. E questo potrebbe condizionare l'approvazione della legge organica nel suo insieme.

La partita delle riforme istituzionali potrebbe dunque rappresentare un battuta di arresto per l'indirizzo di Macron e rimane oggi una un'importante questione istituzionale che rimane aperta.

PARTITI

Il **13 febbraio** vengono pubblicate sul *Journal Officiel* le decisioni della Commissione nazionale dei conti della campagna e dei finanziamenti politici (CNCCFP) relativi costi della campagna per le elezioni presidenziali del 2017. La Commissione rileva che i tutti i candidati hanno rispettato il fondo previsto di 16,851 milioni di euro per il primo turno e di 22,509 milioni di euro per il secondo turno.

Sul *Journal Officiel* del **20 marzo** – e sul sito della CNCCFP - vengono invece pubblicati i conti relativi ai partiti e ai gruppi politici per l'anno 2016.

ISSN 2279-7238

ELEZIONI

LEGGE SULLE MODALITA' DI DEPOSITO DELLA CANDIDATURE ALLE ELEZIONI

Il **31 gennaio** è stata promulgata la legge **n. 2018-51** relativa alle modalità di deposito delle candidature alle elezioni (J.O. dell'1 febbraio).

La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **29 settembre 2015** durante la XIV legislatura ed ivi adottato in prima lettura l'1 febbraio 2017. Trasmesso al Senato è stato adottato nella XV legislatura con modifiche il 22 novembre 2017. In seconda lettura è stato approvato senza modifiche dall'Assemblea Nazionale il 18 gennaio.

La legge, allo scopo di evitare frodi nella presentazione delle candidature per le elezioni comunali, dipartimentali, regionali ed europee, ha introdotto l'obbligo di certificare l'identità del candidato con una fotocopia del documento d'identità e di aggiungere dopo la firma una dichiarazione di candidatura indicante il consenso a presentarsi come candidato all'elezione regionale o municipale o dipartimentale o europea indicando il nome del capolista della lista per la quale intende candidarsi.

PARLAMENTO

GRUPPI DI LAVORO "POUR UNE NOUVELLE ASSEMBLEE NATIONALE" – LES RENDEZ-VOUS DES REFORMES 2017-2022

Dopo la conclusione dei lavori relativi ai primi mesi di attività con la presentazione del Rapporto il 13 dicembre 2017, i Gruppi di lavoro istituiti a settembre all'Assemblea Nazionale per avviare un dibattito sulla riforma dell'istituzione parlamentare hanno proseguito i loro lavori a partire dal **24 gennaio**.

Come nel precedente semestre, anche per il primo semestre del 2018 è stato attivato dal **20 marzo al 4 maggio**, in conformità con i principi di apertura e trasparenza, uno spazio *on line* attraverso il quale i cittadini sono stati invitati a partecipare alla riflessione dei gruppi di lavoro con contributi che saranno discussi in riunioni apposite.

GRUPPO DI LAVORO DEL SENATO SULLA REVISIONE COSTITUZIONALE

ISSN 2279-7238

Il Gruppo di lavoro sulla revisione costituzionale, costituitosi al Senato alla fine del 2017 e presieduto dal Presidente Gérard Larcher, ha presentato il **24 gennaio** il proprio Rapporto *Mieux faire la loi, mieux contrôler l'action du Gouvernement, réconcilier les citoyens avec le Parlement : Pour une révision constitutionnelle utile à la France*.

Al termine di otto incontri organizzati tra il 15 novembre 2017 e il 23 gennaio 2018, il Gruppo di lavoro - inserendosi nel dibattito sulle riforme costituzionali lanciato dal Presidente Macron nel discorso pronunciato il 3 luglio 2017 di fronte al Congresso del Parlamento - ha individuato 40 proposte di revisione costituzionale.

Cinque gli ambiti entro i quali le proposte sono state formulate. Il primo è il rafforzamento della fiducia nelle istituzioni: esso ruota intorno alle proposte relative alla modifica dell'art. 8 sulla composizione del Governo; alla limitazione del cumulo dei mandati, alla riduzione del numero dei parlamentari e alla valorizzazione del territorio. Il secondo è quello del rinnovamento delle procedure legislative che trova riscontro nelle proposte relative alla costituzionalizzazione dei principi di accessibilità, chiarezza e necessità delle norme, al rafforzamento dello studio di impatto, alla razionalizzazione dell'art. 38 Cost. sulle ordinanze con la previsione dell'obbligo di ratifica e la decadenza delle ordinanze non ratificate; ad una migliore definizione della procedura accelerata, della *navette*, del ruolo del Governo nel procedimento legislativo, nella migliore definizione delle garanzie del diritto di emendamento e in una migliore protezione del dominio della legge. Il terzo ambito è relativo al rafforzamento del controllo dell'azione del Governo e delle politiche pubbliche che trova riscontro nelle proposte sul rafforzamento del controllo sul potere di nomina dell'art. 13 Cost. e nelle proposte sul rafforzamento, a tale scopo, del potere di investigazione e delle commissioni permanenti con possibilità di accesso per il Presidente delle commissioni e per un Relatore alle informazioni sui candidati ad una determinata nomina in possesso dell'amministrazione fiscale e dell'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica, oltre che al bollettino n. 2 del casellario giudiziario; nelle proposte sul rafforzamento del controllo parlamentare sull'intervento delle forze armate all'estero e nel rafforzamento del controllo *ex post* sull'esecuzione delle leggi. In quarto luogo, l'ambito relativo alla ridefinizione dell'agenda parlamentare che trova riscontro nelle proposte sulla rimodulazione delle sessioni parlamentari e dell'ordine del giorno delle assemblee. Infine l'ambito relativo alla modernizzazione delle giurisdizioni con la modifica della composizione del Consiglio costituzionale e la soppressione dei membri di diritto ovvero gli ex Presidenti della Repubblica; la riforma del CSM e la soppressione del Corte di Giustizia della Repubblica, riforma quest'ultima volta a metterebbe così fine al privilegio di giurisdizione per i membri del Governo.

ISSN 2279-7238

DIRITTO DI ASILO

Il **20 marzo** viene promulgata la legge **n. 2018-187** (J.O. 21 marzo) relativa alla buona applicazione del regime di asilo europeo.

La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **24 ottobre 2017** ed ivi approvata in prima lettura il 7 dicembre. Trasmesso al Senato il testo era stato adottato in prima lettura con modifiche il 25 gennaio. In seconda lettura l'Assemblea Nazionale aveva approvato senza ulteriori modifiche il testo il 15 febbraio.

La legge è stata deferita al Consiglio costituzionale che si è pronunciato con la decisione **n. 187 DC** del **20 marzo** (v. infra).

La legge ha operato un adeguamento della legge n. 2015-925 del 29 luglio 2015 relativa alla riforma del diritto di asilo per mettere in sicurezza alcuni dispositivi e rendere piena l'applicazione del regolamento di Dublino alla luce di alcune sentenze della Corte di giustizia europea e di alcune giurisdizioni nazionali.

Il testo ha così rivisto il collocamento in detenzione amministrativa degli stranieri rientranti nel regolamento di Dublino ed ha di conseguenza proceduto ad un adeguamento del codice di entrata e soggiorno degli stranieri e del diritto di asilo (CESEDA) dal momento che ora il collocamento in detenzione amministrativa sarà possibile prima della notifica di una decisione di trasferimento.

Il Consiglio costituzionale il **15 marzo** si è pronunciato con decisione **n. 2018-762 DC** sulla legge rilevando la conformità a Costituzione degli articoli della legge contestati e respingendo i rilievi dei ricorrenti su alcune disposizioni degli articoli 1 e 3 della legge che avevano modificato le condizioni di sottoposizione a detenzione amministrativa e a domicilio coatto alcuni richiedenti asilo.

TRASPOSIZIONE DIRETTIVE EUROPEE IN MATERIA DI SICUREZZA

Il **26 febbraio** è stata promulgata la legge **n. 2018-133** relativa a disposizioni di adattamento della direttiva europea n. 2016/1148 del 6 luglio 2016 in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi di informazione (titolo I) e della direttiva 2017/853 del 17 maggio 2017 che ha modificato la direttive 91/477/CEE relativa al controllo dell'acquisto e detenzione di armi (titolo II). La legge tiene conto anche della decisione del Parlamento e del Consiglio europeo n° 1104/2011/UE relativa alle modalità di accesso al servizio pubblico regolamentato offerto dal sistema mondiale di radio navigazione dal satellite del programma Galileo (titolo III).

Il progetto di legge era stato presentato al Senato il **22 novembre 2017** ed ivi approvato in prima lettura il 19 dicembre. Trasmesso all'Assemblea Nazionale il testo

ISSN 2279-7238

era stato adottato con modifiche il 31 gennaio 2018. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e trovato l'accordo, il testo era stato definitivamente approvato da Senato e Assemblea Nazionale rispettivamente il 14 e il 15 febbraio.

Tra le disposizioni del titolo I si trovano quelle relative alla definizione delle nozioni di "reti e sistemi di informazione" e di "sicurezza delle reti e sistemi di informazione"; quelle relative alla sottoposizione dei fornitori di servizi abilitati ad effettuare controlli agli stessi obblighi di riservatezza di quelli applicabili ai servizi dello Stato; quelle altresì relative alla definizione della competenza del Primo Ministro sulle regole di sicurezza per la protezione delle reti e dei sistemi di informazione; quelle relative all'obbligo degli operatori di servizi essenziale di dichiarare all'autorità nazionale della sicurezza dei sistemi di informazione gli incidenti alla sicurezza; all'obbligo per i servizi informativi di identificare i rischi ai quali è esposta la sicurezza delle loro reti e dei sistemi di informazione e di prendere le misure necessarie a scongiurare tali pericoli per evitare incidenti tali da nuocere alla sicurezza delle loro reti e dei servizi di informazioni in modo da ridurne l'impatto; all'obbligo per questi fornitori di dichiarare un incidente all'autorità nazionale della sicurezza dei sistemi di informazione al momento in cui vengono a conoscenza del carattere significativo dell'incidente.

RATIFICA ORDINANZE SUL DIALOGO SOCIALE

Il **29 marzo** è stata promulgata la legge **n. 2018-217** (J.O. del 31 marzo) di ratifica delle ordinanze sul dialogo sociale emanate sulla base della legge di abilitazione n. **2017-1340** del 15 settembre 2017. Il progetto di legge, secondo quanto previsto dalla legge di abilitazione, era stato presentato il 27 settembre 2017 all'Assemblea Nazionale ed ivi approvato in prima lettura il 28 novembre. Trasmesso al Senato il testo era stato adottato in prima lettura con modifiche il 24 gennaio. Immediatamente dopo la prima lettura, avendo il Governo adottato la procedura accelerata, è stata chiesta la convocazione della Commissione Mista paritetica per ricomporre le divergenze tra le due Camere. Ad accordo raggiunto, Assemblea Nazionale e Senato avevano approvato in via definitiva il testo rispettivamente il 6 e il 14 febbraio.

Il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge con decisione **n. 2018-761 DC** del 21 marzo dichiarandola parzialmente conforme a Costituzione (v. infra).

Il testo ha provveduto a ratificare, non senza modifiche, le seguenti ordinanze: l'ordinanza n. 2017-1385 del 22 settembre 2017 relativa al rafforzamento della negoziazione collettiva; l'ordinanza n. 2017-1386 del 22 settembre 2017 relativa alla nuova organizzazione del dialogo sociale ed economico nell'impresa e per l'esercizio e la valorizzazione delle responsabilità sindacali; l'ordinanza n. 2017-1387 del 22

ISSN 2279-7238

settembre 2017 relativa alla prevedibilità e alla sicurezza delle relazioni di lavoro; l'ordinanza n. 2017-1388 del 22 settembre 2017 relative alle misure sul quadro della negoziazione collettiva; l'ordinanza n. 2017-1389 del 22 settembre relativa alla prevenzione e alla presa in considerazione degli effetti dell'esposizione a certi fattori di rischi e al conto professionale di prevenzione; l'ordinanza n. 2017-1718 del 20 dicembre 2017 volta a completare e rendere coerente il quadro normativo delle disposizioni adottate in applicazione della legge di abilitazione n. 2017-1340 del 15 settembre 2017.

La legge nel ratificare le ordinanze è ritornata su alcuni punti. In particolare sulla gerarchia degli accordi o sulla denuncia dei testi validati con referendum nelle TPE; sul comitato sociale ed economico procedendo ad aggiungere regole transitorie di attuazione della nuova istanza e chiarendo alcune incongruenze; sulle misure relative all'inettitudine e al licenziamento; sulle disposizioni relative agli accordi sulla competitività, divenuti accordi di « performance collettiva », sul regime della rottura convenzionale collettiva e il campo di applicazione del congedo di mobilità.

GOVERNO

PROGETTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE

Il **6 aprile** il Primo Ministro Edouard Philippe a nome del Presidente della Repubblica ha adito il Consiglio di Stato per il parere obbligatorio sul progetto di revisione costituzionale elaborato dal Governo "pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace" in vista della sua presentazione in Parlamento nel mese di maggio.

Il progetto di legge costituzionale è formato di diciotto articoli, di cui sette sulla riforma della procedura legislativa; tre sulle collettività territoriali (due di modifica degli artt. 72 e 73 Cost. e uno nuovo sulla costituzionalizzazione dello Statuto speciale della Corsica); due relativi al Governo (uno sul regime dell'incompatibilità della carica con l'esercizio di alcune responsabilità locali e l'altro relativo alla soppressione della Corte di Giustizia della Repubblica); due concernenti il Consiglio costituzionale con la soppressione dei membri di diritto (ex Presidenti della Repubblica) e con la riduzione del numero di parlamentari necessari per adirlo (stessa riduzione della *saisine parlementaire* è prevista per adire la Corte di giustizia europea); infine i restanti

ISSN 2279-7238

articoli del progetto riguardano la modifica dell'art. 34 Cost con l'introduzione tra le materie riservate al legislatore quella relativa alla lotta contro i cambiamenti climatici; la riforma del CSM e infine la trasformazione del Consiglio economico, sociale e ambientale in "Camera della partecipazione cittadina" con competenze più vaste.

La revisione del procedimento legislativo rappresenta la parte più consistente del progetto di riforma costituzionale e va ad incidere in particolare sul sistema delle irricevibilità degli emendamenti degli artt. 40, 41 e 45 Cost.; sulla procedura di esame in commissione; sulla procedura da seguire in caso di fallimento della CMP; sulla procedura di esame delle leggi finanziarie; sulla la modalità di fissazione dell'ordine del giorno dell'art. 48 Cost.

Il Consiglio di Stato pur esprimendo osservazioni puntuali su ogni singolo articolo e pur suggerendo la modifica di alcune espressioni, ha complessivamente ritenuto il progetto di revisione costituzionale coerente con l'impianto della Costituzione del 1958. Il Consiglio di Stato si è tuttavia rammaricato che non gli siano stati sottoposti contestualmente anche i progetti di legge organica ed ordinaria che saranno necessari per completare il quadro di riforma dal momento che proprio in un caso una disposizione contenuta nel progetto di legge organica ha reso necessaria l'introduzione di una disposizione del progetto di revisione.

CAPO DELLO STATO

IL DISCORSO DI MACRON AL PARLAMENTO EUROPEO

Il **17 aprile** il Presidente ha pronunciato un discorso al Parlamento europeo con il quale ha, ancora una volta, tracciato il suo indirizzo per il rilancio dell'Unione Europea e per la costruzione di una "nouvelle souveraineté européenne".

Contro populismo ed euroscetticismo Macron ha puntato in alto nel manifestare la volontà di riformare l'Ue e ha messo subito in chiaro che « la risposta non è la democrazia autoritaria, ma l'autorità della democrazia».

La ricetta per dare nuovo slancio al progetto europeo sta per Macron nell'abbracciare i valori della democrazia liberale per scongiurare le tensioni da "guerra civile europea" e per difendere "la sovranità europea dalle pulsioni autoritarie di chi ha dimenticato il passato".

Dopo aver richiamato l'importanza di rifondare il progetto europeo Macron ha menzionato tra le priorità - sulle quali le istituzioni europee e gli stati membri dovranno confrontarsi per ricucire il circuito fiduciario con i cittadini e "ravvivare l'Europa dei popoli" e per rilanciare una nuova sovranità dell'Ue - quella della

ISSN 2279-7238

sicurezza e della difesa, quella relativa alla sfida sul clima, sulla salute alimentare e sulla dimensione sociale senza dimenticare la sfida ai giganti del web.

Macron ha parlato anche di immigrazione e della necessità di pensare alla riforma delle politiche migratorie in modo che queste non possano diventare un'arma contro l'Ue in vista delle prossime elezioni europee: «Dobbiamo – ha dichiarato - lanciare un programma europeo per finanziare le comunità locali che accolgono i rifugiati in modo da superare il dibattito avvelenato sulle quote di ripartizione dei migranti in Europa».

Sollecitato dai giornalisti sui raid aerei in Siria, Macron ha difeso con forza la scelta di non essere rimasti indifferenti di fronte alla realtà di donne e bambini uccisi dalle armi chimiche. "Abbiamo distrutto tre siti di produzione di armi chimiche – ha detto - senza provocare nemmeno una vittima. Non abbiamo dichiarato guerra ad Assad, l'intervento non ha nulla a che vedere con l'Iraq o la Libia, abbiamo solo salvato l'onore della comunità internazionale».

CORTI

MODIFICA REGOLAMENTO DEL SENATO

Con decisione **n. 2017-757 DC** del **16 gennaio** il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla Risoluzione n. 27 del Senato del 14 dicembre 2017 relativa alla modifica all'art. 47*ter* del titolo VII bis del Regolamento del Senato sul procedimento legislativo in commissione. Con questa modifica le misure introdotte a titolo sperimentale nel 2015 che prevedono una procedura di esame in commissione (PEC) nel corso della quale il diritto di emendamento può essere esercitato solo in commissione sono state stabilizzate. Al tempo stesso sono state introdotte una serie di garanzie quali l'inapplicabilità ai progetti di revisione costituzionale, ai progetti di legge finanziaria e ai progetti di legge di finanziamento della previdenza sociale.

Il Consiglio costituzionale ha riconosciuto la costituzionalità della Risoluzione ma ha anche ricordato, analogamente a quanto deciso l'11 giugno 2015 con la sentenza n°2015-712 DC relativa alla risoluzione che aveva introdotto per la prima volta in via sperimentale la PEC, che spetta alla Conferenza dei Presidenti, incaricata di fissare i termini limite per il deposito degli emendamenti, di conciliare l'esigenza che si ricollega al rispetto del carattere effettivo dell'esercizio del diritto di emendamento con le esigenze di chiarezza e sincerità del dibattito parlamentare; così come spetta ad essa in caso di ritorno tardivo alla procedura legislativa normale, di vegliare sul

ISSN 2279-7238

rispetto di queste stesse esigenze, fissando eventualmente un'altra data di deposito degli emendamenti rispetto a quella inizialmente prevista.

Il *Conseil* enuncia infine una riserva di interpretazione laddove stabilisce, in merito alla limitazione del tempo degli interventi per l'esame del testo, che appartiene al Presidente della Commissione, al Presidente dell'Aula e alla Conferenza dei Presidenti dei gruppi definire e applicare le differenti limitazioni agli interventi vegliando sul rispetto delle esigenze di chiarezza e di sincerità del dibattito parlamentare. Il *Conseil* ha sottolineato tuttavia che nessuna disposizione della risoluzione conferisce alla Conferenza dei Presidenti la facoltà di limitare il tempo di parola del Governo.

LEGGE SULLA LOTTA AL TERRORISMO E ASSIGNATION À RESIDENCE

Da segnalare in primo piano la decisione **n. 2017-691 QPC** del **16 febbraio** con la quale il Consiglio costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sulla legge n. 2017-1510 del 30 ottobre 2017 relativa al rafforzamento della sicurezza interna e alla lotta al terrorismo.

Il *Conseil* era stato adito il 4 dicembre dal Consiglio di Stato (sezione del giudice di urgenza) su una questione prioritaria di costituzionalità relativa all'articolo L. 228-2 del Codice di sicurezza interna, come modificato dalla legge del 30 ottobre entrata in vigore il 1° novembre 2017 al termine del periodo di applicazione dello stato di urgenza.

Nello specifico tale disposizione autorizza il Ministro degli Interni, per la prevenzione del terrorismo, a vietare ad alcune persone di muoversi al di fuori di un determinato perimetro potendole anche obbligare accessoriamente a presentarsi periodicamente di fronte ai servizi di polizia o alle unità di gendarmeria per dichiarare il luogo di abitazione e ogni cambio di domicilio.

I ricorrenti denunciando l'analogia tra tali disposizioni e quelle della legge del 1955 sullo stato di urgenza, avevano rilevato che esse violano la libertà di movimento, il diritto al rispetto alla vita privata e familiare e il diritto al ricorso effettivo.

Il Consiglio Costituzionale ha in primo luogo giudicato facendo riferimento al campo di applicazione delle misure e alle garanzie previste dalla legge per la sua applicazione, sostanzialmente giudicando conformi a Costituzione i dispositivi – salvo una riserva di interpretazione e una censura parziale di un articolo - in quanto forniti di adeguate garanzie.

Il *Conseil* ha così rilevato che la legge ha previsto che la misura di *assignation à résidence* non può essere pronunciata che al solo scopo di prevenire azioni terroristiche

ISSN 2279-7238

e che essa non può essere autorizzata se non esistono ragioni serie che inducano a ritenere il comportamento del soggetto sottoposto a domicilio coatto una minaccia di particolare gravità per la sicurezza e l'ordine pubblico e se non venga provato che questa persona entri in contatto in maniera abituale con persone o organizzazioni incitanti al terrorismo o che vi aderisca ideologicamente facendo apologia di terrorismo e incitando a commettere atti di terrorismo.

Anche sull'obbligo di movimento entro un perimetro geografico, il *Conseil* ha rilevato come la legge preveda che esso non può essere inferiore al territorio del Comune, il che permette all'interessato di condurre una vita familiare e professionale dal momento che l'obbligo di presentazione periodica presso i servizi di polizia e gendarmeria non può eccedere il limite di una volta al giorno.

Il *Conseil* ha anche rilevato che la misura dell'*assignation à résidence* è limitata nel tempo, potendo durare tre mesi e essere prolungata per altri tre oltre i quali scatta l'obbligo, per ogni ulteriore rinnovo, al di là dei sei mesi totali, della produzione da parte del Ministro degli interni di elementi nuovi o complementari.

Sulla durata il *Conseil* ha enunciato una riserva di interpretazione specificando che - affinché il dispositivo non violi la libertà di movimento e il diritto al rispetto della vita privata e il diritto ad una vita familiare normale – esso non possa eccedere la durata totale cumulativa dei dodici mesi.

Il *Conseil* ha proceduto poi ad una censura parziale delle disposizioni contestate relative ad una serie di garanzie relative al controllo da parte del giudice amministrativo delle misure prese. Ha censurato la frase dell'articolo L. 228-2 del codice della sicurezza interna relativa al termine di un mese dalla notifica della misura o dalla notifica del suo rinnovo entro il quale è permesso il ricorso per eccesso di potere davanti al tribunale amministrativo, giudicandola, anche alla luce del termine di due mesi entro i quali il giudice è tenuto a pronunciarsi, una disposizione con la quale il legislatore ha operato una conciliazione manifestatamente squilibrata tra le esigenze costituzionali di garantire il ricorso effettivo e l'obiettivo di valore costituzionale di prevenzione degli attentati all'ordine pubblico.

L'articolo contestato prevedeva inoltre che ogni decisione di rinnovo della misura essendo notificato al più tardi cinque giorni prima della sua entrata in vigore, questi poteva ricorrere entro quarantotto al giudice d'urgenza in base all'art. L. 521-2 del codice di giustizia amministrativa, per la tutela dei suoi diritti e libertà, ricorso che ha natura sospensiva.

In relazione all'art. L. 521-2, il *Conseil* ha rilevato che il controllo del giudice amministrativo d'urgenza è limitato agli attentati gravi e manifestatamente illegali e ha giudicato di conseguenza che il legislatore permettendo che alcune misure siano

ISSN 2279-7238

rinnovate oltre i tre mesi senza che un giudice si sia preliminarmente pronunciato su domanda della persona interessata, sulla regolarità e la fondatezza della decisione, ha operato una conciliazione, anche in questo caso, manifestatamente squilibrata tra le esigenze costituzionali di garanzia di ricorso effettivo e l'obiettivo di valore costituzionale della prevenzione degli attentati all'ordine pubblico ed ha di conseguenza censurato le parole "sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative" che figurano nella seconda frase del penultimo comma dell'art. L. 228-2 della sicurezza interna posticipando, infine, l'abrogazione della disposizione al 1° ottobre 2018.

Per quanto riguarda le altre disposizione contestate dai ricorrenti, sono state dichiarate conformi a Costituzione dal *Conseil* in quanto assicurano una conciliazione non manifestatamente squilibrata tra l'obiettivo di valore costituzionale di prevenzione degli attentati all'ordine pubblico e la libertà di movimento, il diritto al rispetto alla vita privata, il diritto a condurre una vita familiare normale e il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.

Questa decisione è stata anche l'occasione per il *Conseil* di chiarire, infine, la differenza tra il dispositivo dell'*assignation à résidence* dell'art. L. 228-2 del codice della sicurezza interna e quello previsto per *l'assignation à résidence* dell'art. 6 della legge del 3 aprile 1955 : essi non rispondono alle stesse condizioni e perciò nulla vieta che una persona possa essere sottoposta all'uno e all'altro dei due dispositivi ; il legislatore dunque non era obbligato a prevedere misure transitorie destinate a tener conto di questa successione.

LEGGE DI RATIFICA DELLE ORDINANZE SUL DIALOGO SOCIALE

Il **21 marzo** il Consiglio costituzionale si è pronunciato con decisione **n. 2018-761 DC** sulla legge di ratifica delle ordinanze sul rafforzamento del dialogo sociale emanate sulla base della legge di abilitazione n. 2017-1340 del 15 settembre 2017.

I rilievi dei ricorrenti vertevano sia sugli articoli che ratificavano tali ordinanze sia sulle disposizioni della legge che modificavano o completavano le ordinanze stesse.

In primo luogo, il Consiglio costituzionale ha censurato il 9° dell'art. 6 della legge che modificava l'articolo L. 2314-10 del codice del lavoro così come risultante dall'*ordonnance* n. 2017-1386 del 22 settembre 2017 e che dispensava il lavoratore - in deroga alle regole di diritto comune in materia di elezioni parziali organizzate per ricoprire i seggi vacanti in seno alla delegazione del personale al Comitato sociale ed

ISSN 2279-7238

economico - dall'obbligo di organizzare tali elezioni parziali in caso di vacanza determinata dall'annullamento da parte del giudice dell'elezione dei membri di tale Comitato per violazione della regola dell'equilibrata rappresentanza tra uomini e donne. Il *Conseil* ha infatti ritenuto che tale disposizione costituisse una violazione manifestatamente sproporzionata del principio di partecipazione dei lavoratori in palese contrasto con l'8° comma del Preambolo della Costituzione del 1946.

In merito ai rilievi con cui si è contestata la legittimità dell'art. L. 2262-14 del codice del lavoro così come risulta dall'ordinanza n. 2017-1385 del 22 settembre 2017 ratificata dall'art. 1 della legge deferita e che ha fissato a due mesi il termine del ricorso per l'azione di annullamento, il Consiglio ha respinto i rilievi sollevati dai ricorrenti sulla violazione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, del principio di partecipazione e della libertà sindacale, rilevando che l'articolo L. 2262-14 non priva i lavoratori della possibilità di contestare, senza condizione di termine, per via dell'eccezione, l'illegalità di una clausola di convezione o di accordo collettivo, in caso di controversia individuale che la porti in causa, avendo il legislatore voluto garantire la sicurezza giuridica evitando che possano essere contestate tali clausole molto tempo dopo la loro conclusione. Sul medesimo articolo il *Conseil* ha tuttavia espresso una riserva di interpretazione sul 2° dell'articolo in base al quale il termine del ricorso, ad eccezione di organizzazioni sindacali che dispongono di una sezione sindacale nell'impresa, decorre dalla pubblicazione dell'accordo collettivo in una banca dati nazionale e che le parti firmatarie possono decidere che una parte di questo accordo non sia oggetto di pubblicazione. Il *Conseil* ha rilevato che in questo caso il termine per il ricorso contro queste parti dell'accordo non pubblicate non possa partire che dal momento in cui tali parti siano validamente conosciute, pena la violazione del diritto ad un ricorso effettivo.

Riguardo al testo degli articoli della legge sottoposti al controllo di costituzionalità, il *Conseil* ha respinto i rilievi di incostituzionalità degli articoli L. 2232-21 e L. 2232-23 del codice del lavoro come risultanti dall'ordinanza n. 2017-1385 del 22 settembre 2017, i rilievi relativi ad alcune disposizioni dell'articolo L. 2254-2 del codice del lavoro, risultante della redazione dell'articolo 2 della legge deferita; e i rilievi formulati contro il 12° comma dell'articolo L. 1233-3 del codice del lavoro come modificato dal 3° del paragrafo I dell'articolo 11 della legge deferita.

Di contro il *Conseil* ha censurato gli articoli 9, 12, 14 e 20 della legge adottati secondo una procedura irregolare in quanto privi del legame diretto o indiretto con il progetto di legge iniziale.

ISSN 2279-7238

Il **19 aprile** il Consiglio Costituzionale con decisione **n. 2018-764 DC** si è pronunciato sulla legge organica n. 2018-280 relativa all'organizzazione della consultazione sull'accesso alla piena indipendenza della Nuova Caledonia (v. infra) dichiarando la legge complessivamente conforme a Costituzione.

Richiamandosi ad una giurisprudenza costante, il *Conseil* ha svolto il controllo di costituzionalità della legge deferita in riferimento alla Costituzione ma anche in riferimento agli orientamenti definiti dagli Accordi di Noumea del 1998 recepiti dalla legge organica del 19 marzo 1999 e ad alcune regole e principi di valore costituzionale.

In relazione alla previsione introdotta dalla legge organica n. 2018-280 dell'iscrizione d'ufficio alla lista speciale prevista dagli accordi di Noumea e dalla legge organica del 1999 per la partecipazione alla consultazione referendaria e alle liste elettorali generali, il Consiglio costituzionale ha rilevato che la legge ha così inteso favorire la massiccia partecipazione alla consultazione referendaria sull'autodeterminazione. Pertanto la procedura dell'iscrizione d'ufficio introdotta eccezionalmente per l'anno della consultazione referendaria non appare in contrasto con il diritto di ogni persona di domandare volontariamente l'iscrizione alle liste elettorali. In tal senso la differenza di trattamento operata dalla legge tra gli elettori che rimangono o meno in nuova Caledonia è giustificata da motivi di interesse generale e in rapporto diretto con l'oggetto della legge e di conseguenza la disposizione non è in contrasto con il principio di uguaglianza davanti al suffragio né con il principio di uguaglianza davanti alla legge.
Allo stesso modo il *Conseil constitutionnel* ha giudicato conforme a Costituzione la possibilità aperta dalla legge, sempre a titolo eccezionale e per la sola consultazione referendaria, agli elettori iscritti alle liste elettorali dei comuni di Bélep, 'île des Pins, Lifou, Maré e Ouvéa e residenti di votare, a richiesta, a Noumea in seggi comunali delocalizzati su responsabilità del sindaco di questi comuni. Il *Conseil* ha infatti ritenuto che il legislatore abbia voluto con tale previsione favorire un'ampia partecipazione al referendum e limitare in questo modo il ricorso massiccio al voto per procura, per evitare possibili frodi e pertanto ha stabilito che queste disposizioni non violassero né il principio di uguaglianza davanti al suffragio né il principio di uguaglianza di fronte alla legge.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

ISSN 2279-7238

Il **4 marzo** il Congresso della Nuova Caledonia fissa la data del referendum sull'autodeterminazione al 4 novembre 2018.

Il **27 marzo** i partecipanti al 17° Comitato dei firmatari dell'Accordo di Noumea si accordano sul quesito referendario da sottoporre agli elettori: "Volete che la Nouvelle-Caledonie acceda alla piena sovranità e divenga indipendente?"

LEGGE ORGANICA SULLE LISTE ELETTORALI PER IL REFERENDUM IN NUOVA CALEDONIA

Il **19 aprile** è stata promulgata la legge organica **n. 2018-280** sull'organizzazione della consultazione per l'accesso alla piena sovranità della Nuova Caledonia - secondo quanto stabilito dall'Accordo di Noumea del 5 maggio 1998 - che si terrà il 4 novembre 2018.

Il progetto di legge organica era stato presentato l'8 dicembre 2017 al Senato ed ivi approvato in prima lettura il 20 febbraio. Trasmesso all'Assemblea Nazionale era stato poi adottato senza modifiche il 20 marzo.

Il Consiglio costituzionale si è pronunciato con decisione **n. 2018-764 DC** del **19 aprile** dichiarando la legge organica conforme a Costituzione (v. supra).

Per essere infatti iscritti alla lista speciale per la consultazione referendaria occorre essere in primo luogo iscritti alla lista elettorale generale.

Così, la legge è intervenuta a stabilire le regole relative all'iscrizione d'ufficio nelle liste elettorali generale e speciale dei cittadini che ne abbiano interesse.

Conformemente a quanto stabilito dalla legge organica sulla Nuova Caledonia n. 99-209 del 19 marzo del 1999 e a quanto deciso nell'accordo concluso il 2 novembre 2017 in occasione del XVI° Comitato dei firmatari dell'Accordo di Noumea che ha espresso l'esigenza di far partecipare alla consultazione anche tutti i cittadini che ne abbiano interesse, potranno prendere parte alle consultazioni tutti i cittadini iscritti ad una lista elettorale speciale.

A tal fine la legge prevede che saranno d'ufficio iscritti alla lista elettorale generale (precondizione per poter partecipare al referendum sull'autodeterminazione) anche tutti che non vi figurano e che hanno il loro domicilio reale in un comune della Nuova Caledonia dove abitano da almeno sei mesi.

Eccezionalmente per l'anno della consultazione, la legge permette anche l'iscrizione d'ufficio alla lista elettorale speciale per la consultazione referendaria anche per coloro nati in Nuova Caledonia e che sono domiciliati da tre anni consecutivi in Nuova Caledonia dove si presume abbiano il centro dei loro interessi morali e materiali.

ISSN 2279-7238

Inoltre, sempre a titolo eccezionale per la sola consultazione referendaria è previsto che gli elettori iscritti alle liste elettorali dei comuni di Bélep, île des Pins, Lifou, Maré e Ouvéa e i residenti potranno votare a Noumea in seggi comunali delocalizzati.

La legge ha infine aperto un periodo di revisione complementare della lista elettorale speciale per l'elezione dei membri del Congresso e delle assemblee delle province, costituendo questo uno dei criteri in base al quale si può essere iscritti alla lista elettorale speciale per la consultazione referendaria.

ISSN 2279-7238

Orizzonte 2020. La visione a medio termine del Primo Ministro*

di Michele Crisafi**

Il **17 marzo**, in una conferenza stampa straordinaria (v. *infra*), un giornalista ha posto la seguente domanda al Ministro degli Affari Esteri Kōno Tarō:

"Secondo alcuni sondaggi condotti dai *media*, il tasso di approvazione del Governo è precipitato bruscamente. Alcuni degli ultimi sondaggi suggeriscono che coloro che sostengono il Governo siano ormai la minoranza. Quale crede che siano i fattori dietro questo calo nell'*approval rating?*"

La risposta del titolare degli Esteri si focalizza sullo "scandalo Moritomo Gakuen": una vicenda, esplosa nei primi mesi del 2017, che ha implicato il Primo Ministro Abe e la moglie. La scuola sorge su un terreno che lo Stato ha venduto ad un valore assai inferiore alle valutazioni di mercato, e la circostanza che la programmazione scolastica avesse una marcata impronta nazionalistica – persino con ripetizioni giornaliere del Rescritto Imperiale sull'Educazione del 1890 – ha coinvolto il Primo Ministro in accuse di trattamento di favore, specie alla luce della presidenza onoraria dell'istituto in capo alla moglie, Akie Abe. I documenti della transazione sono peraltro stati distrutti, in ottemperanza alla legge sulla conservazione dei documenti governativi, ma il direttore della scuola e la moglie sono stati arrestati per frode nel luglio del 2017.

Di certo, dopo la cavalcata elettorale dell'autunno 2017 – che ha riconsegnato una salda doppia maggioranza parlamentare al Primo Ministro uscente Abe Shinzō, adesso alla guida del suo IV Governo – la perdurante sensazione di insicurezza internazionale sta erodendo il consenso del *leader* dell'LDP.

* Contributo sottoposto a *Peer-Review*.

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, "Sapienza" Università di Roma.

ISSN 2279-7238

Torna utile il sèguito della risposta di Kōno Tarō alla domanda del *reporter*: "Penso sia necessario che il Governo spieghi approfonditamente tutte quelle cose che è opportuno vadano spiegate".

In attesa infatti che giunga in porto senza traumi nazionali l'avvicendamento sul Trono del Crisantemo (v. *infra*), il tema della revisione costituzionale sembra scomparso dal calendario politico del Primo Ministro. Le redini della gestione della crisi inter nazione nordcoreana paiono saldamente nelle mani del binomio Stati Uniti – Corea del Sud, mentre Tokyo occupa una posizione di rincalzo nel dialogo con Pyongyang. Né può sfuggire che la questione degli ostaggi giapponesi, rapiti in Nord Corea, rimanga irrisolta.

Fa piuttosto riflettere una sezione del sito del Ministero degli Affari Esteri, a data **6 aprile**, intitolata "Domande e Risposte su Questioni Storiche". Le otto macro-domande, che forniscono la *policy* ufficiale del Governo giapponese circa l'approccio nei confronti della memoria storica del Paese, insistono tutte sugli eventi che hanno gravitato intorno la Seconda Guerra Mondiale. Il tentativo di fornire una visione dignitosamente apologetica dei comportamenti giapponesi nella cornice del secondo conflitto mondiale potrebbe apparire superflua, specie alla luce dell'ormai consolidato contributo del Giappone agli obiettivi fissati dall'ONU. Tuttavia, l'ottica di incoraggiare il convincimento, domestico ed internazionale, di un Giappone strutturalmente incapace di replicare l'ascesa militarista della prima metà del XX secolo, può ben spiegare la necessità di fornire precisazioni puntuali e documentate. Viene ben evidenziata, non casualmente, la dimensione regionale, attraverso le Domande che fanno riferimento "alle scuse formalmente presentate alle nazioni asiatiche", al problema delle "*Comfort Women*", "l'incidente di Nanchino" del 1937, "alle riparazioni di guerra".

Il 2020, seguendo la scansione "topografica" del *policy speech* del **22 gennaio** del Primo Ministro (v. *infra*), diventa in tal senso una frontiera ideale per l'amministrazione Abe, nella consapevolezza che solo consegnando una prospettiva dinamica al Paese è possibile innovarlo nel profondo. Virtualmente senza

ISSN 2279-7238

opposizione parlamentare (il fronte dell'alternativa ha subìto un processo di scomposizione prima delle elezioni di ottobre 2017, e pare doversi tuttora riallineare), il Governo schiaccia decisamente su di sé l'azione politica, marginalizzando la Dieta, ma per fare un salto di qualità trova innanzi due ostacoli, con differenti caratteristiche, e dal difficile aggiramento.

1) Il primo, Costituzione alla mano, è rappresentato dal gravoso procedimento formale di revisione costituzionale, affidato all'art.96: due terzi in entrambi i rami della Dieta e *referendum* confermativo obbligatorio e privo di *quorum*;
2) l'assenza di precedenti. Nella sua più che centenaria storia costituzionale, il Giappone non ha mai, autonomamente, proceduto ad una revisione costituzionale. Nel 1946-47, durante il "regno" dello SCAP, l'attuale Costituzione del Giappone è stata introdotta (*alias*, imposta) mediante il procedimento aggravato di revisione costituzionale contenuto nell'art.73 della Costituzione Meiji, concessa dal Tennō nel 1889-90. Manca pertanto un costume, un'abitudine, a mettere formalmente sul tavolo, *motu propriu*, una revisione costituzionale in senso formale.

L'obiettivo 2020 si inserisce nella *realpolitik* giapponese come proiezione futuristica di un'aspirazione in cui il Primo Ministro ha investito tutto il proprio carisma politico, ed a cui ha sostanzialmente legato l'avvenire. Mostrare il volto innovativo del Paese mentre dal 24 luglio al 9 agosto 2020 gli occhi del mondo saranno sulla sua capitale per i Giochi della XXXII Olimpiade sembra il contesto ed il momento più propizio perché l'attesa venga premiata.

ISSN 2279-7238

Lo scontro nella Dieta fra la maggioranza parlamentare a sostegno del IV Governo Abe, e la policroma e lacerata minoranza multipartitica (7 gruppi parlamentari nella Camera dei Consiglieri, 6 alla Camera dei Rappresentanti), si è acceso su un disegno di legge, di iniziativa governativa, licenziato dal Governo il **6 aprile**. Il testo è indirizzato al problema del superlavoro in Giappone, ma l'opposizione ha già fatto sapere di voler presentare un proprio testo. Il testo consta di tre pilastri:
a) istituire un tetto legale agli straordinari;
b)assicurare parità di trattamento fra lavoratori regolari ed irregolari;
c) esentare i professionisti qualificati, con alti stipendi, dalla regolamentazione oraria.

Il disegno di legge fissa il tetto legale dello straordinario a 100 ore al mese e 720 ore annue. Le grandi aziende dovranno conformarsi alle nuove previsioni legislative, qualora il testo fosse approvato dalla Dieta, entro aprile 2019. Nell'aprile 2020 le piccole imprese.

Il punto C, conosciuto come "l'esenzione dagli straordinari per i colletti bianchi", garantirà probabilmente un regime di flessibilità, che tuttavia le opposizioni hanno stigmatizzato come un modello basato sul principio "zero paga per gli straordinari".

Dopo l'imposta sul valore fondiario, introdotta nel 1992, il **10 aprile** la Dieta ha approvato un disegno di legge che specifica come verranno spese le somme incamerate da una tassa turistica che entrerà in vigore dal 7 gennaio 2019. Sarà applicata ad ogni viaggiatore, giapponese o straniero, che uscirà dal Giappone via nave o aereo, ed ammonterà a 1000¥ (circa 8 euro). Il Governo punta ad usare l'extra gettito per finanziare le infrastrutture turistiche e per promuovere le destinazioni nel Giappone di provincia, dalla vocazione naturalistica. Agganciato al provvedimento di legge, la richiesta nei confronti degli operatori del trasporto pubblico di potenziare i servizi internet *wireless* nonché gli strumenti di pagamento virtuali. Sul piano cittadino, il Governo Metropolitano di Tokyo e quello Prefetturale di Osaka impongono già una tassa di soggiorno, su base giornaliera, che va dai 100 ai 300¥, destinando comunque gli introiti al rifinanziamento dell'attività turistica.

GOVERNO

Il **22 gennaio** il Primo Ministro Abe ha tenuto un *policy speech* per salutare i lavori della 192ª sessione della Dieta. Decisamente più particolareggiato rispetto ad altri *statements* espressi in occasioni similari, Abe ha confermato alcuni dei propri obiettivi di riforma per il crocevia del 2020.

ISSN 2279-7238

SULLA GRATUITA' SOSTANZIALE DEL SISTEMA EDUCATIVO NAZIONALE

Segnatamente, il Primo Ministro ha annunciato per l'estate l'inizio di un percorso finalizzato a rendere sostanzialmente gratuito, entro l'aprile 2020, il sistema educativo nazionale, sotto lo slogan "non possiamo permettere che le disparità si consolidino; dobbiamo spezzare il circuito della povertà". Pur non menzionandola esplicitamente, ritorna in discussione l'eventualità di costituzionalizzare il principio della gratuità dell'educazione, in linea con quanto era stato annunciato dall'LDP nel 2012 attraverso la pubblicazione di un progetto di revisione costituzionale.

RIFORMA DEL LAVORO E CICLO MACROECONOMICO

Sulla riforma del lavoro, Abe ha dichiarato che "sarà sradicata la pratica dell'*overworking,* che ha permeato la nostra società". La decisione programmatica arriva dopo diversi casi di cronaca che hanno portato alla morte di alcuni lavoratori per eccesso di lavoro, alimentando da un lato la tradizionale immagine stereotipica del *full commitment* del "colletto bianco" giapponese, dall'altro sollevando un rilevante movimento di opinione orientato a promuovere un argine legislativo al fenomeno (denominato *karōshi*). Il **6 aprile** il Governo ha sottoposto alla Dieta un provvedimento legislativo in tal senso, che individua nel 2020 il dispiegamento completo dei propri effetti (v. *supra*).

Sul fronte dell'economia, Abe ha annunciato un piano di investimenti per le piccole e medie imprese e per le micro-imprese, finalizzato a stimolare un aumento dei salari. Il progetto rientra nel disegno complessivo della *Abenomics*, di cui è stato pubblicato un aggiornamento nel mese di **marzo**. Il *report* governativo, coerentemente con i suoi precedenti, mescola gli obiettivi macroeconomici raggiunti dal 2013 (anno di ideazione della *Abenomics*) con l'evoluzione strutturale del sistema produttivo giapponese, su cui tarare gli aggiustamenti futuri.

Con il *focus* sul turismo, viene confermato il crocevia del 2020, con l'obiettivo dichiarato, entro tale termine, di "40 milioni di visitatori stranieri". In questa prospettiva le Olimpiadi e le Paralimpiadi di Tokyo 2020 rappresenteranno la vetrina internazionale ideale per il Paese, ed il **10 aprile** la Dieta ha approvato un disegno di legge (*departure tax*) diretto ad aumentare il gettito fiscale fornito dal turismo (v. *supra*).

POLITICA ESTERA – STATI UNITI

In ambito diplomatico, viene ribadito l'approccio al "contributo proattivo alla pace", promosso anche dall'attivismo del Primo Ministro, che negli ultimi cinque

ISSN 2279-7238

anni ha visitato "76 regioni e nazioni straniere e preso parte a 600 incontri internazionali". In tale visione si inserisce sia il viaggio in Europa di Abe dal **12 al 17 gennaio**, in visita di Stato in Estonia, Lettonia, Lituania, , Bulgaria, Serbia e Romania, sia soprattutto la serie di *summit* con il Presidente Trump in Florida fra il **17 ed il 20 aprile**. Le discussioni hanno toccato il tema nordcoreano, un nuovo approccio improntato a libertà ed equità nei rapporti commerciali bilaterali, ed il consolidamento dell'alleanza militare.

L'alto livello delle discussioni ha in parte depotenziato la dichiarazione del **9 marzo** del Ministro degli Esteri Kōno Tarō, a commento delle misure restrittive alle importazioni di acciaio ed alluminio implementate dall'amministrazione Trump sulla base della Sezione 232 del *Trade Expansion Act*.

Che in ogni caso l'alleanza con gli Stati Uniti rimanga "la pietra angolare della pace e della stabilità nella regione dell'Asia-Pacifico" ma anche il perno della politica estera giapponese, viene confermato dallo *speech* programmatico innanzi alla Dieta dello stesso Kōno Tarō, il **22 gennaio**. Il Ministro degli Esteri individua "sei aree di priorità sotto lo stendardo del contributo proattivo alla pace", sottolineando, con pervicace visione geopolitica contemporanea, che "in questa epoca multipolare, il Giappone ambisce a svilupparsi e prosperare insieme al pianeta accollandosi appropriate responsabilità e ruoli". Il primo punto è "il rafforzamento dell'alleanza Stati Uniti-Giappone", per potenziare la capacità di deterrenza e di risposta alle crisi internazionali. Sorprende l'inclusione della mitigazione dello stress subìto dalla popolazione residente ad Okinawa a causa dell'insistenza delle basi statunitensi, ma il reiterarsi di incidenti aerei ha stimolato il trasferimento della infrastruttura militare (*Marine Corps Air Station*, MCAS) di Futenma presso la baia Henoko, sempre all'interno della Prefettura di Okinawa, ma in un'area meno densamente popolata. L'internazionalizzazione di Okinawa transita sia attraverso l'impiego delle infrastrutture statunitensi a scopo educativo, mediante il progetto di una scuola elementare con programmi educativi in lingua inglese, sia attraverso il Progetto TOFU, (*Think of Okinawa's Future in the United States*), che ha coinvolto fra il **14 ed il 20 marzo** studenti okinawesi in visita dapprima a Washington e, in una seconda sessione, a New York.

POLITICA ESTERA – CINA

La visione regionalistica di Abe segue un duplice binario. Nella consapevolezza che "Giappone e Cina condividono una significativa responsabilità per la pace e la prosperità della regione, e mantengono una relazione indivisibile", oltretutto testimoniata dalla ricorrenza del 40° anniversario del Trattato di Pace ed Amicizia fra

ISSN 2279-7238

le due nazioni, Abe dichiara di "sperare di visitare la Cina al momento più appropriato e di raggiungere il più velocemente possibile l'obiettivo di una visita del Presidente Xi Jinping in Giappone", in modo tale da "elevare ad un nuovo stadio la relazione sino-giapponese". Parallelamente tuttavia, il Giappone mostra i muscoli: il Primo Ministro emana ai Ministeri ed Agenzie giapponesi istruzioni di sorveglianza e di prontezza operativa già l'**11 gennaio**, in risposta all'ingresso di un sottomarino e di una fregata cinese nel nordest dell'isola di Taisho, afferente al gruppo delle isole Senkaku, nella zona di prossimità giapponese. Giova ricordare che il complesso disabitato delle isole Senkaku è al centro di un contenzioso territoriale con la Repubblica Popolare Cinese (v. ad esempio il progetto di ricerca commissionato dal Segretariato del Governo giapponese e pubblicato nel 2015), legato tanto allo sfruttamento di potenziali riserve energetiche sottomarine quanto al controllo del traffico navale nella zona del Mar Cinese Orientale, una delle tratte navali commerciali più economicamente redditizie. Proprio a protezione degli interessi marittimi giapponesi nell'area, il **27 marzo** è stata creata la Brigata Anfibia a Schieramento Rapido, forte di 2100 unità. "Il compito della Brigata è di effettuare manovre anfibie di sbarco rapido, riconquista e messa in sicurezza di aree insulari in caso di occupazione illegale". Appare palese la funzione di impedire modifiche unilaterali cinesi allo *status quo* delle isole Senkaku, peraltro in connessione con la bozza di modifica della Costituzione del Giappone redata dall'LDP nel 2012, in cui appare una clausola (art. 9.3, un *addendum* all'art.9) che obbligherebbe lo Stato alla difesa dell'integrità territoriale.

POLITICA ESTERA – COREA DEL NORD

Il periodo considerato si apre con sentimenti contrastanti nei confronti del regime nordcoreano. La dichiarazione del titolare del dicastero agli Esteri Kōno Tarō, a margine del *meeting* dei Ministri degli Esteri sulla Sicurezza e Stabilità della Penisola Coreana, tenutosi a Vancouver, da un lato saluta positivamente il disgelo inter coreano, veicolato attraverso i Giochi Olimpici Invernali di Pyonchang, in Sud Corea; dall'altro denuncia i possibili tatticismi e vantaggi strategici che Kim Jong-un, Guida Suprema della Repubblica Popolare di Corea, otterrebbe se tale *appeasement* di facciata infiacchisse la stretta internazionale su Pyongyang. Un addolcimento delle sanzioni, commerciali e finanziarie, potrebbe alimentare il piano nucleare nordcoreano e rompere il sinora compatto fronte diplomatico ostile a Kim Jong-un.

Il **17 marzo**, in una conferenza stampa straordinaria, Kōno Tarō, in visita negli Stati Uniti per preparare la visita di Abe per il mese successivo (v. *supra*), ha confermato la ferma posizione giapponese nei confronti della Corea del Nord.

ISSN 2279-7238

"Completa, Verificabile ed Irreversibile Denuclearizzazione" (CVID) del regime di Pyongyang è l'approccio concordato trilateralmente con Stati Uniti e Corea del Sud, da perseguire mediante l'applicazione di una costante pressione internazionale sulla.

Kōno ha inoltre chiesto all'omologo sudcoreano, Kang Kyung-wha, di menzionare la questione dei rapimenti in occasione del *meeting* inter coreano. Il Primo Ministro sudcoreano, Moon Jae, ha dichiarato di aver sollevato il problema dei cittadini giapponesi ostaggi in Corea del Nord durante lo storico incontro fra i *leaders* delle due Coree, svoltosi il **27 aprile** al villaggio di confine di Panmunjom, nella Zona Demilitarizzata. Già nel maggio 2017 il Segretariato del Quartier Generale per la Questione dei Rapimenti (incorporato nel Ministero degli Affari Esteri), guidato dal Ministro con apposita delega Katō Katsunobu, ha redatto un dettagliato *report* sulla delicata ed ancora irrisolta vicenda dei cittadini giapponesi rapiti fra gli anni '70 ed '80 del secolo scorso.

Fra gli attori coinvolti nella trattativa con Pyonyang, il Giappone tuttavia sembra il meno intraprendente, a fronte dei roboanti toni impiegati nell'autunno del 2017, in campagna elettorale, dal Primo Ministro Abe. La sensazione di un asse privilegiato Stati Uniti – Corea del Sud, che è corroborata dalle frequenti esercitazioni militari congiunte fra i due Paesi, mina il prestigio diplomatico internazionale del Primo Ministro giapponese, che proprio sulle questioni nordcoreane aveva promesso protagonismo e pugno duro.

FAMIGLIA IMPERIALE

VERSO L'ABDICAZIONE DI *HEISEI TENNŌ*

Come da tradizione, l'anno è stato inaugurato il **12 gennaio** con la pubblicazione dei componimenti *waka* dell'Imperatore Akihito e dell'Imperatrice Michiko. Significativamente, sono stati aggiunti anche i componimenti dell'Erede Naruhito e della consorte Masako, quasi ad accompagnare l'ultimo anno di Akihito nel pieno delle sue funzioni costituzionali, in vista dell'abdicazione che avrà luogo il 30 aprile 2019. La Legge contenente Misure Speciali circa la Legge sulla Casa Imperiale, l'atto normativo ordinario con il quale il Governo ha acconsentito alla prima abdicazione, in regime costituzionale, del "simbolo dell'unità dello Stato e del popolo" (art. 1 Cost.), ha di proposito previsto un ampio intervallo temporale onde consentire un avvicendamento graduale, anche se si dibatte circa la possibilità che l'abdicazione di Akihito possa fungere da precedente per i futuri occupanti del Trono del Crisantemo.

ISSN 2279-7238

L'Erede Naruhito si è progressivamente impegnato ad apparire in pubblico, anche in consessi internazionali, per dimostrare la propria adeguatezza a svolgere gli affari di Stato, prettamente formali e cerimoniali, che la Costituzione assegna all'Imperatore. Prossimo a diventare il punto di riferimento dell'unione simbolica fra Stato e popolo, il Ministero della Casa Imperiale ha infatti ritenuto opportuno abituare l'opinione pubblica all'immagine del futuro Imperatore, come testimoniato alla lezione di Brasilia in occasione dell'8° Forum Mondiale sull'Acqua. La scelta dell'appuntamento non appare del tutto casuale, potendo considerarsi un omaggio indiretto agli interessi scientifici nel campo della biologia marina dell'Imperatore Akihito, affermato ricercatore in continuità con le inclinazioni del padre Hirohito.

LA QUESTIONE DELLA DENOMINAZIONE DEL PERIODO

Il Governo ha confermato di avere una rosa di tre possibili nomi per la denominazione dell'era successiva alla abdicazione di Akihito, ma non ha fornito ulteriori dettagli. Il Periodo Heisei (traducibile con "pace diffusa") terminerà appunto il 30 aprile 2019, e l'enfasi posta sulla pubblicizzazione del nome che accompagnerà il regno di Naruhito si rivela in linea con il *draft* dell'LDP, teso a costituzionalizzare (art. 4 del progetto di revisione costituzionale) il nome del Periodo al momento dell'accessione al Trono.

La proposta di inserire in Costituzione il computo del tempo impiegando la tradizionale denominazione di accompagnamento alla figura imperiale appare per certi versi la fotografia di una realtà già esistente, dal momento che le fonti giapponesi hanno da tempo implementato una doppia misurazione temporale, basata sulla coesistenza del calendario gregoriano con la nomenclatura tradizionale giapponese fondata sul nome del periodo (ad es. Heisei 18 – 2006. Heisei 1 è il 1989, anno dell'intronizzazione di Akihito, e coincide con Shōwa 64, anno della morte di Hirohito. Il discrimine è l'Imperatore vivente al momento dell'evento da citare). Per altri versi la proposta indica la volontà di procedere ad una marcata nipponizzazione della Carta del 1946-47 – Costituzione riconosciuta come imposta dalla gran parte della comunità accademica – a partire dal computo del tempo.

CORTE SUPREMA

LE NOMINE DEL GIUDICE CAPO E DI DUE NUOVI GIUDICI DELLA CORTE SUPREMA

ISSN 2279-7238

Importanti novità concernono la composizione della Corte Suprema. Vale la pena ricordare che la Corte di ultima istanza (art.81) nell'ordinamento giapponese, non ha una consistenza costituzionalmente prefissata (art. 79). Inoltre la durata del mandato non ha limiti di tempo, eccezion fatta per il pensionamento obbligatorio al raggiungimento del 70° anno di età. Sempre ai sensi dell'art. 79,

"la Corte Suprema consiste di un Giudice Capo e di un numero di giudici stabilito dalla legge; tali giudici, eccettuato il Giudice Capo, saranno nominati dal Governo. La nomina dei giudici della Corte Suprema sarà rivista dal popolo alla prima elezione generale, successiva alla loro nomina, dei membri della Camera dei Rappresentanti, e sarà rivista ancora alla prima elezione generale dei membri della Camera dei Rappresentanti dopo un intervallo di 10 anni, e così di sèguito.

Nei casi menzionati nel paragrafo precedente, quando la maggioranza degli elettori è a favore della rimozione di un giudice, questi sarà rimosso".

L'ultima previsione non è mai stata attivata, poiché in nessuna occasione la maggioranza degli elettori ha votato a favore della destituzione di un giudice.

Il **9 gennaio**, ai sensi dell'art. 6, l'Imperatore ha nominato, su indicazione del Governo, il giudice Otani al vertice della Corte Suprema, nell'àmbito delle sue prerogative costituzionali. Si tratta di un atto formalmente imperiale ma sostanzialmente del Primo Ministro, in sèguito alla neutralizzazione politica della figura dell'Imperatore operata nella Carta del 1946-47. Il giudice Otani ha nel medesimo giorno diffuso una breve nota programmatica.

Contestualmente alla nomina di Otani a Giudice Capo, il Governo ha nominato, *ex* art.79, i giudici Miyama e Miyazaki membri della Corte Suprema.

L'OMBRA DEL *MALAPPORTIONMENT* SULLE ELEZIONI DEL 22 OTTOBRE 2017

La Corte renderà entro la fine dell'anno un verdetto unificato su 16 ricorsi complessivi iniziati da un gruppo di avvocati che mira ad una dichiarazione di invalidità delle elezioni del 22 ottobre 2017, per il perdurante *malapportionment* che colpisce l'uguaglianza nel peso dei voti degli elettori. Il **15 febbraio** l'Alta Corte di Hiroshima, ramo di Okayama, ha dichiarato costituzionali le elezioni malgrado un *malapportionment* di 1.98 nel peso dei voti, nei collegi uninominali, in occasione della citata contesa elettorale. Si tratta del 12° verdetto reso dalle corti locali, l'11° in direzione della costituzionalità delle elezioni. Soltanto l'Alta Corte di Nagoya si è pronunciata negativamente, dichiarando il risultato elettorale "in uno stato di incostituzionalità".

ISSN 2279-7238

UNA STORICA SENTENZA DI APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE DELL'AIA SUGLI ASPETTI CIVILI DELLA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI

Il **15 marzo** la Corte Suprema si è inoltre pronunciata su un caso di sottrazione illegale di minore che ha vivacizzato il dibattito nazionale. La coppia giapponese era residente negli Stati Uniti sino al gennaio 2016, quando la madre ha illegalmente portato il figlio, al tempo undicenne, in Giappone. Nel settembre del 2016 una Corte di Tokyo ha emanato un'ordinanza di ritorno del minore, in rispetto della Convenzione dell'Aia sugli Aspetti Civili della Sottrazione Internazione di Minori, che in Giappone è entrata in vigore il 1° aprile 2014. Tuttavia la madre non si è conformata all'ordinanza, trattenendo il figlio anche in occasione dell'arrivo del funzionario nominato dal Tribunale per prendere in custodia il minore, il quale ha oltretutto espresso il proprio desiderio di rimanere in Giappone.

La decisione del **15 marzo** della Corte Suprema ha ribaltato quella dell'Alta Corte di Nagoya, che aveva preso atto del desiderio del minore di restare in Giappone. In ciò, trovando il pieno consenso dell'opinione pubblica più nazionalista, che si è appropriata del portato polemico della vicenda per difendere le ragioni del binomio madre-figlio, sostenendone il diritto a restare in Giappone a discapito dell'ordinanza di ritorno negli Stati Uniti. Nel giudizio, la Corte Suprema ha argomentato la difficoltà del minore "a compiere una imparziale e multisfaccettata valutazione circa la decisione di restare o meno sotto il controllo della madre", obiettando inoltre "l'inappropriata influenza psicologica di quest'ultima e la pesante dipendenza del minore nei suoi confronti".

Come appare evidente il caso presenta numerosi rimbalzi politicamente sensibili, a partire dalla rappresentazione nazionale di una *Japanese way of life* contrapposta ad una omologa americana, per finire ad un perdurante sentimento di subalternità nei confronti dell'alleato statunitense, con il quale sono storicamente costanti gli oscillamenti di un legame nato asimmetrico già nel lontano 1853.

ISSN 2279-7238

"Override clause", un nuovo capitolo dello scontro tra i poteri*

di Enrico Campelli**

Il quadrimestre analizzato, compreso tra gennaio e aprile 2018, segna una fase di enorme conflittualità per la società e la vita parlamentare israeliana.

In un Paese che dal giorno della sua fondazione vive in stato di emergenza, i mesi analizzati vedono un graduale, ma chiarissimo acuirsi dello scontro parlamentare e sociale con segnali che spingono il dibattito nazionale a parlare di "graduale erosione della democrazia nazionale".

È in questo quadro che vanno in effetti analizzati i recenti episodi, se di episodi si può parlare, di sempre maggiore violenza a Gaza e in West Bank a seguito della decisione del Presidente Trump di spostare l'ambasciata statunitense da Tel Aviv a Gerusalemme. Con l'aumentare della tensione, il dibattito parlamentare israeliano sulla gestione della sicurezza nazionale è diventato in questi mesi progressivamente più teso e caotico, con la coalizione di maggioranza vittima delle sue stesse divisioni interne, ma comunque dominante e un fronte, quello dell'opposizione, senza una reale forza propulsiva e, anzi, incapace di rappresentare una alternativa concreta al blocco di centro-destra. (Tale elemento, sebbene con le difficoltà del caso, sembra identificare l'ordinamento israeliano come un regime progressivamente sempre più monopolare).

Analoghi strumenti interpretativi vanno adottati per meglio comprendere la crescente tensione internazionale tra Israele ed Iran, vere potenze regionali, i cui interessi sempre più spesso confliggono relativamente alla crisi siriana, spingendo gli analisti internazionali a temere la nascita di un nuovo conflitto mediorientale, per ora

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottorando di Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

solo dormiente, che potrebbe rivoluzionare completamente l'assetto geopolitico mondiale.

Oltre alle crisi internazionali, l'ordinamento israeliano affronta, nel periodo analizzato, l'ennesimo "terremoto" sociale con il piano governativo, criticatissimo sul piano internazionale, di rimpatrio forzato dei richiedenti asilo, bloccato in extremis dalla Corte Suprema e capace di far tremare i numeri della maggioranza alla *Knesset*.

Sul versante parlamentare, l'ordinamento israeliano risulta in una fase di continua minaccia: l'esecutivo Netanyahu è costantemente messo in pericolo da numeri che sembrano sempre incerti e minimi. Da una parte Bennet e *Habayit Hayehudì* spingono su alcuni controversi disegni di legge minacciando di far cadere il Governo, dall'altro i partiti *haredìm* (ultraortodossi) lamentano una scarsa attenzione ai principi *halachici* (della legge ebraica) nella vita pubblica israeliana e nelle proposte della coalizione. Tali divergenze, insieme alla complessa gestione dei guai giudiziari del Premier Netanyahu, spingono l'ordinamento israeliano verso un nuovo capitolo di instabilità e incertezza, certamente non una novità per quello che risulta essere uno dei Paesi più volatili e altalenanti della contemporaneità.

Quello che tuttavia sembra caratterizzare maggiormente il periodo analizzato è però l'accentuarsi drastico dello scontro tra maggioranza e Corte Suprema. L'Esecutivo Netanyahu non è certamente nuovo a tentativi di limitare il potere della Corte o di subordinarne le nomine al potere governativo, ma la proposta dell'*override clause*, che consentirebbe di approvare disegni di legge precedentemente bocciati dalla Corte Suprema attraverso una super maggioranza di 61 membri della *Knesset* (Mk), rappresenta una pericolosa novità per la democrazia israeliana, che potrebbe essere minata alla base nel caso in cui la Corte vedesse erodersi le sue prerogative.

Cercando dunque di inquadrare in maniera organica le implicazioni del disegno di legge, è impossibile non sottolineare il peso specifico di cui gode il potere esecutivo nell'ordinamento israeliano. Trattandosi infatti di una democrazia parlamentare, con una inevitabile preponderanza della maggioranza nella *Knesset* (di cui, in verità, sono espressione tutti gli attuali Presidenti delle diverse Commissioni parlamentari), si può

ISSN 2279-7238

certamente concludere che l'estensione della supervisione parlamentare sulle attività del Governo sia certamente limitata.

L'indipendenza del ramo giudiziario - accanto alla libertà di stampa - è ciò che maggiormente garantisce i diritti delle minoranze ed un reale equilibrio tra i poteri statali. Se il potere giudiziario venisse subordinato alla maggioranza della *Knesset*, che riflette la volontà del Governo, l' ordinamento israeliano perderebbe presumibilmente la capacità di garantire efficacemente i diritti delle minoranze. In considerazione anche del fatto che la *Knesset* approva, annualmente, la proroga dello stato di emergenza (votandolo quasi automaticamente e senza una reale discussion in aula), se il Governo israeliano volesse approfittare dell'autorità, molto ampia, che tale stato concede, significherebbe la morte della democrazia israeliana. Ad oggi, la Corte Suprema ha tra le sue prerogative la possibilità di impedire una tale mossa, quando ritiene che un disegno di legge danneggi i diritti umani o i diritti delle minoranze. Se, con l'approvazione della *override clause*, la *Knesset* fosse autorizzata ad aggirare le sentenze della Corte con la maggioranza dei suoi membri, Israele non potrebbe più definirsi una democrazia, proprio in virtù di un mancato equilibrio tra i diversi poteri.

Attualmente, secondo gli indici internazionali, lo Stato di Israele appartiene alla categoria delle *democrazie difettose*, soprattutto a causa del controllo sulla *West Bank* e le violazioni alla Quarta Convenzione di Ginevra: non è fuori luogo ritenere che, se l' *override clause* dovesse essere approvata, Israele non potrebbe certamente mantenere l'attuale classificazione, per quanto sfuggente e contestata, considerando anche il fatto che in contraddizione con l'impegno delineato nella sua Proclamazione di Indipendenza del maggio 1948 il Paese non si è ancora dotato di una Costituzione formale e non è subordinato alla Corte europea dei diritti umani.

Vale la pena inoltre ricordare in questa sede che la *Knesset* è l'unica camera legislativa di Israele, e la Corte Suprema rappresenta quindi l'unico organo atto ad una funzione di controllo. Erodere tale funzione della Corte lascerebbe i cittadini israeliani completamente esposti a decisioni che potrebbero derivare da momentanee

ISSN 2279-7238

necessità politiche e privarli dei più alti valori costituzionali, senza i quali la democrazia esisterebbe solo come categoria intellettuale.

PARTITI

IL SONDAGGIO DI CHANNEL 2 E IL GLI 8 SEGGI DI LEVI ABEKASIS

Dall'analisi del sondaggio pubblicato il **23 aprile** da Channel 2, importante network politico israeliano, si evidenzia come il *Likud*, in caso di elezioni anticipate, potrebbe perdere due seggi, fermandosi a quota 28, rimanendo tuttavia il maggiore partito della *Knesset*.

Secondo lo stesso sondaggio, *Yesh Atid* conquisterebbe 20 seggi e il Campo Sionista 14. La *Joint List* araba, otterrebbe 12 seggi, *HaBayit Hayehudi* 10, *United Torah Judaism* 7, 6 per *Kulanu* e *Meretz*. Infine, *Yisrael Beiteinu* si attesterebbe a quota 5 seggi, mentre *Shas* solo a 4.

Se tali previsioni dovessero risultare veritiere, si tradurrebbero in blocco di centro-destra, maggioritario, con 60 seggi e uno schieramento opposto, assimilabile, seppure con posizioni variegate, al centro-sinistra, con 52 seggi. In questa ottica risulterebbe cruciale il ruolo del possibile nuovo partito guidato da Levi-Abekasis, il cui nome non è stato annunciato, che, arrivando secondo il sondaggio addirittura ad 8 seggi, potrebbe fornire al fronte dell'opposizione il numero di parlamentari necessario ad impedire la formazione di un Governo di centro-destra.

LA ROTTURA TRA IL CAMPO SIONISTA E CORBYN

Il capo del partito laburista israeliano Avi Gabbay ha annunciato il **10 aprile** che il suo partito sospenderà i suoi legami con il leader del partito laburista britannico, Jeremy Corbyn, con l'accusa di antisemitismo.

"È mia responsabilità riconoscere l'ostilità che si è mostrata verso la comunità ebraica e le dichiarazioni e le azioni antisemite che Corbyn ha autorizzato come leader del partito laburista nel Regno Unito", ha scritto Gabbay in una lettera indirizzata al leader del partito laburista britannico."Non accetteremo di mantenere i contatti con il leader del partito laburista, quando non contribuisce a frenare i fenomeni antisemiti", ha aggiunto Gabbay.

ISSN 2279-7238

Il leader del Campo Sionista israeliano sostiene che Corbyn abbia attraversato "una linea pericolosa" tra legittime critiche alla politica israeliana e antisemitismo. Infine, Gabbay ha osservato nella sua lettera che entrambe le parti possono continuare a lavorare insieme nonostante il Partito laburista israeliano sospenda ufficialmente i legami con Corbyn.

MERETZ E LA NUOVA LEADERSHIP

Come ampiamente previsto, Tamar Zandberg, parlamentare di *Meretz*, è diventata, il **22 marzo**, il nuovo leader del partito di sinistra, conquistato una vasta maggioranza nelle prime elezioni primarie nella storia del partito, e ottenendo una importante vittoria contro il suo rivale Avi Buskila, ex capo del gruppo contro gli insediamenti Peace Now.

Zandberg, che sostituirà dunque Gal-On, ha vinto il 71% dei voti espressi rispetto al 28,5% di Buskila. In totale, hanno votato 16.954 dei 31.680 iscritti al partito, con un'affluenza al voto pari al 53,6%.

PARLAMENTO

PRIMARIES LAW

Il **2 gennaio 2018**, la *Knesset* ha approvato, con 62 voti favorevoli e 52 contrari, la cosiddetta *Primaries Law* (P / 3796/20), che facilita il finanziamento statale per le primarie di partito e vieta ai candidati di ricevere contributi o di contrarre prestiti.

La legge, sponsorizzata dal Presidente della coalizione David Amsalem (*Likud*), consente il finanziamento per i candidati alle elezioni primarie dei partiti israeliani a tre principali condizioni: il testo approvato prevede infatti che il partito richiedente debba avere almeno 5.000 membri iscritti e regolarmente paganti, che le liste rispettino criteri di trasparenza e democraticità, e che le primarie si svolgano entro i sei mesi precedenti alle elezioni parlamentari.

La nuova legge troverà dunque applicazione alle primarie del *Likud*, del *Machanè Tsionì* e quelle di *Habayt Hayehudì*. Gli attuali membri della *Knesset* che si candideranno riceveranno un finanziamento per tutte le loro spese elettorali e i nuovi candidati riceveranno un prestito dallo Stato che non dovranno restituire se entreranno nella *Knesset*.

Fino all'approvazione del suddetto disegno di legge, i partiti godevano di fondi pubblici per le elezioni nazionali, finanziando però le loro campagne nelle elezioni

ISSN 2279-7238

primarie autonomamente, soprattutto attraverso donazioni private, prestiti o sponsorizzazioni.

PENA DI MORTE, LETTURA PRELIMINARE

Un disegno di legge (P / 4638/20) che di fatto renderebbe più facile per i tribunali militari condannare a morte i soggetti condannati per terrorismo è stato approvato in lettura preliminare il **3 gennaio** dalla *Knesset* con una risicatissima maggioranza di 52 voti a favore e 49 contrari.

Il disegno di legge, proposto dai parlamentari di *Yisrael Beitenu* Robert Ilatov, Oded Forer e Yulia Malinovsky, sarà ora trasferito al Comitato Costituzione, Legge e Giustizia, che lo preparerà per la sua prima lettura. Il disegno di legge modificherebbe l'attuale codice penale militare che consente la pena di morte solo nei casi in cui vi sia una decisione unanime di tutti i giudici della giuria in un tribunale militare. Se il disegno di legge diventasse legge, un soggetto condannato per terrorismo potrebbe essere condannato a morte anche nell'eventualità in cui solo due dei tre giudici siano favorevoli. Il disegno di legge si applicherebbe ai condannati per atti mortali di terrorismo, basando tale definizione sul codice legale israeliano.

Sia in sede di discussione preliminare che successivamente, la proposta di legge ha scatenato enorme dibattito, nella *Knesset* e fuori: molti parlamentari di *United Torah Judaism*, partito religioso ultraortodosso e ashkenazita, hanno citato numerose fonti della *Halachà* (che pone uno standard di semi-impossibilità circa le condanne a morte) e chiesto allo *Speaker* della *Knesset* Edelstein di posticipare il voto per avere la possibilità di una consulenza rabbinica ad hoc. Dall'istituzione dello Stato di Israele, l'istituto della pena di morte è stata utilizzato solo due volte: nel 1948 per Meir Tobianski, che fu accusato di tradimento durante la Guerra d'Indipendenza e condannato da una corte marziale e nel 1962 in un tribunale civile per Adolf Eichmann, condannato per crimini di guerra nazisti. Durante il dibattito alla *Knesset*, e dopo che i parlamentari dell'opposizione hanno chiesto reiteratamente se la legge trovasse applicazione anche per terroristi di religione ebraica, i relatori hanno confermato che il disegno di legge, ora in discussione in commissione prima delle necessarie tre letture, non include alcuna limitazione relativa alla religione o all'etnia.

MINIMARKETS LAW

Dopo un dibattito durato tutta la notte, il plenum della *Knesset* ha dato l'approvazione finale il **9 gennaio** ad un disegno di legge che impone a qualsiasi comune che voglia approvare nuove disposizioni per aprire negozi durante lo Shabbat - la giornata ebraica di riposo - di ricevere l'approvazione a procedere del

ISSN 2279-7238

Ministro degli Interni. Le stazioni di rifornimento autostradali sono state lasciate volontariamente fuori dal disegno di legge.

La disposizione, soprannominata "minimarket law", è stata lanciata e fortemente sostenuta dal ministro degli interni Aryeh Deri e da tutto il suo partito, *Shas*, riuscendo a far approvare la legge in seconda e terza lettura con una maggioranza di 58 a favore e 57 contrari.

Il ministro e MK Sofa Landver (*Yisrael Beitenu*), così come i parlamentari Sharren Haskel (*Likud*), Tali Ploskov (*Kulanu*), Mordhay Yogev (*Habayit Hayehudi*) e Yossi Yonah (*Machanè Tzioni*), non hanno preso parte al voto, che è arrivato dopo un ostruzionismo di 15 ore da parte dell'opposizione.

La versione finale del disegno di legge impone inoltre che le imprese che intendono operare durante lo Shabbath ricevano non solo il permesso dal loro comune locale, ma anche dal Ministro dell'Interno, ma non dispone novità per le attività che aprono illegalmente durante lo Shabbat limitandosi a pagare le multe comunali. La legislazione in questione deve essere inquadrata come parte di un compromesso tentato dal Primo Ministro Benjamin Netanyahu per placare i partiti *Haredi* (ultra-ortodossi) *Shas* e *United Torah Judaism*, su cui la maggioranza di Netanyahu si basa, dopo che si sono si sono fatte sempre più soventi le lamentele del fronte ultraortodosso circa l'aumento delle violazioni pubbliche dello Shabbath, culminate con le dimissioni di Ya'acov Litzman dal suo incarico di Ministro della Salute Pubblica. In molti hanno visto nell'appoggio di Deri alla *Supermarkets Law* come un tentativo di avvicinare l'elettorato più legato a Litzman e di conquistare il ruolo di unico referente del mondo ultraortodosso all'interno della coalizione di maggioranza.

Immediatamente dopo l'approvazione del disegno di legge, il leader del partito *Meretz* Zehava Galon ha presentato una petizione all'Alta Corte di Giustizia affinchè dichiari la nuova legge come incostituzionale.

Secondo la leader di *Meretz*, e secondo una buona fetta della *Knesset*, la legge appena approvata viola l'ampio diritto israeliano alla libertà e il diritto specifico alla libertà per quanto riguarda le scelte religiose, imponendo una legislazione religiosa ad una ampia fetta di popolazione laica e ribaltando completamente l'attuale equilibrio tra i settori laici e religiosi israeliani.

La *Supermarkets Law*, che interviene a sanare la materia dopo che la Corte Suprema aveva bloccato un tentativo precedente del Ministro degli interni di chiudere i supermercati a Tel Aviv durante lo Shabbat, potrebbe nuovamente venire censurata dalla Corte, poiché non affronta le più ampie obiezioni della Corte nei confronti di azioni o leggi statali che modifichino l'equilibrio tra i principi ebraici e quelli

ISSN 2279-7238

democratici dello Stato. Gal-On ha inoltre chiesto che la legge venga congelata fino a quando la Corte Suprema deciderà se esprimersi o meno.

KNESSET, DIMISSIONI E SOSPENSIONI

Yaakov Perry del gruppo parlamentare di *Yesh Atid* ha presentato le sue dimissioni il **9 febbraio** allo *Speaker* della *Knesset* Yuli Yoel Edelstein.

Le dimissioni avranno effetto immediato e Perry sarà sostituito da Penina Tamanu-Shata, già parlamentare di *Yesh Atid* durante la 19ima Knesset.

Anche Youssef Atauna, del gruppo parlamentare della *Joint List*, ha presentato le sue dimissioni dalla *Knesset* il **7 febbraio**, rendendole però effettive solo dal giorno 9 febbraio. Atauna è stato sostituito sostituito nella *Knesset* da Wael Younis, alla sua prima esperienza come Mk.

Il comitato etico della *Knesset* ha invece sospeso il **15 marzo** per una settimana Hanin Zoabi (*Joint List*) da ogni attività parlamentare per aver definito i soldati israeliani "assassini".Il fatto è avvenuto durante un incontro del Comitato Educazione, Cultura e Sport, che si è tenuto in attesa della prima lettura di un disegno di legge che autorizza il Ministro dell'istruzione a vietare la possibilità di svolgere attività interne alle scuole alle organizzazioni critiche dell'IDF.

A seguito dell'episodio, Oren Hazan (*Likud*) ha presentato una denuncia contro Zoabi al Comitato etico parlamentare, che ha votato per allontanare Zoabi dalla *Knesset* e dai lavori di ogni commissione per una settimana.

EMENDAMENTO ALLA *DEFENSE SERVICE LAW* E BILANCIO 2019

Costituendo un altro importante tassello, insieme alla *Supermarkets Law*, del compromesso tra i partiti laici e quelli ultraortodossi interni alla maggioranza, e di fatto ponendo fine alla peggiore crisi di governo dalla formazione, nel 2015, dell'attuale esecutivo, un disegno di legge promosso da partiti religiosi ma fieramente opposto dal ministro della Difesa Avigdor Liberman è stato approvato in lettura preliminare dalla *Knesset* il **13 marzo.**

Il plenum della *Knesset* ha votato infatti 59-38 a favore del disegno di legge, emendamento della *Defense Service Law* (1986), che esenterebbe gli studenti delle *yeshivot*, le scuole rabbiniche, dal servizio militare. Il testo sottoposto al voto preliminare è però solo una versione temporanea proposta da Yoav Ben Tzur (*Shas*), e la sua approvazione, per quanto solo nella lettura preliminare, ha confermato la tenuta dell'accordo tra le parti.

ISSN 2279-7238

Come previsto infatti, molti membri di *Yisrael Beytenu* hanno votato contro il disegno di legge, dopo che il comitato ministeriale per la legislazione aveva, dati alla mano, allontanato lo spettro dei numeri e istruito le diverse anime della maggioranza a votare secondo coscienza. Secondo l'accordo tra le parti, la discussione dell'emendamento sulla coscrizione sarà congelata fino a quando una proposta di testo non verrà elaborata dal Ministero della Difesa e fusa con il testo Ben Tzur, presumibilmente bilanciando la proposta e rilanciando un'ampia discussione parlamentare sulla annosa questione del drafting militare della popolazione ultraortodossa.

Come si è già detto, le lotte intestine per le nuove norme, sollecitate dalla Corte Suprema circa l'arruolamento ultraortodosso, hanno più volte spinto il Governo sull'orlo delle elezioni, con le parti ferme sulle rispettive posizioni. Gli ultraortodossi hanno minacciato di silurare il bilancio statale del 2019 se la legge sull'arruolamento non fosse passata in lettura preliminare, mentre il Ministro delle finanze Moshe Kahlon ha più volte minacciato, soprattutto tra febbraio e marzo, di essere pronto a far crollare la maggioranza se il *Likud* di Netanyahu non avesse garantito l'approvazione del bilancio.

A seguito dunque di tale accordo in extremis tra le diverse anime che compongono la maggioranza, il **15 marzo** è stata approvata in via definitiva la legge di bilancio 2019, manovra da 479,6 miliardi di Nis, con il voto di 62 MK favorevoli e 54 contrari.

GOVERNO

NETANYAHU COME MINISTRO DELLA SALUTE

Il plenum della *Knesset* ha approvato il **5 febbraio** l'annuncio del Governo che affida temporaneamente il dicastero della Salute a Benjamin Netanyahu, già Primo ministro e Ministro degli esteri.

Quarantotto MK hanno approvato la decisione, che è stata raggiunta in conformità con la Legge fondamentale: il Governo 36 invece i voti contrari alla nomina.

EMENDAMENTO N.6 ALLA *BASIC LAW*: *THE GOVERNMENT*, DICHIARAZIONE DI GUERRA

La *Knesset* ha approvato il **30 aprile** una proposta di legge che trasferirà l'autorità necessaria a dichiarare lo stato di guerra ed avviare operazioni militari dal Governo

ISSN 2279-7238

al *Political-Security Cabinet*[785] e, in casi di conclamata emergenza, solo al Primo Ministro e al Ministro della Difesa.

Vi è tuttavia da notare che l'emendamento approvato non specifica quali siano le circostanze emergenziali entro i cui limiti il Premier o il Ministro della Difesa potranno fare a meno di un voto del *Cabinet*, o da chi tali circostanze debbano essere determinate, limitandosi solamente a sottolineare che tale fattispecie si verificherà solo in caso di "conclamata gravità o urgenza".

La legge costituisce un emendamento alla *Basic Law: The Government*, e richiederà ora al Primo ministro di dichiarare guerra ottenendo l'approvazione del Political-Security Cabinet anziché del Governo nel suo insieme, anche in assenza di alcuni membri. Sessantadue parlamentari hanno votato a favore dell'emendamento, mentre 41 hanno votato contro nel Plenum della Knesset.

La legge è stata sponsorizzata dal Ministro della giustizia Ayelet Shaked (*Habayt Hayehudi*) e dal Presidente della commissione per gli affari esteri e la difesa della Knesset, Avi Dichter (*Likud*).

JEWISH NATION STATE LAW

Dopo che il **13 marzo** la speciale commissione formata congiuntamente dall'*House Committee* e dalla Commissione Costituzione, Legge e Giustizia della *Knesset* aveva dato il via libero per la prima lettura del progetto di legge, noto come *Jewish Nation State Law* (P/1989/20), di cui si è già dato conto, il Parlamento israeliano ha approvato, in seduta notturna, il **30 aprile** il testo in prima lettura, con un voto che ha visto 64 Mk votare a favore e 50 contro.

La *Knesset* ha approvato una versione relativamente "più morbida" del testo presentato da Avi Dichter (*Likud*), senza la sezione n. 13, che supportava la subordinazione dei valori democratici di Israele alla sua identità di stato ebraico. Tale cambiamento, che aveva scatenato uno dei più violenti dibattiti giuridici e politici della storia israeliana, dovrebbe dunque modificare lo scopo originale della Basic Law proposta, che che intendeva intervenire, attraverso lo status quasi-costituzionale delle Basic Law, per orientare le sentenze della Corte Suprema in modo tale che i cosiddetti valori nazionali o tradizionali ebraici potessero avere la precedenza sui valori democratici.

Un'altra sezione del disegno di legge approvato è intesa a consentire l'insediamento di comunità solo per persone di religione ebraica, anche se i rappresentanti dell'ufficio del Procuratore generale e il dipartimento legale della *Knesset* hanno fatto sapere immediatamente di ritenere tale sezione discriminatoria e

[785] הקבינט המדיני-ביטחוני HaKabinet haMedina-Bitachoni

ISSN 2279-7238

incostituzionale, e premendo perché venga censurata nel prosieguo dell'iter legislativo. Rimane invece all'interno del testo votato la proposta che vedrebbe esclusivamente l'ebraico godere dello status di lingua ufficiale (secondo il testo, l'arabo godrebbe però di uno "status" privilegiato").

Viste le sonore opposizioni parlamentari e le divisioni interne alla maggioranza, l'Esecutivo Netanyahu sembra attualmente orientato a non ripresentare lo stesso testo nelle fasi successive di approvazione e ha già dato nuovo incarico alla Commissione ad hoc affinché arrivi ad un nuovo testo. Tuttavia, vista l'approvazione ricevuta in prima lettura, sarà proprio la Commissione a stabilire se la nuova proposta dovrà essere votata nuovamente in prima lettura o potrà automaticamente arrivare alla fase successiva di approvazione.

CAPO DELLO STATO

LA NECESSITÀ DI UN EQUILIBRIO NUOVO TRA I POTERI

Come già ampliamente sottolineato, il quadrimestre considerato ha visto accentuarsi drasticamente lo storico conflitto tra i poteri in Israele.

Avvalendosi del suo ruolo di simbolo super partes dell'unità nazionale, il Presidente Rivlin è intervenuto più volte sull'argomento, con raccomandazioni e inviti, anche fermi, affinchè si chiuda il tormentato scontro tra l'attuale esecutivo, soprattutto nei ministri di *Habayt Hayehudì*, e la Corte Suprema.

Il **29 aprile**, intervenendo alla cerimonia per le nuove nomine alla Corte d'Appello militare, Rivlin ha invitato la Knesset e la magistratura ad uno sforzo comune sull'argomento, auspicando una discussione aperta e definitiva sull'argomento, e non mancando di menzionare la tanto discussa *Override Bill,* vero oggetto del contendere nell'attuale *Knesset*.

Il Presidente ha dichiarato che le critiche all'operato della Corte possono essere sane e augurabili, ma che è necessario lavorare ad una nuova *Basic Law* che chiarisca, definitivamente, l'equilibrio di poteri tra Parlamento e Corte.

Tale *Basic Law* dovrebbe, nell'ottica del Presidente, rinforzare l'autorità della Corte Suprema e il suo diritto di esaminare le leggi approvate dalla *Knesset*, rispettando però tutti i rami e i meccanismi governativi e parlamentari, garantendo che siano equamente bilanciati.

ISSN 2279-7238

OVERRIDE CLAUSE: EMENDAMENTO ALLA *BASIC LAW: HUMAN DIGNITY AND LIBERTY*

Il quadrimestre preso in analisi, come già detto, vede sopra di ogni altra questione l'acuirsi dello scontro tra l'esecutivo Netanyahu e la Corte Suprema, soprattutto dopo la sentenza della Corte che ha bloccato il piano di rimpatri forzati per i richiedenti asilo arrivati in Israele.

In quello che si è trasformato, senza esagerazioni, nel più violento attacco nella storia israeliana al potere della Corte, i partiti più agguerriti della maggioranza hanno deciso durante l'**aprile 2018**, di programmare per il 6 maggio 2018 la riunione del Committee incaricato dell'analisi della cosiddetta "*override clause*".

Se il disegno di legge, presentato come progetto di legge privato dai membri della Knesset, Nissan Slomiansky e Bezalel Smotrich (*Habayit Hayehudì*), dovesse essere approvato dal comitato e successivamente dalla Knesset in 3 successive letture, la Knesset sarà di fatto in grado di emanare leggi che violano i diritti umani sanciti nella *Basic Law: Human rights and dignity*. Secondo tale emendamento infatti, se il Parlamento israeliano dovesse approvare con la maggioranza regolare di soli 61 parlamentari, anche qualora la disposizione fosse esplicitamente in contrasto con le Legge fondamentale, la legge sarà immune da essere annullata dall'Alta Corte di Giustizia e rimarrà in vigore per quattro anni prima di poter essere riesaminata.

Anche se il Commitee dovesse dare via libera per la discussione in aula, sembra comunque poco probabile che l'emendamento goda di una maggioranza sufficiente per l'approvazione. Lo stesso Netanyahu sembra infatti incerto su quale possa essere la via più agevole verso l'approvazione del disegno di legge: da una parte *Habayt Hayehudì*, soprattutto nelle persone di Naftali Bennet, Ministro dell'Istruzione e Ayelet Shaked, Ministro della Giustizia, spingono sull'acceleratore minacciando la tenuta di coalizione, dall'altra Moshè Kahlon, Ministro delle Comunicazioni, che ha già espresso forti dubbi sull'appoggio del suo partito, *Kulanu*, al disegno di legge.

Oltre alle obiezioni interne alla coalizione e alla *Knesset* in genere, il Premier deve fare i conti anche con le critiche espresse dalla Corte stessa, con la sua Presidente Hayut che in un colloquio con Netanyahu e Shaked del **27 aprile**, parla di minaccia reale alla democrazia israeliana e addirittura del Procuratore Generale Mendlebit, che già in passato ha avuto numerosi scontri con l'esecutivo Netatanyahu circa altre proposte ritenute controverse e, in alcuni casi, antidemocratiche.

ISSN 2279-7238

Si inasprisce il confronto con l'Unione Europea, mentre si aprono nuovi capitoli di conflitto con l'estero*

di Jan Sawicki**

Con l'avvio del 2018 giunge a metà la legislatura dominata da "Diritto e giustizia" (PiS), il partito che non nasconde la sua vocazione sovranista e tende all'instaurazione in Polonia di una 'democrazia illiberale'. L'anno inizia, fatto senza precedenti, con l'instaurazione da parte dell'Unione europea di una procedura *ex* art. 7 TUE per violazione dei principi dello stato di diritto in merito ad alcune leggi sul giudiziario adottate nel 2017. L'esecutivo polacco cerca di far fronte a questo conflitto facendo uso dell'arte diplomatica e di un minimo di concessioni, mostrandosi disponibile ad effettuare modifiche più o meno cosmetiche al contenuto di quelle leggi (già ampiamente trattato nelle precedenti *Cronache*). L'atteggiamento è per il momento guardingo, forte della consapevolezza che l'Europa vive una fase di incertezza dovuta tra l'altro alle riforme della propria *governance* economica, all'incipiente conflitto commerciale con gli USA, agli stessi sviluppi potenzialmente illiberali in altri importanti Stati europei. La strategia è quella di attendere per verificare fino a che punto l'UE sia realmente disposta e capace di avanzare sul fronte delle sanzioni contro la Polonia, in modo da adeguare a questa reazione la misura dell'arretramento interno sul piano dell'invasione politica dell'ordinamento giudiziario, che si renderebbe necessario per pure ragioni di convenienza politica.

Come se ciò non bastasse, un nuovo motivo di scontro con l'estero si aggiunge (in particolare con Israele e con gli USA), esplodendo in coincidenza con una ricorrenza storica – la liberazione del *Lager* nazista tedesco di

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

**Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano.

ISSN 2279-7238

Auschwitz – che più infelice non potrebbe essere. In Polonia è in vigore fin dal 1998 una legge «sull'Istituto per la Memoria nazionale», istitutiva anche di una Commissione per la persecuzione dei crimini contro la Nazione polacca. L'Istituto ha svolto per molti anni un'attività di ricerca storica anche meritoria sugli innumerevoli crimini contro l'umanità compiuti in territorio polacco nel corso del ventesimo secolo, ad opera di autorità estere che ne usurpavano la sovranità nazionale a seguito di invasioni ma anche di autorità polacche che agivano nel nome di regimi totalitari, senza trascurare responsabilità di singoli cittadini. Per un certo periodo l'attività dell'Istituto è sembrata svilupparsi a 360 gradi, dando luogo a innumerevoli studi privi di precise inclinazioni ideologiche, ma negli ultimi anni anche questo orientamento ha cominciato a mutare. Sotto l'ultimo esecutivo, in effetti, l'accentuazione si è spostata sull'esclusivo martirio subito dalla nazione polacca ad opera di potenze estere o al massimo sulla collaborazione prestata dai dirigenti comunisti durante il periodo di predominio sovietico, mentre ogni ricerca in merito a responsabilità dirette o indirette anche di privati cittadini polacchi, in attività ai danni di altri gruppi etnici o religiosi – ebrei ma anche ucraini – non è più stata ben vista. In ogni caso un punto focale della legge è sempre stato quello dell'art. 55, che penalizza indistintamente chiunque neghi contro i fatti crimini o atrocità di matrice nazista o comunista, ovvero crimini contro la pace o contro l'umanità commessi contro cittadini polacchi, di qualunque religione ed estrazione etnica, tra il 1 settembre 1939 e il 31 luglio 1990.

L'attuale Governo ha da parte sua presentato un disegno di legge volto a integrare la norma in parola con la penalizzazione (artt. 55 *a* e *b*) di ogni pubblica attribuzione «alla Nazione polacca o allo Stato polacco» di responsabilità relative ai crimini nazisti commessi «dal terzo *Reich* tedesco», rendendo penalmente perseguibili – almeno in teoria – anche affermazioni di tal fatta commesse da cittadini stranieri, con l'eccezione di opere artistiche o scientifiche. L'iniziativa è stata imposta in realtà da un singolo motivo, ovvero

ISSN 2279-7238

da pubblicazioni, specie apparse su media anglofoni – per la verità alquanto sporadiche – recanti espressioni quali «*Polish death camps*», dovute vuoi a scarsa accuratezza vuoi ad eventuale malafede, ma comunque facilitate dal fatto che un gran numero di campi di sterminio nazisti furono edificati dal regime di Hitler sul suolo polacco occupato con la facilitazione logistica che una grande maggioranza di ebrei era già residente stabilmente su quel suolo. La soluzione repressiva in forma legislativa è stata giustificata con il fatto che i precedenti tentativi, esperiti negli anni dai governi polacchi – specie da quelli precedenti, di orientamento liberale, e accusati di scarso patriottismo –, volti a correggere quelle espressioni tramite azioni della diplomazia polacca *in loco*, hanno prodotto risultati solo in parte soddisfacenti. La vaghezza della formula che incrimina chiunque attribuisca crimini «alla Nazione polacca», permettendo potenzialmente di colpevolizzare anche riferimenti a responsabilità di singoli individui, non ha fatto arretrare l'attuale maggioranza dai propri propositi.

Quando la notizia in merito all'imminente adozione della legge si è diffusa, reazioni accese si sono scatenate in Israele, e poco di seguito negli Stati Uniti, con cui si è arrivati ad accusare il Parlamento polacco di negazionismo di fatto (le tensioni con gli USA sono dovute soprattutto ai potenziali rischi per la libertà di manifestazione del pensiero). Gli sviluppi sono quelli di cui si darà conto qui di seguito, ma è certo che – nonostante sforzi politico-diplomatici volti a ricucire i rapporti – un quarto di secolo di impegno per allacciare un dialogo stretto tra polacchi e comunità ebraica in generale sembra a questo punto in gran parte sprecato. Il coinvolgimento del Tribunale costituzionale potrebbe porre un parziale rimedio al danno, considerato che quest'organo, nella sua nuova compagine alquanto 'amichevole' nei confronti del Governo, potrebbe rimuovere le disposizioni contestate consentendo a quest'ultimo di 'salvare la faccia'.

ISSN 2279-7238

PARLAMENTO

L'ELEZIONE DEI NUOVI MEMBRI DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA

Il **5 marzo**, in applicazione della nuova legge sul Consiglio nazionale della magistratura (KRS), approvata in via definitiva lo scorso 10 dicembre, il *Sejm* elegge la sua quota di quindici rappresentanti (togati, e finora sempre eletti dalla stessa magistratura) presso lo stesso organo. L'elezione in blocco avviene con 267 voti a favore (PiS e il gruppo Kukiz 15), nessun contrario e due astenuti (le opposizioni hanno boicottato il voto). Dei 15 eletti, nove sono 'in quota' PiS e sei sono stati indicati dal gruppo di Kukiz. A provocare polemiche sono state le procedure di selezione, ritenute poco trasparenti, e il fatto che allo scadere del termine previsto per legge sono state presentate appena 18 candidature tra un totale di quasi diecimila giudici. Il gruppo parlamentare di Piattaforma civica (PO) preannuncia che presenterà una denuncia contro il presidente del *Sejm* Marek Kuchciński, per non aver voluto costui pubblicare l'elenco delle sottoscrizioni a sostegno dei candidati, in violazione di alcune disposizioni di legge (ma gli uffici parlamentari replicano che tale pubblicità non è imposta né dalla legge sul KRS né da altri specifici atti normativi). Come conseguenza di questo fatto, annuncia le proprie dimissioni la presidente del KRS Małgorzata Gersdorf, alla quale – in quanto anche prima presidente della Corte suprema – spetta l'attribuzione di convocare il Consiglio di nuova elezione. La stessa Gersdorf, tuttavia, convocherà la seduta inaugurale del nuovo Consiglio per il 29 aprile (dopo alcune resistenze che la hanno fatta accusare di sabotaggio).

GOVERNO

UN ATTESO RIMPASTO GOVERNATIVO

Dopo la sostituzione della premier Beata Szydło con Mateusz Morawiecki, lo scorso autunno, un ulteriore rimpasto viene effettuato entro il Governo, soprattutto per volontà del leader di "Diritto e giustizia" Jarosław Kaczyński. Il **10 gennaio** sei ministri vengono sostituiti. Sono soprattutto i nomi dei ministri rimossi a provocare scalpore. Si tratta di Antoni Macierewicz alla difesa, sostituito da Mariusz Błaszczak (già ministro dell'interno) e di Witold Waszczykowski agli esteri, il cui posto è preso dal diplomatico Jacek Czaputowicz. Nel primo caso si tratta di una figura politica di grande rilievo, e altrettanto controversa, che ha costruito gli ultimi anni della propria

ISSN 2279-7238

carriera – con scarsi risultati – nel tentativo di dimostrare la responsabilità russa, e una parziale complicità del precedente Governo polacco sotto Donald Tusk, per l'incidente aereo di Smolensk in cui perì, nel 2010, l'ex Presidente della Repubblica Lech Kaczyński. Macierewicz era coinvolto in un conflitto con il Presidente della Repubblica Duda, e la sua rimozione viene interpretata come un gesto distensivo nei suoi confronti da parte di Jarosław Kaczyński, che pure con Duda ha avuto tensioni in particolare dovute alle leggi di riforma dell'ordinamento giudiziario. La sostituzione di Waszczykowski colpisce il protagonista di aspri scontri diplomatici con l'UE negli ultimi due anni, ed è volta a dare la parvenza di un confronto costruttivo con l'Europa. L'intero rimpasto vuole dare la sensazione di uno spostamento complessivo in senso centrista del Governo di destra.

I PREMI DI PRODUTTIVITA' PER I MINISTRI

In seguito ad alcune pubblicazioni di stampa, alla **fine di marzo** esplode uno scandalo relativo al versamento di 'premi di produttività' riconosciuti a tutti i membri del precedente Governo di Beata Szydło nel corso del 2017. Tali premi, come poi l'esecutivo diretto da Mateusz Morawiecki è costretto a confermare in risposta a un'interrogazione parlamentare di un deputato dell'opposizione, sono ammontati a un totale di circa 5 milioni di *złoty* (circa 1.100.000 euro), suddivisi tra ministri, viceministri e sottosegretari. La notizia crea imbarazzo non solo nel Governo, ma soprattutto nel partito "Diritto e giustizia", che ha fondato gran parte della sua popolarità su una predicazione moralista contro l'arroganza e l'avidità del potere. L'elettorato del partito, secondo i suoi stessi dirigenti, è pronto ad ammettere alcune restrizioni delle libertà civili o un'attuazione discutibile della Costituzione, ma – essendo meno agiato della media nazionale – non è disposto a tollerare un tenore di vita eccessivo da parte dei suoi rappresentanti. E' per questo che Jarosław Kaczyński, allarmato da alcuni sondaggi dell'opinione pubblica, annuncia che imporrà ai membri dell'esecutivo di devolvere alla Caritas i premi già percepiti, e che farà approvare dal Parlamento un taglio, pari al 20%, del complessivo trattamento economico riservato a deputati e senatori nonché ai dirigenti di tutte le società e aziende a partecipazione statale.

CAPO DELLO STATO

ISSN 2279-7238

DUDA PROMULGA LA MODIFICA ALLA LEGGE SULL'ISTITUTO DELLA MEMORIA NAZIONALE

Il presidente della Repubblica Andrzej Duda promulga il **5 febbraio** la controversa novella alla legge del 1998 sull'Istituto per la memoria nazionale, di cui si è detto in premessa. Al tempo stesso, tuttavia, come la Costituzione gli consente di fare, presenta un ricorso preventivo presso il Tribunale costituzionale in merito all'art. 55 *bis* della legge, recante incriminazione – fino ad un massimo di tre anni di pena – per le pubbliche diffamazioni della nazione o dello Stato polacco in merito alle responsabilità per crimini commessi sotto l'occupazione nazista. Secondo Duda, le ragioni della legge, che sono ampiamente giustificate, devono essere esaminate sotto il profilo della sua costituzionalità soprattutto per il bene delle relazioni di un partner strategico come Israele.

ISSN 2279-7238

Il Brexit Bill all'esame della Camera dei Lords*

di Giulia Caravale**

Manca oramai meno di un anno al 29 marzo 2019, giorno in cui il Regno Unito uscirà dall'Unione europea e, mentre è iniziato il conto alla rovescia, il clima appare ancora segnato da profonda incertezza. Un'incertezza che non riguarda solo il contenuto dell'accordo che il Paese riuscirà a raggiungere con l'Europa, ma che si estende anche alle modalità di "rimpatrio" della normativa europea e della futura ripartizione di competenze tra centro e periferia.

Nel mese di **marzo** Unione europea e Regno Unito hanno fissato al 31 dicembre 2020 la fine del periodo di transizione post *Brexit*, periodo necessario non solo per definire la natura dei rapporti futuri tra il Paese e l'Europa, ma anche per abituarsi gradualmente alla nuova realtà politica ed economica. Durante tale fase il Regno Unito continuerà a rimanere all'interno del mercato unico e ad essere soggetto alla normativa europea, pur non potendo contribuire più alla sua formazione. Il Regno potrà stipulare accordi commerciali con i Paesi terzi, accordi che però entreranno in vigore solo alla fine del periodo di transizione. L'accordo di marzo rappresenta un importante passo avanti nel cammino delle trattative, ma la strada che resta da percorrere è ancora lunga e particolarmente insidiosa soprattutto perché resta da definire la questione del confine nord irlandese.

I negoziati con l'Europa non costituiscono l'unico problema che sta affrontando il Governo minoritario guidato dalla May, dato che l'uscita dall'Unione comporta necessariamente l'approvazione di diversi atti in grado di garantire che tale passaggio avvenga senza creare vuoti normativi od incertezza del diritto. La complessità dell'interazione dei diversi sistemi giuridici rende, infatti, molto complesso uscire dall'Europa. Peraltro, a motivo della coincidenza tra le materie europee e quelle

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

devolute, il "rimpatrio" delle competenze dovrà essere articolato tra centro e periferia, in armonia con l'assetto devolutivo asimmetrico presente nel Regno.

Questo primo quadrimestre del 2018 è stato caratterizzato dall'esame del principale disegno di legge sulla *Brexit*, l'*European Union (Withdrawal) Bill*, da parte della Camera dei Lords, con esiti che possono dirsi emblematici del difficile rapporto tra Camera alta ed esecutivo. Obiettivo del *bill* è l'abrogazione dell'*European Communities Act* 1972 e la conversione in normativa nazionale di tutta quella europea. A tal fine il testo ha previsto una nuova categoria di atti legislativi nazionali, le "retained EU laws", che renderanno effettiva la normativa europea nel Regno dopo l'uscita. Il disegno di legge prevede poi un'ampia delega nei confronti dei ministri nazionali (e quelli dei Governi devoluti), conferendo loro il potere di abrogare o modificare gli atti di derivazione comunitaria in modo da adeguarli alla nuova realtà del Regno. Inoltre il disegno di legge disciplina la complessa questione del passaggio delle competenze dall'Unione europea al Regno Unito nelle aree che rientrano nelle materie devolute. Nel testo originario il *bill*, al fine di garantire un'applicazione uniforme, prevedeva che tali materie fossero rimpatriate in un primo momento tutte a Londra e, in un secondo momento, redistribuite alle amministrazioni devolute, le quali avrebbero anche ricevuto, attraverso *Orders in Council*, il potere di modificare le "retained EU laws". Infine, il testo presentato dal Governo prevedeva che le leggi delle assemblee devolute – attualmente nulle se contrarie alla normativa europea - non potessero essere contrarie alle "retained EU law" nazionali. Sui problemi della *Brexit* per la *devolution* torneremo nella sezione dedicata alle autonomie; in questa sede si anticipa solo che negli ultimi mesi si è assistito ad una forte contrapposizione tra il Governo May e quelli scozzese e gallese in merito al problema del trasferimento delle competenze provenienti da Bruxelles; che i Parlamenti di Scozia e Galles hanno approvato due *Continuity Bills* per disciplinare tale passaggio di competenze in modo autonomo da Londra; che il **17 aprile** il Governo centrale ha chiesto l'intervento della Corte suprema per chiedere se i *Continuity Bills* fossero "within devolved

ISSN 2279-7238

legislative powers"; ed, infine, che il **24 aprile** il Governo May è riuscito a trovare un accordo con quello gallese, mentre rimane ancora molto distante da quello scozzese.

Tornando all'esame del *bill* da parte della Camera dei Lords bisogna innanzi tutto osservare che esso è stato particolarmente accurato in considerazione dell'importanza della materia. L'attenzione mostrata emerge in primo luogo dal fatto che tutti i dibattiti hanno registrato una partecipazione molto attiva da parte dei Pari, sia con record di iscrizioni ad intervenire, sia con un'ampia partecipazione alle votazioni. In secondo luogo dal fatto che i Pari, per iniziare ad occuparsi della questione, non hanno rispettato la prassi di attendere che il *bill* fosse sottoposto al loro esame e, già a settembre scorso, mentre i Comuni procedevano con la seconda lettura, due Comitati della Camera alta (l'*House of Lords Constitution Committee* e l'*House of Lords Delegated Powers Committee*) avevano pubblicato rapporti molto critici sul testo. Ciò al fine di fornire un fattivo contributo al dibattito e di sollecitare un intervento del Governo.

Quando poi è iniziato l'esame del *bill* da parte della Camera alta a tali rapporti si è aggiunto quello pubblicato il **29 gennaio** dal *Constitution Committee* dei Lords dal titolo *EU (Withdrawal) Bill*. Il *report*, in linea con i precedenti, ha affermato che il testo del *bill* determinava una profonda incertezza giuridica per il Regno Unito post *Brexit*. Il disegno di legge, poi, è stato reputato "constitutionally unacceptable" sia perché conferiva poteri eccessivi al Governo, a cui consente di intervenire per modificare le "retained EU laws" senza un accurato controllo del Parlamento, sia perché non teneva conto in modo adeguato della volontà delle amministrazioni devolute. Il Comitato non si è limitato solo a criticare l'esecutivo, ma ha suggerito alcune modifiche al testo. Ad esempio, ha invitato a far chiarezza sullo status delle "retained EU laws", proponendo di considerare tali atti come legislazione primaria emanata nel giorno dell'uscita dall'Unione europea. Nelle parole della Baroness Taylor of Bolton, presidente dell'*House of Lords Constitution Committee*: "The supremacy of EU law is a European legal concept rather than a domestic one, and perpetuating it after exit day does not fit comfortably with existing constitutional and legal principles.

ISSN 2279-7238

However, for legal continuity, existing EU law must continue to have precedence over pre-exit domestic law. Our proposal, to treat retained EU law as primary legislation, and to consider it to be 'enacted' on exit day, achieves this goal, in line with the doctrine of parliamentary sovereignty and the domestic principle of the primacy of the most recent Act of Parliament" (*Addressing the constitutional flaws in the EU Withdrawal Bill: The View of the The view of the Constitution Committee).*

Una soluzione, questa che, tuttavia, non ha convinto appieno molti commentatori[786], dato che non riusciva a risolvere tutte le incertezze giuridiche relative alle "retained EU laws" e creava ulteriori problemi al rapporto gerarchico tra le fonti del diritto. Il Governo ha accolto, comunque, alcuni dei suggerimenti proposti e, durante l'esame alla Camera dei Lords, ha introdotto la distinzione all'interno delle "retained EU laws" tra 'direct principal' e 'direct minor'. Una suddivisione che però, come affermato nel dibattito da Lord Pannick, non risolve i futuri problemi interpretativi di fronte a cui potrebero trovarsi le Corti e che dovrà essere oggetto di nuovo esame da parte dei Comuni nei prossimi mesi.

Per quanto riguarda, poi, le conseguenze della *Brexit* per le amministrazioni devolute, il comitato dei Lords ha auspicato il raggiungimento di un accordo politico tra il Governo britannico e quelli devoluti, in assenza del quale, a suo parere, le ripercussioni costituzionali potrebbero essere molto gravi.

Infine, in relazione al problema della delega eccessiva di poteri conferiti ai ministri il comitato ha suggerito di introdurre forme di controllo parlamentare sul loro operato da attuare attraverso l'istituzione di un apposito comitato parlamentare. Anche il *Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*, con il rapporto *European Union (Withdrawal) Bill* pubblicato il **1 febbraio**, ha invitato il Governo ad introdurre

[786] Tra i principali contributi: J. Blackwell, *Scrutiny of SIs: further amendments are needed to EU (Withdrawal) Bill*, in hansardsociety blog; M. Elliott and S. Tierney, *Sovereignty or Supremacy? Lords Constitution Committee Reports on EU (Withdrawal) Bill*, U.K. Const. L. Blog (29th Jan. 2018); P. Craig, *The Withdrawal Bill, Status and Supremacy*, U.K. Const. L. Blog (19th Feb. 2018); P. Craig, *European Union (Withdrawal) Bill: Legal Status of EU Retained Law*, U.K. Const. L. Blog (26th Feb. 2018); S. Laws, *Giving "Deemed" Domestic Law Status to Retained EU Law*, U.K. Const. L. Blog (28th Feb. 2018). Il Bingham Centre for the Rule of Law ha pubblicato il rapporto *The EU (Withdrawal) Bill A Rule of Law Analysis of Clauses 1-6* il 21 febbraio; A. Young, *Status of EU Law Post Brexit: Part One*, *Part Two*, U.K. Const. L. Blog (2nd May 2018)

ISSN 2279-7238

gli emendamenti necessari per limitare tale delega; alcune di queste raccomandazioni sono state accolte dall'esecutivo, ma il *Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* nei rapporti pubblicati il **23 aprile** *European Union (Withdrawal) Bill: Government Amendments* e il **26 aprile** *European Union (Withdrawal) Bill: Further Government Amendments* lo ha invitato comunque ad introdurne di nuovi.

Ma l'esame del disegno di legge da parte della Camera dei Lords passerà alla storia per le numerose sconfitte subite dal Governo: gli emendamenti introdotti potranno di certo essere tutti respinti quando il testo tornerà all'esame della Camera dei Comuni nei prossimi mesi (anche se la durata biennale della presente sessione parlamentare rende inutile il ricorso ai *Parliament Acts* 1911 e 1949). Essi comunque ci permettono di fare alcune osservazioni sul rapporto tra Governo e Camera dei Lords e più in generale sul ruolo del Parlamento nel processo di *Brexit*.

Tra i diversi emendamenti introdotti sicuramente quelli più rilevanti riguardano l'unione doganale e il voto del Parlamento sull'accordo finale. In relazione al primo aspetto si ricorda che la posizione ufficiale del Governo, espressa dalla May fin dallo scorso anno, è quella di una *hard Brexit* che comporta l'uscita dal mercato comune e dall'unione doganale. I sostenitori della *soft Brexit*, tra cui anche il leader del partito laburista, sono, invece, a favore dell'unione doganale che risolverebbe pure il problema del confine nord irlandese, evitando la creazione di una barriera fisica interna all'isola, contraria agli accordi del 1998. L'emendamento approvato ai Lords il **18 aprile**, con 348 voti a favore e 225 contrari e con il sostegno di 24 conservatori, prevede che i ministri riferiscano al Parlamento per illustrare come hanno deciso di negoziare per restare nell'unione doganale, prima di lasciarla ("the steps taken in negotiations under Article 50(2) of the Treaty on European Union to negotiate, as part of the framework for the United Kingdom's future relationship with the European Union, an arrangement which enables the United Kingdom to continue participating in a customs union with the European Union"). Il Governo ha affermato che cancellerà l'emendamento ai Comuni, mentre il ministro degli esteri Boris Johnson e quello del commercio Liam Fox minacciano di dimettersi se il Regno

ISSN 2279-7238

Unito dovesse rimanere nell'unione doganale. La May tuttavia non può non tenere conto che l'Unione europea, il Governo irlandese, il mondo economico insistono per tale permanenza e sta quindi studiando una formula alternativa che consentirebbe al Paese di non aderire più formalmente alla "custom union", senza eliminarla di tutto di fatto.

Il secondo emendamento da ricordare è l'emendamento 49 presentato il **30 aprile** dal Visconte Hailsham e approvato con 335 voti a favore e 244 contrari. L'emendamento introdotto attribuisce un maggior peso al voto finale del Parlamento sull'accordo e si riallaccia, quindi, a quello presentato ai Comuni a dicembre scorso dal conservatore "ribelle" Dominic Grieve diretto a sottoporre ad approvazione parlamentare l'accordo definitivo. Il Governo, infatti, pur avendo dichiarato fin dallo scorso anno che il Parlamento avrebbe espresso "a meaningful vote" sull'accordo, non aveva specificato le modalità per farlo. L'emendamento dei Lords prevede che il Parlamento non solo voti (tramite una *resolution* della *House of Commons* e di una *motion* della *House of Lords)* se accettare o respingere il testo, ma che, nell'ipotesi in cui decida di respingerlo, possa invitare il Governo a riprendere i negoziati per evitare di arrivare a conclusione delle trattative senza un accordo, e di trovarsi, quindi, in quella situazione che la May aveva definito come "no deal is better than a bad deal".

L'emendamento introdotto ribadisce quindi quanto già affermato nella sentenza Miller, vale a dire il ruolo centrale che il Parlamento (ed in particolare la Camera dei Comuni) deve rivestire nel processo di *Brexit*. In proposito risulta molto interessante quanto emerso nel corso del dibattito parlamentare sull'emendamento: Lord Halisham, ad esempio, ha affermato che: "whatever the outcome, terms or no terms, this country's future should be determined by Parliament, ultimately by the House of Commons, and not by Ministers. In a parliamentary democracy, that is what ought to be meant by "a meaningful vote". La Camera dei Lords quindi ha ribadito ai *Leavers*, i quali durante la campagna referendaria rivendicavano il "taking back control" della sovranità parlamentare, che tale sovranità non può essere ceduta all'esecutivo.

ISSN 2279-7238

Anche se alcuni organi di stampa e diversi ministri, tra cui Liam Fox, hanno accusato la Camera dei Lords di non voler rispettare la volontà popolare espressa con il referendum e di voler rinviare *sine die* la *Brexit*; anche se alcuni hanno paragonato l'attuale situazione alla crisi costituzionale del 1910; anche se a seguito delle sconfitte del Governo la petizione diretta a chiedere un referendum per abolire i Lords ha ricevuto più di 150.000 sottoscrizioni, l'emendamento introdotto ai Lords appare diretto a rimarcare insieme con la sovranità del Parlamento e all'interno di queta la supremazia della *House of Commons,* confermando la disponibilità della Camera alta ad accettare che tutte le "decisive decisions" siano prese dai Comuni. Come ha osservato Meg Russel, la Camera dei Lords non sta cercando di evitare la *Brexit* (un emendamento diretto ad indire un nuovo referendum sul tema è stato respinto), ma soltanto di definire i contorni di una *Brexit* che possa essere più compatibile con il sentimento sostanzialmente europeista diffuso nella maggioranza della Camera alta.

La May, come abbiamo detto, ha affermato che il Governo ribalterà ai Comuni la volontà dei Lords e sta prevedendo di nominare anche altri Pari conservatori per cercare di modificare la maggioranza. Una prassi, quella delle nuove nomine, a cui troppo spesso i Premier hanno fatto ricorso negli ultimi decenni, tanto che da anni si discute di una riduzione del numero dei Pari. Peraltro la stessa Premier il **19 febbraio** aveva inviato una lettera allo *Speaker* dei Lords nella quale aveva espresso la propria intenzione di non effettuare nuove "automatic entitlement to a peerage" nei confronti di "senior figures from the judiciary, police, military and civil service", in tal modo aderendo alla proposta formulata nell'ottobre 2017 dal comitato Burns di ridurre a 600, entro i prossimi 10 anni, il numero dei componenti della Camera alta.

Come dicevamo le sconfitte del Governo ai Lords sono il sintomo del complesso rapporto che, a partire dal 1999, si è instaurato tra la Camera alta e l'esecutivo. La consistente riduzione dei Lords ereditari imposta dalla riforma ha permesso, infatti, ai partiti di trovare un maggiore equilibrio all'interno della Camera, dove nessuno

ISSN 2279-7238

gruppo ha la maggioranza assoluta ed è presente anche un consistente schieramento trasversale: tale peculiare composizione, secondo alcuni, fotografa in modo più esatto di quanto non avvenga ai Comuni le reali divisioni presenti nel Paese, compresa la disaffezione della gente nei confronti dei tradizionali schieramenti politici. Al contempo, poi, il fatto che i componenti siano nominati a vita e non abbiano quindi bisogno di essere rieletti rende le loro azioni maggiormente libere dai vincoli di partito consentendo ai Lords di svolgere al meglio la loro funzione di "revising chamber". Alcuni studiosi, poi, considerano la Camera dei Lords un esempio di democrazia deliberativa[787], altri hanno individuato il carattere rappresentativo della Camera non nel momento elettorale, ma nell'essere portavoce di "professional, geographical, social and other kinds of interests, whether relating to their own background, organisations and locations with wich they have developed relationship ('floating constituencies') or unpopular causes"[788].

A seguito della riforma del 1999 i Lords hanno assunto maggior consapevolezza del proprio ruolo e questa nuova legittimazione ha portato ad un incremento della loro opposizione nei confronti delle iniziative governative e ad una nuova lettura della *Salisbury - Addison Convention*, la convenzione per cui i Lords non si oppongono alle proposte inserite nel *manifesto* del partito che vince le elezioni. In diversi casi le sconfitte subite dall'esecutivo sono state poi ribaltate dai Comuni, ma i dati mostrano che il Governo ha più volte fatto propri gli emendamenti che erano stati proposti dai Pari o ha preferito rinunciare ai *bills* da questi contestati.

La *Salisbury -Addison Convention*, peraltro, ha conosciuto una nuova applicazione a seguito dell'inconsueta formazione di *hung parliaments* sia nella legislatura 2010-2015 che in quella attuale. Nella legislatura 2010-2015 la presenza di un Governo di coalizione privo di un proprio *manifesto* pre-elettorale aveva spinto i Lords a sentirsi più svincolati dalla convenzione e al contempo la ridotta posizione egemone del

[787] J. Parkinson *The House of Lords: A Deliberative Democratic Defence*, in *The Political Quarterly* 2007, 374; M. Saward, *Authorisation and Authenticity: Representation and the Unelected*, in *The Journal of Political Philosophy* 2009, 1; J. Mansbridge, *Rethinking Representation* in *American Political Science Review* 2003, 515.
[788] C. Farrington, *Lords Reform: Some Inconvenient Truths*, in *The Political Quarterly* 2015, 302.

ISSN 2279-7238

Premier aveva portato ad un rafforzamento della centralità del Parlamento come sede decisionale, realizzatasi soprattutto grazie alla collaborazione trasversale sperimentata dai *backbenchers* ai Comuni. Anche l'attuale legislatura, iniziata a giugno 2017, è caratterizzata da un *hung parliament* con un Governo conservatore minoritario fondato sull'appoggio esterno del DUP nord irlandese. Una situazione che rende possibile applicare la *Salisbury - Addison Convention* con maggiore elasticità in considerazione della mancata approvazione del *manifesto* elettorale del partito di Governo dalla maggioranza dei cittadini. In proposito appare di particolare interesse la prospettiva attraverso cui è stata letta tale convenzione dalla Baronessa laburista Smith of Basildon durante il dibattito ai Lords successivo al primo *Queen's Speech* post elettorale. A suo parere, infatti: "As an unelected House, this House has recognised the primacy of the other place—the House of Commons—and always will. That was the central premise recognised in the Salisbury/Addison convention, reinforced in the Wakeham report in 2000 and the report of the Joint Committee on Conventions chaired by my noble friend Lord Cunningham of Felling in 2005. Following the election of a minority Government, there has been discussion about whether the conventions of this House still apply, so let us be clear what they are. The Salisbury/Addison convention recognised the legitimacy and the mandate of that great 1945 Labour Government, who had a majority of 146 in the House of Commons but only a handful of Peers in your Lordships' House. The agreement in essence held that, given that majority, this House would not vote against manifesto items at Second Reading or introduce wrecking amendments. Whenever our conventions have been re-examined, the starting point and the endpoint have remained the same. This House recognises the primacy of the Commons, and that is how we have always conducted ourselves. What is also clear in those reports, and from our own experiences, is that the House of Commons has primacy, not the Executive or Government". Si tratta di una sfumatura che ha grande significato e secondo la quale la Camera dei Lords, come Camera non elettiva, non si deve sentire vincolata al rispetto delle decisioni del Governo e quindi dei disegni di legge da esso

ISSN 2279-7238

presentati, bensì al rispetto delle decisioni prese dalla Camera dei Comuni. Se è vero allora che generalmente la volontà dell'esecutivo e quella della Camera dei Comuni coincidono, in una situazione di Governo di minoranza, come quella attuale, la coincidenza potrebbe non essere automatica, soprattutto su un tema così trasversale come quello della *Brexit*. Anche perché alla Camera dei Comuni non esiste una chiara maggioranza a favore di un progetto di *Brexit*, sia esso *hard* o *soft*.

In tale contesto appare possibile considerare l'azione svolta in questi mesi dalla Camera dei Lords del tutto legittima e in linea con il suo compito costituzionale di Camera di riflessione che deve "suggest, argue, explain and enable", una Camera che può quindi offrire il suo fondamentale contributo nel delineare al Paese una traccia per uscire dall'Europa nel modo meno traumatico possibile.

PARTITI

UKIP

Il **21 gennaio** l'*UKIP's ruling national executive committee* (NEC) ha approvato all'unanimità una mozione di sfiducia nei confronti del *leader* del partito Henry Bolton, il quale tuttavia non ha rassegnato le sue dimissioni. La sfiducia è legata ai commenti razzisti rivolti, secondo il *Mail on Sunday*, dalla fidanzata del *leader* nei confronti di Megan Markle, futura moglie del principe Harry. Il **17 febbraio**, però, il 63% degli iscritti ha votato a favore della destituzione del *leader* e la *leadership* è stata assunta pro tempore da Gerard Batten, il quale è stato poi eletto il **13 aprile**. Subito dopo le elezioni il *leader* ha comunicato che intende dimettersi dalla sua carica tra 12 mesi. Dal referendum sulla *Brexit* il partito Ukip ha cambiato 5 *leader*, segno della debolezza del partito una volta esaurita la sua principale missione, quella dell'uscita dall'Unione europea.

PARLAMENTO

BREXIT

ISSN 2279-7238

Oltre all'*European Union (Withdrawal) Bill*, di cui si è parlato nell'introduzione, il Parlamento sta esaminando anche altri disegni di legge relativi alla *Brexit*: il *Trade Bill* ed il *Taxation (Cross-border Trade) Bill* entrambi in discussione ai Comuni.

Il **13 marzo** l'*House of Commons Exiting the European Union Committee* ha pubblicato il rapporto *The progress of the UK's negotiations on EU withdrawal: December 2017 to March 2018* nel quale ha suggerito la possibilità di estendere il periodo di transizione nel caso in cui i tempi delle trattative dovessero allungarsi. Il **4 aprile** lo stesso *Committee* ha pubblicato anche il rapporto *The future UK-EU relationship* nel quale ha esaminato le differenti modalità con cui l'Europa ha definito in questi anni i rapporti con gli stati terzi.

Il **16 aprile** l'*Institute for Government* ha pubblicato il rapporto *Voting on Brexit* il quale ha espresso viva preoccupazione sul poco tempo rimasto per raggiungere l'accordo e per farlo approvare dal Parlamento. Il rapporto ha evidenziato inoltre che il *Withdrawal Agreement and Implementation Bill* che dovrà recepire il testo dell'accordo sarà un *bill* di enorme rilevanza costituzionale e pertanto dovrà essere approvato dopo un accurato esame parlamentare.

POLITICS OF POLLING

L'*House of Lords Committee on political polling and digital media* il **17 aprile** ha pubblicato il rapporto *The politics of polling* che contiene una interessante riflessione sul ruolo dei sondaggi di opinione nelle votazioni britanniche e si sofferma in particolare sugli errori compiuti negli ultimi anni e sull'influenza dei sondaggi sulle scelte dei cittadini e quindi sul sistema democratico. Il Comitato dei Lords ha raccomandato l'incremento del ruolo del *British Polling Council* al fine di garantire una maggior trasparenza.

GOVERNO

RIMPASTO GOVERNO

Il **9 gennaio** la May ha operato il primo rimpasto del suo Governo minoritario dovuto alle dimissioni di Damian Green lo scorso mese di dicembre. La stampa aveva ipotizzato che il rimpasto avrebbe consentito alla May di allontanare dal Governo i ministri con cui vi erano stati contrasti in questi mesi e iniziare il nuovo anno con un esecutivo rinnovato e più forte, ma ciò non è avvenuto. Peraltro il ministro della

ISSN 2279-7238

sanità Jeremy Hunt ha rifiutato di spostarsi al vertice di un altro ministero ed è rimasto al suo posto, mentre Justine Greening, ministro dell'istruzione, non ha accettato di trasferirsi al ministero del Lavoro e quindi si è dimessa. I commentatori politici hanno evidenziato quindi che il *reshuffle* è servito solo a mostrare ancora una volta la debolezza della Premier.

LE TRATTATIVE CON L'EUROPA

In questi quattro mesi le divisioni interne al partito di Governo sulla definizione dei futuri rapporti con l'Europa sono apparse sempre più frequenti. Mentre, come abbiamo detto, il Parlamento è stato impegnato ad esaminare i disegni di legge necessari ad affrontare l'uscita, il Governo è stato coinvolto nelle trattative e nei negoziati e non sempre la voce attraverso cui si è espresso è risultata unanime. Molti i punti sui quali si è concentrato il dibattito interno tra cui la permanenza nell'unione doganale, il periodo di transizione, i rapporti con le nazioni devolute e le ripercussioni economiche della *Brexit*.

Il **20 febbraio** il ministero per la *Brexit* guidato da David Davis ha pubblicato un documento sul periodo di transizione che seguirà la *Brexit*. Lo stesso giorno più di 60 deputati conservatori del *Brexit-backing European Research Group* hanno inviato al Primo ministro una lettera con la richiesta di chiarimenti sull'andamento dei negoziati.

La Commissione europea, dal canto suo, il **28 febbraio** ha pubblicato il progetto di accordo di recesso tra l'Unione europea e il Regno Unito, progetto che riprende quanto stabilito l'8 dicembre scorso nella relazione congiunta dei rispettivi negoziatori. Il progetto si articola in sei parti (disposizioni introduttive, diritti dei cittadini, altre questioni inerenti alla separazione, liquidazione finanziaria, disposizioni transitorie, disposizioni istituzionali), a cui si aggiunge un protocollo sull'Irlanda del Nord che, pur lasciando aperta la possibilità di trovare soluzioni alternative, per ora si fonda sull'assenza di una frontiera fisica interna all'isola, e quindi sulla permanenza dell'Irlanda del Nord nell'Unione doganale. L'accordo raggiunto nel dicembre 2017 prevede che il Nord Irlanda non godrà di un regime differente rispetto a quello del resto del Paese, dato che il Regno Unito – "in the absence of agreed solutions" … "will maintain full alignment with those rules of the Internal Market and the Customs Union which, now or in the future, support North-South cooperation, the allisland economy and the protection of the 1998 Agreement.

Il progetto di accordo è stato trasmesso al Consiglio e al Parlamento europeo. Per rispettare i tempi l'accordo tra Unione europea e Regno Unito dovrebbe essere raggiunto entro il mese di ottobre in modo da permetterne l'approvazione da parte

ISSN 2279-7238

del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione, secondo il disposto dell'art. 50 del Trattato di Lisbona.

Il **2 marzo**, poi, la Premier ha illustrato la sua visione sul futuro rapporto tra Regno Unito e Europa in un discorso a Mansion House nel quale ha indicato i cinque principi che in futuro dovrebbero regolare i rapporti commerciali tra Regno Unito ed Unione Europea e ha ribadito la volontà di uscire dall'unione doganale.

Il **14 marzo** il Parlamento europeo ha approvato con 544 voti favore, 110 voti contrari e 51 astensioni una risoluzione sul quadro delle future relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito, basate su quattro pilastri: politica estera, cooperazione in materia di sicurezza e cooperazione allo sviluppo; sicurezza interna; cooperazione tematica. La risoluzione chiarisce che gli "stretti legami esistenti e l'attuale allineamento normativo pressoché in tutti i settori, la prossimità geografica e la storia comune, inclusa l'appartenenza del Regno Unito all'Unione europea per oltre 40 anni, nonché il ruolo del Regno Unito in quanto membro permanente del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e membro della NATO" sono elementi che rendono "nell'interesse reciproco di entrambe le parti stabilire un partenariato che garantisca la prosecuzione della cooperazione". Tuttavia il Parlamento ribadisce anche l'"impossibilità per un paese terzo di godere degli stessi diritti e degli stessi vantaggi di uno Stato membro dell'Unione europea" e ritiene che "l'accordo sulle future relazioni debba includere disposizioni specifiche riguardanti la circolazione dei cittadini dall'Unione europea al Regno Unito e dal Regno Unito all'Unione europea al termine del periodo di transizione, che dovrebbero essere quantomeno proporzionate al grado di cooperazione nei quattro pilastri indicati".

Come anticipato nell'introduzione il **19 marzo** David Davis e Michel Barnier, i due negoziatori, sono riusciti a raggiungere un accordo sulla durata del periodo di transizione che terminerà alla fine del 2020. Il compromesso ha riguardato anche i diritti dei cittadini che rimarranno invariati durante il periodo di transizione. Barnier in una dichiarazione ha affermato la sua soddisfazione per i passi avanti compiuti, pur rimarcando che sulla questione del confine, la strada è ancora lunga.

Per quanto riguarda le conseguenze economiche della *Brexit* il sito Buzz-Feed News a fine **gennaio** ha diffuso alcuni dati attribuendoli ad un rapporto di Governo nel quale si prevedeva un peggioramento dell'economia nazionale a seguito dell'uscita dall'Unione europea. Una notizia che ha allarmato le opposizioni tanto che, dietro iniziativa dello *shadow Brexit secretary* laburista Sir Keir Starmer, è stato chiesto al Governo di rendere pubblici tali informazioni. Così l'**8 marzo** il *Committee on Exiting the European Union* ha pubblicato *Eu Exit Analysis. Cross Whitehall briefing* .

ISSN 2279-7238

In relazione, invece, alla posizione del partito laburista, a **marzo** Keir Starmer, lo *shadow Brexit secretary*, ha affermato che il partito sottoporrà ad attenta analisi l'accordo finale raggiunto con l'Europa quando sarà votato dal Parlamento e che lo approverà solo se esso risponderà favorevolmente ai seguenti "six tests for the Brexit deal": "1) Does it ensure a strong and collaborative future relationship with the EU?; 2) Does it deliver the "exact same benefits" as we currently have as members of the Single Market and Customs Union?; 3) Does it ensure the fair management of migration in the interests of the economy and communities?; 4) Does it defend rights and protections and prevent a race to the bottom?; 5) Does it protect national security and our capacity to tackle cross-border crime?; 6) Does it deliver for all regions and nations of the UK?"

WAR POWER

La notte tra il **13** e il **14 aprile** Regno Unito, Usa e Francia hanno attaccato alcuni obiettivi militari in Siria come ritorsione a quanto accaduto il **7 aprile** nell'attacco chimico a Douma.

È noto che nel Regno Unito il *war power* rientra tra le prerogative regie, ed è quindi uno di quei poteri che spettano al sovrano in base alla tradizione di *common law* non abrogata dalle leggi. Al pari di molte altre prerogative, l'evoluzione costituzionale inglese ha portato al passaggio dell'esercizio di tale potere nelle mani dell'esecutivo. La convenzione costituzionale da tempo affermatasi prevede che il Governo eserciti in via esclusiva tale prerogativa senza la collaborazione dell'Assemblea. Inoltre nel 1999 un *Private Members' Bill* diretto a trasferire dal sovrano al Parlamento la prerogativa regia di dichiarare guerra era stato ostacolato in Parlamento dall'opposizione della stessa regina Elisabetta, che all'epoca aveva esercitato il suo potere di *consent* sulle leggi relative agli "interests of the Crown".

Tuttavia negli ultimi anni tale convenzione era stata abbandonata a favore di una nuova prassi che aveva previsto il coinvolgimento del Parlamento (nel 2003, nel 2011, nel 2013 e nel 2014). Non si era trattato di un coinvolgimento solo formale come dimostra il fatto che, nel 2013, il voto contrario dei Comuni nei confronti della guerra in Siria aveva bloccato l'intervento militare. Di fronte a questa nuova prassi la dottrina e il mondo politico si erano chiesti se la convenzione precedente fosse stata ormai definitivamente superata. Inoltre a partire dal 2004 alcuni comitati parlamentari (il *Public Administration Select Committee nel 2004,* l'*House of Lords Select Committee on the Constitution* nel 2006, il *Political and Constitutional Reform Committee* dei Comuni nel 2011, e il *Constitution Committee* dei Lords nel 2013) avevano auspicato il

ISSN 2279-7238

riconoscimento formale di un ruolo del Parlamento in materia e suggerito anche di recepire all'interno del *Cabinet Manual* la forma assunta dalla convenzione nell'ultimo decennio (il testo del *Cabinet Manual* è il seguente: "5.38: In 2011 the Government acknowledged that a convention had developed in Parliament that before troops were committed the House of Commons should have an opportunity to debate the matter and said that it proposed to observe that convention except when there was an emergency and such action would not be appropriate").

Come chiarito nella dichiarazione rilasciata dalla Premier il **14 aprile**, la scelta di attaccare la Siria con una decisione presa esclusivamente da parte dell'esecutivo, pur discostandosi dalla prassi più recente, si giustifica da un canto con il modo in cui in passato la convenzione era stata applicata, dall'altro con l'eccezionalità della situazione.

Tale interpretazione non è stata condivisa dal leader laburista Jeremy Corbyn il quale ha chiesto e ottenuto di svolgere un *emergency debate* in Parlamento sul tema il **16** e il **17 aprile**, durante il quale ha accusato il Governo di aver agito senza una preventiva autorizzazione e ha invitato il Parlamento ad approvare un *War Powers Act* per formalizzare la convenzione. La May, dal canto suo, ha difeso la legittimità del suo intervento a tutela dell'interesse nazionale e ha chiarito il modo in cui il Governo interpreta la convenzione del *war power*. La May ha specificato che non tutti gli attacchi possono essere autorizzati da un preventivo dibattito parlamentare, dibattito che avrebbe potuto compromettere l'efficacia dell'operazione, minare la sicurezza del Regno, diffondere piani dell'*intelligence* coperti dal segreto di Stato. (Sul punto V. Fikfak and H.J. Hooper, 'Whither the War Powers Convention? What Next for Parliamentary Control of Armed Conflict after Syria?', U.K. Const. L. Blog (20th Apr. 2018). La May ha dichiarato: "I am absolutely clear that it is Parliament's responsibility to hold me to account for such decisions but it is my responsibility as prime minister to make these decisions".

WINDRUSH GENERATION

Il **29 aprile** il ministro degli interni Amber Rudd si è dimessa a seguito del suo coinvolgimento nello scandalo Windrush. Nelle ultime settimane un'inchiesta giornalistica aveva dimostrato che la politica perseguita negli ultimi anni dai governi conservatori contro l'immigrazione clandestina, anche dalla stessa Theresa May che è stata ministro degli interni nei governi Cameron, aveva avuto conseguenze sugli immigrati della c.d. generazione Windrush. Il nome si deve alla nave Empire Windrush che, nel 1948, aveva condotto nel Regno Unito moltissimi migranti

ISSN 2279-7238

provenienti dalla Giamaica e dato il via, negli anni '50, all'arrivo di molti cittadini del Commonwealth chiamati a lavorare nel Paese per contribuire alla ricostruzione del dopoguerra. Nel corso degli anni le leggi restrittive sull'immigrazione avevano poi gradualmente ridotto i diritti di questi cittadini. La recente inchiesta giornalistica ha spinto il Parlamento a chiedere al ministro degli interni se la questione fosse legata agli obiettivi del ministero degli interni di espulsione degli immigrati irregolari. La Rudd aveva negato in un primo momento l'esistenza di tali obiettivi, ma dopo che il *Guardian* aveva dimostrato il coinvolgimento del ministro, la Rudd non ha potuto fare altro che presentare le proprie dimissioni. Il **30 aprile** è stata sostituita da Sajid Javid.

CORONA

Il **19** e **20 aprile**, durante il *summit* annuale del *Commonwealth*, i leader dei 53 Paesi membri dell'organizzazione, riuniti nel castello di Windsor, hanno deciso che il principe Carlo succederà alla regina come capo del Commonwealth, secondo quanto auspicato anche dalla stessa Elisabetta.

AUTONOMIE

SCOZIA

Come abbiamo detto nell'introduzione l'*European Union (Withdrawal) Bill* in questi mesi ha incontrato non solo l'opposizione della Camera dei Lords, ma anche quella delle nazioni devolute, in particolare della Scozia. Oggetto del contendere è soprattutto la *clause 11* relativa alle "Retaining EU restrictions in devolution legislation". La questione del passaggio delle competenze dall'Unione europea al Regno Unito nelle aree che rientrano nelle materie devolute non appare di facile soluzione. Come abbiamo detto, per garantire un'applicazione uniforme il testo originario del disegno di legge prevedeva che tali materie fossero rimpatriate in un primo momento tutte a Londra e, in un secondo momento, redistribuite alle amministrazioni devolute. Una disposizione, questa, che è stata letta dai governi devoluti come un tentativo da parte dell'esecutivo centrale di riappropriarsi dei loro poteri. La May aveva chiesto alle assemblee devolute di approvare la *Legislative Consent*

ISSN 2279-7238

Motion relativa all'*European Union (Withdrawal) Bill,* ma i Governi di Scozia e Galles si erano rifiutati di farlo senza la preventiva modifica del disposto in questione.

Il **9 gennaio** lo *Scottish Parliament's Finance and Constitution* ha pubblicato l'*European Union (Withdrawal) Bill LCM - Interim Report* nel quale ha affermato di non poter raccomandare l'approvazione della *Legislative Consent Motion* soprattutto per la disciplina prevista dalla *clause 11*, disciplina ritenuta incompatibile con l'assetto devolutivo scozzese.

I colloqui tra i due esecutivi sono proseguiti anche nel corso del mese di febbraio, senza però pervenire a nessun accordo. Il **21 febbraio** David Lidington neo ministro britannico responsabile per le conseguenze della *Brexit* per la *devolution* ha proposto una soluzione di compromesso che prevede di devolvere molte competenze alle amministrazioni devolute. La proposta è stata discussa dal *Joint Ministerial Committee (European Negotiations)* il **22 febbraio** ed è stata respinta il **27 febbraio** dalla *First Minister* Nicola Sturgeon.

Non ha avuto maggior fortuna la proposta avanzata il **9 marzo** dal Governo May di mantenere il controllo, per un periodo limitato, in 24 aree che sono attualmente devolute (tra cui agricoltura, ambiente, sanità, pesca). Tale proposta è stata respinta dai primi ministri di Galles e Scozia i quali, il **16 marzo**, hanno scritto alla Camera dei Lords invitandola a emendare il testo oggetto del loro esame. Il **29 marzo** il Governo scozzese ha pubblicato un documento *Brexit: Protecting what matters* nel quale ha illustrato le priorità della Scozia nelle trattative per la *Brexit* e ha evidenziato la volontà di rimanere nel mercato comune per garantire la crescita economica.

La distanza tra i due Governi si è poi accentuata quando il **27 febbraio** l'esecutivo scozzese ha deciso di pubblicare il suo disegno di legge alternativo sulla *Brexit* l'*UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* (il c.d. *Continuity bill*). La legge prevede il trasferimento delle competenze direttamente da Bruxelles ad Edimburgo ed è stata approvata anche per evitare un vuoto normativo in Scozia nel caso in cui, in assenza dell'approvazione della *legislative consent motion* da parte dell'Assemblea scozzese, la May decidesse di escludere la parte relativa alla *devolution* dal testo del *bill* in esame a Westminster.

In proposito appare interessante notare che per la prima volta nella storia del Parlamento scozzese il *presiding officer* ha affermato, nello *statement on legislative competence* che deve accompagnare tutti i disegno di legge di Holyrood, che l'Assemblea scozzese non aveva la competenza per legiferare in questa materia. Si tratta di una dichiarazione prevista dalla legge del 1998 per evitare che il Parlamento

ISSN 2279-7238

proceda con l'esame di un testo che ecceda le competenze assegnategli oppure sia contrario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o non rispetti la normativa europea. Nonostante il parere negativo del *presiding officer* il Parlamento scozzese ha deciso di proseguire con l'esame del testo e lo ha approvato il **21 marzo** a grande maggioranza (95 voti a favore e 32 contrari).

La legge del 1998 prevede anche ulteriori meccanismi di controllo sulle leggi devolute, tra cui la possibilità che tra l'approvazione parlamentare e l'assenso reale possa essere chiesto l'intervento della Corte suprema. Così il **17 aprile** il Governo britannico ha richiesto alla Corte suprema di pronunciarsi in merito al fatto se il *Continuity Bill* fosse "constitutional, and properly within devolved legislative powers". Michael Russell, il ministro per *UK Negotiations on Scotland's Place in Europe* ha difeso la legittimità del *bill* definendolo "an important and necessary piece of legislation to prepare Scotland's laws for *Brexit* while protecting the powers of the Scottish Parliament that people voted for" e ribadendo al contempo l'opposizione del Parlamento scozzese alla *legisaltive consent motion* per il *bill* in esame a Westminster. Anche i laburisti e i liberal democratici scozzesi sostengono il Governo scozzese in questa battaglia.

In attesa della sentenza della Corte suprema prevista prima dell'estate la dottrina si interroga sulla legittimità dell'azione del Parlamento scozzese e sulle possibili soluzioni politiche di compromesso che potrebbero essere raggiunte tra Londra e Edimburgo. La Corte suprema è chiamata, infatti, a risolvere il problema giuridico delle competenze dei due Parlamenti, ma non il problema politico che dovrà essere risolto nel quadro di un accordo necessariamente ispirato ad un nuovo modello di distribuzione di poteri centro- periferia.

Sul tema appare interessante il rapporto pubblicato il **9 aprile** dall'*Institute for Government* dal titolo *Devolution after Brexit* che ha esaminato le sfide che la *Brexit* porterà alla *devolution* in particolare in tre settori come ambiente, pesca e agricoltura.

GALLES

A seguito del *Wales Act 2017* che ha conferito al Parlamento gallese la potestà legislativa primaria in materia elettorale, il **27 gennaio** il Governo del Galles ha annunciato di voler abbassare a 16 anni l'età minima per esercitare l'elettorato attivo nelle elezioni locali a partire dal 2022 come avviene già in Scozia e di estenderlo anche ai residenti in Galles non cittadini britannici.

Anche il Governo gallese, al pari di quello scozzese, in questi mesi è stato impegnato in lunghe trattative con il Governo May sulle clausole dell'*European Union (Withdrawal) Bill* relative alla *devolution*. Molti gli aspetti comuni tra le due nazioni:

ISSN 2279-7238

anche il Parlamento di Cardiff il **21 marzo** ha approvato il *Law Derived from the European Union (Wales) Bill* che prevede il passaggio delle materie europee che coincidono con quelle devolute direttamente da Bruxelles al Galles, analogamente a quanto avvenuto in Scozia. Ma in questo caso il *Llywydd* (presidente) dell'Assemblea gallese, nella sua opinione di accompagnamento del *bill*, ha giudicato il testo legittimo perché *intra vires*. Il Governo britannico ha presentato ricorso alla Corte suprema anche nei confronti di tale testo.

Tuttavia, il **24 aprile**, il Galles e il Regno Unito hanno raggiunto un accordo secondo il quale i poteri di Bruxelles nelle materie devolute saranno temporaneamente trasferiti a Londra per un periodo massimo di 7 anni. Westminster legifererà in queste materie solo con il consenso del Parlamento di Cardiff.

Nel corso della conferenza di partito a Llandudno il **21 aprile** il *first minister* gallese Carwyn Jones ha annunciato le sue dimissioni per il prossimo autunno. Jones è stato molto scosso dal suicidio di Carl Sargeant, ministro del suo esecutivo da lui allontanato a novembre dopo il coinvolgimento in uno scandalo. Jones è leader del partito laburista gallese dal 2009.

IRLANDA DEL NORD

In questi mesi sono continuati, senza successo, i tentativi di superare la crisi di governo nord irlandese che dura dal gennaio 2017. Il **18 gennaio** il Ministro per l'Irlanda del Nord ha annunciato la ripresa di un nuovo giro di negoziati, ma a **febbraio** tale tentativo è fallito.

Il **10 febbraio** Mary Lou McDonald è stata eletta presidente del *Sinn Féin*. La McDonald ha sostituito Gerry Adams che ricopriva la carica dal 1983 e che lo scorso novembre aveva annunciato la sua intenzione di dimettersi. La nuova presidente ha voluto sottolineare il fondamentale contributo offerto da Adams al partito nord irlandese e il suo ruolo cruciale per l'accordo del Venerdì santo. La McDonald ha anche auspicato in futuro un referendum per l'unione con l'Irlanda.

In questi mesi il Nord Irlanda è, di fatto, amministrato dai *civil servants* che incontrano tuttavia quotidianamente problemi relativi all'ampiezza dell'esercizio dei propri poteri.

Il **16 marzo** l'*House of Commons Northern Ireland Affairs Committee* ha pubblicato il rapporto *The land border between Northern Ireland and Ireland* un rapporto che cerca di fare il punto sulla delicata e complessa questione del confine nord irlandese e che sollecita il Governo a fare chiarezza in proposito.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Elezioni presidenziali russe: il nuovo vecchio leader alla guida del Paese*

di Ilmira Galimova**

Il **18 marzo** si sono tenute in Russia le elezioni presidenziali. Questa volta, però, non hanno suscitato particolare interesse nel pubblico internazionale né in quello russo, poiché nessuno aspettava modifiche radicali nel panorama politico: la rielezione di Vladimir Putin era praticamente scontata.

Così come largamente previsto, Putin ha ricevuto infatti per la quarta volta (non consecutiva) il mandato per gestire il Paese fino al 2024. La Costituzione afferma infatti che "la stessa persona non può coprire la carica di Presidente della Federazione Russa per più di due volte consecutive" (art. 81, terzo comma). Proprio questa previsione lascia ampio spazio al dibattito sul post-2024, in cui coesistono due principali scenari – la disegnazione del successore (*preemnik*) e la riforma costituzionale (modello cinese, o qualsiasi altro intervento *ad hoc* adatto allo spazio post-sovietico[789]) .

Per ora, possiamo affermare che la storia post-sovietica della Russia ha conosciuto soltanto tre figure che hanno rivestito la carica di Presidente: Eltsin, Putin e Medvedev. Tra questi soltanto Putin è riuscito a diventare non solo il politico russo più longevo, ma anche un leader forte e popolare a livello nazionale e mondiale. Vladimir Vladimirovic è al potere dall'inizio del 2000 e da quel momento non ha mai perso le redini, rivestendo la carica di Presidente *ad interim* nella prima metà del 2000, di Capo di Stato nei periodi 2000-2004, 2004-2008, 2012-2016, e di Primo Ministro

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

789 In tutti i paesi della CSI nei primi anni 1990 le Costituzioni adottate stabilivano un termine definito di ufficio del presidente (di solito cinque o quattro anni) e un limite per l'esercizio della carica presidenziale (non più di due mandati consecutivi). Era stato previsto anche un limite per l'età del candidato presidenziale in diversi paesi. Tuttavia, in molti paesi è stata sviluppata la pratica dell'estensione del mandato presidenziale, e di conseguenza, il Presidente in carica ha ricevuto il diritto di concorrere per un terzo o successivi mandati (in Bielorussia, Kazakistan, Uzbekistan si sono svolti referendum per estendere la durata del mandato del Presidente in carica). In alcuni casi il problema con il limite dei mandati è stato risolto tramite modifiche della Costituzione e la creazione della carica *ad personam*: per esempio, in Kazakistan nel 2007 è stata istituita la carica di "primo Presidente", che in sostanza ha fatto di Nazarbaev un Presidente a vita. Anche in Turkmenistan è stata stabilita la presidenza a vita di Niyazov.

ISSN 2279-7238

nel 2008-2012. Egli ha consolidato durante la sua presidenza quello che viene chiamato il *vertikal' vlasti*, ha assistito nella sua creazione il partito del potere "Russia Unita", ma soprattutto ha restaurato il potere del governo centrale e la forza militare, restituendo alla Russia, per quanto possibile, il ruolo internazionale che aveva in passato[790].

Alla fine, il Presidente della Russia è diventato una persona quasi mistica, un simbolo del Paese, e l'espressione la "Russia di Putin" ha acquisito un significato particolare: non solo come periodo della storia russa, ma come un intero organismo socio-statale con meccanismi propri. Non a caso, l'ex vice capo dell'amministrazione presidenziale russa e ora *speaker* della Duma Vyačeslav Volodin ha proposto nel 2014 la tesi : "*Non c'è Putin – non c'è Russia, c'è Putin – c'è Russia*"[791], che a suo avviso rispecchia lo stato attuale del Paese. Il ruolo centrale dello Stato in tutti i settori della vita pubblica, la sua organizzazione accentrata e verticistica, il sistema politico autoritario organizzato nelle forme del consenso democratico ed incline al controllo poliziesco sono alcune delle caratteristiche di tale assetto[792]. Con il terzo mandato di Putin la situazione è cambiata poco, anzi, la tendenza al rafforzamento del Presidente e l'annullamento della rilevanza politica delle altre istituzioni politiche, soprattutto quelle della rappresentanza (Duma e partiti), dà la possibilità di parlare dell'esistenza di un solo politico russo, "il Presidente", attorno al quale, anche per mancanza di alternativa, si riunisce la stragrande maggioranza della popolazione russa.

Una tale personificazione del potere, tipica della concezione del popolo russo, ha reso le elezioni una pura formalità dall'esito del tutto prevedibile. Infatti, già i primi sondaggi effettuati dalle maggiori agenzie russe, *VTSIOM* e *FOM*, nel periodo pre-elettorale, hanno segnalato la leadership indiscussa del Presidente in carica, il cui margine di vittoria ammontava a più di 60 punti percentuali rispetto agli altri

[790] Secondo la rilevazione di *Levada Center*, i russi considerano come il principale successo di presidenza Putin il ritorno alla Russia dello status di grande potenza: https://www.levada.ru/2018/05/08/rossiyane-nazvali-osnovnye-pretenzii-k-putinu-za-vremya-ego-pravleniya/.

[791] V. *Novaya Gazeta*: https://www.novayagazeta.ru/news/2014/10/23/107050-volodin-bez-putina-net-rossii-i-ataka-na-putina-ataka-na-rossiyu.

[792] V. G. CIGLIANO, *La Russia contemporanea: un profilo storico*, Carocci editore, 2013, p. 298.

ISSN 2279-7238

partecipanti[793]. Secondo i dati della CEC, annunciati il **23 marzo**, Putin è stato eletto Presidente della Federazione Russa con il 76,69% delle preferenze[794]. Tra gli altri sette candidati solo Pavel Grudinin, il candidato dal Partito Comunista, ha superato il 10% (11,77%); seguono Vladimir Žirinovskij (5,65%), Ksenija Sobčak (1,68%), Grigorij Javlinskij (1,05%), Boris Titov (0,76%), Maksim Surajkin (0,68%), Sergej Baburin (0,65%). Per quanto riguarda il numero dei voti ottenuti, quest'anno Putin non solo ha superato i precedenti risultati (53,4% nel 2000, 71,9% nel 2004, 63,60% nel 2012), ma ha stabilito anche un record nella storia delle elezioni presidenziali russe (57,3% nel 1991 per Eltsin e 70,28% nel 2008 per Medvedev).

A favore della sua candidatura hanno votato oltre 56 milioni di russi, cioè più della metà del corpo elettorale (circa 109 milioni)[795]. Il sostegno verso Putin è stato ancora più forte all'estero: come ha dichiarato il membro della CEC Vasily Likhachev, Vladimir Putin ha ricevuto l'84,99% dei consensi, al secondo posto Pavel Grudinin con il 5,04% e al terzo Ksenia Sobčak con il 4,07%[796].

La strategia "70x70" del Cremlino sembra aver funzionato. Infatti, l'affluenza alle urne, l'unico *suspence* della campagna, è stata sorprendentemente alta, dato il trend negativo degli ultimi decenni e la generale stanchezza e apatia dei russi. Anche il richiamo di Navalnyj al boicottaggio delle elezioni (*zabastovka izbiratelej*) sembra non aver funzionato. Il risultato finale ha registrato il livello di affluenza del 67,5%. Già, alle ore 10:00 della mattina l'affluenza era stata del 16,55%, un dato che – come detto da Ella Pamfilova, Presidente della Commissione elettorale centrale - risulta 2,5 volte superiore a quello delle ultime elezioni del 2012. L'incremento dell'affluenza può essere attribuito a diversi fattori tra cui la semplificazione della procedura di votazione (cioè l'eliminazione dei certificati di assenza con l'introduzione del servizio

[793] Ad esempio, secondo i sondaggi VCIOM dell'inizio marzo, Putin era il candidato favorito con il 69% delle preferenze, seguono Grudinin con il 7%, Žirinovskij con il 5% e Sobčak con il 2%.Tutti gli altri restano attorno l'1% oppure sotto.

[794] Si v. la tabelle con i risultati ufficiali della CEC: http://www.cikrf.ru/analog/prezidentskiye-vybory-2018/itogi-golosovaniya/.

[795] Sei anni fa i residenti di Mosca hanno dato il minor numero di voti a Putin (47%), e alle elezioni attuali il suo risultato in questa città ha superato il 70%. Il numero minimo dei voti a favore di Putin quest'anno sono stati espressi in Estremo Oriente, in Yakutia: il 64% degli elettori ha votato per lui in questa regione.

[796] *RIA Novosti*: https://ria.ru/election2018_news/20180320/1516882528.html.

ISSN 2279-7238

online "Elettore mobile", *Mobil'nyj Izbiratel'*), alcune metodologie adottate dalle commissioni elettorali e dalle autorità locali per sollecitare la partecipazione degli elettori (tra cui gli intrattenimenti di massa organizzati in prossimità dei luoghi di scrutinio) e la revisione del registro degli elettori (il registro è stato "ripulito" di circa 2 milioni di nomi duplicati e "anime morte").

Il livello di affluenza ha variato da regione a regione: come di consueto, le repubbliche caucasiche hanno registrato l'affluenza maggiore, superando anche il 90%[797]. La Crimea e Sebastopoli hanno partecipato per la prima volta alle elezioni del Presidente russo e gli osservatori hanno definito le elezioni il "secondo referendum": Putin è riuscito ad ottenere qui più di 90% dei consensi, con affluenza di circa il 71%.

Per quanto riguarda le dinamiche della campagna elettorale, la fase di registrazione dei candidati si è conclusa il **12 gennaio**; i documenti sono stati presentati alla CEC da 36 candidati: 22 nominati da partiti politici e 15 candidati-indipendenti[798]. Fino al **31 gennaio**, tutti i candidati hanno presentato le firme raccolte a sostegno della loro candidatura, ma soltanto 8 candidati sono stati ammessi alla gara[799]. Si nota, che nonostante la semplificazione della procedura di presentazione delle candidature, il controllo sulle nomine è rimasto lo strumento principale del regime russo, che preferisce certezze e continuità piuttosto che competizione politica e rotazione del potere. La maggior parte degli esperti ha sottolineato il fatto che, escludendo il rivale principale, Navalnyj, difficilmente si poteva parlare di elezioni competitive.

Secondo la legislazione vigente (art. 50 della Legge Federale "Sulle elezioni presidenziali") la comunicazione politica in periodo elettorale (*predvybornaya aghitaziya*) sulle emittenti radiotelevisive e sui periodici deve essere svolta nei 28 giorni

[797] Si vede la mappa delle regioni russe con i livelli di affluenza: https://www.vedomosti.ru/politics/maps/2018/03/18/754099-karta-yavki.

[798] Si v. la Tabella "Nomina di candidati alle elezioni presidenziali in Russia 2018", preparata dall'organizzazione *Golos*: https://www.golosinfo.org/ru/articles/142416.

[799] L'**8 febbraio** Commissione Elettorale Centrale ha confermato le candidature e ha presentato il modello scheda elettorale. Nella scheda i candidati erano elencati in ordine alfabetico: Sergej Baburin (*Rossijskij Obščenarodnyj Sojuz*), Pavel Grudinin (KPRF), Grigorij Javlinskij (*Jabloko*), Vladimir Putin (indipendente), Ksenija Sobčak (*Graždanskaja iniciativa*), Maksim Surajkin(*Kommunisty Rossii*), Boris Titov (*Partija rosta*) e Vladimir Žirinovskij (LDPR).

ISSN 2279-7238

precedenti il voto. Dunque, come stabilisce la legge, i mass media statali hanno offerto, sempre a condizione di parità, il tempo e la trasmissione gratuita dal **19 febbraio** al **16 marzo**. Nell'arco di questo periodo sono stati organizzati dibattiti televisivi (*sovmestnye aghitazionnye meropriyatiya*) tra i candidati alla presidenza russa, i quali, purtroppo, invece di mettere in evidenza i programmi dei concorrenti, hanno mostrato un livello degradante della cultura di dialogo e confronto politico (probabilmente, il problema riflette anche la situazione generica di compressione del pluralismo politico nel Paese negli ultimi decenni).

Tutti i candidati tranne il Presidente in carica (quale come di consueto, invece di fare la campagna, si limita all'esercizio delle sue funzioni ufficiali) hanno partecipato a numerosi round di "dibattiti" su cinque canali televisivi, il cui formato consisteva nel dare risposte rapide alle domande del presentatore e, quindi, precludeva ogni discussione.

I sette partecipanti alla corsa presidenziale rappresentavano l'intero spettro politico - dall'estrema sinistra (Suraykin), all'estrema destra, (Baburin e Žirinovskij)[800]. Nonostante tale apparente varietà di scelta, la maggior parte dei partecipanti alle elezioni erano veterani della politica, la cui carriera ha avuto maggior sviluppo negli anni '90. Almeno tre di questi sette candidati erano nostalgici dell'epoca comunista, e soltanto due hanno criticato il Presidente Putin.

Bisogna notare che tutta la campagna elettorale è stata svolta in condizioni di duro confronto fra la Russia e l'Occidente, si pensi al caso Skripal e alle sanzioni statunitensi o ai più remoti fatti di Crimea. Inoltre, i maggiori mass-media, controllati dallo Stato, hanno cercato di presentare le elezioni di marzo innanzitutto come scelta del Supremo comandante militare delle forze armate, sostenendo in tal modo la

[800] Si legge i manifesti dei candidati principali qui: Baburin – "La scelta russa" http://baburin2018.ru/programma, Grudinin - "Per tutti!": Http://grudininkprf.ru/programma, Žirinovskij - "Potente balzo in avanti - 2018" https://ldpr.ru/leader/Powerful_leap_forward_2018/, Sobčak – slogan "Contro Tutti", il programma "123 passi difficili" https://sobchakprotivvseh.ru/steps123, Javlinskij – slogan "Presidente intelligente – ricco il Paese", il programma "La strada verso il futuro" https://www.yavlinsky.ru/president.pdf. Putin - slogan "Forte Presidente – forte Russia", il programma non è stata elaborata, ma gli indirizzi fondamentali della sua future politica sono state annunciate il 1 ° marzo nell'Messaggio all'Assemblea federale.

ISSN 2279-7238

tendenza alla militarizzazione del discorso pubblico promossa dalle autorità russe negli ultimi anni.

In linea generale, proprio questi aspetti della campagna elettorale – cioè l'assenza di alternative e la ricerca di sicurezza – possono chiarire le cause dell'assoluta vittoria di Putin al primo turno delle presidenziali. Proprio questo effetto consolidante (di cui ha parlato anche Robert Moser nel suo libro "*Unexpected Outcomes: Electoral Systems, Political Parties, and Representation in Russia*", University of Pittsburgh Press, 2001) si è manifestato in tutta la sua potenza. Secondo Zavadskaya, le elezioni presidenziali hanno raggiunto il loro obbiettivo principale, quello di dare un deciso segnale di forza ai suoi avversari: "*The Russian political regime is moving toward a consolidated personalist authoritarianism where presidential elections are a demonstration of strength signaling the regime's invincibility*"[801]. Inoltre, le autorità sono riuscite, in tal modo, a dividere ancora di più l'opposizione liberale, già disunita e praticamente "in via di estinzione"[802].

Il **23 marzo**, giorno dell'annuncio ufficiale dei risultati delle elezioni, Vladimir Putin si è rivolto ai cittadini russi con parole di gratitudine per il loro sostegno ed ha sottolineato che le preferenze politiche non dovrebbero dividere il Paese. Ha aggiunto: "il nostro programma di sviluppo ha un carattere consolidante, un carattere nazionale e dovrebbe unire tutti"[803].

ELEZIONI

POLEMICHE SULLA VALUTAZIONE DELLE REGOLARITÀ NELLE ELEZIONI

Dal momento che la Commissione Elettorale Centrale è stata presieduta dall'ex difensore civico Ella Pamfilova, sono stati effettuati diversi sforzi ai fini di rendere

[801] M. ZAVADSKAYA, *The Fight for Turnout: Growing Personalism in the Russian Presidential Elections of 2018,* in Russian Analytical Digest, no. 217, 26 March 2018, p. 2: http://www.css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/RAD217.pdf.

[802] Per quanto riguarda le forze liberali di opposizione, questi elezioni hanno rappresentato una vera sconfitta: se nel 2012 il candidato liberale Prokhorov è riuscito ad ottenere circa 5,7 milioni di voti, quest'anno tutti i tre candidati liberali - Sobčak, Javlinskij, Titov – insieme hanno raggiunto poco più di 2,5 milioni di consenti.

[803] Cfr. il Discorso ai cittadini russi: http://en.kremlin.ru/events/president/news/57121.

ISSN 2279-7238

l'organizzazione dello scrutinio e del conteggio dei voti più trasparente ed efficace. Sono state perfino installate videocamere nei seggi elettorali. Il **22 marzo** durante la riunione della CEC, è stato dichiarato che non vi sono state violazioni che potrebbero mettere in dubbio i risultati della volontà degli elettori[804]. Il giorno dell'annuncio dei risultati ufficiali, il **23 marzo**, il Presidente della CEC ha comunicato che "le elezioni sono state competitive, libere e trasparenti". Ella Pamfilova ha sottolineato i seguenti punti: un nuovo meccanismo di voto fuori il luogo di residenza, di cui hanno beneficiato circa 5,6 milioni, ha permesso maggiore mobilità degli elettori; un numero record di elettori ha partecipato al voto all'estero; 1.513 osservatori stranieri provenienti da 115 Paesi e da varie organizzazioni internazionali hanno monitorato le elezioni[805]. Nell'incontro fra il Presidente della CEC e il Presidente della Russia, tenutosi il **3 aprile**, Putin ha detto: "queste sono state le elezioni più trasparenti e più pulite della storia del nostro Paese"[806]. Pamfilova ha parlato del livello record (88%) di fiducia dei russi nelle elezioni svolte il 18 marzo, rilevato dai sondaggi.

Nella sua opinione dissenziente, allegata al Protocollo finale con i risultati delle elezioni, Evgenij Kolyushin, membro della Commissione elettorale centrale, non ha invece condiviso le valutazioni dei suoi colleghi e ha dichiarato di non essere d'accordo con i risultati della votazione, poiché "sono stati ottenuti, tra l'altro, violando il principio delle libere elezioni", sancito nella Costituzione (art. 3), nel preambolo alla Legge sulle garanzie dei diritti elettorali e nel primo articolo della Legge federale sulle elezioni presidenziali, oltre numerosi documenti internazionali sugli *standard* elettorali ratificati dalla Russia. In particolare, la sua critica è stata rivolta, in primo luogo, alla ineguale copertura televisiva della campagna elettorale, inclusa la presentazione scorretta dei sondaggi elettorali da parte dei mass-media e la diffusione delle informazioni distorte sui candidati. Anche l'organizzazione dei dibattiti radiotelevisivi, secondo l'Autore del documento, non ha soddisfatto i requisiti previsti dalla legislazione sulle elezioni (art. 52 della Legge "Sulle elezioni presidenziali"), poiché gli argomenti, il tempo di messa in onda e il formato dei programmi sono stati determinati senza considerare il parere dei candidati, hanno violato le regole della campagna elettorale e l'accesso ai media.

Anche l'OSCE nel suo Rapporto preliminare [*The OSCE Statement Of Preliminary Findings And Conclusions*] ha notato diverse criticità nelle elezioni tenutesi il 18 marzo e gli osservatori internazionali hanno concluso che le elezioni sono state tecnicamente impeccabili, ma sono state svolte in un contesto giuridico e politico eccessivamente controllato e privo di competizione. Come si afferma nel Rapporto,

804 V. CEC: http://www.cikrf.ru/news/cec/39426/.
805 V. CEC: http://www.cikrf.ru/news/cec/39433/.
806 V. il sito della Presidenza russa: http://kremlin.ru/events/president/news/57178.

ISSN 2279-7238

i maggiori difetti delle ultime elezioni in Russia riguardano sia la disciplina sulle elezioni, troppo complessa e restrittiva, soprattutto per quanto riguarda la registrazione delle candidature, sia lo svolgimento della campagna elettorale e le condizioni di concorrenza. È stato particolarmente sottolineato dagli osservatori il fatto insolito che molti dei candidati hanno affermato che non si aspettavano di vincere: "*Most candidates publicly expressed their certainty that the incumbent president would prevail in the election*". Inoltre, l'OSCE ha posto l'attenzione su una serie di misure, alcune inappropriate, volte ad aumentare l'affluenza degli elettori. Sono stati segnalati casi di presunte interferenze dalle autorità locali nel processo elettorale e di accuse di coercizione al voto, che, come è ovvio, sono in netto contrasto con il principio di libera espressione della volontà dell'elettore.

Il Movimento per la tutela dei diritti degli elettori "*Golos*" ha rilasciato una dichiarazione in merito ai risultati preliminari della missione di osservazione delle elezioni presidenziali-2018 (in russo[807]). Come riporta il documento, gli esperti di *Golos* riconoscono l'indiscussa leadership formale del candidato vincitore, ma non possono definire "giuste" queste elezioni presidenziali. A loro avviso, tali risultati sono stati raggiunti durante una campagna elettorale non libera, iniqua e non competitiva. Durante tutta la campagna, più di tremila messaggi sono stati inviati alla "Mappa di Violazioni". Gli osservatori di *Golos* hanno individuato sette aspetti caratterizzanti la giornata della votazione, indicando i seguenti come negativi: 1) mobilitazione amministrativa degli elettori, incluso il fenomeno di cd. '*bussing' of voters*';[808] 2) problemi con i registri degli elettori (che in Russia non sono permanenti); 3) restrizioni sui diritti di osservatori e attivisti, compresi i tentativi di impedire il video-controllo; 4) i fatti riguardanti l'inserimento nelle urne elettorali di schede false o altri tipi di frode. Mentre hanno riscontrato come elementi positivi: 5) la diminuzione dell'affluenza anomala in alcune regioni (si confrontano i dati dell'affluenza più alta al livello regionale – 99,6% nel 2012 *vs* 93,7% nel 2018); 6) la diminuzione della prassi di votazione al di fuori del seggio, particolarmente sensibile alle manipolazioni; 7) il lavoro più efficiente delle commissioni elettorali.

Anche per quanto riguarda l'andamento della campagna elettorale, il *monitoring* settimanale dei media, effettuato dagli esperti di *Golos*, ha rilevato la mancata

[807] La traduzione del documento in lingua inglese si può trovare qui: *Election Report by the "Golos" Movement*, in Russian Analytical Digest, no. 217, 26 March 2018, pp. 8-10 (http://www.css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/RAD217.pdf).

[808] Uno dei indicatori (indiretti) dell'uso del meccanismo di voto nel luogo come strumento amministrativo per aumentare l'affluenza è stato il fatto che la "migrazione" intraregionale degli elettori ha superato in modo significativo quella interregionale. Dal punto di vista di Arkady Lyubarev, membro dell'organizzazione *Golos*, la migrazione intraregionale può essere spiegata con una banale prassi di compulsione a votare in determinate seggi, "assegnati" alle aziende. V. https://www.golosinfo.org/ru/articles/142556.

ISSN 2279-7238

neutralità a favore del Presidente Putin, nonostante la legislazione in materia consenta a tutti i candidati di accedere in egual misura alle trasmissioni nei media statali. Secondo il rapporto analitico pubblicato dall'organizzazione il **9 aprile** [Relazione analitica "Osservanza della parità dei diritti dei candidati nei mezzi di comunicazione di massa durante la campagna presidenziale-2018"; in lingua russa], durante la campagna elettorale, ha persistito un squilibrio quantitativo e qualitativo della copertura mediatica dei candidati.

Un'altra analisi delle elezioni presidenziali è stata presentata da scienziati impegnati nello studio delle statistiche elettorali, un settore di ricerca che ha ricevuto negli ultimi anni uno sviluppo maggiore nella scienza politica russa e negli studi regionali. Così, uno dei più famosi esperti russi, che ha pubblicato diversi articoli scientifici sulle anomalie delle elezioni in Russia nel 2011 e 2012[809], Sergey Shpilkin, ha osservato che nel complesso le elezioni presidenziali svoltesi la domenica 18 marzo si sono rivelate "più pulite" rispetto alle altre tenutesi negli ultimi 15 anni: il livello delle falsificazioni si è rivelato basso, ma non del tutto assente (secondo i suoi calcoli, le frodi ammontano a circa 10 milioni di voti)[810]. Dall'analisi di Shpilkin si rileva una distribuzione anormale dei voti in alcune regioni[811].

Dunque, il carattere ibrido del regime politico si riflette maggiormente nell'istituto delle elezioni e nell'ambivalenza del processo elettorale in Russia. Grazie alla prassi di mobilitare le risorse (soprattutto amministrative) a sostegno di un candidato prescelto, il voto è divenuto meccanismo per il mantenimento del potere[812]. Cioè ha fatto dubitare dell'effettiva portata della teoria *"democratization through elections"*[813]. Come scrive l'Autrice del libro sulla storia russa G. Cigliano: *"Questo connubio [della*

---

809 V. Dmitry KOBAK, Sergey SHPILKIN, Maxim S. PSHENICHNIKOV "*Statistical anomalies in 2011-2012 Russian elections revealed by2D correlation analysis*": https://arxiv.org/pdf/1205.0741.pdf.

810 *Radio Svoboda:* https://www.svoboda.org/a/29111031.html.

811 Ad esempio, nelle aree con un'affluenza di circa il 40-60%, il candidato vincitore ha ricevuto circa il 50% dei voti, ma ci sono molti seggi con un'affluenza dell'80-90%, in cui la percentuale del leader è stata di circa il 90%. Ciò contraddice la teoria della probabilità sulla distribuzione normale (o gaussiana): sul grafico la distribuzione dei voti secondo l'affluenza deve sembrare una campana, ma se l'ala destra della campana (dal lato di alta affluenza) si gonfia - qualcosa non è "pulito". Tale anomalia, chiamata anche "la sega di Churov" a nome dell'ex presidente della CEC, è stata notata anche nelle elezioni precedenti. Secondo i calcoli di Shpilkin, picchi sospetti quest'anno sono stati registrati anche a San Pietroburgo, mentre a Mosca la distribuzione è stata quasi ideale e corrisponde alla curva di Gauss.

812 Diversi esperti e politici hanno definito le elezioni attuali un "referendum" (Altekar', Pavel and Vladimir Ruvinskii. "Kogo pobedil Vladimir Putin," Vedomosti, March 18, 2018: https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2018/03/18/754114-kogo-pobedil-vladimir-putin), una "ri-nomina" (secondo Navalnyj) o "quasi-elezioni" (secondo Sobčak).

813 "*The political science literature suggests that elections under autocracies are a double-edged sword that seek to sustain authoritarian rule, but under certain conditions may turn against the master. Some claim that repetitive elections gradually socialize politicians and voters and at some point democratize the regime. On the other hand, there is a good deal of evidence that clearly contradicts this proposition. Repetitive Russian elections—both legislative and presidential—do not seem to liberalize the regime",* scrive M. Zavadskaya, l'esperta dell'*Electoral Integrity Project.* (M. ZAVADSKAYA, *The Fight for Turnout: Growing Personalism in the Russian Presidential Elections of 2018,* in Russian Analytical Digest, no. 217, 26 March 2018, p. 2: http://www.css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/RAD217.pdf).

ISSN 2279-7238

regolarità delle consultazioni elettorali e della sistematica violazione delle regole democratiche] ha condotto alcuni analisti politici a coniare l'espressione "autoritarismo elettorale"[814].

La varietà dei regimi sub-nazionali formatasi nelle regioni russe ha influenzato la qualità delle elezioni, per cui in alcuni soggetti della Federazione Russa si svolgono elezioni più o meno libere e in altri – sultanati elettorali[815] – dove si sono creati contesti piuttosto controllati, si registrano diverse anomalie[816]. Inoltre, nonostante l'organizzazione dello scrutinio diventi sempre più trasparente e il livello delle frodi si abbassi rispetto al passato, la campagna elettorale che precede la Giornata della votazione rimane politicamente parziale e la scelta si restringe ai candidati "ammessi".

Tuttavia, nonostante le varie irregolarità presenti, il risultato in generale riflette la volontà degli elettori. Davvero, in pochi possono dubitare della leadership di Putin[817].

PRESIDENTE

IL MESSAGGIO ANNUALE: A CHI SI RIVOLGE IL PRESIDENTE?

Il **1° marzo**, poco più di due settimane prima delle elezioni, il Presidente Putin ha annunciato il suo Messaggio alle due Camere riunite dell'Assemblea Federale[818]. Nel suo discorso annuale al Parlamento, il Capo dello Stato, di solito, propone le direttive strategiche per lo sviluppo del Paese, e dato che Putin si è rifiutato di partecipare ai dibattiti elettorali, il discorso, pronunciato davanti ai deputati – rappresentanti del popolo russo - è stato interpretato come il suo programma elettorale. Tuttavia, per quanto riguarda i destinatari del suo messaggio, sembra che il Presidente non si sia limitato al proprio elettorato, ma si sia rivolto a un pubblico più ampio.

Il discorso di Putin può essere diviso in due parti. Nella prima parte, il Presidente ha parlato dei risultati conseguiti in campo sociale ed economico e ha discusso dei piani per risollevare l'economia, modernizzare l'assistenza sanitaria, migliorare l'istruzione. Il Presidente ha fissato obiettivi ambiziosi per il futuro come dimezzare la soglia di povertà nei prossimi 6 anni, diventare una delle prime cinque economie del mondo ed aumentare il PIL pro capite di una volta e mezza entro la metà del

[814] V. G. CIGLIANO, *La Russia contemporanea: un profilo storico*, Carocci editore, 2013, p. 283.
[815] *Inforesist*: https://inforesist.org/chego-zhdat-posle-vyiborov-putina/.
[816] I resultati per le regioni della Federazione Russa: https://elections2018.tass.ru/?_ga=2.202542226.244125727.1525709811-337414167.1522252571.
[817] Come ha scritto l'esperto dell'agenzia di analisi del Parlamento Europeo, Martin Russell: "*Putin is undoubtedly popular in Russia, and a renewal of his presidency reflects the wishes of a majority of Russians. Nevertheless, it can hardly be said that voters have a genuine choice between candidates competing on a level playing field*" (Martin RUSSELL, *Russia's 2018 presidential election: Six more years*: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614738/EPRS_BRI(2018)614738_EN.pdf.
[818] Tradizionalmente, il Messaggio del Presidente sono stati annunciati a dicembre di ogni anno, ma questa volta il discorso è stato posticipato (probabilmente appositamente) per il periodo che coincideva con la campagna elettorale.

ISSN 2279-7238

prossimo decennio, aumentare l'aspettativa di vita dei cittadini russi a 80 anni e più (oggi è di 73 anni), diventare non solo il principale *hub* logistico del pianeta, ma anche uno dei centri mondiali per lo stoccaggio sicuro dei Big data ed entro il 2024 rendere disponibile la connessione internet veloce su tutto il territorio nazionale. Il presidente ha aggiunto che la priorità per i prossimi anni è "il benessere delle persone" e la minaccia fondamentale alla sua realizzazione risiede nel gap tecnologico.

La seconda parte del Messaggio del Presidente, iniziata a circa due terzi del discorso durato poco meno di due ore, è stata dedicata alla politica estera e alle questioni di sicurezza. Il Capo dello Stato e, al contempo, Supremo Comandante russo ha presentato i nuovi tipi di armi strategiche – il missile balistico intercontinentale, il drone sottomarino – volti a contrastare i tentativi di contenimento militare da parte dello NATO. Proprio questa parte del discorso di Putin ha suscitato negli osservatori internazionali una forte preoccupazione sul possibile lancio di una nuova corsa agli armamenti. Dal canto suo, il Presidente ha chiarito: "Non minacciamo nessuno, non attaccheremo nessuno", aggiungendo che le nuove armi servono, innanzitutto, a difendere il Paese ed assicurare l'equilibrio strategico nel mondo.

Molti osservatori hanno notato come la seconda parte del discorso sia sembrata meno monotona e sia stata accolta con più entusiasmo[819].

GOVERNO

IL RAPPORTO ANNUALE DEL PRIMO MINISTRO: I RISULTATI DEI SEI ANNI

L'**11 aprile**, il Primo Ministro russo Medvedev ha presentato il Rapporto annuale sulle attività del Governo alla Duma. Tale obbligo è stato introdotto nel 2008 con le modifiche agli artt. 103 e 114 della Costituzione russa. Quest'anno Medvedev ha definito il suo rapporto "speciale", poiché risulta l'ultimo per il Governo nella sua attuale composizione. Il **7 maggio**, dopo l'inaugurazione ufficiale del nuovo

[819] Come ha scritto il Prof. Jeronim Perović: *"As if speaking at an international weapons exhibition, Putin dedicated over an hour of his talk to explaining the newest military technology in great detail, displaying videos showing nuclear-powered missiles that can fly at supersonic spee d with an "unlimited range," which are "absolutely invulnerable to any air or missile defense system" and are able to hit any target on the planet. While he mentioned "missile" some sixty times during his talk, and "nuclear" twenty-seven times, the word "democratic" popped up only twice and "civil society" only once. Thus, whatever he was discussing in the first section of his speech paled in light of what he was sharing with his audience later"* (J. PEROVIC, *"Putin's Challenges,"* in Russian Analytical Digest, no. 218, 10 aprile 2018, p. 8 http://www.css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/RAD218.pdf).

ISSN 2279-7238

Presidente, in conformità con la Costituzione (ex art. 116[820]), il Governo in carica si dimetterà e verrà nominato il nuovo Primo Ministro, e su sua proposta verrà definita la composizione e la struttura del nuovo Governo[821]. Pertanto, Medvedev ha ritenuto necessario non limitarsi a un anno, ma descrivere i risultati ottenuti negli ultimi sei anni di lavoro.

In totale, l'evento – discorso di Medvedev insieme con le risposte alle domande dei deputati e agli interventi dei leader dei gruppi parlamentari – è durato più di tre ore ed un'attenzione particolare è stata dedicata ai problemi dello sviluppo economico. Sebbene sullo sfondo sia continuata a permanere la situazione economica negativa causata dall'introduzione di nuove sanzioni contro la Federazione Russa da parte degli Stati Uniti d'America, il tono generale della relazione è stato positivo. Naturalmente, Medvedev non ha dimenticato di citare, proprio all'inizio del suo discorso, tutte le difficoltà degli ultimi anni e i "numerosi colpi potenti" subiti dall'economia del Paese: "Questi sei anni, senza esagerare, sono stati anni di prove... Contrariamente al senso comune, sia in America che in Europa, il nostro Paese è stato presentato come nemico". Inoltre, Medvedev ha aggiunto: "Non c'è dubbio che affronteremo questa pressione... Ma non dimenticheremo coloro che continuano questa politica anti-russa".

Mentre Medvedev si è mostrato determinato a continuare il lavoro, la relazione non ha contenuto alcuna proposta concreta sulla nuova composizione del Consiglio dei Ministri, che dovrebbe attuare il programma della "svolta", presentata dal Governo. A questo punto, è opportuno notare che nell'attuale assetto istituzionale russo persiste il forte *deficit* del potere esecutivo, nel senso che il Governo russo non sembra più un ramo autonomo del potere, come lo designa la Costituzione russa, capace di determinare le direttive principali e di organizzare il suo lavoro in maniera autonoma (art. 113)[822]. Allo stato attuale, il Governo federale è diventato sempre più simile ad un'"Amministrazione presidenziale allargata", ed è chiaro che in questa situazione la scelta sulla sua futura composizione sarà esercitata principalmente dal Presidente e, molto probabilmente, sulla base di uno scenario incerto.

[820] "Il Governo della Federazione Russa rassegna i propri poteri al Presidente della Federazione Russa di nuova elezione".

[821] Si ricorda, che il Governo russo si è formato in collaborazione tra il Presidente dello Stato e il Presidente del Governo non sulla base parlamentare, ma sulla base professionale, anche se il sistema politico non impedisce il carattere parlamentare del governo. Il Governo in Russia non ha una "colorazione politica", e non deve essere necessariamente un governo di coalizione.

[822] La Costituzione russa indica nella figura del Presidente (*Predsedatel'*) del Governo e non nel Presidente federale il Capo dell'Esecutivo. Si legge: "Il Governo della Federazione Russa esercita il potere esecutivo della Federazione Russa" (Articolo 110, primo comma).

ISSN 2279-7238

ROSKOMNADZOR VS TELEGRAM: LA BATTAGLIA PER LA PRIVACY

Il **16 aprile** il Servizio Federale russo per la supervisione della comunicazione, Roskomnadzor, ha iniziato a bloccare l'app di messaggistica Telegram sul territorio nazionale russo. Gli indirizzi IP dei server appartenenti al servizio Telegram ora sono inseriti nel registro dei siti bloccati e agli operatori di telecomunicazioni spetta l'obbligo di adottare misure per limitare l'accesso a tali siti.

La procedura è stata avviata in conformità con la Decisione della Corte Tagansky di Mosca che ha accolto la richiesta di Roskomnadzor e ordinato di bloccare l'accesso a Telegram per non aver fornito ai servizi di sicurezza (*FSB*) - come previsto dalla legislazione russa[823] – le chiavi per decrittare i messaggi degli utenti. Il fondatore del servizio di messaggistica istantanea, Pavel Durov, ha rifiutato di conformarsi a quelle che ha definito "leggi incompatibili con le nostre politiche sulla privacy". Egli aveva ribadito che non avrebbe mai ceduto l'accesso alle comunicazioni e ai dati confidenziali dei suoi clienti ed ha anche cercato di difendere la sua posizione in tribunale, chiedendo ai giudici di riconoscere l'ordine dell'FSB come illegale, poiché contrario al diritto, garantito dall'articolo 23 della Costituzione della Federazione Russa, all'inviolabilità della vita privata, al segreto della corrispondenza, delle conversazioni telefoniche, comunicazioni postali, telegrafiche e di altro tipo, la cui restrizione è consentita solo sulla base di una decisione giudiziaria. Ma tutto ciò non ha avuto alcun risultato, e il **20 marzo** anche la Corte Suprema ha respinto il suo ricorso [Decisione della Corte Suprema della Federazione Russa del 20 marzo 2018 n. AKPI17-1181 "Sul rifiuto di riconoscere non valido l'ordine del Servizio federale di sicurezza della Federazione Russa del 19 luglio 2016 n. 432 "Sulla procedura della presentazione di informazioni..."]. Durante l'udienza, un rappresentante del FSB ha affermato, riferendosi alla posizione della Corte costituzionale[824], che le informazioni necessarie per decodificare i messaggi elettronici non possono essere considerati "un segreto protetto dalla legge" e, quindi, non richiedono le condizioni e le modalità

[823] Comma 4.1 dell'art. 10.1 della Legge federale n. 149-FZ "Sulla Informazione, tecnologie dell'informazione e protezione delle informazioni" stabilisce che "l'organizzatore della diffusione delle informazioni nella rete Internet è tenuto a fornire all'organo esecutivo federale [...] informazioni necessarie per decodificare [...] i messaggi elettronici". (http://base.garant.ru/12148555/baf8d0298b9a3923e3794eecbe3d1996/). Tali norma è stata introdotta con la Legge "Sugli emendamenti alla Legge Federale "Sulla lotta contro il terrorismo" del 6 luglio 2016 (il cosiddetto "pachetto Yarovaya").

[824] Sfortunatamente, le agenzie di stampa (*TASS* ed altri), riferendosi a questa affermazione, non hanno specificato quale posizione della Corte fosse stata menzionata dai rappresentanti dell'FSB. Si può solo supporre che stiamo parlando delle definizioni del 2003 N 345-O e del 2008 N 528-O-O, in cui i giudici costituzionali hanno definito le informazioni che costituiscono il segreto delle conversazioni telefoniche come: qualsiasi informazione trasmessa, memorizzata e installata mediante apparecchiature telefoniche, compresi i dati sui segnali in entrata e in uscita di connessione di apparecchi telefonici di specifici utenti di comunicazione. (V. par. 2 della Decisione della Corte Costituzionale del 26.10.2017 n. 25-P: http://legalacts.ru/doc/postanovlenie-konstitutsionnogo-suda-rf-ot-26102017-n-25-p-po/). Dunque, le chiavi di crittografia non sono state nominate, almeno in maniera esplicita.

ISSN 2279-7238

speciali di accesso ad essi. Mentre l'ottenimento di informazioni che costituiscono segreto della corrispondenza dei cittadini - gli utenti di Internet, viene effettuato nell'ambito delle attività di ricerca operativa che sono condotte sulla base di una decisione giudiziaria.

Il **21 marzo** Telegram, richiamando l'art. 10 della C.E.D.U. , ha inviato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito alla decisione della Corte russa che ha imposto una multa per aver rifiutato di fornire al servizio di sicurezza federale russo le chiavi della crittografia dei messaggi.

Nel frattempo, il **22 aprile** i rappresentanti di Telegram hanno proposto ai cittadini russi di unirsi in un *flash mob* che consisteva nel lanciare aeroplani di carta. Il **30 aprile** a Mosca, è stata organizzata una protesta (autorizzata) contro il blocco di Telegram, a cui hanno partecipato circa 7500 persone. Bisogna notare, che l'applicazione Telegram non è il servizio di messaggistica più popolare in Russia[825], ma la pressione delle autorità statali sulla sua direzione è stata percepita dai russi come un assalto alla libertà su Internet.

CORTI

Secondo i dati dell'OSCE, il giorno seguente le elezioni presidenziali, sono state presentate dinanzi alla Corte Suprema della Federazione Russa circa 101 denunce contro le decisioni della CEC, di cui 85 sono state respinte in quanto inammissibili[826]. Due casi hanno riguardato il diritto elettorale passivo: gli appelli erano stati presentati dai rappresentanti di opposizione (non sistemica) Navalnyj e Sobčak, entrambi aspiranti alla carica di Presidente russo, con la sola differenza che il primo non è stato ammesso alla competizione.

È opportuno notare subito che i motivi dei ricorsi erano diversi ma gli esiti sono stati gli stessi: in entrambi i casi, la Corte Suprema ha confermato le decisioni della CEC.

IL RICORSO DI SOBČAK CONTRO IL "QUINTO" MANDATO DI PUTIN

La candidata Ksenia Sobčak ha presentato ricorso alla Corte Suprema con la richiesta di annullare la registrazione di un altro candidato alla presidenza, Vladimir

[825] *Vedomosti:* https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2017/02/08/676588-telegram-rossii.
[826] *International Election Observation Mission: Russian Federation – Presidential Election, 18 March 2018, Statement Of Preliminary Findings And Conclusions*, p. 12: https://www.osce.org/odihr/elections/russia/375670?download=true.

ISSN 2279-7238

Putin, contestando così la decisione della CEC del 6 febbraio 2018. Secondo Sobčak, il limite costituzionale stabilito per i mandati presidenziali non è stato rispettato da parte del candidato Putin: "l'arrocco Putin-Medvedev" nel 2012 è stato organizzato in anticipo, entrambi i politici hanno concordato su "un incarico temporaneo, con l'obbligo di restituirlo dopo un determinato periodo". Un tale accordo, stabilito allo scopo di aggirare le leggi, secondo Sobčak, non è stato altro che un "abuso del diritto".

Il ricorso è stato presentato alla Corte Suprema il **14 febbraio** e ha sorpreso i membri della CEC. Il vice capo Nikolai Bulaev ha dichiarato che la posizione della CEC su questo tema è stata già definita. Infatti, per quanto riguarda i limiti di rielezione alla carica del Presidente, il dibattito sull'interpretazione dell'articolo 81 comma 3 ha visto prevalere la posizione dei giudici costituzionali e la loro attenta aderenza alla lettera (e meno allo spirito) della legge. Così, nel Commento ufficiale sulla Costituzione della Federazione Russa, V. Zorkin e L. Lazarev stabiliscono che: "la disposizione del comma 3 (articolo 81) limita la durata della permanenza del Presidente federale nel suo incarico, stabilendo che la stessa persona non può ricoprire la carica di Presidente per più di due mandati consecutivi... Nella sentenza della Corte del 5 novembre 1998, n. 134-O ... si afferma che due mandati consecutivi costituiscono il limite costituzionale". Infine, gli Autori aggiungono: "La disposizione [art. 81 c.3] è rivolta al rinnovamento costituzionale della leadership statale ed è diretto contro l'eventuale istituzione di un regime di autoritarismo. Tuttavia, questa regola non proibisce ad una stessa persona di essere eletta alla presidenza in diverse occasioni, ma con una pausa dopo due termini consecutivi".

Di conseguenza, il **16 febbraio**, la Corte Suprema della Russia ha respinto l'appello di Ksenija Sobčak e riconosciuto l'ammissibilità della candidatura di Vladimir Putin (la decisione, poi, è stata riconfermata dalla Commissione di Appello, **il 26 febbraio**). Considerando basse le probabilità di successo (anche in termini legali) in Tribunale, molti hanno criticato questa iniziativa come miope, o semplicemente mirata ad aumentare il numero di citazioni nella stampa. In sua difesa, Sobčak ha sottolineato di essere l'unico candidato che ha messo in dubbio la legittimità della partecipazione di Putin nelle elezioni presidenziali. La candidata ha notato che secondo la legislazione in materia (art. 84 comma 4 della Legge "Sulle elezioni presidenziali"[827]) soltanto la CEC e il candidato registrato hanno il diritto di presentare un ricorso contro la nomina di un altro candidato.

[827] Legge Federale del 10.01.2003 n.19-FZ "Sulle elezioni presidenziali": http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_40445/43737b68d6ba0b8e703b1169e61cc94d22d1c84a/.

ISSN 2279-7238

NAVALNYJ BLOCCATO IN UN 'LIMBO' GIURIDICO

Anche i tentativi di Navalnyj di contestare le decisioni della CEC che nel dicembre dell'anno scorso l'ha bandito dalle elezioni presidenziali, non hanno avuto successo. Il **6 gennaio** la Commissione di Appello della Corte Suprema russa ha respinto il suo ricorso. Allora, il politico si è rivolto alla Corte Costituzionale della Russia, cercando di contestare la costituzionalità della restrizione del diritto elettorale passivo posto dalla Legge «Sulle garanzie principali dei diritti elettorali" (art. 4) alle persone condannate alla privazione della libertà per reati gravi e particolarmente gravi. Tale norma è stata già diverse volte oggetto di valutazione da parte dei giudici costituzionali (si ricorda, la Decisione del 10 ottobre 2013, in cui la Corte ha annullato il divieto a vita di candidarsi alle elezioni per i cittadini condannati per reati gravi ed ha stabilito che tale interdizione non può essere permanente, ma differenziata, a seconda della gravità del reato). Di recente, il cd. "filtro penale" al diritto di elettorato passivo è stato di nuovo al centro del dibattito all'interno della Corte Costituzionale. Nella sua Decisione del 9 novembre 2017, la Corte ha confermato la costituzionalità della restrizione contestata, poiché "la sottoposizione alla libertà vigilata segnala una particolare pericolosità pubblica dell'atto commesso da un cittadino". Con questa argomentazione non è stato d'accordo il più giovane giudice K. Aranovskij, che nella sua Opinione dissenziente ha osservato che lo svolgimento delle elezioni democratiche non consente di sottoporre il comportamento elettorale dei cittadini alla gestione esterna, e le autorità non hanno il diritto di proteggerli da una scelta sbagliata. Secondo il giudice della Corte Costituzionale, le restrizioni sui diritti elettorali sono consentite, "se hanno fondati motivi per minacce e rischi reali e non speculativi" e non "esacerbano le libere elezioni". Infine, Aranovskij ha ricordato che la Corte Costituzionale ha permesso di stabilire requisiti "maggiori" ma non eccessivi per quanto riguarda la reputazione delle persone che competono per un incarico pubblico.

Ora, per quanto riguarda l'esito del ricorso alla Corte Costituzionale di Navalnij, il **18 gennaio** il Tribunale ha rifiutato di esaminare il suo ricorso ed ha fatto riferimento alle sue pronunce precedenti sul tema. La Corte ha sottolineato che "l'introduzione di tale restrizione è particolarmente importante...poiché la possibilità di eleggere alla carica del Presidente una persona condannata alla reclusione per aver commesso un crimine grave o particolarmente grave... crea di per sé rischi estremamente elevati per lo Stato di diritto democratico".

Infine, Navalnyj ha detto che farà appello alla CEDU contro la decisione di non ammetterlo alle elezioni. Tuttavia, sembra che anche questo meccanismo della Corte di Strasburgo – dove fino ad ora sono state emesse diverse sentenze a favore

ISSN 2279-7238

dell'oppositore – non abbia funzionato. Nel marzo 2018, Alexej Navalnyj ha presentato una petizione alla Corte Suprema chiedendo l'annullamento della Sentenza sul caso "*Yves Rocher*" in applicazione della decisione della Corte EDU. Sorprendentemente, il Presidium della Corte Suprema della Federazione Russa con la decisione del 24 aprile ha lasciato la sentenza del 2014 invariata[828].

AUTONOMIE

SVREDLOVSKAYA OBLAST': L'ELIMINAZIONE DELLE ELEZIONI DIRETTE DEL SINDACO DI EKATERINBURG

Il **3 aprile** i deputati dell'Assemblea legislativa della regione di Sverdlovsk hanno approvato una legge che abolisce le elezioni dirette del sindaco della città di Ekaterinburg. Nonostante l'impopolarità di tale iniziativa proposta dal Governatore della regione di Sverdlovsk Evgeny Kuyvashev (il **2 aprile** in città si è tenuta una manifestazione contro tale misura), essa è stata accolta con entusiasmo dai parlamentari regionali che hanno votato quasi all'unanimità a favore del disegno di legge. Secondo le nuove regole, il sindaco sarà eletto dai deputati municipali tra i candidati proposti dalla commissione competitiva[829].

Gli esperti hanno spiegato questa innovazione con il '*trend* negativo al livello federale'. Infatti, la legislazione in vigore (la legge federale "Sui principi generali dell'organizzazione dell'autonomia locale nella Federazione Russa" del 06.10.2003 n. 131-FZ), prevede oggi tre opzioni per quanto riguarda l'elezione dei sindaci delle città russe (vedi comma 2, Art. 36): il sindaco della città viene eletto in elezioni popolari, dal parlamento locale tra i suoi membri oppure dal parlamento locale tra i candidati selezionati da una commissione competitiva speciale. Le assemblee legislative del soggetto della Federazione (cioè le assemblee regionali) hanno la possibilità di scegliere una delle tre modalità. Tale situazione è il risultato della riforma, avviata nel 2014-2015, che ha privilegiato le elezioni indirette. Dopo la riforma, la maggior parte delle regioni ha abolito le elezioni dirette dei sindaci[830]. Attualmente, soltanto in sette città capoluoghi delle regioni e nelle tre città di importanza federale i sindaci vengono eletti dai residenti[831].

828 https://navalny.com/p/5850/. Il testo della Decisione della Presidium della Corte non è ancora pubblicato, v. la cartella del caso: https://vsrf.ru/lk/practice/cases/9926087.
829 V. il sito dell'Assemblea regionale di Sverdlovsk (Zakonodatel'noye Sobraniye Sverdlovskoj Oblasti): http://zsso.ru/activity/press/news/item/43185/.
830 "66 regioni su 85 hanno abbondonato il modello di elezioni diretti alla carica del sindaco di città"(https://www.rbc.ru/politics/19/12/2014/549304429a7947709969c232).
831 V. la mappa delle città con le elezioni dirette del sindaco: https://www.bbc.com/russian/features-43632483.

ISSN 2279-7238

KEMEROVSKAYA OBLAST': IL GOVERNATORE CHE SI DIMETTE (MA NON DEL TUTTO)

Dopo il tragico incendio in uno dei centri commerciali della città Kemerovo, capoluogo della omonima regione, il **27 marzo** migliaia di persone sono scese in piazza, chiedendo un'indagine efficiente e trasparente. I cittadini residenti della regione si aspettavano una risposta "più umana" dalle autorità, ma quest'ultime non hanno dato segno di volersi scusare davanti ai parenti delle vittime. Invece, il Capo della regione Tuleyev si è scusato con Vladimir Putin per la tragedia avvenuta nella *oblast'* di "sua competenza", ringraziandolo allo stesso tempo di aver trovato il tempo di chiamarlo personalmente. Durante l'incontro tra Vladimir Putin e i parenti delle vittime dell'incendio, al Presidente è stato chiesto se fossero probabili le dimissioni di Tuleyev.

Infine, il **1° aprile** Tuleyev, riferendosi ai residenti di Kuzbass, ha espresso le sue condoglianze e annunciato le dimissioni, che sono state accolte dal Presidente. Molti non credevano che un tale veterano della politica (Tulleyev ha occupato la carica di Governatore della regione dal 1996 ed è stato un politico molto popolare negli anni '90 – '2000[832]) potesse così facilmente dire addio al suo incarico. Nel corso degli anni, il Governatore ha creato a livello locale una rete di rapporti di carattere patronale.

La transizione di potere è stata preparata *ad personam*. Il **3 aprile** a Tuleyev è stato consegnato il mandato vacante (anzi, appena liberato dal suo collega del partito "Russia Unita") di uno dei deputati dell'Assemblea regionale. Così, il **10 aprile**, l'ex governatore e "neoeletto" deputato Tuleyev è diventato lo *speaker* del Parlamento della regione di Kemerovo[833].

[832] Tanto per far capire la 'grandezza' di questo politico, Tuleyev è stato l'unico candidato alla presidenza russa, il quale nel 2000 ha ottenuto nella "sua" regione più voti di Putin (51,57%, vs 25,01%).

[833] V. il sito dell'Assemblea regionale di Kemerovskaya oblast' (*Soviet narodnih deputatov*): http://www.sndko.ru/news_event_a/8317.html?day=1523293200.

ISSN 2279-7238

La persistente crisi catalana e le ipotesi di riforma costituzionale*

di Laura Frosina**

Dopo cinque mesi di stallo politico-istituzionale e vari tentativi falliti di investitura, la Catalogna è riuscita ad eleggere il suo nuovo Presidente indipendentista, Quim Torra, deputato di *Junts per Catalunya*, dirigente dell'associazione *Omnium Cultural,* e legatissimo a Carles Puigdemont. L'elezione di Torra è avvenuta in seconda votazione a maggioranza semplice con i voti del suo partito, quelli di *Esquerra Repubblicana de Catalunya* (ERC), e grazie all'astensione dei 4 deputati della *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP). Gli indipendentisti radicali hanno optato per questa soluzione nonostante i dubbi sollevati da alcuni militanti del partito rispetto a una candidatura giudicata non completamente adeguata a portare a termine il programma repubblicano. In realtà, il livello elevato di compromissione del neoeletto Presidente della Generalità con la causa *soberanista* si evince chiaramente dall'atto di investitura, in cui si è impegnato solennemente a costituire la nuova Repubblica catalana, e dall'atto di insediamento, in cui ha giurato "fedeltà al popolo catalano" omettendo volutamente di fare riferimento al Re e alla Costituzione.

Il Presidente neoeletto sarà chiamato a gestire una complicata fase di transizione che -nell'intento degli indipendentisti- dovrebbe condurre alla fine dell'applicazione dell'articolo 155 della Costituzione, alla scarcerazione dei numerosi leader politici indipendentisti, e infine, alla costituzione della nuova Repubblica catalana indipendente. In realtà, finora il "custode" della presidenza catalana, così autodefinitosi nel rispetto del *Presidente sombra* Puigdemont, non è riuscito nemmeno a conseguire l'obiettivo della costituzione del nuovo Consiglio di Governo della Generalità. Il Governo Rajoy non ha autorizzato, infatti, la pubblicazione dei decreti di nomina dei consiglieri indicati dal neoeletto presidente, ritenendo provocatorie e

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** *Assegnista di ricerca e Professore a contratto di *Processi di democratizzazione* presso l'Università di Roma La Sapienza.

ISSN 2279-7238

inammissibili le nomine dei consiglieri incarcerati e rifugiati in Belgio, e ha optato, quindi, per una proroga dell'articolo 155 della Costituzione.

Gli ultimi avvenimenti evidenziano, quindi, la piena sopravvivenza politico-istituzionale del progetto indipendentista, la persistenza della crisi catalana nell'ordinamento spagnolo, e le innumerevoli incertezze legate alla sua risoluzione in un clima di generale incomunicabilità ed elevata conflittualità politica e giudiziaria.

In questi mesi è stato approfondito, tanto a livello accademico che politico-istituzionale, il dibattito sulla revisione costituzionale quale via percorribile per la risoluzione della crisi catalana. Dal dibattito è emersa la necessità sostanzialmente condivisa di approvare una riforma costituzionale per risolvere non soltanto i problemi dei nazionalismi più accesi, come quello catalano di matrice secessionista, ma anche le principali criticità legate al funzionamento del modello autonomico, sia pur nella consapevolezza della sua difficile praticabilità politica.

Il tema della riforma è stato approfondito nel corso del XVI convegno annuale dell'Associazione spagnola dei costituzionalisti, svoltosi il **26** e **27 aprile** presso l'Università di Malaga, dal titolo *40 anos de Constitución: una mirada al futur*, in cui è stato evidenziato come la revisione costituzionale rappresenti una soluzione necessaria, ancorché non l'unica, per risolvere la questione catalana e razionalizzare l'organizzazione territoriale dello Stato. La grande apertura e flessibilità caratterizzanti lo Stato autonomico hanno reso possibile la sua evoluzione *de facto* verso un sistema federale, che è rimasto segnato, tuttavia, da profonde carenze strutturali e da una perenne tensione tra le spinte alla asimmetria e alla omogeneizzazione non pacificamente coesistenti al suo interno. La problematica secessionista catalana ha riacceso il dibattito sulla riforma del tipo di Stato, che viene oramai giudicata improcrastinabile dalla dottrina e da una parte della classe politica, per compiere questa definitiva chiusura del modello autonomico in senso federale. Le plurime ipotesi di riforma in discussione sembrano propendere per lo più verso un modello di federalismo plurinazionale asimmetrico, fondato prevalentemente sulle nazionalità storiche e sui c.d. *hechos diferenciales*, ovvero su un modello federale

ISSN 2279-7238

ad asimmetria variabile, aperto a tutte le Comunità autonome interessate ad approfondire il proprio livello di autogoverno. Gli aspetti centrali di questa riforma su cui si discute da anni riguardano, principalmente: l'inclusione nella Costituzione del 1978 della denominazione delle Comunità autonome; la conversione del Senato in una camera di effettiva rappresentanza territoriale; il riconoscimento costituzionale dei c.d. *hechos differenciales*, quali, ad esempio, la lingua, la cultura, la foralità, il diritto civile, l'insularità e la ultraperifericità; il riconoscimento dei principi di lealtà e collaborazione, nonché i meccanismi di collaborazione e cooperazione intergovernativa ampiamente riconosciuti negli statuti di nuova generazione; la razionalizzazione e la semplificazione del sistema di distribuzione delle competenze tra Stato e Comunità autonome con una clausola residuale che possa giocare a favore di queste ultime; la revisione del sistema di finanziamento delle autonomie territoriali per garantire maggiore solidarietà, equità, nonché un aggiornamento del regime forale vigente nei Paesi Baschi e in Navarra; un complesso di regole adeguate a garantire una maggiore partecipazione delle entità substatali al processo di integrazione europea.

A conclusioni simili in merito all'improcrastinabilità della riforma costituzionale, nonché alla centralità di alcuni temi riguardanti, in particolare, il rinnovo del sistema di finanziamento dello Stato autonomico, si è pervenuti anche nell'ambito del VII Foro delle Autonomie. L'incontro, svoltosi il **14 marzo** al Senato dinanzi alla presenza di professori, politici e alte cariche istituzionali, è iniziato con una valutazione di carattere generale sull'evoluzione dello Stato delle autonomie nel 2017 e sull'applicazione giudicata "non così tanto drammatica" dell'articolo 155 Cost.. Si è concluso, infine, con una riflessione del Presidente della Comunità autonoma di Valencia, Ximo Puig, che ha sottolineato l'urgenza di una riforma costituzionale rivolta soprattutto a migliorare l'obsoleto modello di finanziamento autonomico segnato da profonde asimmetrie e disuguaglianze insostenibili.

Il crescente convincimento teorico di una necessaria riforma costituzionale sembra scontrarsi, tuttavia, con il forte scetticismo politico, risultante

ISSN 2279-7238

emblematicamente dall'andamento dei lavori della *Commissione per la valutazione e la modernizzazione dello Stato autonomico,* istituita su richiesta del PSOE in seno al Congresso dei Deputati, per portare a termine una proposta di riforma costituzionale in questa legislatura. Dai lavori della *Commissione* sembrano prevalere le ragioni del pragmatismo politico, sostenute in particolare dal Partito popolare, che tendono a escludere l'ipotesi di una riforma costituzionale nella legislatura in corso segnata da una distanza profonda tra le forze politiche. In alternativa, tuttavia, quali potrebbero essere le modalità di risoluzione della grave crisi territoriale catalana? Non una crisi qualsiasi, ma "la más grave crisis" della storia spagnola più recente, secondo quanto affermato dal Re Felipe VI e dallo stesso Mariano Rajoy. La continuativa rivendicazione di una secessione unilaterale priva di qualsiasi legittimazione tanto nel diritto costituzionale interno quanto nel diritto internazionale, la chiusura completa al dialogo da parte del Governo Rajoy, la ferma e continuativa azione di risposta e repressione della magistratura ordinaria e costituzionale dinanzi all'avanzamento dell'offensiva secessionista, non hanno lasciato finora spazio a una soluzione alternativa a quella di una proroga dell'applicazione dell'articolo 155 Cost. Il ricorso prolungato a questo straordinario meccanismo di controllo, considerato la *extrema ratio* in situazioni di eccezionale conflittualità, non potrà continuare ad essere una soluzione politicamente e costituzionalmente percorribile e tantomeno risolutiva di una crisi che sembra oramai cronicizzata. La soluzione del conflitto andrà quindi ricercata nella riattivazione del dialogo politico-istituzionale, nel pieno rispetto della democrazia costituzionale, e nei canali della revisione costituzionale e delle riforme statutarie, così come in altre eventuali riforme giuridiche che siano compatibili con lo Stato di diritto e democratico spagnolo.

ISSN 2279-7238

LA COMMISSIONE PER LA VALUTAZIONE E LA MODERNIZZAZIONE DELLO STATO AUTONOMICO

In questi mesi la *Commissione per la valutazione e la modernizzazione dello Stato autonomico*, istituita in seno al Congresso dei Deputati su richiesta del PSOE in cambio dell'appoggio dato per l'attivazione dell'articolo 155 della Costituzione, ha iniziato a svolgere la sua attività attraverso la calendarizzazione di una serie di audizioni di professori, esponenti politici e istituzionali, ed altri esperti professionisti, al fine di compiere una prima valutazione sulla evoluzione del modello autonomico nell'ultimo quarantennio. La Commissione, istituita senza la partecipazione di *Unidos Podemos* e dei partiti nazionalisti, ha ridotto ulteriormente la sua rappresentatività in seguito alla scelta di *Ciudadanos* di abbandonare la Commissione per via del diniego ricevuto alle richieste di audizione presentate. Dal complesso delle audizioni finora svolte, è emerso un forte scetticismo circa la possibilità concreta di portare a termine una riforma costituzionale nella legislatura in corso segnata da un'incolmabile distanza tra le forze politiche, nonostante la consapevolezza comune della forte crisi del modello territoriale.

SESSIONE DI BILANCIO

Il **3 aprile** il Ministro delle Finanze e della Funzione Pubblica, Cristóbal Montoro, ha trasmesso alla presidente del Congresso dei Deputati, Ana Pastor, il progetto di legge di bilancio generale dello Stato per l'anno 2018, che ha iniziato, così, il suo iter parlamentare. Il progetto di legge si inscrive nel processo di riduzione del deficit pubblico, al fine di raggiungere l'obiettivo della riduzione del disavanzo al 2,2% del PIL che consentirà alla Spagna di uscire dal procedimento per deficit eccessivo; e contempla, altresì, una riduzione del debito pubblico nel 2018 fino al 97% del PIL.

Il **26 aprile** il *Pleno* del Congresso ha respinto i sei emendamenti, c.d. *a la totalidad*, al progetto di legge di bilancio presentati dai principali partiti dell'opposizione (PSOE, *Unidos Podemos*, ERC, PDeCat, *Compromis,* e EH Bildu), garantendo così il superamento del primo importante scoglio procedurale. Gli emendamenti sono stati respinti con i voti dei deputati del Pp, *Ciudadanos, Coalición Canaria*, *Foro Asturias* e Upn. Per il superamento di tali emendamenti, si è rivelato fondamentale il voto dei deputati del PNV, che è pervenuto a un accordo con il Governo statale sugli emendamenti al bilancio aventi a oggetto una serie di investimenti da attuare nel Paese Basco, l'aumento delle pensioni e la proroga dell'entrata in vigore del Fattore di sostenibilità al 2023. Il PNV si è impegnato inoltre a sostenere il progetto di bilancio a condizione che il Governo Rajoy termini l'applicazione dell'articolo 155 Cost. in Catalogna, che considera ingiusto e involutivo.

ISSN 2279-7238

Nel corso del dibattito parlamentare il Ministro Montoro ha evidenziato il grande sforzo di compromesso politico per l'approvazione di un progetto di legge fondato sulla stabilità di bilancio, la sostenibilità finanziaria e sul rafforzamento del Welfare.

INFORME CONTRO LA CORRUZIONE DEI PARTITI POLITICI

Il **12 aprile** il *pleno* del Congresso ha approvato, con i voti favorevoli del PSOE, di *Podemos* e *Ciudadanos* e l'opposizione del Pp, il *Dictamen* sull'attualizzazione della legislazione sul finanziamento dei partiti politici redatto dalla *Commissione sulla qualità democratica, contro la corruzione e per le riforme istituzionali e legislative*. Nell'*Informe* vengono avanzate una serie di proposte per migliorare la democraticità dei partiti e garantire una maggiore trasparenza e controllo nel loro finanziamento. Nello specifico si propone di introdurre in Costituzione il principio di un livello di finanziamento sufficiente dei partiti politici, e altresì di riordinare il sistema di contribuzione, al fine di adottare una regolamentazione unitaria in materia, premiando, in particolare, quei partiti con determinati requisiti, come ad esempio, quelli che svolgono internamente le primarie, o che garantiscono un maggior equilibro nella rappresentanza di genere, ovvero quelli che mantengono certi standard di trasparenza. Si propone, altresì, di rafforzare il controllo della Corte dei Conti sulla contabilità dei partiti e la capacità di imporre loro misure coercitive e sanzioni in caso di inadempienze o irregolarità, così come anche di modificare la legislazione penale al fine di irrigidire il reato di finanziamento illegale dei partiti. Secondo i promotori dell'*informe*, le modifiche ivi previste dovrebbero migliorare il sistema di controllo sul finanziamento dei partiti politici, eliminando alcune ingiustificate asimmetrie derivanti soprattutto dalle sovvenzioni locali non soggette a contabilizzazione.

GOVERNO

RELAZIONI INTERNAZIONALI E RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Il **23 febbraio** si è svolto il Consiglio europeo in cui si è discusso delle priorità politiche del *Quadro finanziario pluriennale per il 2020-2027*, nonché di alcune questioni istituzionali fondamentali legate, in particolare, alla futura composizione del Parlamento europeo, all'eventuale presentazione di liste transnazionali, alle modalità di nomina delle posizioni di vertice della Ue, e infine, alle consultazioni popolari.

Nella conferenza stampa di poco successiva, il Presidente del Governo spagnolo, Mariano Rajoy, ha evidenziato come, nell'ambito del quadro finanziario pluriennale,

ISSN 2279-7238

la Politica Agricola Comune e la Politica di Coesione rappresentino due priorità per la Spagna, così come grande importanza assumono la competitività dell'Unione europea, le politiche di ricerca e sviluppo, quelle di educazione e formazione e, infine, gli investimenti nelle infrastrutture del trasporto, nell'energia e nelle telecomunicazioni. In riferimento alla futura composizione del Parlamento europeo, il Premier ha evidenziato come Spagna e Francia sono i paesi che più dovrebbero beneficiare dalla nuova ripartizione di seggi conseguente alla uscita del Regno Unito dall'Unione, in quanto dovrebbero ottenere cinque seggi in più ciascuno. In relazione alle liste transnazionali, Mariano Rajoy ha evidenziato come l'approfondimento della riflessione sul punto possa contribuire al dibattito politico europeo in vista delle elezioni del Parlamento europeo nel 2024.

In relazione alle consultazioni popolari sul futuro dell'Europa, ha chiarito come il Governo spagnolo consideri essenziale il coinvolgimento dei cittadini nel dibattito sul futuro dell'Unione europea per identificare priorità, preoccupazioni e idee che contribuiscano a sviluppare l'Europa di domani.

In chiusura, il Premier Rajoy ha evidenziato il contributo fornito dalla Spagna alla sicurezza e allo sviluppo dei Paesi africani che rientrano nella zona del Sahel, sottolineando la importanza strategica di questa zona per la protezione del Paese e la stabilità di tutta l'area mediterranea.

Il **24 aprile** si è svolto un incontro bilaterale tra il Presidente del Governo Mariano Rajoy e il Primo Ministro turco, Binali Yildirim, e parallelamente si sono celebrate quattro riunioni ministeriali di natura settoriale (interni, sviluppo e medio ambiente, agricoltura e pesca, ed economia).

Nel corso della conferenza stampa successiva all'incontro, Mariano Rajoy ha evidenziato come la Turchia sia uno dei principali partner commerciali della Spagna, nonché un'area di mercato strategico, e come dal 2010 il commercio bilaterale tra i due paesi sia aumentato del 74%. Rajoy ha evidenziato, poi, come il livello degli investimenti sia aumentato del 57% tra il 2013 e il 2015, e come le imprese spagnole siano impegnate in progetti di importanza strategica per la Turchia, con particolare riguardo alle infrastrutture. In relazione ai rapporti tra la Turchia e l'Unione europea, Rajoy ha sottolineato l'importanza fondamentale dello Stato di diritto e delle garanzie costituzionali. A tal proposito, ha confermato come la Turchia sia un alleato indispensabile per l'Unione europea, specie nella lotta contro il terrorismo e come la cooperazione su tale piano risulti fondamentale per prevenire attentati terroristici. Un altro aspetto di grande rilevanza, affrontato nel corso delle riunioni settoriali, è stato infatti quello della Sicurezza e della Difesa, rispetto ai quali è stata evidenziata la necessità di rafforzare la cooperazione per affrontare le diverse sfide legate al

ISSN 2279-7238

terrorismo e alla pressione migratoria. Per quanto concerne le relazioni internazionali, si è giunti a una visione comune sul Mediterraneo come uno spazio di pace e prosperità.

Il **27 aprile** il Consiglio dei Ministri ha approvato l'Aggiornamento del Programma di Stabilità (2018-2020), contenente la pianificazione pluriennale economica, fiscale e di bilancio che la Spagna è tenuta ad inviare con cadenza annuale a Bruxelles. Nel documento si conferma una previsione di crescita del 2,7% per l'anno 2018, conformemente a quanto previsto nel progetto di bilancio generale dello Stato, e un tasso di crescita del 2,5% a partire dall'anno successivo fino al 2021. Si stima inoltre una crescita del PIL pari al 2,4% nel 2019, e al 2,3% nel biennio 2010/2021, e si prevede, altresì, la creazione nel 2018 di 1,7 milioni di posti di lavoro, con una riduzione progressiva del tasso di disoccupazione fino ad arrivare al 10,7%.

Il Consiglio dei Ministri ha approvato anche il programma nazionale delle riforme per il 2018, in cui si stabiliscono le priorità di politica economica per dare concretamente attuazione alle previsioni di crescita a medio termine. Nel programma si stabilisce la sostenibilità fiscale e una politica economica diretta a migliorare la produttività e la competitività dell'economia spagnola. Il documento si struttura in cinque parti: la prima, dedicata al contesto e allo scenario macroeconomico in linea con il programma di stabilità; la seconda, relativa al grado di attuazione delle raccomandazioni specifiche; la terza riguardante i progressi da raggiungere per conseguire gli obiettivi della strategia europea 2020; la quarta concernente le priorità di politica economica dei mesi successivi, e infine la quinta relativa ai contributi finanziari agli agenti sociali del Terzo settore, dell'azione sociale e delle comunità autonome.

Il Ministro dell'Economia, Industria e Competitività, Román Escolano ha affermato che il quadro macroeconomico delineato nel programma di stabilità prevede una crescita sostenuta, equilibrata e di creazione dell'occupazione, che dovrebbe condurre a una vera espansione sostenuta e sostenibile dell'economia spagnola

IL GOVERNO E LA GESTIONE DEL CONFLITTO CATALANO

Il **26 gennaio** il Presidente del Governo Mariano Rajoy, previa delibera del Consiglio dei Ministri, ha presentato ricorso al Tribunale costituzionale contro la risoluzione del Parlamento catalano recante il nominativo di Carles Puigdemont come candidato alla presidenza della Generalità (BOPC n. 3, del 23 gennaio 2018) e contro la risoluzione di convocazione della relativa sessione di investitura (BOPC n. 5, del 26 gennaio 2018). Il Governo ha presentato ricorso nonostante il parere

ISSN 2279-7238

contrario del Consiglio di Stato (c.d. *dictamen*), che non ha ravvisato la presenza di ragioni ostative alla presentazione della candidatura del leader indipendentista, nella sua qualità di deputato di pieno diritto, per la sessione di investitura fissata il **30 gennaio**. In realtà il Consiglio di Stato ha avallato gli argomenti giuridici sostenuti dall'esecutivo statale contrari alla investitura a distanza di Puigdemont, ma ha ritenuto che non potessero essere fatti valere in via preventiva e ipotetica, riferendosi a un'eventuale situazione futura. Il Governo spagnolo ha ritenuto, invece, che l'ordine di detenzione preventiva nei confronti di Carles Puigdemont precluda al candidato di presentarsi in Aula e di essere, così, investito alla carica di presidente della Generalità. Per questa via, l'esecutivo ha chiesto al presidente del Parlamento catalano, Roger Torrent, di proporre un candidato alternativo che non abbia pendenze con la giustizia, escludendo quindi sia i deputati rifugiatisi in Belgio sia quelli in stato di detenzione.

Il **22 marzo** il Segretario di Stato per le Amministrazioni pubbliche, Roberto Bermúdez de Castro, ha riferito alla commissione ad hoc costituitasi in seno al Senato sull'applicazione dell'articolo 155 Cost., al fine di fare un bilancio della situazione catalana negli ultimi cinque mesi e delle conseguenze dell'applicazione di tale articolo. Il Governo Rajoy pensava di poter cessare l'applicazione di tale articolo quanto prima con la costituzione di un nuovo esecutivo catalano, di matrice non marcatamente indipendentista, e di riferire in tal senso al Senato. Invece, la mancata investitura del presidente catalano, ha obbligato il Governo spagnolo a mantenere ferma l'applicazione di tale articolo.

CAPO DELLO STATO

Il **24 gennaio** il Re Felipe VI ha partecipato al Foro Economico Mondiale a Davos, nell'ambito del quale ha lanciato un messaggio chiaro all'élite politica e finanziaria mondiale sulla ferma volontà di garantire il massimo rispetto della Costituzione e della sicurezza giuridica in Spagna, nonostante l'intento degli indipendentisti catalani di infrangere le regole basiche del sistema democratico spagnolo. Nel suo discorso ha insistito sulla necessità di rispettare la legge, il pluralismo politico, e il principio della sovranità nazionale del popolo spagnolo.

Il **31 gennaio** il Re Felipe VI, nel corso di una cerimonia svoltasi al Palazzo Reale dinanzi al corpo diplomatico, ha pronunciato un discorso in cui ha fatto riferimento alla crisi catalana, descrivendola come la più grave crisi della storia recente della Spagna. Ha ringraziato la comunità internazionale per il sostegno prestatogli davanti a tale crisi, che ha messo a dura prova valori europei e universali come "il rispetto

ISSN 2279-7238

della democrazia" e "l'unione nella diversità". In questa occasione, il Re ha ricordato che la Spagna è un Paese aperto, plurale, che contribuisce alla sicurezza collettiva, a un mondo più equo e sostenibile, e ha concluso il suo discorso insistendo sull'importanza dei valori della democrazia e dello Stato di diritto.

CORTI

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE E LA CRISI CATALANA

Il **10 gennaio** il Tribunale Costituzionale ha ammesso a esame (c.d. admisión a tramite) il ricorso presentato da *Unidos Podemos* contro l'accordo del Senato che ha dato applicazione all'articolo 155 Cost.. Nel ricorso si mette in dubbio la costituzionalità dei provvedimenti adottati in sua applicazione riguardanti la cessazione del Governo, lo scioglimento del Parlamento e la convocazione di nuove elezioni, argomentando che tali provvedimenti rappresentano una violazione dello Statuto e dell'autogoverno della Catalogna.

Il **27 gennaio** il Tribunale costituzionale, a seguito di un intenso dibattito durato circa sei ore, ha adottato l'auto (BOE n. 25, del 27 gennaio 2018) sul ricorso del governo contro le risoluzioni del parlamento catalano di candidatura alla presidenza di Carles Puigdemont e di convocazione della relativa sessione di investitura. Con questo provvedimento non si è pronunciato sull'ammissibilità del ricorso governativo, ma ha dato un termine alle parti di dieci giorni per costituirsi in giudizio e presentare le proprie osservazioni, e ha adottato, altresì, una misura cautelare con efficacia pro-futuro, prevedendo la sospensione di qualsiasi sessione di investitura che non rispetti determinati requisiti. Il Tribunale si è pronunciato infatti contro l'ipotesi di un'investitura telematica di Puigdemont, o di qualsiasi altro candidato che non possa essere presente fisicamente, poiché ha giudicato la presenza fisica un requisito imprescindibile per lo svolgimento della sessione di investitura. Ha evidenziato come per garantire la presenza di Puigdemont alla sessione di investitura si renderebbe necessaria un'autorizzazione preventiva del giudice del Tribunale Supremo, Pablo Llarena, responsabile del procedimento penale contro Puigdemont e molti altri esponenti nazionalisti accusati prevalentemente per reati di ribellione, sedizione e malversazione dei fondi pubblici connessi all'organizzazione dell'illegale e incostituzionale del processo referendario e secessionista catalano.

I giudici costituzionali hanno precisato inoltre che i deputati eletti nel Parlamento catalano che si trovino in carcere, o nei confronti dei quali sia stato emesso un ordine giudiziario di detenzione, non potranno delegare il proprio voto ad altri parlamentari.

ISSN 2279-7238

Infine il Tribunale ha chiarito che ogni atto, risoluzione o accordo che contravvenga quanto deciso sarà radicalmente nullo e privo di qualsiasi valore ed effetto giuridico; e ha avvertito altresì i membri della Mesa del Parlamento delle responsabilità, incluse quelle penali, in cui potrebbero incorrere in caso di violazione del provvedimento di sospensione cautelare.

Il **7 febbraio** il Tribunale Costituzionale ha ammesso a esame (c.d. admisión a tramite) il ricorso presentato dalla presidenza del parlamento catalano contro l'accordo del Senato con cui è stata data applicazione all'articolo 155 della Costituzione. Nel ricorso si lamenta una violazione del principio di autonomia e del principio di partecipazione politica, segnata da una sospensione di fatto dell'autonomia catalana e dall'attivazione di un controllo politico che ha posto il parlamento catalano in una posizione di subordinazione gerarchica rispetto al governo.

Il **26 aprile** il Tribunale costituzionale ha ammesso a esame (c.d. *admisión a tramite*) il ricorso presentato a gennaio dal Governo spagnolo contro le risoluzioni del parlamento catalano concernenti la candidatura alla presidenza di Carles Puigdemont e la convocazione della relativa sessione di investitura, già oggetto di una misura cautelare sospensiva da parte dello stesso Tribunale. I giudici costituzionali hanno convalidato, così, in via definitiva la sospensione stabilita pochi mesi prima. La questione non ha grande rilevanza pragmatica poiché la candidatura di Puigdemont è rimasta senza effetto e sono stati designati altri candidati in questi mesi. Tuttavia – secondo i giudici- la risoluzione del ricorso pone questioni di interesse costituzionalistico di carattere generale che giustificano il mantenimento in vita del processo costituzionale.

LA COMPLESSA EVOLUZIONE DELLA VICENDA GIUDIZIARIA DI CARLES PUIGDEMONT

Il **23 marzo** il giudice del Tribunale Supremo, Pablo Llarena, ha adottato un nuovo mandato di arresto europeo e una richiesta di estradizione per Carles Puigdemont, che ha abbondonato il Belgio per recarsi ad Helsinki e partecipare a una conferenza sui diritti umani. Pablo Llarena ha rinviato a giudizio 25 esponenti politici indipendentisti implicati in vario modo nella organizzazione del processo indipendentista catalano e formalmente accusati di diversi reati, prevalentemente quelli di disobbedienza, sedizione, ribellione e appropriazione indebita dei fondi pubblici, per i quali si rischia una condanna fino a 30 anni di reclusione. Il giudice ha emesso un ordine di detenzione preventiva per 5 di loro, tra i quali figura lo stesso Puigdemont, e il candidato alla presidenza della Generalità, Jordi Turull, che avrebbe

ISSN 2279-7238

dovuto presentarsi alla sessione di investitura il 24 marzo, ritenendo presente un rischio di fuga e di reiterazione del reato.

Il giorno seguente Puigdemont è stato arrestato in Germania, dove si trovava di passaggio per rientrare in Belgio, e la procura tedesca ha richiesto l'estradizione alla Spagna dell'ex presidente per i reati di ribellione e abuso dei fondi pubblici.

Il **5 aprile** l'Alta Corte del Land dello Schleswig Holstein ha respinto l'accusa per il reato di ribellione, non previsto dal diritto penale tedesco, mentre ha ritenuto invece plausibile la richiesta di estradizione per corruzione e abuso di fondi pubblici. Ha deciso tuttavia di concedere la libertà condizionata a Carles Puigdemont dietro il pagamento di una cauzione di 75.000 euro.

Il Ministro della giustizia spagnolo, Rafael Català, ha dichiarato che Madrid rispetta la decisione dei giudici tedeschi e che la procedura di estradizione richiederà in ogni caso tempi molto lunghi.

AUTONOMIE

IL TORMENTATO PROCESSO DI FORMAZIONE DEL NUOVO GOVERNO CATALANO

Il **16 gennaio** i funzionari del Parlamento catalano hanno redatto un *informe* con cui si sono opposti alla possibilità di un'investitura telematica di Carles Puigdemont, ritenendo imprescindibile la sua partecipazione al dibattito. Nell'informe si precisa che un dibattito di investitura richiede la partecipazione diretta e personale del candidato alla presidenza, poiché la sua finalità non è soltanto quella di conferire la fiducia, ma anche quella di promuovere un dibattito sul programma politico tra i presenti in Aula.

Il **17 gennaio** il Parlamento catalano ha celebrato la sua sessione costitutiva in seguito alle elezioni del 21 dicembre, in cui il deputato indipendentista di ERC, Roger Torrent, è stato eletto presidente del Parlamento in seconda votazione con i 65 voti a favore del blocco indipendentista, grazie anche alla delega del voto dei tre deputati incarcerati e alla astensione degli 8 deputati di *Catalunya en Comù*. Si è aperto così il termine di dieci giorni per l'individuazione del candidato alla presidenza della Generalità.

Il **22 gennaio** il neoeletto presidente del Parlamento ha individuato Carles Puigdemont quale candidato alla presidenza della Generalità nell'ambito della sessione di investitura fissata il 30 gennaio. Ciò ha aperto un ampio dibattito giuridico che ha visto contrapporsi, da un lato, i sostenitori dell'investitura a distanza di

ISSN 2279-7238

Puigdemont, che non considerano la presenza fisica una condizione necessaria ai fini dell'investitura in base a quanto disposto dallo statuto e dal regolamento parlamentare, e, dall'altro, coloro che, invece, ravvisano in tale condizione un requisito imprescindibile per la investitura alla presidenza della Generalità.

Dal **22** al **29 gennaio** tutti i deputati "sospesi", fatta eccezione per Carles Puigdemont e Toni Comín, hanno rinunciato al proprio seggio in favore dei candidati collocati in una posizione immediatamente successiva nell'ambito delle rispettive liste elettorali.

Il **30 gennaio** il Presidente del Parlamento catalano ha deciso di rinviare *sine die* la seduta di investitura mantenendo ferma la candidatura di Carles Puigdemont.

Il **2 marzo** il Parlamento si è finalmente riunito per approvare un nuovo documento in cui si è preso atto dell'esistenza di una maggioranza parlamentare favorevole all'investitura di Carles Puigdemont, che ha tuttavia rinunciato formalmente alla sua candidatura a favore del numero due della lista di *Junts per Catalunya,* Jordi Sánchez, ex leader dell'Assemblea Nazionale Catalana. Il leader indipendentista, già rinviato a giudizio nella causa legata al processo secessionista, si trova da quattro mesi in carcere in base a un provvedimento cautelare di carcerazione preventiva emesso dal giudice Pablo Llarena.

Il **6 marzo** Roger Torrent, a seguito di un nuovo giro di consultazioni con i gruppi parlamentari, ha proposto quindi la candidatura di Jordi Sánchez alla presidenza della Generalità senza indicare la data del dibattito di investitura. La candidatura del leader indipendentista incontra problemi analoghi a quella di Puigdemont poiché, secondo quanto chiarito dal giudice costituzionale, il requisito della presenza in Aula è condizione necessaria per la validità del processo di investitura. Sánchez, tramite il suo avvocato, ha richiesto al giudice del Tribunale Supremo, Pablo Llarena, la concessione di un permesso di scarcerazione temporanea al fine di partecipare personalmente alla sessione di investitura prevista per il 12 marzo, e presentare, così, il suo programma di governo sul quale chiedere la fiducia. Nella memoria presentata dall'avvocato di Sánchez, si evidenzia come non esista pericolo di reiterazione del reato e la scarcerazione rappresenti la forma più adeguata per garantire il rispetto della sua presunzione di innocenza, dei suoi diritti politici e dei diritti di tutti coloro che lo hanno eletto. Il giudice Pablo Larena, dopo aver ottenuto la convalida del Tribunale Supremo, ha negato la concessione di tale permesso, giudicando esistente un rischio di reiterazione del reato e anche quello di possibili mobilitazioni pubbliche che alterino la convivenza civile e la pace sociale.

Il **20 marzo** Jordi Sánchez ha annunciato davanti al Tribunale Supremo il suo intento di rinunciare alla carica di deputato e alla candidatura alla presidenza, dandone

ISSN 2279-7238

comunicazione formale al presidente del Parlamento catalano. Questi, dopo aver commentato il gesto del candidato indipendentista come un atto di generosità a fronte di un'evidente violazione dei suoi diritti fondamentali, ha avviato un nuovo giro di consultazioni con i gruppi parlamentari per la designazione di un altro candidato alla presidenza, al fine di sbloccare definitivamente la situazione di stallo creatasi a seguito delle elezioni autonomiche del 21 dicembre.

Il **21 marzo** Torrent ha comunicato la candidatura ufficiale di Jordi Turull, ex ministro portavoce del Governo di Carles Puigdemont, e terzo candidato alla presidenza della Generalità. Turull, dopo aver scontato un mese di detenzione, è stato rinviato a giudizio dal magistrato Pablo Llarena per i presunti reati di ribellione e malversazione dei fondi pubblici nell'ambito della causa sul processo referendario e indipendentista catalano.

Il **22 marzo** si è svolto il dibattito di investitura in cui Turull non è riuscito ad ottenere la fiducia a maggioranza assoluta in prima votazione, poiché hanno votato a suo favore soltanto i 64 deputati di JxC ed Erc, a fronte dei 65 voti contrari dei partiti costituzionalisti e dell'astensione della CUP. Il mancato raggiungimento della maggioranza assoluta è dipeso, oltreché dalla perdita dei voti di Comín e Puigdemont impossibilitati a votare per delega, dall'astensione della CUP, dichiaratasi sin da subito contraria a una candidatura non integralmente a favore del programma repubblicano.

Il **23 marzo** il magistrato Pablo Llarena ha emesso un ordine di detenzione per Jordi Turull, ritenendo esistente il pericolo di reiterazione del reato, che ha precluso al candidato indipendentista di presentarsi alla sessione di investitura programmata per il giorno successivo.

Il Presidente della Camera ha deciso di celebrare, in sostituzione del dibattito di investitura, un atto per rivendicare la libertà dei politici *soberanisti* incarcerati. Torrent ha criticato profondamente lo Stato per le ingerenze compiute nell'evoluzione politica e istituzionale catalana di questi mesi, accusandolo di non compiere la giustizia ma un'azione di repressione ingiustificata.

LA PROPOSTA DI RIFORMA DELLO STATUTO NEL PAESE BASCO

Il **18 febbraio** il PNV, nell'ambito della *ponencia* sull' autogoverno che sta lavorando nel Parlamento basco dall'inizio della XI legislatura, ha formulato una proposta di riforma dello statuto di autonomia rivolto a creare un nuovo soggetto giuridico legato allo Stato spagnolo da un sistema di relazioni basato sulla singolarità e la bilateralità. Una proposta di riforma che aspira a riconoscere il Paese Basco come un nuovo soggetto politico-giuridico, fondato su un popolo con una propria identità

ISSN 2279-7238

e strutturato in sette territori divisi tre ambiti istituzionali differenti (la Comunità autonoma Basca, quella Forale di Navarra e il Paese Basco francese). Nell'intento dei proponenti la riforma, il nuovo soggetto politico dovrebbe essere dotato di un regime di autogoverno fondato sulla bilateralità effettiva, su un sistema blindato di competenze, su un efficace regime di garanzie, e infine su un'autonomia giudiziaria e finanziaria notevolmente rafforzata. Nell'avanzare tale proposta, il PNV rivendica il diritto di Euskadi ad essere riconosciuta come una nazione, nonché il *derecho a decider*, sebbene faccia riferimento esplicito alla volontà di portare a termine questo processo senza rotture e nel pieno rispetto della legalità.

ISSN 2279-7238

Una presidenza non convenzionale. Trump e la possibile strategia "costituzionale" dei democratici per riconquistare il potere*

di Giulia Aravantinou Leonidi**

La presidenza non convenzionale di Donald Trump ha riportato al centro del dibattito politico e accademico diversi temi caldi. Il più attraente per la dottrina appare essere quello dell'*impeachment*, che offre la possibilità di addentrarsi in diversi scenari, la maggior parte dei quali, tuttavia, privi di qualsiasi reale fondamento. Il merito è, comunque, quello di aver stimolato l'emersione di una discussione attorno ad alcuni profili tecnico-giuridici specifici. La dottrina che in passato si è occupata diffusamente dell'istituto dell'*impeachment* - dedicando particolare attenzione ai tre casi in cui si è proceduto alla sua attivazione da parte del Congresso (nei confronti dei Presidenti Johnson, Nixon e Clinton) - ha adottato prevalentemente un approccio originalista, aderendo a quella che alcuni hanno definito la "visione hamiltoniana", ossia un'interpretazione estensiva dell'istituto in base alla quale l'*impeachment* può essere utilizzato in risposta ad un'ampia gamma di "reati" politici.

Sebbene gli studiosi siano concordi nel ritenere che il Congresso non debba ricorrere all'istituto solo nei casi in cui vengano contestati al Presidente reati gravi o rilevanti violazioni della legge, i fautori di una posizione minoritaria hanno recentemente sostenuto che l'ascesa negli Stati Uniti di partiti politici organizzati e l'affermazione di una logica partitica-politica ha travolto la concezione originaria dei *framers* dando vita ad una situazione *de facto* in cui la posizione secondo cui l'ambito di applicazione dell'*impeachment* sia limitato alle cd. *indictable offences* non possa essere efficacemente screditata.

---

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate. Università di Roma "Sapienza".

ISSN 2279-7238

Una presidenza nata, dunque, com'è stato più volte ricordato, tra le polemiche sulle possibili interferenze elettorali della Russia, e con l'impegno di rimettere l'America al primo posto nella politica interna e internazionale. Una presidenza che, ad un anno dall'*Inauguration Day,* sfiora un indice di popolarità tra i più bassi mai registrati nel primo anno di mandato presidenziale dal secondo dopoguerra ad oggi. A meno di sei mesi dall'appuntamento con le elezioni di *midterm*, l'impopolarità di Trump suscita la preoccupazione dei repubblicani che rischiano a novembre di perdere la maggioranza al Congresso a fronte di una riorganizzazione ed energizzazione del partito democratico, ancora però sofferente nei sondaggi. Quest'ultimo, sulla scorta dei successi riportati in alcune recenti *special elections*, confida nell'effetto domino degli scandali che hanno colpito in questi mesi il Presidente: dal cd. *Russiagate*, che ancora vede in piena attività le commissioni di inchiesta del Congresso, al cd. *Stormy Daniels*, in relazione al quale la Procura di New York ha condotto un'inchiesta per capire la provenienza dei 130.000 dollari pagati dall'avvocato di Donald Trump, Michael Cohen, a favore dell'ex pornostar, Stormy Daniels per comprare il suo silenzio circa la relazione avuta tra il Presidente e l'attrice hard.

Questi scandali riaccendono i riflettori dell'America puritana su un'altra questione, quella della condotta morale dei rappresentanti eletti. Negli Stati Uniti contemporanei la condotta degli attori politici è generalmente considerata potenzialmente più nociva per l'ordinamento costituzionale rispetto alla condotta dei giudici delle corti federali. Eppure, nonostante tale assunto si trovi ad essere oggi fortemente confermato in ragione dei comportamenti e delle dichiarazioni non convenzionali del Presidente Trump, la dottrina costituzionalistica seguita ad occuparsi principalmente dei giudici e delle loro decisioni. Tale orientamento si è andato affermando sin dalla metà del XX secolo, spingendo alcuni studiosi a definire la Corte Suprema una

ISSN 2279-7238

"deviant institution in the American democracy"[834]. In un recente articolo uno tra i più autorevoli costituzionalisti statunitensi, Neil Siegel, suggerisce alla dottrina costituzionalistica di acquisire, anche in relazione all'attività dei Presidenti e dei membri del Congresso, una prospettiva che tenga conto della moralità del ruolo, quale elemento di limitazione dell'esercizio della discrezionalità ufficiale della quale costoro godono nell'esercizio delle loro funzioni[835]. Siegel denuncia quella che ritiene essere una vera e propria ossessione accademica per il ruolo dei giudici, un'ossessione basata su concezioni, quali quelle elaborate da Wechsler, per cui opera una vera e propria distinzione tra il mondo dei giudici, dominato dai princìpi, e quello della politica, in cui i princìpi sembrano non avere la medesima rilevanza[836].

Come si è avuto modo più volte di sottolineare nelle pagine di questa rivista, il problema della decadenza delle istituzioni democratiche statunitensi è oggi più vivo che mai. In tale contesto, sebbene la condotta e la legittimità della Corte Suprema rimangono degne di attenzione e critica da parte del mondo accademico, gli equilibri e gli orientamenti della Corte non sono gli unici elementi a dover destare una certa preoccupazione.

La disfunzione del sistema politico statunitense è ormai evidente. L'iperpartigianeria emersa in occasione del procedimento di conferma delle nomine presidenziali dei giudici delle corti federali, oltre trecento in poco meno di due anni, costituisce un esempio di tale disfunzione che rischia di spostare pericolosamente gli equilibri della forma di governo. Un'altra efficace rappresentazione del momento di forte polarizzazione e disfunzione vissuto dall'ordinamento statunitense è il passaggio nel dicembre scorso della riforma fiscale, la più imponente da decenni, il cui *iter* parlamentare ha registrato la

834 A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics* 16 (1962)
835 N.SIEGEL, *Sustaining Collective Self-Governance and Collective Action: A Constitutional Role Morality for the Trump Era and Beyond* (April 9, 2018). Georgetown Law Journal, Forthcoming; Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2018-17.
836 H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 15 (1959)

ISSN 2279-7238

partecipazione nulla del partito democratico, dannosamente attivo, invece, nel corso del passaggio a febbraio del *Bipartisan Budget Act,* nell'ambito del quale ha cercato un accordo con i repubblicani sul *DACA* rischiando il *government shutdown*. Infine, un ulteriore esempio è offerto dalla condotta dello stesso Presidente che sistematicamente infrange le regole e le convenzioni del corretto comportamento governativo che in precedenza ha vincolato tutti i Presidenti degli Stati Uniti.

Sebbene i comportamenti descritti non prefigurino dei casi di violazione della Costituzione o della legge, essi sollevano interrogativi propriamente costituzionali nel senso che possono nel lungo termine danneggiare la salute dell'ordinamento costituzionale statunitense. Queste minacce possono e devono essere contenute riducendo la *partisanship* all'interno del Congresso e dell'Esecutivo, richiamando i valori democratici a cui si ispirarono i padri fondatori al momento dell'estensione della Carta costituzionale, per scongiurare il rischio di disfunzione del sistema politico e dell'ordinamento posto dalla polarizzazione e dalla diffusione nell'elettorato di un sentimento di sfiducia.

L'incombere delle elezioni di medio termine, che si svolgeranno nel novembre 2018, stimola le riflessioni sulle possibili strategie "costituzionali" a cui potrebbero ricorrere i democratici per sottrarre il controllo del Congresso al partito repubblicano, in affanno per l'incapacità dei suoi membri di esercitare il necessario contenimento di un Presidente che interpreta in maniera espansiva i poteri conferitigli dalla Costituzione. Nel suo commento al volume di recente pubblicato a cura di Levitsky e Ziblatt, *How Democracies Die*[837], Mark Tushnet[838] offre un interessante approccio alle opzioni nella disponibilità del partito democratico. Da una parte questo può proseguire a

[837] S. LEVITSKY, D. ZIBLATT(a cura di), *How Democracies Die: What History Reveals About Our Future*, Viking, 2018.
[838] M. TUSHNET, *Strategy When They're Playing Constitutional Hardball and You Think It's the Wrong Game*, Sunday, January 28, 2018 disponibile al seguente indirizzo https://balkin.blogspot.it/2018/01/

ISSN 2279-7238

svolgere efficacemente la sua azione di partito d'opposizione, ricorrendo a tutti gli strumenti della procedura parlamentare per ostacolare il passaggio di atti normativi e la conferma delle nominee dell'Esecutivo. Un'altra possibilità secondo Tushnet è quella di adoperare quelli che James Scott definisce nel suo libro "the weapons of the weak" ossia "foot dragging, dissimulation, desertion, false compliance, pilfering, feigned ignorance, slander, arson, sabotage, and so on"[839].

Qualora il partito democratico dovesse riconquistare la maggioranza alla Camera dei Rappresentanti dopo le elezioni di *mid-term* è possible ipotizzare che si riapra la questione della messa in stato di accusa di Trump e di procedere, dunque, all'attivazione del procedimento di *impeachment*. Tuttavia, l'esiguità delle prove attualmente raccolte a carico del Presidente, rischierebbe di trasformare gli sforzi dei democratici per la rimozione di Trump in un vero e proprio boomerang dalle imprevedibili conseguenze. Maggiormente percorribile, dal punto di vista costituzionale, appare, dunque, la scelta strategica di ostacolare o rallentare il procedimento di conferma delle nomine presidenziali in Senato, minacciando l'immobilismo, come ipotizza Tushnet. Si tratta di una strategia dell'attesa che non incontra attualmente il favore del mondo politico statunitense, come ha ampiamnete dimostrato il tentativo di nominare Garland alla Corte Suprema allo scadere del secondo mandato di Obama. Tuttavia, tale strategia, soprattutto in previsione di una esile vittoria dei democratici alle elezioni di medio termine, costituisce l'unica via per ripristinare gli equilibri tra Presidente e Congresso ed evitare che la democrazia muoia come nel titolo del libro di Levitsky e Ziblatt.

ELEZIONI E PARTITI

VERSO LE *MID-TERM ELECTIONS*: LE CANDIDATURE

[839] J.C. SCOTT, *Weapons of the Weak: Everyday Forms of Peasant Resistance*, 1985.

ISSN 2279-7238

Martedì 6 novembre si terranno le *mid-term elections*. Si tratta di un appuntamento elettorale importante che la presenza di Donald Trump alla guida del Paese e l'esigua maggioranza di cui godono i repubblicani al Senato promette di caricare di ulteriori significati. Come avviene ogni due anni, la Camera dei rappresentanti verrà completamente rinnovata, mentre per il Senato saranno 34 i seggi in gioco. Contestualmente al rinnovo della quasi totalità delle due Camere, si terranno anche le *Gubernatorial elections* in ben 39 Stati.

Il GOP ha attualmente 8 seggi, i DEM ne vantano 24, più 2 indipendenti affiliati al caucus democratico, per un totale di 26. I democratici dovranno difendere ben 10 Stati che nel 2016 sono andati a Trump, mentre i repubblicani dovranno difendere un solo Stato vinto da Hillary Clinton durante le presidenziali.

Sono in totale tre finora i senatori repubblicani ad aver dichiarato che non correranno per la rielezione: Orrin Hatch, Presidente pro tempore del Senato e senatore per lo Utah ha affermato che andrà in pensione; Jeff Flake, senatore dell'Arizona ha dichiarato che non intende correre per la rielezione, e infine Bob Corker, senatore per il Tennessee. In Minnesota i riflettori si accenderanno invece sulla sfida per il secondo scranno senatoriale dopo che il democratico Al Franken si è dimesso per le accuse di molestie sessuali. Il governatore Mark Dayton ha nominato Tina Smith come suo successore. La Smith ha dichiarato che intende presentarsi alle elezioni di medio termine per sostituire il dimissionario Franken.

DEMOCRATICI VS REPUBBLICANI

Le elezioni di *mid-term* incombono sulla vita dei partiti statunitensi. Da una parte vi sono i democratici che danno per scontato che le elezioni di medio termine di quest'anno riguarderanno la vacillante popolarità del presidente Donald Trump. La speranza è che l'impopolarità del Presidente combinata con il tradizionale successo alle elezioni di metà mandato del partito di minoranza, una base di partito energizzata e una serie di pensionamenti tra le fila dei repubblicani al Congresso potrebbero restituire loro il controllo del Congresso nelle elezioni di novembre. Le loro considerazioni si basano su osservazioni che vantano numerosi precedenti nella storia politica degli stati Uniti e potrebbero assicurargli più dei 24 seggi di cui necessitano per riprendere il controllo della Camera dei Rappresentanti. Tuttavia, i recenti sondaggi registrano un significativo crollo del partito su scala nazionale. Tale crollo origina, secondo gli analisti nel favore dei cittadini americani per il disegno di legge sulle tasse approvato dal Congresso controllato dai repubblicani e firmato da Trump a dicembre, e nell'aumento della soddisfazione degli elettori rispetto allo stato in cui versa l'economia del Paese.

ISSN 2279-7238

Dall'altro lato vi sono i repubblicani le cui speranze sono riposte nella possibilità che il partito in sé guadagni credibilità rispetto all'impopolarità del Presidente. Il quadro generale si presenta tutt'altro che definito. Un peso importante lo avrà l'andamento dell'economia e le reazioni che il partito democratico avrà nei prossimi mesi nei confronti di Trump. In questo senso, un esempio illuminante è quello offerto dalle dichiarazioni della leader dei democratici alla Camera dei Rappresentanti, Nancy Pelosi, la quale, all'indomani dell'approvazione della riforma fiscale voluta dai repubblicani, ha definito i benefici da essa derivanti delle "briciole" rispetto ai vantaggi previsti per le grandi *coorporations*, offrendo una sponda ai repubblicani per vincere la *special election* della Pennsylvania. Già nel 2016 i democratici hanno inciampato nei loro errati convincimenti circa il consenso goduto da Trump, evitando di farsi portatori di un proprio messaggio economico per il Paese. Il momento è tale che un errore del genere potrebbe segnare l'esito delle elezioni di medio termine.

Sul fronte dei repubblicani l'annuncio di Paul Ryan l'**11 aprile** di non volersi ricandidare ha gettato una lunga ombra sulla leadership del partito. La decisione di Ryan tiene conto probabilmente di due variabili. La prima riguarda la possibile vittoria dei democratici e la scarsa attrattiva di ricoprire la carica di leader della minoranza dopo essere stato la terza carica dello Stato e essere stato in lizza per la nomination del suo partito per la vicepresidenza. La seconda ipotesi avanzata in relazione alle ragioni che potrebbero aver condotto Ryan alle dimissioni riguarda la possibilità che i repubblicani mantengano il controllo della Camera con una maggioranza ridotta che rende più difficile governare. Anche con l'attuale maggioranza di 23 seggi, i circa 25 membri del *Freedom Caucus* hanno il potere di contrastare le ambizioni della conferenza.

Ryan ha lavorato instancabilmente in questi anni per rafforzare la posizione dei repubblicani in previsione delle *midterms*. Da quando è diventato speaker, ha trasferito 80 milioni di dollari dalla sua campagna alla *National Republican Congressional Committee* e ha coadiuvato il *Congressional Leadership Fund super PAC* a raccogliere 25 milioni di dollari. Ora tocca ai suoi potenziali successori, il leader della maggioranza Kevin McCarthy, il Majority Whip Steve Scalise e chiunque altro aspiri alla leadership, raccogliere la sua importante eredità che è anche un esempio politico da seguire. E' al suo instancabile e costante impegno che si deve il successo della riforma fiscale, una normativa che promette nelle intenzioni dei suoi ideatori di favorire la crescita dell'occupazione. Il suo lavoro come presidente della commissione bilancio ha persuaso i repubblicani a tracciare un percorso per salvare dalla bancarotta le grandi reti di sicurezza della previdenza sociale e di Medicare. Ed è stato un evangelista

ISSN 2279-7238

eloquente per le politiche di libero scambio che livellano il campo d'azione globale e offrono maggiori opportunità agli americani di vendere beni e servizi in tutto il mondo, anche se la politica del commercio si è inasprita ovunque. Ryan è il politico americano trasversalmente maggiormente apprezzato e l'unico sul fronte dei repubblicani considerato in grado di stimolare l'attivismo costruttivo del suo partito. Una carriera politica segnata dall'integrità della sua condotta pubblica in un panorama di decadenza della cultura politica nella sua accezione più generale.

SPECIAL ELECTIONS

I democratici hanno vinto due elezioni speciali per il Senato dello Stato di New York il **25 aprile**, teoricamente acquisendo dopo diversi anni un vantaggio per un solo voto in quella Camera e il pieno controllo del governo statale. Tuttavia, in realtà il loro sogno di trasformare lo Stato in un paradiso progressista è stato schiacciato da Simcha Felder, un democratico di Brooklyn che ha affermato che continuerà a tenere i caucus con i repubblicani. Fino a poco tempo prima a Felder si sono uniti altri otto membri della Conferenza Democratica Indipendente che hanno tenuto caucus con i Repubblicani, ma il **3 aprile** il Governatore Andrew Cuomo (presumibilmente spinto dagli attacchi della principale sfidante Cynthia Nixon) ha negoziato un accordo per riunire il caucus del suo partito. Se i democratici vincessero entrambi i seggi aperti al Senato, ogni partito avrebbe 31 seggi sui 63 seggi totali- senza contare Felder. I democratici dominano già l'Assemblea dello Stato di New York, quindi Felder diviene cruciale per determinare la triplice vittoria dei democratici nello Stato. Ma le aspettative dei democratici sono state tradite allorquando Felder ha annunciato prima della chiusura dei seggi che continuerà a votare con i repubblicani indipendentemente dall'esito del voto. Nonostante le dichiarazioni di Felder l'esito delle urne rimane incoraggiante per i democratici di New York grazie alla vittoria di Luis Sepulveda che ha battuto il repubblicano Patrick Delices nel distretto n. 32 del Senato. To inferiore tra i due contendenti era atteso nel distretto senatoriale n. 37 di Westchester dove la campagna elettorale è costata più di tre milioni di dollari. A vincere è stata Shelley Mayer, candidata democratica di Yonkers, contro la repubblicana Julie Killian.

CONGRESSO

BIPARTISAN BUDGET ACT

ISSN 2279-7238

Il **9 febbraio** il Congresso ha approvato una serie di accordi *bipartisan* che innalzano i limiti discrezionali delle spese per uno o due anni compensando i costi con tagli ai programmi di incentivazione ed estensioni della legge sul controllo del bilancio oltre la scadenza originariamente prevista. Il *Bipartisan Budget Act* of 2018 (Public Law No. 115-123) è l'ultimo di questi provvedimenti. La legge aumenta i limiti massimi di spesa discrezionale rispetto ai precedenti accordi di aumento di responsabilità. I livelli fissati per i massimali eliminano completamente gli effetti dei tagli del *Budget Control Act*, ma non i tagli iniziali ai limiti discrezionali degli stanziamenti del *Budget Control Act*. Di conseguenza, la spesa discrezionale non destinata alla difesa nei due anni coperti da questo accordo sarà inferiore del 5,3% rispetto ai livelli del 2010 rettificati per l'inflazione e dell'11,0% al di sotto dei livelli del 2010 corretti per l'inflazione e la crescita demografica. La domanda che questa normativa lascia senza risposta riguarda come verranno allocate le spese aggiuntive. In passato, dopo aver aumentato i limiti discrezionali delle spese con l'aiuto dei voti dei democratici, gli esponenti repubblicani hanno escluso i democratici dal processo di distribuzione di questi fondi, assegnando relativamente poco ai programmi democratici ad alta priorità. Visti i precedenti è ipotizzabile che i democratici abbiano ottenuto attraverso accordi collaterali dei chiarimenti circa le modalità di spesa dei fondi. La legge prevede importanti finanziamenti di emergenza per le aree colpite da disastri, tra cui Porto Rico e le Isole Vergini statunitensi. Ciò include denaro aggiuntivo per integrare le grosse donazioni di Medicaid per i territori insulari. La legge prevede inoltre la possibilità di una piccola porzione di stanziamenti supplementari per rispondere a vari problemi, reali e politici, e rinnova i finanziamenti per i centri salute di comunità. Infine, la legge sul budget bipartisan sospende il limite di debito per il resto dell'anno in corso. Prima dell'approvazione del *Bipartisan Budget Act*, il governo federale avrebbe dovuto violare il limite del debito entro la metà di marzo. Ci si aspettava che molti repubblicani si opponessero a un disegno di legge sul debito a titolo gratuito, rendendo difficile per la loro leadership di portare un tale disegno di legge in aula. La maggior parte dei repubblicani avrebbero votato a favore di una clausola di limitazione del debito con forti tagli alla spesa, ma alcuni non lo avrebbero fatto nemmeno in tal caso. Limitare il limite del debito con la legislazione che solleva i massimali degli stanziamenti ha offerto ai deputati di entrambe le parti un modo per evitare una crisi senza esprimere un voto specifico sul limite del debito. L'accordo sul budget non include alcuna estensione del *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA). Con i Repubblicani del Congresso divisi e il Presidente che incalza continuamente con le sue richieste per un accordo sul DACA, i Democratici del Congresso non hanno avuto margini per trattare il suo

ISSN 2279-7238

inserimento in questo pacchetto. I sondaggi rivelano che gran parte dell'elettorato è contrario a rischiare il *government shutdown* a causa del DACA. L'opinione generale è che questo accordo riguarda sostanzialmente questioni di scarsa rilevanza.

IL *DEMOCRATIC MEMORANDUM* SULLE INTERCETTAZIONI

Il **5 febbraio** la *House Intelligence Committee* ha votato all'unanimità per declassificare un memorandum dei democratici che smentirebbe le dichiarazioni dei repubblicani secondo cui la F.B.I. e il Dipartimento di Giustizia hanno abusato dei loro poteri per intercettare un ex funzionario della campagna di Trump, stabilendo un possibile scontro con il presidente Trump. Il voto concede a Trump cinque giorni per esaminare il memorandum e decidere se bloccarne la pubblicazione. Tuttavia, occorre sottolineare che una decisione in tal senso rischierebbe di essere un segnale estremamente negativo, passibile di esacerbare i rapporti tra l'amministrazione repubblicana e i democratici. Il documento di dieci pagine contribuisce secondo i democratici a correggere le false rappresentazioni della realtà offerte dai repubblicani e aggiunge dettagli determinanti relativamente alle azioni dell FBI e del Dipartimento di Giustizia per ottenere dalla Foreign Intelligence Surveillance Court in forma segreta il mandato per intercettare l'ex collaboratore di Trump, Carter Page, nell'ottobre 2016.

PROVVEDIMENTO CONTRO LE MOLESTIE SESSUALI

Il **6 febbraio** la *House of Representatives* ha votato per riformare le sue politiche in materia di molestie sessuali, vietando ai legislatori di utilizzare i fondi dei contribuenti per pagare gli insediamenti e imponendo la segnalazione pubblica dei casi. Le misure, approvate all'unanimità, segnano un importante cambiamento nel modo in cui le denunce di molestie sessuali sono gestite in Campidoglio. La normativa è stata redatta con il contributo delle vittime di molestie sessuali, e conferisce all'ufficio il potere di svolgere indagini e prevede che lo stesso pubblichi una relazione semestrale che elenchi ogni risarcimento disposto durante l'anno precedente, incluso l'importo della transazione e il nominativo del parlamentare coinvolto. I casi saranno riferiti al *House Ethics Committee* della Camera al termine di ciascuna indagine. Il disegno di legge vieta anche ai membri di avere relazioni sessuali con i propri dipendenti. Secondo la legge precedentemente in vigore, gli importi relativi ai risarcimenti o i nominativi di coloro che sono stati coinvolti non sono mai stati resi noti, questo perché coloro che hanno presentato delle accuse di molestie sessuali nei confronti dei membri del Congresso o dello staff hanno dovuto firmare accordi di non divulgazione e sottoporsi al *counseling*. La nuova normativa istituisce l'*Office of Employee Advocacy for victims*. La spinta

ISSN 2279-7238

per una revisione delle procedure del Congresso per la gestione dei casi di molestie sessuali ha assunto nuova urgenza lo scorso anno quando è emerso che alcuni membri del Congresso avevano usato i fondi dei contribuenti per risarcire i loro accusatori. Gli elementi innovativi della legge entrano in vigore immediatamente, mentre altri che emendano la legge federale devono essere approvati dal Senato e essere sottoposti al Presidente per la firma. Gli scandali relativi a casi di molestie sessuali hanno investito i membri del Congresso appartenenti ad entrambi i principali partiti politici. Rep. Blake Farenthold (R., Texas) ha affermato che non si ricandiderà dopo che è trapelata la notizia che ha risolto una causa di licenziamento con un ex direttore delle comunicazioni per $ 84.000. Farenthold ha ammesso l'esistenza dell'accordo, ma ha negato che abbia avuto luogo qualsiasi molestia. Il rappresentante John Conyers (D., Mich.) si è dimesso a **novembre** dopo le rivelazioni circa il pagamento di un ex membro del suo staff che lo aveva accusato di molestie sessuali, accuse che sono state sempre respinte dal deputato. Infine il deputato Pat Meehan (R., Pa.) ha annunciato che non si sarebbe ricandidato dopo che è stata resa pubblica la circostanza del pagamento di un ex membro del suo staff a seguito di un accordo per delle accuse di molestie.

PRESIDENTE E ESECUTIVO

CITTADINANZA

Il Dipartimento del Commercio ha annunciato che sta aggiungendo una domanda sulla cittadinanza al censimento del 2020, per la prima volta in settanta anni. Ci sono state molte speculazioni sulle possibili motivazioni politiche per questa azione. È difficile sapere esattamente cosa motiva gli attori governativi le cui deliberazioni non sono pubbliche. Tuttavia, i commentatori ritengono che l'unica motivazione dichiarata dal governo per aggiungere l'applicazione migliorativa della sezione 2 della legge sui diritti di voto (VRA) non sia quella pubblicamente dichiarata. Il Segretario al Commercio ha replicato alle critiche affermando che la preoccupazione che meno cittadini stranieri rispondano a un censimento che include una domanda sulla cittadinanza è del tutto infondata. Diversi Stati stanno prendendo in considerazione di impugnare il provvedimento. Presumibilmente, sosterranno che la decisione di aggiungere una domanda relativa alla cittadinanza riflette un intento discriminatorio che viola il Quattordicesimo Emendamento.

ISSN 2279-7238

NUCLEAR POSTURE REVIEW

Il *Nuclear Posture Review* (NPR) è la principale dichiarazione del Pentagono sulla politica nucleare statunitense, prodotta dagli ultimi tre presidenti nei loro primi anni di mandato. La sua pubblicazione è espressamente prevista dalla legge. Ogni quattro anni il Dipartimento della Difesa presenta il rapporto al Congresso, fissando le linee della politica nucleare degli Stati Uniti fino alla pubblicazione del rapporto successivo.

Il NPR, pubblicato nel **febbraio** 2018, di Trump recepisce gli stimoli provenienti da un clima in rapido deterioramento in cui potenziali avversari dotati di armi nucleari stanno aumentando la loro dotazione di armi nucleari. Il rapporto ribalta decenni di politica bipartisan e ordina quali sarebbero le prime nuove armi nucleari dalla fine della Guerra Fredda. Inoltre, il documento espande il catalogo dei casi in cui gli Stati Uniti considererebbero l'impiego di armi nucleari, includendo tra questi gli attacchi strategici non nucleari. Il rapporto, inoltre, raccomanda lo sviluppo di nuove armi nucleari a basso rendimento e abbassa significativamente la soglia per una reazione nucleare da parte degli Stati Uniti, includendo gli attacchi cibernetici nella lista delle minacce potenzialmente strategiche.

IMMIGRAZIONE

In **gennaio**, il presidente Trump ha pubblicato un piano per le politiche dell'immigrazione che dovrebbe fornire le risorse necessarie per proteggere i confini e porre fine alla cattura e al rilascio degli irregolari. Il piano del Presidente Trump comprende un fondo da 25 miliardi di dollari per il sistema delle frontiere, i porti di entrata e di uscita e l'apporto di miglioramenti al confine settentrionale. Il documento invita, inoltre, il Congresso ad intervenire con tempestività per rimuovere le scappatoie legali che impediscono il rimpatrio immediato degli immigrati irregolari.

NUOVO CONSIGLIERE PER LA SICUREZZA NAZIONALE

Nuovo avvicendamento al governo degli Usa: dopo il segretario di Stato, Trump il **23 marzo** ha cambiato ancora una volta il consigliere alla Sicurezza nazionale. Solo pochi giorni dopo aver rimosso il Segretario di Stato, sostituendo Rex Tillerson con l'ex capo della Cia Mike Pompeo, questa volta è toccato al consigliere per la Sicurezza Nazionale, un'altra figura chiave dell'entourage che consiglia il presidente nelle decisioni strategiche, H.R.McMaster. Il generale è stato sostituito dall'ex diplomatico John Bolton, che sarà il terzo consigliere per la Sicurezza dell'era Trump. Il posto di Pompeo alla Cia è stato occupato il **13 marzo** da Gina Haspel, prima donna a ricoprire la massima posizione nell'agenzia ma già implicata in alcuni casi di torture.

ISSN 2279-7238

Nonostante fosse inizialmente uno dei fedelissimi del presidente e con solidi legami con la Russia, da tempo i rapporti tra Trump e Tillerson erano molto tesi, tanto che i giornali americani più volte avevano parlato di dimissioni imminenti a causa di numerose frizioni sulla strategia estera degli Stati Uniti Intanto, John McEntee, molto vicino al presidente, è stato allontanato dalla Casa Bianca perché sotto indagine per gravi reati finanziari.

FED

Una delle priorità del Presidente degli Stati Uniti Donald J. Trump è riformare la politica monetaria della *Federal Reserve*. In tal senso, sta ridisegnando la Banca Centrale già nel suo primo mandato, cercando di inserire nuovi consiglieri che siano in sintonia con il proprio pensiero. All'interno del Consiglio dei Governatori della *Federal Reserve*, dall'inizio del suo mandato, su sette posti totali Trump ha avuto a disposizione le nomine di quattro posti vacanti piu' la sostituzione del Presidente. Il **16 aprile** il Presidente Trump ha nominato Richard Claridia a capo della *Federal Reserve*.

NOMINE DEI GIUDICI

In **gennaio** il Presidente ha nominato 12 giudici delle corti d'appello federali. Si tratta di una circostanza che sposta a destra l'equilibrio giudiziario americano. A un anno dal suo insediamento, Donald Trump ha nominato 502 funzionari, di cui 301 hanno ottenuto la conferma da parte del Senato. In totale sono circa 4.000 le nomine a cui ogni nuovo presidente americano deve procedere quando si insedia alla Casa Bianca, e di queste circa 1.200 richiedono la conferma da parte del Senato. Il **26 aprile** il Presidente ha annunciato la sua intenzione di procedere ad una tredicesima ondata di nomine dei giudici confermando il suo attivismo in tal senso.

LAW DAY

Il **30 aprile**, conformemente a quanto disposto dalla Public Law 87–20, così come emendata, il Presidente Trump ha proclamato il 1 maggio 2018 *Law Day*.

CORTI

GERRYMANDERING

Il **5 febbraio** la Corte Suprema ha respinto una richiesta dei repubblicani della Pennsylvania di ritardare il ridisegno delle linee del Congresso, il che significa che le

ISSN 2279-7238

elezioni del 2018 nello Stato saranno molto probabilmente organizzate in distretti molto più favorevoli ai democratici. Nel mese di **gennaio**, la Corte Suprema della Pennsylvania ha stabilito che i leader legislativi repubblicani dello Stato avevano violato la Costituzione statale favorendo slealmente il GOP. Sebbene ci siano più democratici registrati che repubblicani, questi ultimi detengono 13 dei 18 seggi parlamentari.

I leader del GOP hanno chiesto all'intervento della Corte Suprema degli Stati Uniti, ma il giudice Samuel A. Alito Jr. ha respinto la richiesta senza nemmeno riferire il caso ai suoi colleghi. La decisione non è stata motivata, ma la Corte Suprema è generalmente restia ad intervenire quando la più alta corte di uno stato offre un'interpretazione della costituzione statale. L'impatto pratico è che questo atteggiamento della Corte potrebbe favorire i democratici nel loro tentativo di riprendere il controllo della Camera dei Rappresentanti. I democratici devono prendere circa due dozzine di seggi per conquistare la maggioranza, e la Pennsylvania potrebbe risultare determinante in tal senso. La vittoria riportata da coloro che si oppongono al *gerrymandering* partigiano potrebbe anche essere indicativa di un nuovo modo di affrontare la questione sfidando il ridisegno dei collegi all'interno di corti statali e in base alle costituzioni degli Stati. In questa direzione sembrano puntare le decisioni dei tribunali federali del Texas, della Carolina del Nord e del Wisconsin che hanno rilevato una discriminazione intenzionale nel ridisegno dei collegi e hanno ordinato che per le elezioni del 2018 vengano ridisegnati i collegi. Ma la Corte Suprema ha bloccato quelle ordinanze. I giudici sono tradizionalmente restii a disporre cambiamenti nel corso di un anno elettorale. In base alla *election clause* della Costituzione degli Stati Uniti "Times, Places and Manner of congressional elections shall be decided by the legislature of each state, or by Congress". Tale disposizione lascia di fatto poco margine affinchè le corti statali possano intervenire. Nel gennaio 2018 la Corte suprema della Pennsylvania ha stabilito che la mappa congressuale disegnata dal legislativo dominato dai repubblicani nel 2011 "clearly, plainly and palpably violates the commonwealth's Constitution". Ha ordinato pertanto un rapido intervento di modifica dei collegi per le elezioni del 2018. I leader repubblicani dello Stato si sono rivolti allora alla Corte Suprema affinché bloccasse l'ordinanza della corte statale. Le primarie per il legislativo della Pennsylvania si svolgeranno il 15 maggio.

PRIMO EMENDAMENTO: IL CASO DELLA TORTA NUZIALE DELLA CALIFORNIA

ISSN 2279-7238

Un giudice della California ha stabilito il **7 febbraio** nel caso Department of Fair Employment And Housing Vs Cathy's Creations, Inc. che costringere un pasticciere a preparare una torta per un matrimonio gay, in contrasto con le sue convinzioni religiose, costituisce una violazione del primo emendamento, che tutela la libertà di espressione.

Il giudice David Lampe ha dato ragione a Cathy Miller, la proprietaria della pasticceria di Bakersfield, che si era rifiutata di vendere una torta nuziale a Eileen e Mireya Rodriquez-Del Rio, che poi si erano rivolte al dipartimento della California per le pari opportunità per chiedere un'ingiunzione o, in alternativa, la chiusura dell'esercizio. Il giudice ha dato ragione alla pasticciera sostenendo che "Una torta nuziale non è solo una torta nuziale se analizzata sotto l'aspetto della libertà di espressione - ha scritto il giudice Lampe nella sua sentenza -. E' un'espressione artistica della persona che la prepara, per essere usata al centro di un festeggiamento di matrimonio". "Miller è una **cristiana praticante** e si considera una donna di una fede profonda", ha aggiunto il giudice, che sottolinea come la pasticciera sia "un'artista creativa", che quindi partecipa con tutte le sue convenzioni "alla progettazione e realizzazione della torta". Cosa diversa, prosegue il giudice, sarebbe stata se la pasticciera si fosse rifiutata di vendere alla coppia una torta già pronta ed esposta, in questo caso sarebbe stato un **gesto discriminatorio**. "La differenza qui è che la torta in questione non era stata ancora infornata", scrive Lampe, concludendo quindi che alla realizzazione di torte non si deve applicare, a suo parere, la legge anti-discriminazione che tutela l'accesso a tutti i cittadini a servizi e beni.

La sentenza del giudice Lampe, contro la quale verrà presentato appello in California, e l'argomento della "torta come oggetto artistico" si rifanno ad un caso simile di un pasticciere del Colorado, Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, che è arrivato in dicembre fino alla **Corte Suprema** e che ha ottenuto anche il sostegno dell'amministrazione Trump, segnando la prima volta che il governo federale chiede una sospensione della legge anti-discriminazione.

RUSSIAGATE

Il **16 febbraio 2018**, il *grand jury* convocato dal giudice Beryl A. Howell della Corte distrettuale federale per il *District of Columbia*, su richiesta dello *special counsel* Robert Mueller III, per valutare le prove acquisite nel contesto dell'indagine speciale sugli asseriti legami tra la Russia e la campagna elettorale dell'attuale Presidente Donald Trump, ha reso noti i primi capi d'imputazione, a carico di un totale di 13 persone fisiche e 3 imprese, tutte di cittadinanza e nazionalità russa.

ISSN 2279-7238

IL CASO BLAGOJEVICH: LA CORTE SUPREMA RESPINGE L'APPELLO

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha respinto, per la seconda volta, il **16 aprile** un appello dell'ex governatore dell'Illinois Rod Blagojevich, condannato a 14 anni di carcere per corruzione. Nel secondo appello, gli avvocati dell'ex governatore, in carcere da sei anni, hanno chiesto alla corte di chiarire cosa costituisca una donazione illegale nell'ambito delle campagne elettorali. Con il rigetto dell'appello, tale definizione spetta ora alle corti locali.

Blagojevich è stato condannato in prima istanza nel 2011. Tra i diciotto capi di imputazione: la corruzione, la frode finanziaria attraverso mezzi elettronici, la tentata estorsione, la cospirazione per commettere estorsioni, la cospirazione per sollecitare o accettare tangenti. È stato arrestato nel marzo del 2012. Tra i reati che gli sono stati contestati vi è la sollecitazione di donazioni da un ospedale pediatrico in cambio di un aumento delle indennità di rimborso per il trattamento pediatrico e del sostegno alla legislazione per favorire l'industria delle corse di cavalli dello Stato. Avrebbe anche cercato di "vendere" il seggio in Senato lasciato vacante da Barack Obama quando fu eletto Presidente degli Stati Uniti. Le indagini dell'FBI che hanno portato alla condanna di Blagojevich hanno avuto inizio nel 2008 e si sono avvalse delle intercettazioni telefoniche, dietro autorizzazione del Congresso. Nel 2015 la 7th U.S. Circuit Court of Appeals di Chicago aveva stralciato cinque dei 18 reati contestati a Blagojevich, ordinando un adeguamento della pena. Tuttavia, la corte d'appello distrettuale nella persona del giudice Zagel aveva ritenuto che la pena detentiva di 14 anni fosse adeguata per i reati ascritti. Nel secondo turno di ricorsi dei tribunali, gli avvocati hanno anche tentato senza successo di ottenere la riduzione della pena applicata a Blagojevich. Ma il giudice di primo grado ha confermato la pena per inviare a tutti i politici il messaggio che la corruzione non sarà tollerata nello stato dell'Illinois. La Corte Suprema si è semplicemente rifiutata di considerare la richiesta. L'unica speranza di Blagojevich ora è riposta nella possibilità della concessione della grazia da parte del presidente Donald Trump, suo amico da lungo tempo.

TRAVELBAN

Il **15 febbraio**, la Corte d'appello del Fourth Circuit ha affermato che l'intento della Proclamation n. 9645, intitolata *Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats*, ovvero la terza versione della assai controversa misura dell'amministrazione Trump a disciplina dell'immigrazione, è quello di imporre un divieto sull'ingresso delle persone di fede musulmana; non si fonda, dunque, sulla volontà di tutelare la

ISSN 2279-7238

sicurezza nazionale, ma piuttosto sul desiderio di porre in essere una discriminazione religiosa. La *proclamation* è attualmente in vigore, a seguito di un'ordinanza temporanea emessa dalla Corte suprema federale nel dicembre 2017. Il **26 aprile** i giudici della Corte Suprema si sono espressi sulla legittimità dell'ultimo *travel ban* emesso dal leader della Casa Bianca. Il bando anti-migranti di cui è stata annunciata una terza versione il 24 settembre 2017, impedisce l'ingresso negli Stati Uniti a persone provenienti da Paesi a maggioranza musulmana quali Iran, Libia, Somalia, Siria, Yemen Corea del Nord e a determinati individui del Venezuela, considerati una minaccia per la sicurezza nazionale. Il **10 aprile** il Ciad è stato rimosso dalla lista dagli Stati affetti dal *travel ban* dopo aver migliorato i propri standard di sicurezza.

La Corte non ha mai deciso in merito alla fondatezza giuridica del *travel ban* o di altre misure riguardanti le politiche d'immigrazione, incluso il programma *Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA)*, noto come il programma dei sognatori volto a proteggere i giovani giunti illegalmente negli USA quando erano ancora minori dalla deportazione.

La Corte Suprema, a maggioranza conservatrice, ha ascoltato le argomentazioni sul travel ban e si pronuncerà entro la fine di **giugno**.

FEDERALISMO

LIMITAZIONI AL DIRITTO A PORTARE LE ARMI. LA LEGGE DEL VERMONT E LA STRAGE DI PARKLAND

Il Senato del Vermont ha approvato il **30 marzo** un disegno di legge restrittivo del diritto a portare le armi sancito dal secondo emendamento alla Costituzione. In particolare il provvedimento prevede l'innalzamento a 21 anni del limite a possedere armi da fuoco. Il disegno di legge, inviato al tavolo del Governatore repubblicano Phil Scott per la firma e la successiva promulgazione, costituisce il più recente tentativo di introdurre una regolamentazione maggiormente restrittiva in materia. La sua approvazione giunge a ridosso della strage consumatasi nel liceo di Parkland, in Florida, nella quale diciassette persone hanno perso la vita rinnovando il dibattito attorno all'annosa e finora insoluta questione del possesso di armi negli Stati Uniti. Il provvedimento segna anche un importante cambio di passo per uno Stato che, a dispetto di una reputazione liberale, si contraddistingue per il suo carattere rurale e per l'elevata percentuale di possessori di armi. Il Governatore Scott ha espresso il proprio favore al disegno di legge e ad altri due provvedimenti in materia attualmente

ISSN 2279-7238

all'esame del legislativo dello Stato. Il disegno di legge approvato prevede alcune deroghe rispetto al requisito dei 21 anni per coloro che abbiano superato i corsi di sicurezza per cacciatori. Per quanto riguarda le munizioni, il disegno di legge ne limita fortemente la possibilità di vendita sia per i fucili che per le pistole. Il disegno di legge espande anche i controlli di background e vieta gli stock di dispositivi che consentono ai fucili semiautomatici di operare come armi completamente automatiche. Il Vermont si attesta così come il secondo Stato a passare un disegno di legge per il controllo delle armi dalla strage di Parkland, anche se i legislativi di molti stati stanno affrontando in questi mesi attivamente il tema del controllo della vendita delle armi da fuoco. Il provvedimento è passato al Senato con un margine molto ristretto di voti, 17-13.

Le altre misure di controllo delle armi che si stanno facendo strada attraverso l'assemblea legislativa includono un disegno di legge per creare "ordini di protezione dai rischi estremi" che possono proibire alle persone di possedere un'arma fino a un anno se un tribunale ritiene che rappresentino un pericolo significativo. I cd. "red flag" *bills* hanno guadagnato terreno negli Stati Uniti a seguito della sparatoria di Parkland, poiché i sostenitori di questi disegni di legge intendono fornire degli strumenti per disarmare le persone ritenute pericolose, ma che non hanno commesso ancora dei crimini. La terza proposta di legge all'esame del legislativo del Vermont riguarda il sequestro delle armi da fuoco a carico di individui sottoposti a misure cautelari o che vantano citazioni per aggressione domestica. Dopo le sparatorie di massa alla scuola superiore Marjory Stoneman Douglas a Parkland, in Florida, i legislatori repubblicani a Tallahassee hanno chiesto al Governatore di esercitare la sua autorità per sospendere lo sceriffo della contea di Broward, Scott Israel, per "incompetenza e negligenza" per il fallimento per prevenire il massacro. In una lettera al Governatore, i legislatori descrivono un lungo catalogo di segnali di allarme che sostengono che l'ufficio dello sceriffo sia stato ignorato. Le richieste di rimozione dello sceriffo richiamano un altro famoso caso di inazione della polizia, *Castle Rock v. Gonzales* del 2005 che ha anche acconsentito alla possibilità che, se la polizia fosse intervenuta tempestivamente, avrebbero potuto impedire il massacro di bambini. Si basava su un'altra importante decisione del 1989 *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services (DSS)*. In DeShaney, e ancora a Castle Rock, la Corte Suprema ha dichiarato che la Costituzione non offre categoricamente protezione individuale contro la violenza privata, anche quando tale violenza potrebbe essere prevenuta dalle azioni della polizia o di altri attori governativi il cui dovere ufficiale è impedire tale violenza. Le maggioranze della Corte Suprema in questi casi le hanno incorniciate in termini di assioma costituzionale di fondo, uno stabilito alla fine degli

ISSN 2279-7238

anni '70 e l'altro negli anni '80, secondo cui la Costituzione protegge solo i diritti negativi, non i diritti positivi. In questa prospettiva, puoi lamentarti di azioni di polizia che violano i tuoi diritti, ma se il tuo reclamo riguarda l'inazione della polizia, sei sfortunato.

LA RATIFICA DELLO *EQUAL RIGHTS AMENDMENT*

L' **11 aprile** il Senato dell'Illinois ha ratificato l' *Equal Rights Amendment* alla costituzione americana, rinnovando di fatto una spinta sopita da decenni volta al riconoscimento dei diritti al di là di ogni discriminazione legata al sesso. Il voto giunge a 36 anni dalla ratifica di trentacinque Stati, tre in meno di quanto richiesto entro la fine del 1982. Ciò significa che l'approvazione dell'Illinois potrebbe avere un valore in gran parte simbolico. Tuttavia, i sostenitori dell'emendamento caldeggiano una "soluzione a tre Stati", sostenendo che il Congresso può estendere la scadenza prevista per l'approvazione e che l'emendamento può ugualmente entrare in vigore qualora giunga il voto favorevole di altri tre Stati. L'emendamento è passato con un voto di 43-12, senza dibattito nell'aula del Senato. Ora spetta alla Camera approvare l'emendamento, dove il deputato repubblicano e sponsor dell'emendamento Lou Lang, D-Skokie, sta lavorando per costruire il consenso necessario. In passato sia la Camera che il Senato hanno votato a favore, ma devono ancora votare entrambi nello stesso anno. Gli oppositori hanno messo in dubbio l'importanza dell'approvazione dell'emendamento, dato che è trascorso così tanto tempo dalla scadenza. Costoro sostengono che la Costituzione dell'Illinois garantisce già protezioni uguali a prescindere dal sesso. I sostenitori, tuttavia, affermano di ritenere che questo sia l'anno in cui l'Illinois approverà l'emendamento, facendo riferimento all'indignazione per le controversie relative alle molestie sessuali alle quali anche il Campidoglio statale non è stato immune. I dodici senatori che hanno votato contro il disegno di legge appartengono tutti al partito repubblicano, tra questi si annovera un'unica donna.

Il procedimento di revisione costituzionale richiede una complessa procedura come disposto dall'art. V della Costituzione federale: "Ogniqualvolta i due terzi delle Camere lo riterranno necessario, il Congresso proporrà emendamenti alla presente Costituzione, oppure, su richiesta dei due terzi dei Parlamenti (*Legislatures*) degli Stati, convocherà una Convenzione per proporli. In entrambi i casi gli emendamenti saranno validi a tutti gli effetti, come parte di questa Costituzione, a seguito della ratifica dei Parlamenti di tre quarti degli Stati, o dei tre quarti delle Convenzioni all'uopo convocate in ciascuno Stato, a seconda che l'una o l'altra modalità di ratifica sia stata prescritta dal Congresso".

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il tormentato avvio della XVIII legislatura e la perdurante crisi di regime: salus rei publicae suprema lex esto*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

La modifica della legge elettorale nel novembre del 2017 (l.n. 165/2017), oggetto di trattazione sul precedente numero di questa Rivista, ha mostrato i suoi effetti dirompenti e critici, già evidenziati sia dalle forze politiche, sia dalla comunità scientifica.

L'adozione di una legge elettorale proporzionale priva di stringenti effetti di selettività e di semplificazione del circuito partitico ha prodotto un effetto elettorale particolarmente frammentato. È ulteriormente emersa l'instabilità su cui il sistema si è avvitato da troppo tempo, alimentando quindi la perenne crisi del regime politico italiano, prigioniero inerme di forze politiche prive di un solido collegamento con la società civile e di continue tendenze populiste, plebiscitarie ed euroscettiche.

Lo scioglimento delle Camere, intercorso gli ultimi giorni del mese di dicembre 2017, ha ufficialmente inaugurato una campagna elettorale particolarmente serrata.

La coalizione di centrodestra si è presentata agli elettori apparentemente unita ed omogenea, in ragione dell'accordo raggiunto tra Matteo Salvini (Lega), Silvio Berlusconi (FI) e Giorgia Meloni (FdI), ma il cui candidato al ruolo di Presidente del Consiglio Leader sarebbe stato individuato a seguito dell'esito elettorale sulla base di quale forza politica avesse ottenuto il maggior numero di voti.

Il Movimento 5 Stelle, guidato dal capo politico Luigi Di Maio, designato dalla base elettorale attraverso il voto elettronico sulla piattaforma *Rousseau,* come

---

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.
Nel presente lavoro, l'introduzione riflette l'elaborazione comune degli Autori. Le Sezioni 'Partiti', 'Parlamento' e 'Governo' sono da attribuirsi alla dott.ssa Giuliaserena Stegher. Le Sezioni 'Capo dello Stato', 'Corti' e 'Autonomie' sono da attribuirsi al dott. Marco Mandato.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.
*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

ISSN 2279-7238

facilmente immaginabile, si è invece presentato da solo.

Tale scelta ha caratterizzato anche le forze di centro-sinistra, che si sono confrontate tra loro sulla possibilità di stringere alleanze, cosa che è effettivamente avvenuta. Infatti, la coalizione di centro sinistra, guidata dal Partito democratico, era composta da forze politiche minori quali le neonate forze politiche "Europa" guidata da Emma Bonino,
"Civica popolare" con al vertice Beatrice Lorenzin e "Italia Europa Insieme" con leader Giulio Santagata.

La campagna elettorale è stata particolarmente aspra in quanto le forze politiche non solo hanno presentato piattaforme programmatiche completamente diverse, ma si sono rivolte reciproche accuse circa la validità e la fattibilità delle concrete misure economiche, fiscali e sociali con cui si sono presentate agli elettori.

In particolar modo, nelle settimane precedenti al voto, lo scontro politico ha avuto come principali protagoniste le tematiche di natura fiscale (flat tax), sociale (reddito di cittadinanza e di inclusione), sicurezza e immigrazione, nonché i rapporti finanziari con l'Europa. Le forze politiche non si sono risparmiate nel rivolgere accuse reciproche sulla impossibilità di realizzare i programmi dal momento che sarebbero necessarie cospicue misure compensative e le adeguate coperture finanziarie. A ciò si aggiunga che molte polemiche sono state sollevate sull'opportunità di inserire nelle liste di tutte le forze politiche candidati considerati 'impresentabili' in quanto oggetto di procedimenti giudiziari e/o destinatari di sentenze definitive di condanna da parte dell'autorità giudiziaria.

Il voto del **4 marzo** ha fotografato la precarietà del quadro politico, in quanto dalle urne non è uscito un chiaro e netto vincitore in grado di poter offrire al Capo dello Stato sufficienti garanzie circa l'appoggio di una solida maggioranza parlamentare ai fini della formazione del Governo. Benché abbiano ottenuto il maggior numero dei voti, né il Movimento 5 Stelle né la coalizione di centrodestra sono riuscite a trovare i numeri sufficienti per garantire la governabilità.

La prima riunione di entrambe le Camere del **23 marzo** ha avuto luogo in un clima

ISSN 2279-7238

di contestazione e di aspro conflitto tra i soggetti politicamente rilevanti, in particolar modo Lega e M5S. A fronte delle iniziali e tattiche schermaglie sull'individuazione delle personalità più consone a guidare le Assemblee, i partiti usciti vittoriosi dalla tornata elettorali sono riusciti a convergere sulla scelta di due distinte personalità, una espressione del Movimento 5 Stelle, l'altra di Forza Italia che – unitamente alla Lega e a Fratelli d'Italia – ha costituito la coalizione di centro destra. Se il Presidente della Camera Roberto Fico (M5S) è stato eletto al quarto scrutinio, poiché raggiunta la semplice maggioranza assoluta dei presenti (art. 4 RC); la Presidente del Senato Maria Elisabetta Alberti Casellati (FI) è stata eletta al terzo scrutinio, giacché raggiunta la maggioranza assoluta dei presenti (art. 4 RS).

Stante le perduranti ed evidenti difficoltà ed a fronte dei reciproci veti incrociati, il Capo dello Stato ha deciso di non affrontare la questione nell'immediatezza, per lasciare alle forze politiche il tempo ed il modo di esplorare la sussistenza di eventuali convergenze programmatiche anche tra fazioni che si sono presentate come contrapposte in campagna elettorale.

Il periodo di decantazione si è interrotto per la prima volta il **4 ed il 5 aprile**, date in cui Sergio Mattarella ha ricevuto nello "Studio della vetrata" dapprima le Alte cariche dello Stato (Presidenti di Camera e Senato e l'ex Presidente Napolitano) e a seguire i rappresentanti di tutte le forze politiche, al fine di sondare la sussistenza di possibili maggioranze parlamentari. Ravvisata l'impasse, il Presidente della Repubblica ha rinviato ad un secondo giro di consultazioni, da svolgersi nella settimana successiva. Sebbene il **12 e 13 aprile** i predetti soggetti siano stati nuovamente ricevuti, lo stallo politico perseverava, nonostante i timidi segnali di avvicinamento tra Movimento 5 stelle e Lega, con quest'ultima restia ad abbandonare la coalizione con cui si era presentata al *certamen* elettorale.

In virtù dell'incertezza e dell'incapacità delle forze politiche di uscire dalla palude in cui sono sprofondate, il Capo dello Stato ha esteso la "fisarmonica" presidenziale. Nel tentativo di trovare una soluzione di tipo istituzionale, il **18 aprile** lo stesso ha affidato alla Presidente del Senato un mandato esplorativo con l'incarico di sondare

ISSN 2279-7238

la possibilità della formazione di una compagine governativa di Movimento5 Stelle e coalizione di centro destra. Fallita questa ipotesi, il Presidente Mattarella ha convocato il Presidente della Camera, nella data del **23 aprile**, pur le medesime ragioni, ma per porre le basi per una possibile intesa tra Movimento 5 Stelle e Partito democratico. Nonostante gli iniziali segnali positivi di un accordo di tale portata, come si evinceva dalle prime dichiarazioni del Pres. Fico al termine del colloquio conclusivo con il Capo dello Stato, nei giorni seguenti la Direzione nazionale del Partito democratico ha ritenuto non opportuno proseguire il dialogo avviato con gli esponenti del M5S, precludendo in tal modo la formazione di una governo politico.

Nel momento in cui queste cronache costituzionali vengono concluse, non si è ancora formato un Governo, benché nel frattempo Forza Italia e Fratelli di Italia abbiano fatto un passo indietro per consentire la formazione di un Gabinetto a bipopulismo perfetto di tipo coalizionale e contrattuale (sul modello tedesco dei contratti su cui si basano i governi pluripartitici e affermatisi in via di prassi nelle prime legislature italiane repubblicane), costituito principalmente da M5S e Lega. In previsione di un eventuale esecutivo di coalizione, il leader grillino ha preventivamente incaricato il Prof. Giacinto Della Cananea, ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Roma "Tor Vergata", coadiuvato da un gruppo di esperti - anch'essi docenti universitari - del compito di misurare la compatibilità del programma elettorale del Movimento 5 Stelle con quello della Lega e del Partito democratico. Lo scopo del predetto incarico è stato quello di valutare l'effettiva e concreta possibilità di pervenire ad una sintesi e una conciliazione unitaria che potesse costituire la base programmatica con cui il nuovo Governo avrebbe potuto presentarsi alle Camere e, conseguentemente stendere una relazione finale.

Si rinvia dunque al prossimo numero per maggiori approfondimenti, qualora dovesse concretizzarsi davvero l'ipotesi, attualmente in divenire e repentinamente sollecitata dal Capo politico del Movimento 5 Stelle Di Maio sia nei confronti della Lega sia nei confronti del Partito democratico, di un governo basato su un contratto

ISSN 2279-7238

tra forze politiche ideologicamente distanti.

Si rilevano e sottolineano, ancora una volta, le strutturali e funzionali difficoltà in cui versa l'ordinamento istituzionale italiano e gli attori partitici segnati da immobilismo e contraddittorietà sistemiche che inficiano l'aspetto e il momento decisionale. Il referendum celebrato e respinto il 4 dicembre 2016[840] sulle modifiche costituzionali nonché l'incostituzionalità parziale della legge elettorale n. 52/2015 (cd. Italicum) hanno comportato una reazione strabica, facendo compiere un passo indietro sulla confezione della legislazione elettorale in senso stretto. Dalle pulsioni maggioritarie che si sono manifestate già dai primi anni '90 del secolo scorso e che hanno avuto conferma nella produzione di leggi elettorali ispirate alla ricerca della governabilità (leggi n. 270/2005 e 52/2015), la recente novella (legge n. 167/2017, cd. Rosatellum bis) rappresenta indubbiamente una regressione e un ritorno alla valorizzazione del principio proporzionalistico e del mito della rappresentatività. A prescindere da considerazioni di *merito elettorale*, si deve constatare come si continua ostinatamente a credere che frequenti modifiche alle regole del gioco siano salvifiche e panacee della stabilità istituzionale che, ad oggi, costituisce una bella, ma difficilmente realizzabile prospettiva.

ELEZIONI

IL RINNOVO DELLE CAMERE ALLA PROVA DEL VOTO DEL 4 MARZO

Il **4 marzo** si sono svolte, in un'unica giornata elettorale, le elezioni politiche per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Si riportano di seguito i risultati[841]:

[840] Per un resoconto si rimanda alle cronache costituzionali italiane pubblicate su questa Rivista nel n. 1/2017 e reperibili al seguente link http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/06/Mandato-Stegher-cronahce.pdf

[841] Fonte: le tabelle sono state elaborate dagli Autori sulla base dei dati pubblicati sul sito del Ministero dell'Interno http://elezioni.interno.gov.it/camera/scrutini/20180304/scrutiniCI

ISSN 2279-7238

Territorio Nazionale

Liste	Voti	Seggi Magg. Camera	Seggi Prop. Camera	Seggi Camera Totale	Preferenze	Seggi Magg. Senato	Seggi Prop. Senato	Seggi Senato Totale
Lega	5.694.351 (17,34%)	50	73	123	5.323.045 (17,62%)	21	37	58
Forza Italia	4.591.888 (13,98%)	44	59	103	4.358.101 (14,42)	22	33	55
Fratelli d'Italia	1.435.114 (4,37%)	13	19	32	1.286.887 (4,26)	11	7	16
Noi con l'Italia	430.805 (1,31%)	4	0	4	362.131 (1,20%)	4	0	4
Totale coalizione centrodx	12.152.158 (37%)	111	151	262	11.330.164 (37,50%)	58	77	133+2
Movimento 5 Stelle	10.732.373 (32,68%)93	93	133	226	11.330.164 (37,50%)	58	77	133+2
Partito Democratico	6.153.081 (20%)	20	86	106	5.788.103 (19,16%)	8	43	51
+Europa	845.406 (2,57%)	2	0	2	716.136 (2,37%)	1	0	1
Italia Europa Insieme	191.489 (0,58%)	1	0	1	163.903 (0,54%)	1	0	1
Civica Popolare	180.539 (0,55%)	2	0	2	152.505 (0,5%)	1	0	1
SVP - PATT	134.613 (0,41%)	2	2	4	128.336 (0,42)2	2	1	3
Tot. coalizione di centrosx	7.505.128 (22,85%)	28	88	116	6.948.983	23	13	44
Liberi e Uguali	1.114.298 (3,39%)	0	14	14	990.715 (3,28%)	0	4	4
Potere al Popolo!	372.294 (1,13%)	0	0	0	320.855 (1,06%)	0	0	0
CasaPound Italia	312.392 (0,95%)	0	0	0	259.628 (0,86)	0	0	0
Il Popolo della Famiglia	219.651 (0,67%)	0	0	0	211.486 (0,7%)	0	0	0
Italia agli Italiani	127.119 (0,39%)	0	0	0	150.014 (0,5%)	0	0	0
Partito Comunista	106.887 (0,33%)	0	0	0	101.656 (0,34)	0	0	0
Altre	197.755	0	0	0	167.070	0	0	0
	(0,60%)				(0,55%)			
TOTALE	**32.840.055 (100%)**	**231**	**386**	**617**	**30.21387 4 (100%)**	**0**	**0**	**0**

ISSN 2279-7238

Circoscrizione Valle D'Aosta

	Preferenze Camera (Voti e %)	Seggi	Preferenze Senato (Voti e %)	Seggi
Movimento 5 Stelle	15 999 (24,1)	1	14 398 (23,24%)	23,2
Vallée d'Aoste - Tradition et Progrès (PD-UV-UVP-Edelweiss)	14 429 (21,74%)	0	15 958 (25,76%)	25,8
Per Tutti - Pour Tous - Pe Tcheut (ALPE-Stella Alpina-Pour Notre Vallée)	12 118 (18,25%)	0	9 659 (15,59%)	15,6
Lega	11 588 (17,45%)	0	11 004 (17,76%)	17,8
Forza Italia-Fratelli d'Italia-Nuova Valle d'Aosta	5 533 (8,33%)	0	5 223 (8,43%)	8,43
Altre	6 703 (10,09%)	0	5 696 (9,17%)	9,17
TOTALE	66 370 (100%)	1	61 938 (100%)	100

Circoscrizione Estero

	Preferenze Camera (Voti e %)	Seggi	Preferenze Senato (Voti e %)	Seggi
Partito Democratico	285.429 (26,44%)	5	268.612 (27,09%)	2
Salvini-Berlusconi-Meloni	232.078 (21,49%)	3	218.553 (22,04%)	2
Movimento 5 Stelle	188.933 (17,50%)	1	174.948 (17,64%)	0
Movimento Associativo Italiani all'Estero	104.538 (9,68%)	1	107.879 (10,88%)	1
Unione Sudamericana Emigrati Italiani	65.363 (6,05%)	1	65.069 (6,56%)	1
Liberi e Uguali	61.714 (5,71%)	0	55.279 (5,57%)	0
+Europa	60.859 (5,63%)	1	52.494 (5,29%)	0
Altre	80.616 (7,44%)	0	48.377 (4,86%)	0
TOTALE	1.079.530 (100%)	12	991.211 (100%)	6

PARTITI

MOVIMENTO 5 STELLE

A seguito dell'istruttoria avviata dal Garante per la protezione dei dati personali, in merito agli attacchi di natura informatica che hanno colpito la piattaforma Rousseau, il Movimento 5 Stelle è stato richiamato attraverso un provvedimento (n. 548 del 21 dicembre 2017 e pubblicato il **2 gennaio 2018**) ad aumentare il livello di

ISSN 2279-7238

sicurezza nella gestione della medesima a tutela di una maggiore trasparenza nel flusso dei dati informatici.

Inoltre, il **3 gennaio 2018** si sono chiusi i termini per le iscrizioni per le cd. "Parlamentarie", in vista delle elezioni politiche del 4 marzo 2018. Tra il **16 e il 18 gennaio** si sono tenute le votazioni finalizzate all'individuazione dei candidati che avrebbero composto le liste elettorali del Movimento. I risultati per i collegi uninominali sono stati pubblicati il **30 gennaio**, mentre i quelli per i collegi plurinominali sono stati pubblicati il **3 febbraio**.

LIBERI E UGUALI

Il **7 gennaio** si è svolta a Roma l'Assemblea nazionale di Liberi e Uguali, nel corso della quale è stata presentata la piattaforma programmatica, nonché deciso l'appoggio al candidato per il Partito democratico Nicola Zingaretti a Governatore della Regione Lazio.

Il **31 gennaio**, a Firenze, sono stati resi noti i candidati per le elezioni politiche, sia nei collegi uninominali che in quelli plurinominali.

PARTITO DEMOCRATICO

Il **28 gennaio** sono state pubblicate le liste dei candidati che si sono presentati nei collegi uninominali e plurinominali di Camera e Senato.

Il **5 marzo**, a seguito della sconfitta elettorale, il Segretario del Partito Matteo Renzi ha rassegnato le proprie dimissioni. La reggenza è stata affidata al Vicesegretario Maurizio Martina, che ha convocato per la metà di maggio l'Assemblea nazionale per decidere se eleggere un nuovo Segretario ovvero indire le primarie.

LEGA

Il **31 gennaio** il Segretario Matteo Salvini ha ufficializzato i candidati per l'elezione alla Camera dei Deputati e al Senato.

FORZA ITALIA

Anche il Partito di Silvio Berlusconi, nell'ultimo giorno utile (**31 gennaio**) per la presentazione delle liste, ha pubblicato la lista dei candidati per l'elezione dei deputati nei collegi uninominali e in quelli plurinominali, nonché per l'elezione dei senatori nei collegi uninominali e plurinominali.

ISSN 2279-7238

PARLAMENTO

LA CONCLUSIONE DELLA XVII LEGISLATURA: GLI ULTIMI ADEMPIMENTI

Una volta conclusesi le festività natalizie, la Camera dei deputati si è riunita il 9 gennaio annunciando il proprio scioglimento, giacché emanato il decreto presidenziale n. 208 del 28 dicembre 2017. Con tale atto non solo è stato disposto lo scioglimento di entrambe le Assemblee ma è stata anche fissata la loro prima riunione. Nonostante ciò, è stata data notizia della modifica compositiva di due gruppi, in ragione dell'adesione dell'On. Massimo Verrecchia al gruppo parlamentare "Alternativa Popolare-Centristi per l'Europa-NCD-Noi con l'Italia" e dell'adesione dell'On. Marco Di Stefano, già che è uscito dal gruppo del "Partito Democratico" per aderire a quello di "Noi con l'Italia – Scelta Civica per l'Italia-MAIE".

L'Assemblea ha altresì registrato le dimissioni dell'On. Claudio Fava, nel frattempo eletto presso l'Assemblea regionale siciliana, e pertanto impossibilitato nella prosecuzione del suo mandato parlamentare in ragione del regime delle incompatibilità. La Giunta per le elezioni ha dunque proclamato Valentina La Terza.

IL NUOVO REGOLAMENTO DEL SENATO PUBBLICATO IN GAZZETTA UFFICIALE

Nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 19 gennaio 2018, n. 15, è stata pubblicata la Delibera sulle modifiche al Regolamento, approvate dall'Assemblea, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con distinte deliberazioni, nella seduta di mercoledì 20 dicembre 2017. Le modifiche saranno valide già a partire dalla XVIII Legislatura.

LA RELAZIONE DELLA COMMISSIONE BICAMERALE ANTIMAFIA

Nella seduta del **21 febbraio** la Presidente della Commissione parlamentare Antimafia, on. Rosy Bindi, ha trasmesso al Presidente della Camera Laura Boldrini la Relazione conclusiva della XVII legislatura (Doc. XXIII n. 38), unanimemente approvata dai gruppi parlamentari. Nella stessa si analizzano l'evoluzione del modus operandi delle associazioni mafiose in Italia, la loro diffusione all'interno delle Regioni settentrionali e il loro radicamento internazionale.

LE PRASSI IN REGIME DI *PROROGATIO*

Nel regime di *prorogatio* è possibile porre in essere esclusivamente atti "ritenuti costituzionalmente doverosi ovvero urgenti, mentre sono escluse le attività

ISSN 2279-7238

tipicamente riconducibili all'espressione dell'indirizzo politico (cfr. in tal senso le comunicazioni dei Presidenti della Camera (la prima del 14 marzo 2001, la seconda del 14 febbraio 2006).

Si rileva, pertanto, che è ammissibile esaminare solamente i progetti di legge connessi ad adempimenti costituzionalmente dovuti ovvero urgenti ed indifferibili (i disegni di legge di conversione di decreti-legge (ex. art. 77 Cost.); quelli finalizzati a sanare l'efficacia dei decreti legge che non hanno ricevuto la conversione da parte delle Camere (art. 77, co. 3 Cost.); quelli recanti l'autorizzazione a ratificare i trattati internazionale e quelli di legge europea e di delegazione europea che, se non approvati, possono esporre lo Stato a procedura di infrazione per inadempimenti derivanti dall'appartenenza internazionale ed europea. Ed inoltre tutti gli altri progetti rispetto ai quali la Capigruppo ha ritenuto - unanimemente - di esaminare. Per prassi costante, nello svolgimento di siffatta attività è possibile presentare ed esaminare gli ordini del giorno recanti istruzioni al Governo in relazione alla legge in discussione, mentre le Commissioni svolgono la loro attività nel rispetto dei principi contenuti nel Regolamento, compresi il ricorso a tutti gli strumenti connessi all'istruttoria ex art. 79.

A decorrere dalla data in cui è stato disposto lo scioglimento delle Camere, non sono ricevibili gli atti che non siano caratterizzati da necessità e urgenza, mentre costituiscono eccezione gli atti espressione dell'iniziativa governativa, benché sia possibile, inoltre, la ricezione degli atti oggetto di trasmissione governativa fini dell'acquisizione del parere parlamentare. I suddetti, accompagnati dalle relazioni e dai documenti allegati, sono assegnati alle Commissioni competenti le quali possono esprimere i propri pareri ex artt. ai sensi degli articoli 96-*ter* e 143, comma 4, del Regolamento della Camera. Durante il periodo di *prorogatio*, su consenso della Presidenza e su unanime volontà dei Presidenti di Gruppi le Commissioni possono consentire comunicazioni e audizioni del Governo nonché proceder all'esame e all'approvazione dei documenti finali delle indagini conoscitive già portate a compimento.

Possono, invece, essere presentati gli atti di indirizzo e quelli di sindacato ispettivo, in particolare le interrogazioni rivolte al Governo relative alle sue attività e ai suoi comportamenti. Qualora siano presentate interrogazioni a risposta scritta carenti di risposta da parte dei Governo, la Presidenza potrà richiedere notizie nel merito, mentre nell'ipotesi di interrogazioni a risposta orale, la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi sarà chiamata a valutarne tempi e modi della loro trattazione. Non possono essere svolte interrogazioni a risposta immediata e interpellanze urgenti se presentate

ISSN 2279-7238

in un periodo antecedente a quello in cui è stato disposto lo scioglimento, mentre la Capigruppo valuterà all'unanimità la trattazione di informative urgenti.

I precedenti affermatisi nel corso delle Legislature trascorse consentono al *Plenum* di esaminare eventuali proposte formulate dalla Giunta su richieste relative agli artt. 68 e 96 Cost.; di porre in essere le attività espressione della verifica dei poteri e quelle riguardanti le dimissioni dei deputati che si trovano nello status di incompatibile a fronte dell'art. 17-*bis*, comma 4, del Regolamento della Camera, il quale consente la convocazione della Camera anche nel periodo successivo allo scioglimento su proposte formulate dalle Giunte; di deliberare sui conflitti d'attribuzione e di esaminare il conto consuntivo e il bilancio preventivo della Camera. A supporto istruttorio possono essere convocate la Giunta per le autorizzazioni e quella per le elezioni e la stessa Giunta per il Regolamento ai fini dell'esame di questioni interpretative e - laddove vi sia il consenso di tutti i Capigruppo - è possibile indire riunioni per modifiche regolamentari da sottoporre all'Assemblea.

Relativamente all"attività d'inchiesta parlamentare è preclusa la continuazione delle attività di indagini, mentre è ammesso definire e approvare le relazioni conclusive nonché fissare i criteri per la custodia e la diffusione dei documenti acquisiti e prodotti nel corso delle fasi delle inchieste.

LA COSTITUZIONE DELL'UFFICIO DI PRESIDENZA PROVVISORIO, L'ELEZIONE DEL PRESIDENTE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI E LA FORMAZIONE DEI GRUPPI

Il **23 marzo**, data della sua prima seduta e come previsto dal Regolamento, la Camera dei Deputati ha dapprima provveduto alla costituzione dell'Ufficio provvisorio di Presidenza e dato avvio alle procedure per l'elezione del Presidente.

L'elezione di Roberto Fico, deputato afferente al Movimento 5 Stelle, ha avuto luogo al quarto scrutinio, dal momento che è stato raggiunto il quorum della maggioranza assoluta dei voti, pari a 422. Una volta eletto, il Presidente Fico ha tenuto il discorso di insediamento, inaugurando così la nuova Legislatura.

Nella seconda seduta, che ha avuto luogo il **29 marzo** si è proceduto all'elezione dei quattro Vicepresidenti, di tre Questori e di otto Segretari. Sono stati pertanto proclamati Vicepresidenti i deputati Maria Rosaria Carfagna (FI), Lorenzo Fontana (Lega), Maria Edera Spadoni (M5S) ed Ettore Rosato (PD); Questori i deputati Riccardo Fraccaro (M5S), Gregorio Fontana (FI) e Edmondo Cirielli (FdI); Segretari di Presidenza i deputati Francesco Scoma (FI), Silvana Andreina Comaroli (Lega), Marzio Liuni (Lega), Raffaele Volpi (Lega), Azzurra Pia Maria Cancelleri (M5S), Mirella Liuzzi (M5S), Vincenzo Spadafora (M5S) e Carlo Sibilia (M5S).

ISSN 2279-7238

Dal momento che il Gruppo misto non risultava rappresentato all'interno dell'Ufficio di Presidenza, si è deciso di indire una votazione. Per prassi consolidatasi, si è scelto di effettuare la votazione per schede seguendo l'ordine alfabetico.

Sempre nella seconda seduta, si è altresì dato annunzio non solo delle dimissioni del Presidente del Consiglio Paolo Gentiloni, ma altresì della costituzione di Gruppi parlamentari. In ragione di ciò, sono stati formati i gruppi: MoVimento 5 Stelle; Lega-Salvini Premier; Partito Democratico; Forza Italia-Berlusconi Presidente, nonché è stata annunciata la formazione di componenti politiche nell'ambito del Gruppo parlamentare Misto. Nella riunione del **9 aprile** l'Ufficio di Presidenza della Camera ha deliberato di autorizzare la costituzione del Gruppo parlamentare "Liberi e Uguali" (ex art. 14, comma 2 RC).

Secondo quanto previsto dall'art. 15 RC (e RS) i Gruppi parlamentari hanno provveduto alla trasmissione dei rispettivi Statuti alla Presidenza del Senato (e della Camera). È opportuno rilevare due questioni degne di nota. Innanzitutto dall'elenco degli Statuti depositati e pubblicati nei siti internet delle Assemblee, è possibile notare l'assenza dello Statuto di Forza Italia; in secondo luogo, dall'analisi dello Statuto del Movimento 5 Stelle, si evince come la designazione del Presidente di questo Gruppo differisca in maniera sostanziale giacché gli artt. 4 e 5 sanciscono che spetti all'Assemblea ratificare la nomina del Presidente, scelta fatta dal "Capo politico" che può anche disporne la revoca.

LA COSTITUZIONE DELL'UFFICIO DI PRESIDENZA PROVVISORIO, L'ELEZIONE DEL PRESIDENTE DEL SENATO E LA COSTITUZIONE DEI GRUPPI

Nella prima seduta del Senato, che ha avuto luogo il **23 marzo** sotto la presidenza provvisoria del Sen. Giorgio Napolitano (ex art. 2, co.1 RS), si è dato avvio alle procedure per l'elezione del Presidente di Assemblea. La Sen. Maria Elisabetta Alberti Casellati è stata eletta al terzo scrutinio (con 240 voti), intercorso nella giornata del **24 marzo**. Una volta conclusasi la proclamazione, la Presidente ha pronunciato il suo discorso di insediamento.

L'elezione dell'Ufficio di Presidenza, in particolare dei quattro Vice Presidenti, dei tre Questori e degli otto Segretari è avvenuta nel corso della seduta del **28 marzo**. Sono stati proclamati al ruolo di Vice Presidenti del Senato i senatori Calderoli (Lega), La Russa (FdI), Taverna (M5S) e Rossomando (PD); al ruolo di Questori i senatori De Poli (FI), Arrigoni (Lega) e Bottici (M5S); mentre al ruolo di Segretari i senatori Tosato (Lega), Giro (FI), Nisini, Carbone (FI), Castaldi (M5S), Montevecchi (M5S), Puglia (M5S) e Pisani Giuseppe (M5S).

ISSN 2279-7238

Per quanto riguarda invece l'istituzione dei Gruppi parlamentari, la loro formazione è intercorsa nella giornata del **27 marzo** e, secondo quanto previsto dal Regolamento, ne è stata data comunicazione all'Ufficio di Presidenza, che ne ha dato annunzio nella seduta del **28 marzo**.

L'ISTITUZIONE DELLE COMMISSIONI SPECIALI IN ENTRAMBE LE ASSEMBLEE

Nella seduta del **4 aprile** è stata istituita presso il Senato la Commissione speciale per l'esame del Documento di economia e finanza e di altri atti urgenti che deve essere ancora presentato dall'Esecutivo a causa del prolungamento delle consultazioni per la formazione del nuovo Governo. La Camera, invece, ha provveduto alla sua costituzione nella seduta del **10 aprile**.

UN CASO DI INCOMPATIBILITÀ SOPRAVVENUTA

A seguito della sua elezione alla carica di Presidente della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, Massimiliano Fedriga, eletto nella Circoscrizione Friuli-Venezia Giulia, si è dimesso dalla carica di deputato l'**8 maggio**.

GOVERNO

PROVVEDIMENTI ADOTTATI DALL'ESECUTIVO

Per quanto concerne i principali provvedimenti governativi approvati dal Governo Gentiloni nel primo quadrimestre di attività, si pone la giusta e doverosa attenzione su quelli di seguito riportati:

Il Consiglio dei Ministri, nella riunione del 19 gennaio (n. 68), ha esaminato lo stato di attuazione del programma di governo e, rispetto alla riunione del 22 dicembre 2017 risultano adottati 23 provvedimenti attuativi, di cui 12 del Governo Gentiloni e 11 riferiti agli Esecutivi precedenti, nonché ha reso nota la pubblicazione, sul sito dell'Ufficio per il programma di Governo, dell'elenco dei provvedimenti attuativi previsti dalla Legge di bilancio 2018.

Inoltre, si è deliberata l'approvazione della Relazione programmatica per il 2018 sulla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea, predisposta dal Dipartimento per le politiche europee.

L'**8 febbraio**, nel corso della riunione n. 69, il Cdm ha comunicato gli aggiornamenti rispetto alla riunione precedente per quanto riguarda lo status di

ISSN 2279-7238

attuazione del programma di governo, dal momento che sono stati adottati 19 provvedimenti attuativi, di cui 9 del Governo e 10 riferiti all'Esecutivo precedente.[842]

Inoltre, nella medesima riunione, si è deciso di approvare un decreto legislativo di attuazione dello statuto speciale per il Trentino Alto Adige, in attuazione di quanto previsto dallo statuto speciale per la regione Trentino Alto Adige concernenti modifiche al decreto legislativo 16 dicembre 1993, n. 592, concernente le scuole situate in località della provincia di Trento nelle quali sono parlati il ladino, il mocheno e il cimbro. La normativa è finalizzata ad integrare quanto già previsto a tutela delle minoranze presenti sul territorio della Provincia autonoma di Trento.

Nel corso della riunione n. 71, il Cdm del **22 febbraio** ha approvato un disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo dello Stato degli Emirati Arabi Uniti, fatto ad Abu Dhabi il 16 settembre 2015, con scambio di note fatto ad Abu Dhabi il 27 novembre 2017 e il 17 gennaio 2018 e del Trattato di mutua assistenza giudiziaria in materia penale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo degli Emirati Arabi Uniti, fatto ad Abu Dhabi il 16 settembre 2015.

La gestione del bilancio e contabilità delle amministrazioni pubbliche è stata oggetto della riunione del **16 marzo**, **n. 74**, dal momento che spetta proprio all'Esecutivo, nel quadro di attuazione della legge di contabilità e finanza pubblica (legge 31 dicembre 2009, n. 196) e di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche, predisporre gli eventuali provvedimenti necessari. Pertanto, in questa occasione si è deciso di approvare un decreto legislativo ed un regolamento, con la finalità di apportare modifiche alla normativa relativa alla gestione del bilancio ed introdurre regole contabili omogenee rispetto alla normativa di rango sovranazionale. Sempre in ambito europeo, il collegio ha esaminato la relazione consuntiva per l'anno 2017 sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, in virtù di quanto sancito dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234.

Il **21 marzo**, nel corso del Consiglio n. 75, il Presidente Paolo Gentiloni ha proposto la nomina di 48 rappresentanti delle categorie produttive nell'ambito del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL).

Infine, nel corso del Cdm n. 81, tenutosi il **26 aprile**, il collegio dei Ministri ha approvato il Documento di economia e finanza (DEF) 2018, previsto dalla legge di contabilità e finanza pubblica (legge 31 dicembre 2009, n. 196). Il documento si presenta come meramente descrittivo rispetto all'evoluzione economico-finanziaria internazionale, all'aggiornamento delle previsioni macroeconomiche nazionali e al

[842] Sul sito dell'Ufficio per il programma di Governo sono pubblicati gli elenchi dei provvedimenti attuativi adottati ed una Rassegna delle principali misure varate dal Governo dall'inizio del suo mandato.

ISSN 2279-7238

quadro di finanza pubblica tendenziale che ne deriva, in ragione della perdurante mancata formazione della nuova compagine governativa.

SCIOGLIMENTO DI CONSIGLI COMUNALI

Secondo quanto previsto dall'articolo 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL), il Cdm ha deliberato, su proposta del Ministro dell'interno Marco Minniti, lo scioglimento dei seguenti Consigli comunali:

- Cirò Marina (Crotone) nel corso della riunione del **19 gennaio**
- la proroga dello scioglimento dei Consigli di Rizziconi (Reggio Calabria) e di Palazzo Adriano (PA), nel corso della riunione del **22 febbraio**
- Mattinata (FG), nel corso della riunione del **16 marzo**
- Scilla (RC), nonché la proroga dello scioglimento e della gestione commissariale dei Consigli comunali di Nicotera e di Tropea (VV), nel corso della riunione del 21 marzo
- Camastra (AG), nonché la proroga, per una durata di sei mesi, dello scioglimento del Consiglio comunale di Marano (NA), nel corso della riunione del 10 aprile n. 77
- Calvizzano (Napoli), nel corso della riunione del 17 aprile n. 79
- Bompensiere (CL), Caivano (NA), Limbadi (VV), Manduria (TA) e Platì (RC), nonché la proroga, per una durata di sei mesi, dello scioglimento dei Consigli comunali di Casavatore (NA) e Crispano (NA), nel corso della riunione del **26 aprile**.

DIMISSIONI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

In ragione di una prassi consolidatasi nel tempo, una volta insediatesi le nuove Camere, il Presidente del Consiglio dei Ministri si reca dal Capo dello Stato per rassegnare le proprie dimissioni. A tal ragione, il **24 marzo** Paolo Gentiloni è salito al Colle formalizzando la rimessione del suo incarico, pur consapevole di dover rimanere in carica per il disbrigo degli affari correnti.

DIMISSIONI DEL MINISTRO MAURIZIO MARTINA

A seguito delle evoluzioni del contesto politico-partitico, il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali Maurizio Martina ha rassegnato le dimissioni, che sono state accettate dal Presidente Gentiloni (DPR 14 marzo 2018). Il Presidente ha pertanto assunto l'incarico di reggere ad interim il dicastero.

INFORMATIVA URGENTE RISPETTO ALL'AGGRAVARSI DELLA SITUAZIONE INTERNAZIONALE

A seguito dell'aggravarsi della situazione siriana e della delicata questione internazionale, il Presidente del Consiglio dei Ministri Paolo Gentiloni il **17 aprile** si

ISSN 2279-7238

è presentato dinnanzi alle Assemblee parlamentari per illustrare l'informativa urgente sui recenti sviluppi.

CAPO DELLO STATO

L'ESERCIZIO DELLE PREROGATIVE PRESIDENZIALI

In ragione di quanto disposto dalla Costituzione all'art. 59, il Presidente della Repubblica ha nominato Liliana Segre Senatrice a vita il **19 gennaio**, per altissimi meriti conseguiti in campo sociale.

Il **24 febbraio**, invece, ha esercitato il suo potere di nomina conferendo l'incarico di Giudice della Corte Costituzionale (ex art. 135 Cost.) al Prof. Francesco Viganò.

LE CONSULTAZIONI PRESIDENZIALI

Ai fini della formazione del nuovo Esecutivo il Presidente della Repubblica, nelle giornate del **4 e 5 aprile** e in quelle del **12 e 13 aprile**, a seguito delle consultazioni ha rivolto un breve saluto ai giornalisti presenti al Palazzo del Quirinale ricordando l'indispensabilità di favorire intese politiche anche in ragione dei contrasti nel commercio internazionale, degli impegni europei e dell'instabilità delle situazioni internazionali, tra cui quella siriana.

I MANDATI ESPLORATIVI PER LA FORMAZIONE DELLA MAGGIORANZA PARLAMENTARE

Il **18 aprile** il Capo dello Stato ha affidato alla Presidente del Senato il mandato esplorativo nel tentativo di verificare possibili convergenze programmatiche tra la coalizione di centro destra e il Movimento 5 Stelle.

A seguito dell'infruttuoso sforzo cui sopra, il **23 aprile** Sergio Mattarella ha similmente incaricato il Presidente della Camera Roberto Fico di esplorare eventuali alleanze di governo tra il Movimento 5 Stelle e il Partito democratico.

CORTE COSTITUZIONALE

L'ORDINANZA E IL COMUNICATO STAMPA SUL VOTO DEGLI ITALIANI ALL'ESTERO

Con ordinanza n. 63/2018, sintetizzata nel relativo comunicato stampa del **21**

ISSN 2279-7238

febbraio la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Venezia durante le procedure per il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 nei confronti della legge n. 459/2001 ("Norme per l' esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero") sul voto all'estero per corrispondenza per contrasto con gli articoli 1 e 48 Cost. I giudici hanno sottolineato che nel corso delle procedure referendarie non è possibile chiedere in via preventiva al Tribunale di sollevare la questione di legittimità costituzionale essendo necessario un preliminare intervento - su apposito reclamo - dell'Ufficio centrale per la circoscrizione estero e dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione.

L'ELEZIONE DEL NUOVO PRESIDENTE E LA DESIGNAZIONE DEI NUOVI VICE PRESIDENTI

L'**8 marzo** il Consesso dei giudici ha eletto il nuovo Presidente Giorgio Lattanzi. Quest'ultimo ha designato come Vice Presidenti i giudici Aldo Carosi e Marta Cartabria.

GIURAMENTO DEL NUOVO GIUDICE COSTITUZIONALE FRANCESCO VIGANÒ

L'**8 marzo** ha prestato giuramento presso il Palazzo del Quirinale il nuovo giudice costituzionale Francesco Viganò nominato dal Presidente della Repubblica.

LA CORTE RESPINGE LE DIMISSIONI DEL GIUDICE NICOLÒ ZANON

A seguito di un'indagine per peculato d'uso e delle conseguenti dimissioni presentate dal giudice Nicolò Zanon, nell'esercizio delle proprie prerogative interne riflettenti l'autodichia, il **13 marzo** la Corte ne ha respinto le dimissioni.

LA CORTE DETTA PRINCIPI IN MATERIA DI REFERENDUM CONSULTIVI REGIONALI

Il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale avverso la legge regionale n. 15/2014 delle Marche, relativa al distacco di Comuni, per la violazione degli articoli 3, 113, primo e secondo comma, e 133, secondo comma, della Costituzione. Si lamentava il mancato richiamo dello svolgimento del referendum consultivo previsto dall'art. 133, secondo comma, Cost., e dell'esito di

ISSN 2279-7238

tale consultazione che avrebbe precluso un effettivo controllo sul procedimento referendario e una conseguente efficace tutela giurisdizionale. La Corte, respingendo la questione, con sentenza n. 2/2018 ha sostenuto che non è compito dello Stato annullare gli atti relativi alla procedura referendaria giacché un controllo giurisdizionale di siffatta natura sfocerebbe in un limite alla potestà legislativa regionale in materia di variazioni circoscrizionali.

LA SENTENZA SUI VACCINI

Con sentenza n. 5/2018 la Corte si è pronunciata sui ricorsi per legittimità costituzionale avverso il decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73 (Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale) e del medesimo decreto-legge, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2017, n. 119 promossi dalla Regione Veneto. Il ricorrente lamentava l'utilizzo del decreto legge e quindi dei presupposti costituzionali di necessità e urgenza; una sproporzione nel bilanciamento dei valori della tutela della salute e della libertà di autodeterminazione della persona in materia sanitaria; la possibile illegittimità dell'intervento statale nella materia *de qua* su cui è prevista anche la competenza delle Regioni. La Corte, nel respingere le questioni di legittimità costituzionale sollevate, ha ritenuto giustificata la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza anche a fronte di stimoli e sollecitazioni provenienti dal panorama europeo e dal riscontrato calo delle coperture vaccinali. La ragionevolezza della scelta legislativa si giustifica anche con la circostanza che la tutela della salute, intesa come bene a valenza individuale e collettivo (art. 32 Cost.) implica il diritto della persona ad essere curata in condizione di eguaglianza in tutti il territorio nazionale secondo principi e indirizzi comuni. A ciò si aggiunga che oltre ad essere stati assolti gli obblighi di informazione, confronto e persuasione sull'opportunità delle cure vaccinali, il Consesso dei giudici ha ricordato come i piani nazionali di vaccinazione prevedano vaccinazioni obbligatorie intere come livelli essenziali dell'assistenza sanitaria.

PRINCIPI IN MATERIA DI FINANZA PUBBLICA

Con sentenza n. 49/2018 la Corte, nel pronunciarsi su una questione di legittimità costituzionale sollevata avverso l'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Abruzzo 16/2017 (Rendiconto generale per l'esercizio 2013, conto finanziario, conto generale del patrimonio e nota illustrativa preliminare), in riferimento agli artt. 81, quarto comma, e 117, terzo comma, della Costituzione, e in relazione all'art. 29, comma 1, del decreto legislativo n. 76/2000 (Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione

ISSN 2279-7238

dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208), e all'art. 39, comma 1, della legge Regione Abruzzo n. 3/2002 (Ordinamento contabile della Regione Abruzzo) lamentandone il contrasto con i principi in materia di coordinamento della finanza pubblica. In particolare, si faceva constare che i conti fossero inattendibili e che, a fronte di una corretta rappresentazione del risultato di amministrazione, non si scorgeva la correttezza del ciclo di bilancio a detrimento della trasparenza dei conti regionali. La Corte ha accolto la questione di legittimità costituzionale sostenendo la necessità che i conti regionali dimostrino con chiarezza e coerenza la situazione economico-finanziaria anche in considerazione del collegamento tra il principio di legittimazione democratica, gestione delle risorse pubbliche e mandato elettorale degli amministratori regionali.

IMMUNITÀ PARLAMENTARI

Con sentenza n. 59/2018 la Corte ha risolto il conflitto di attribuzione sollevato dal Tribunale di Bergamo avverso la deliberazione con cui il Senato della Repubblica ha ritenuto insindacabile - per connessione funzionale con l'attività parlamentare - le dichiarazioni rivolte dal Senatore Roberto Calderoli nei confronti dell'ex Ministro Cécile Kyenge Kashetu (cfr. Dati Senato, XVII legislatura, Doc. IV-ter, n. 4). In particolare, l'autorità giudiziaria lamentava l'invasione della propria sfera di competenza da parte della Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari del Senato relativamente alla qualificazione giuridica della fattispecie. Nell'accogliere il ricorso presentato, il Consesso dei giudici costituzionali ha chiarito che spetta agli organi giurisdizionali la qualifica suddetta, mentre rientra nelle prerogative delle Camere esclusivamente la valutazione sulla riconducibilità delle opinioni espresse dai membri delle Assemblee elettive con l'esercizio delle funzioni parlamentari.

LA CORTE VALORIZZA I PRINCIPI DI LEALE COLLABORAZIONE E SUSSIDIARIETÀ

Con le sentenze nn. 71/2018 e 74/2018 la Consulta ha ribadito che, nelle ipotesi in cui occorre destinare risorse pubbliche nelle materie che coinvolgono la potestà legislativa regionale residuale o concorrente, è necessario prevedere specifiche forme di coinvolgimento e partecipazione delle Regioni nella determinazione dei criteri di distribuzione dei fondi valorizzando il metodo dell'intesa con gli organi statali nel pieno rispetto dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà.

ISSN 2279-7238

ELEZIONI PER IL PRESIDENTE ED IL RINNOVO DEL CONSIGLIO NELLA REGIONE LAZIO

In concomitanza con le elezioni politiche, gli elettori residenti nella Regione Lazio sono stati chiamati ad esprimere la propria preferenza anche per le cariche elettive regionali. Pertanto, a seguito degli scrutini, è risultato eletto il candidato del Partito democratico Nicola Zingaretti con il 32,92% dei voti, con uno scarto irrisorio rispetto al candidato della coalizione di centrodestra Stefano Parisi, che è stato comunque eletto consigliere con il 31,17% dei voti.

Si riportano di seguito i dati[843]:

Candidati Presidenti e Liste	Voti	Percentuali	Seggi
Zingaretti Nicola	1.018.736	32,92%	
Partito democratico	539.131	21,24%	18
Lista Zingaretti	110.080	4,33%	3
Liberi e Uguali	88.416	3,48%	1
+Europa	52.451	2,06%	1
Centro Solidale	48.872	1,91%	1
Italia Europa Insieme	28.443	1,12%	-
Totale Liste	867.393	34,18%	24
Parisi Stefano	964.418	31,17%	
Forza Italia	371.155	14,62%	6
Lega	252.772	9,96%	4
Fratelli d'Italia con Giorgia Meloni	41.234	1,62%	1
Energie per l'Italia	37.043	1,46%	-
Totale Liste	922.664	36,36%	14
Lombardi Roberta	834.995	26,98%	
Movimento 5 Stelle	559.752	22,06%	10
Pirozzi Sergio	151.476	4,89%	
Sergio Pirozzi	93.942	3,70%	1
Lista Nathan	3.443	0,13%	-
Totale Liste	97.385	3,83%	1
Antonini Mauro	60.131	1,94%	
Casapound Italia	42.609	1,67%	-
Canitano Elisabetta	43.895	1,41%	
Touadi Jean Leonard	7.819	0,25%	
Civica Popolare Lorenzin	6.073	0,23%	-
Azzaro Giovanni Paolo	7.614	0,24%	
Democrazia Cristiana	5.325	0,20%	-
Rosati Stefano	4.952	0,16%	
Riconquistare l'Italia	2.565	0,10%	-
TOTALE	**3.094.036**		
		100,00	**49**
	2.537.138		

Elettori: 4.786.096; Votanti: 3.181.235 (66,46%); Schede non valide: 86.824 (di cui bianche: 33.232) Schede

[843] Fonte: le tabelle sono state elaborate dagli Autori sulla base dei dati pubblicati sul sito del Ministero dell'Interno http://elezioni.interno.gov.it/regionali/scrutini/20180304/scrutiniRI120000000

ISSN 2279-7238

contestate: 375.

ELEZIONI PER IL PRESIDENTE ED IL RINNOVO DEL CONSIGLIO NELLA REGIONE LOMBARDIA

Il **4 marzo** si sono tenute altresì le consultazioni elettorali per eleggere il candidato Presidente e i consiglieri regionali in Lombardia. A seguito degli scrutini è risultato eletto al ruolo di Governatore della regione l'esponente della Lega Nord Attilio Fontana, sostenuto dalla coalizione di centro-destra, con il 49,75%. Il candidato per il Partito democratico Giorgio Gori ha ottenuto invece il 29,09% dei voti, ottenendo comunque il seggio da consigliere.

Si riportano di seguito i dati[844]:

Candidati Presidenti e Liste	Voti	Percentuali	Seggi
Fontana Attilio	2.739.370	49,75%	
Lega	1.553.798	29,64%	28
Forza Italia	750.746	14,32%	14
Fratelli d'Italia con Giorgia Meloni	190.834	3,64%	3
Fontana Presidente	76.644	1,46%	1
Noi con l'Italia -UDC	66.357	1,26%	1
Energie per la Lombardia	27.970	0,53%	1
Partito Pensionati	20.261	0,38&	-
Totale Liste	2.686.610	51,26%	48
Giorgio Gori	1.633.367	29,09%	
Partito Democratico	1.008602	19,24%	15
Gori Presidente	158.691	3,92%	2
+Europa	108.755	2,07%	0
Lombardia per le Autonomie	62.844	1,19%	-
Italia Europa Insieme	35.074	0,66%	-
Civica Popolare	20.668	0,39%	-
Lombardia Progressista	20.040	0,38%	-
Totale Liste	1.414.674	26,99%	17
Violi Dario	974.984	17,36%	
Movimento 5 Stelle	933.346	17,80%	13
Rosati Onorio	108.407	1,93%	
Liberi e Uguali	111.306	2,12%	-
De Rosa Angela	50.368	0,89%	
Casapound Italia	45.416	0,86%	-
Gatti Massimo Roberto	38.194	0,68%	
Sinistra per la Lombardia	35.716	0,68%	-
Arrighini Giulio	15.791	0,28%	
Grande Nord	13.791	0,26%	
TOTALE Candidati Presidente	**5.614.481**		
Liste Circoscrizionali	**5.240.859**	**100,00**	**78**

Elettori: 7.882.639; Votanti: 5.762.453 (73,10%) Schede non valide: 147.350 (di cui bianche: 60.067); Schede contestate: 622

[844] Fonte: a cura degli Autori sulla base dei dati pubblicati sul sito http://elezioni.interno.gov.it/regionali/scrutini/20180304/scrutiniRI030000000

ISSN 2279-7238

ELEZIONI PER IL PRESIDENTE ED IL RINNOVO DEL CONSIGLIO NELLA REGIONE MOLISE

Il **22 aprile** si sono svolte le consultazioni elettorali per l'elezione del Governatore regionale e del Consiglio. È risultato vincitore il candidato sostenuto dalla coalizione di centro destra Donato Toma il quale ha ottenuto il 43% dei voti. Il candidato del Movimento 5 Stelle ha raggiunto, invece, il 38,50% dei voti risultando comunque eletto nell'Assemblea legislativa regionale.

Si riportano di seguito i dati[845]:

Candidati Presidenti e Liste	Voti	Percentuali	Seggi
Toma Donato	73.229	43,46%	1
Forza Italia	13.627	9,38%	3
Orgoglio Molise	12.122	8,34%	2
Lega	11.956	8,23%	2
Popolari per l'Italia	10.351	7,12%	2
Unione di Centro	7.429	5,11%	1
Fratelli d'Italia	6.461	4,45 %	1
Iorio per il Molise-Noi con l'Italia	5.204	3,58%	1
Movimento Nazionale per la Sovranità	3.924	2,70%	1
Il Popolo della Famiglia	**603**	**0,41%**	**-**
Totale liste	**71.677**	**49,32%**	**12**
Greco Andrea	**64.875**	**43,46%**	**1**
Movimento 5 Stelle	**45.886**	31,57%	5
Veneziale Carlo	**28.818**	17,10%	-
Partito democratico	**13.122**	9,03%	2
Liberi e Uguali in Molise	**4.784**	3,29%	-
Molise2.0-Centro democratico	**3.459**	2,38%	-
Unione per il Molise	**3.233**	2,22%	-
Il Molise di Tutti	**2.716**	1,87%	-
Totale liste	**27.314**	18,79%	2
Di Giacomo Agostino	**707**	0,42%	-
Casapound Italia	**477**	0,33%	-
TOTALE Candidati Presidente	**167.629**	100%	2
Liste Circoscrizionali	**145,334**		19

ELEZIONI PER IL PRESIDENTE ED IL RINNOVO DEL CONSIGLIO NELLA REGIONE AUTONOMA DEL FRIULI VENEZIA GIULIA

Il 29 aprile si sono altresì celebrate le consultazioni elettorale per il rinnovo delle cariche elettive regionali all'esito delle quali è stato eletto Presidente della Regione il

[845] Fonte: a cura degli Autori sulla base dei dati pubblicati sul sito https://elezioni.regione.fvg.it/000497_Reg/Coalizioni/000001.html

ISSN 2279-7238

candidato della Lega sostenuto dalla coalizione di centro destra Massimiliano Fedriga con 57% dei voti. Il candidato sostenuto dal Partito democratico e sostenuto da alcune liste civiche ha ottenuto invece il 26% dei voti risultando comunque eletto al Consiglio regionale.

Si riportano di seguito i dati[846]:

Candidati Presidenti e Liste	Voti	Percentuali	Seggi
Massimiliano Fedriga (FI+Lega+Tondo per Fedriga+FdI+ Progetto FVG)	307.123	57,09%	29
Segio Bolzonello (cittadini per Bolzonello+Slovenska Skupnost+PD+Open FVG Sinistra)	144.363	26,84%	13
Alessandro Fraleoni Morgera (M5S)	62.776	11,67%	4
Sergio Cecotti (Patto per l'Autonomia Cecotti	23.696	4,40%	2
TOTALE Candidati Presidente	**537,950**	**100%**	
Liste Circoscrizionali	**422,075**		

Votanti: 549.390; Totale voti validi 537.958; Schede non valide: 7.729 (di cui bianche: 3.691); Schede contestate: 12

ALCUNE NORMATIVE DI RANGO REGIONALE DI RILIEVO IN MATERIA DI FINANZA PUBBLICA

A seguito di sentenza di condanna emessa dall'Autorità giudiziaria, la Regione Campania è dovuta intervenire con diverse leggi regionali in esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Le leggi sono le nn, 5, 6 , 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 del 2018 recanti disposizioni per il riconoscimento di debito fuori bilancio ai sensi dell'articolo 73, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2014, n. 126

LEGGE REGIONALE SUI VITALIZI NEL CASO VENETO

Con la legge regionale n. 3 del 2018, la Regione Veneto ha promulgato un provvedimento normativo finalizzato al contenimento della spesa pubblica intervenendo sui vitalizi dei consiglieri regionali, attraverso una riduzione progressiva degli emolumenti da percepire.

[846] Fonte: a cura degli Autori sulla base dei dati pubblicati sul sito https://elezioni.regione.fvg.it/000497_Reg/Coalizioni/000001.html

ISSN 2279-7238

INTERVENTI SULLE AUTONOMIE COMUNALI

Con le leggi regionali nn. 5 del 09 febbraio 2018 e 6 del 16 febbraio 2018 sono stati istituiti nuovi comuni: il primo intervento normativo ha portato alla creazione del comune di "Barbarano Mossano" mediante fusione dei Comuni di Barbarano Vicentino e Mossano della Provincia di Vicenza; mentre con il secondo è stato istituito il comune di "Borgo Veneto" mediante fusione dei Comuni di Saletto, Santa Margherita d'Adige e Megliadino San Fidenzio della Provincia di Padova.

La legge regionale Sicilia (L.R. n. 2/2018) ha apportato modifiche alle determinazioni confinarie fra i comuni di Grammichele e Mineo.

ISSN 2279-7238

La partecipazione politica attraverso internet: recenti riflessioni sulla democrazia elettronica. A proposito dei volumi di G. Gometz, Democrazia elettronica: teorie e tecniche, Pisa, Edizioni Ets, 2017, e G. Fioriglio, Democrazia elettronica: presupposti e strumenti, Padova, Cedam, 2017 [*].

di Marco Mandato[**]

SOMMARIO: 1. La partecipazione politica tra crisi e rilancio – 2. I recenti contributi monografici sulla democrazia elettronica – 2.1. Gianmarco Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, Edizioni Ets, 2017 – 2.2. Gianluigi Fioriglio, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, Cedam, 2017 – 3. La democrazia elettronica tra potenzialità partecipative e tendenze oligarchico-plebiscitarie

1. La partecipazione politica tra crisi e rilancio

La democrazia, intesa canonicamente come governo del popolo, ha come presupposto teorico il pieno coinvolgimento nei cittadini negli affari della *res publica*, in senso attivo e inclusivo. Lo stesso può essere reso funzionale sia dai meccanismi che supportino le dinamiche sottese alla democrazia rappresentativa e che privilegiano il ruolo dei corpi intermedi intesi a filtrare, articolare e selezionare le domande della società civile sia per mezzo degli istituti di democrazia diretta i quali consentono al *demos* sociale e politico di intervenire con maggiore pregnanza nelle questioni pubbliche. Questi duplici aspetti sostanziali vengono garantiti da appositi meccanismi procedurali tali da consentire una genuina e libera espressione della volontà popolare.

Emerge, quindi, lo stretto collegamento tra democrazia e partecipazione politica [847]. Intesa quest'ultima come "un relazionamento della società con le istituzioni, tale da porsi come un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azione delle seconde"[848], si può affermare che quella democratica è forma di Stato concretamente partecipativa in quanto contribuisce ad un effettivo esercizio del principio della sovranità popolare perché consente a tutti coloro che sono

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

[**] Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato ed istituzioni politiche comparate presso l'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

[847] Cfr. COTTA, M., *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 2, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 194 ss.; SAVIGNANO, A., voce *Partecipazione politica*, in *Enc. dir., XXXII*, Milano, Giuffré, 1982, pp. 1-13; SANI, G., voce *Partecipazione politica*, in *Enc. sc. soc., VI*, Roma, Treccani, 1996, pp. 502 ss.; ID., voce *Partecipazione politica*, in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004, p. 757; PASQUINO, G., *Manuale di scienza della politica*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 192 ss.; PIZZORNO, A., *Introduzione allo studio della partecipazione politica*, in *Quaderni di sociologia, 3-4*, Torino, Taylor editore 1996, pp. 238 ss. RANIOLO, F., *La partecipazione politica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 68.

[848] ALLEGRETTI, U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffré, 2009, p. 336.

ISSN 2279-7238

componenti di una comunità politica di far parte ed essere parte di un corpo unitario. La partecipazione individua la posizione e il ruolo che un individuo ricopre nella società e nei gruppi sociali e non vi è ombra di dubbio che la "partecipazione regolata [è] indispensabil[e] per mantenere ed implementare i principi ed i valori di ordinamenti che si definiscono di democrazia pluralista e sociale"[849], favorendo un arricchimento dell'uomo e proiettandolo in una dimensione comunitaria e sociale[850]. La partecipazione costituisce uno strumento di tipo cooperativo ed educativo, che alimenta nel cittadino le proprie virtù civiche in rapporto all'altro con lo scopo di pervenire ad una decisione giusta e condivisa[851]. Le forme di democrazia partecipativa rappresentano un complesso di processi ideali e multiformi i quali coltivano l'aspirazione di aprire in modo molto più netto le istituzioni rappresentative alle problematiche e all'influenza dei cittadini. Le modalità partecipative favoriscono la costituzione di un rapporto dialogico e dialettico in senso orizzontale tra cittadini e istituzioni, di modo che la partecipazione si eleva a "principio fondamentale delle regole e delle istituzioni repubblicane: sia sul piano pubblicistico formale, dunque per l'intera organizzazione pubblica, e analogamente sul piano delle regole e dei rapporti nella società […]"[852].

Esse esaltano il corale coinvolgimento delle masse, includendole nelle concrete e multiformi modalità di esercizio del potere pubblico in tutte quelle circostanze in cui gli individui sono coinvolti nella trattazione e risoluzione di determinate problematiche, incentivando un rapporto fluido, sempre più immediato e diretto con le istituzioni rappresentative tale da favorire un "relazionamento della società con il bene comune (in altri termini, con l'interesse generale) attraverso decisioni e interventi che riguardano i singoli beni comuni" [853]. Favorire una maggiore partecipazione significa affrontare questioni politiche, economiche, sociali attraverso il punto di vista articolato e coinvolgente dei portatori di interessi, creando una governance dei cittadini che contribuisca a legittimare ulteriormente il sistema democratico-rappresentativo, nell'ottica di una sua integrazione con pratiche che consentano il riavvicinamento del popolo alle istituzioni. Le modalità partecipative sono espressione del fondamentale principio di eguaglianza sacralizzato in tutte le

[849] LANCHESTER, F., *Lo Stato sovrano dopo l'affermarsi del modello democratico*, in *Federalismi.it*, n. 21/2012, p. 2.
[850] Cfr. ZAMPETTI, P. L., *Partecipazione e democrazia. La nuova vera via*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 44.
[851] Cfr. PELLIZZONI, L., *Cosa significa partecipare*, in *Rassegna italiana di sociologia*, n. 3/2005, pp. 484 ss., il quale sottolinea come il concetto di partecipazione implica tre livelli: uno dove la partecipazione si identifica con la cooperazione; un secondo, ove la partecipazione indica la capacità di incidere sulla decisione collettiva; l'ultima, in cui la partecipazione è associata alla capacità di influenzare il processo decisionale.
[852] ALLEGRETTI, U., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti, in Democrazia e diritto,* n. 3/2006, p. 154.
[853] ARENA G., *Valori e condizioni della democrazia partecipativa*, in ALLEGRETTI, U. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa,* Firenze, University press, 2010, p. 86.

ISSN 2279-7238

Costituzioni giacché contribuiscono a strutturare un reale ed effettivo regime politico[854] democratico. Una maggiore partecipazione democratica è occasione per contribuire alla crescita della società nazionale e locale favorendo un processo di 'codecisione' all'insegna dell'inclusività e del coinvolgimento civico, facendo emergere i valori e i progetti di governo che riflettono la sensibilità della cittadinanza innanzi ai problemi sociali. In questi termini, la partecipazione alla vita collettiva contribuisce a rafforzare e ad alimentare costantemente il principio democratico come "ideale e criterio di legittimazione politica"[855].

Attualmente, la partecipazione politica veicolata attraverso i circuiti intermedi è profondamente svilita, così come dimostra il calo della partecipazione elettorale e l'iscrizione ai partiti politici. I multiformi e complessi processi che caratterizzano i fenomeni della globalizzazione e dell'internazionalizzazione delle sfere geopolitiche hanno certamente provocato evidenti ripercussioni sulla sovranità degli Stati di elaborare autonomamente e senza vincoli esterni piattaforme programmatiche di natura sociale ed economica, sull'assetto territoriale in cui si pensano e promuovono le politiche pubbliche che si destinano ai cittadini, sulla capacità dei Governi di cogliere, strutturare e risolvere i disagi di una società complessa e multietnica e sulla forza delle associazioni partitiche di riuscire a rappresentare adeguatamente nelle sedi deputate le doglianze della collettività. Proprio con riferimento al ruolo dei partiti, è analizzando la loro involuzione che si coglie con maggiore chiarezza il diffuso sentimento di disagio da parte dei cittadini i quali non nutrono più alcuna fiducia nei confronti nelle capacità dei tradizionali canali della democrazia rappresentativa di alimentare principi e valori dello Stato sociale. La profonda dipendenza degli Esecutivi nazionali dai vincoli che provengono da attori europei e internazionali non legittimati dal consenso elettivo e, pertanto, insuscettibili di essere oggetto di forme di controllo politico e la forza acquisita del mercato e dai tecnocrati, suscita nei cittadini un profondo smarrimento che sfocia in una perdita di identificazione nei confronti delle autorità politiche elettive le quali sono considerate impotenti e succubi delle influenze esterne e incapaci di offrire adeguate risposte ai problemi comuni.

---

[854] Da intendersi come norme, valori, regole del gioco, strutture di autorità in cui agiscono i soggetti e gli attori politicamente rilevanti, cfr. LANCHESTER, F., voce *Stato (forme di)*, in *Enc. dir., XLIII*, Milano, Giuffré, 1990, pp. 797 ss.; MORLINO, L., voce *Regimi politici*, in *Enc. sc. soc.*, *VII*, Roma, 1997, pp. 294 ss., il quale avverte che la nozione di regime politico è autonoma e più ampia di quelle di governo, Stato e sistema politico in quanto è comprensiva anche dell'organizzazione politica della società civile che si esprime per mezzo di partiti, associazioni, sindacati, gruppi d'interesse e dei sistemi elettorali, oltre che, ovviamente, del governo e degli organi rappresentativi; PASQUINO, G., voce *Regime politico*, in BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G., (a cura di), *Op. cit.*, pp. 811 ss., il quale specifica che il regime politico indica sia le autorità sia l'intera comunità politica che operano in modo prevedibile e legittimo nelle loro reciproche relazioni.

[855] COTTA, M., voce *Democrazia*, in *Enc. giur., X.*, Roma, Treccani, 1990, p. 1.

ISSN 2279-7238

Ad essere profondamente svilita è la partecipazione politica filtrata dai corpi intermedi. Per questo, la democrazia, oggi, è paragonabile a un "trono vuoto"[856], spodestato, che non viene occupato né dallo Stato né dal popolo né dai partiti. I cittadini non riescono ad essere coinvolti attraverso le forme tradizionali della partecipazione in campo politico. Si sta perdendo tutto. La fiducia nella politica. La fiducia nelle istituzioni deputate a perseguire gli interessi generali. La fiducia nei sindacati. La fiducia – semmai vi era stata – nei confronti dell'idea e del progetto dell'Unione europea[857]. Proprio per queste ragioni, profondamente connesse alla recessione del principio elettivo, al trasferimento del 'politico' dallo spazio nazionale a quello globalmente indefinito, alla irreversibile crisi e liquefazione del sistema partitico, sembrano corrette quelle prospettive teoriche e dottrinali le quali ci avvertono che la democrazia, così come si sviluppata nel corso della storia, è cambiata e diversa. Non è più come prima. Staremo attraversando una nuova 'stagione democratica' caratterizzata dal predominio del mercato e della tecnocrazia sulla dimensione politica e rappresentativa. Le competizioni elettorali si riducono a mera sfida non tra partiti, ma tra leader politici, tra capi faziosi che non hanno nulla della caratura dei maggiori statisti che hanno dominato e caratterizzato la storia europea. Trattasi, perciò, di una 'postdemocrazia', ossia di una democrazia caratterizzata dallo

[856] Cfr. GALLI, C., *Il disagio della democrazia*, Torino, Einaudi, 2011, pp. 71 ss., il quale ritiene che la mancanza di effettive condizioni di democraticità sfocia in un atteggiamento di anomia che rende ancora più palpabile un sentimento di profondo disagio nei confronti della democrazia portando la collettività in un vicolo cieco all'interno del quale ci si rassegna e ci si adegua al cattivo funzionamento dell'intero circuito democratico.

[857] Anche a livello europeo troviamo importanti e significativi riferimenti ai principi della democrazia partecipativa. Infatti, già a partire dalla Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione si ravvisava l'esigenza di avvicinare i cittadini e le giovani generazioni al progetto dell'Unione europea, intenzione resta manifesta nei lavori che portarono alla stesura della Convenzione dell'Europa. Nel documento conclusivo, all'articolo 46 viene espressamente ribadito il principio della democrazia partecipativa giacché si stabilisce che le istituzioni dell'Unione consentono ai singoli cittadini e alle associazioni le possibilità di esprimere la propria opinione negli ambiti di attività dell'Unione, le quali, a loro volta, si impegnano a promuovere un dialogo aperto e costante con la società civile. Si stabiliva, inoltre, che la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione sarebbe stata assicurata dalla Commissione attraverso ampie consultazioni delle parti interessate e che, almeno un milione di cittadini di un numero rilevante di Stati membri, avrebbero potuto invitare la Commissione a presentare una proposta appropriata su materie rispetto alle quali è fortemente avvertita l'esigenza di una normazione. Una disposizione analoga la ritroviamo nell'articolo 11, paragrafo 4 del Trattato sull'Unione europea, mentre ai sensi dell'articolo 24 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, si stabilisce che il Parlamento europeo e il Consiglio adottano, mediante regolamento, disposizioni che rendano effettive le affinché i cittadini dell'Unione possano promuovere un'iniziativa ai sensi dell'art. 11 Tue. Si stabilisce, inoltre, che ogni cittadino può presentare una petizione al Parlamento europeo e rivolgersi al Mediatore, nonché scrivere alle istituzioni europee. Tutte queste disposizioni ora riportate esprimono la consapevolezza di un evidente deficit di legittimazione delle istituzioni dell'Unione e mirano, non solo a creare "un legame diretto tra i cittadini di tutti gli Stati membri e le istituzioni europee", MORELLI, M., *La democrazia partecipativa nella governance dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 17 ss., ma soprattutto a "creare un *demos* mancante, quale elemento di una futura comunità politica in un processo di progressiva inclusione politica", SICLARI, D., *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppi attuali e prospettive*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, pp. 2 ss. Attraverso il Trattato di Lisbona, quindi, si è cercato di rendere più inclusivo il principio della partecipazione a livello, cercando, anche da questa prospettiva, di aprire "le porte ad un concreta partecipazione dei cittadini europei alle decisioni politiche sovranazionali [dando] una risposta istituzionale al deficit democratico di cui tanto criticato il sistema europeo", RODEAN, N., *Iniziativa partecipativa in Europa: un passo verso la democrazia costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 3/2014, pp. 473 ss.

ISSN 2279-7238

spettacolo elettorale dominato da pseudo partiti, mentre tra cittadini predominano sentimenti di disagio, apatia, noia, frustrazione e, cosa più preoccupante, indifferenza[858]. È una postdemocrazia "postrappresentativa"[859], nella quale come reazione all'incapacità delle forze partitiche di elevarsi a mediatori sociali, si stanno – paradossalmente – sviluppando tendenze atte a rinvigorire il principio della diretta partecipazione democratica per realizzare, sul modello dell'antica *societas* ateniese, in senso lato, una sorta di società autogovernante, come potenziale panacea al disfunzionamento del circuito rappresentativo-fiduciario. I cittadini avvertono l'esigenza di scendere in campo, di essere coinvolti, di contare, una volta per tutte, nell'elaborazione delle politiche pubbliche e nei processi decisionali. Gli individui vogliono far sentire la propria voce. Da queste considerazioni, emerge, quindi, l'urgenza di individuare soluzioni pronte, immediate ed efficaci che possano consentire il recupero del valore 'dell'essere democrazia e democratici', che ripristino i circuiti sottesi al rapporto tra Stato-apparato e Stato-comunità, che rendano più flessibili i meccanismi considerati ormai eccessivamente complessi e farraginosi della democrazia elettiva-rappresentativa retta principalmente sul rapporto biunivoco Corpo elettorale-partiti-Parlamento, favorendo un maggiore e pregnante coinvolgimento di tutti i cittadini nell'ottica di un recupero della partecipazione politica fondante uno Stato democratico.

Il concetto di cittadinanza rappresenta quella parola chiave che può costituire la base di partenza per ripristinare i circuiti partecipativi. La suddetta nozione, ormai, viene intesa sempre più svincolata dalla titolarità di requisiti formali e giuridici e dalla conseguente appartenenza ad una data comunità stanziata su un territorio geograficamente circoscritto. Essa è interpretata come un aspetto sintomatico di una vera inclusione reciproca configurandosi alla stregua di una "forma giuridica di una relazione sostanziale tra la persona e la comunità: la cittadinanza è una condizione sociale prima che giuridica [...]. La cittadinanza deve [...] portare all'integrazione e alle responsabilità comuni. Questo obiettivo può essere perseguito con l'animazione di un processo continuo di integrazione, anche attraverso esperienze partecipative, che consenta di sviluppare sia la dimensione personale dei diritti, sia la dimensione

[858] Su questo cfr. CROUCH, C., *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, trad it. a cura di Cristiana Paternò, pp. 6 ss., per il quale "anche se le elezioni continuano a svolgersi e a condizionare i governi, il dibattito elettorale è uno spettacolo elettorale saldamente controllato, condotto da gruppi rivali di professionisti esperti nelle tecniche di persuasione e si esercita su un numero ristretto di questioni selezionate da questi gruppi. La massa dei cittadini svolge un ruolo passivo, acquiescente, persino apatico, limitandosi a reagire ai segnali che riceve. A parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'interazione tra i governi eletti e le élite che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici".

[859] Cfr. MASTROPAOLO, A., SCUCCIMARRA, L., *Introduzione. Alla ricerca dell'anello mancante*, in *Meridiana*, n. 58/2007 pp. 15 ss.

ISSN 2279-7238

solidale e responsabile dei doveri"[860]. La nuova concezione della cittadinanza comporta non solo che nella medesima vadano inclusi tutti coloro che vivono e partecipano delle problematiche che riguardano una determinata comunità, ma che la stessa vada intesa in senso attivo e dinamico tale da incoraggiare la formazione di una nuova identità politica. Tali nuove prospettive hanno l'effetto di mettere ancor più in relazione cittadini e poteri pubblici, partendo dal basso, all'interno di uno spazio pubblico aperto che faccia sentire protagonisti i cittadini politicamente rilevanti[861] e che sia espressione di una nuova organizzazione sociale dove è il *demos* che, integrando e stimolando l'azione degli organi rappresentativi, diventa *policy-making* concorrendo, così, al perseguimento del benessere collettivo in modo 'diretto'.

La nuova dimensione della cittadinanza partecipativa comporta che tutti i cittadini, o almeno la gran parte di essi, abbiano eguali *chances* di natura procedurale[862] di intervenire nelle problematiche generali e che si creino le condizioni ideali – dal punto di vista sociale, ambientale, politico – tali da consentire loro di potersi creare un'opinione personale e avanzare considerazioni e proposte critiche, ragionate e costruttive. In questo modo, non solo si creano le reali condizioni suscettibili di porre l'attenzione su tutti gli interessi politicamente, socialmente ed economicamente rilevanti, ma si consentirebbe ai cittadini di influenzare il dibattito pubblico e incoraggiare gli organi di governo a prendere seriamente in considerazione il contributo e il punto di vista di tutta la cittadinanza.

La rinnovata concezione della cittadinanza consente di (ri)valorizzare l'idea della stessa partecipazione politica sviluppando forme intense di democrazia partecipativa[863]. La stessa, infatti, costituisce uno 'sviluppo' della semplice partecipazione democratica; essa non identifica la mera partecipazione elettiva o referendaria, ma è qualcosa di più, perché rappresenta un vero e proprio "salto di

[860] Così ANTONELLI, V., *Cittadini si diventa: la formazione alla democrazia partecipativa*, in DE MARTIN, G.C., BOLOGNINO, D., (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, Cedam, 2010, pp. 94 ss.

[861] Cfr. LAZZARINI, A., *Cittadinanze in movimento. La costruzione della cittadinanza nell'epoca globale*, in *Ricerche di storia politica*, n. 1/2017, pp. 57-58.

[862] Cfr. MORO, G., *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Roma, Carocci, 2013, pp. 234 ss. L'A., tuttavia, mette in evidenza una serie di criticità che potrebbero 'compromettere' il concreto funzionamento delle pratiche sottese alla democrazia partecipativa. Tra queste, in particolare, si è sottolineato che tali modalità hanno come protagonista principale le istituzioni rispetto alle quali i cittadini sono i destinatari principali delle prestazioni pubbliche, ma non agiscono come soggetti primari. Inoltre, sebbene le teoriche sottese alla democrazia partecipativa partono dal presupposto che tutti i cittadini devono intervenire nei dibattiti pubblici, non si può prescindere da una forma di selezione adottando giusti e razionali criteri atti, comunque, ad assicurare una forma pur minima di rappresentatività. Infine, si è rilevato che tutto il procedimento di democrazia partecipativa, a cominciare dalla individuazione degli obiettivi e al conseguimento dei risultati, è 'monopolizzato' dalle amministrazioni pubbliche.

[863] Trattasi di un'espressione con un significato proprio e specifico, designando un complesso ed eterogeneo ambito di procedure pubbliche con un elevato livello di articolazione, ove i cittadini possono intervenire attivamente nei processi decisionali di natura pubblica e interagire, in un'ottica unitaria, con gli altri componenti della comunità politica e con le stesse istituzioni rappresentative. Cfr. ALLEGRETTI, U., *Il cammino incidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Rivista Aic*, n. 1/2011, p 3.

ISSN 2279-7238

qualità rispetto alle semplici pratiche partecipative e, *sia storicamente che logicamente, essa pretende staccarsi dall'antica partecipazione, facendo maturare una più intensa presenza dei cittadini nell'attività istituzionale"*[864]. La partecipazione popolare in questa sua 'rinnovata versione', pone al centro una serie di meccanismi che valorizzano non più i partiti, ma i cittadini stessi, coinvolti in prima persona non limitatamente alle sole consultazioni elettorali[865], ma nel vissuto politico quotidiano tale da far si che il popolo venga considerato e valorizzato come un vero e proprio soggetto "portatore della politica"[866]. Infatti, il recupero del senso e della stessa credibilità del regime politico democratico deve passare attraverso un rilancio delle ideologie e delle sue 'strutture'; se la democrazia include al suo interno una profonda esigenza partecipativa, allora è da qui, dalla partecipazione, che occorrerebbe ripartire.

Ed è così che in quella che è stata definita "controdemocrazia"[867], nella quale il popolo diviene parte attiva dei processi democratici, sono state valorizzate forme di *partecipazione elettronica* dei cittadini rese possibili dall'evoluzione degli strumenti tecnologici e della comunicazione e informazione di massa. Infatti, la crisi della partecipazione politica 'tradizionale', l'insofferenza dei cittadini nei confronti dei corpi intermedi, l'enorme e incontrollato sviluppo della tecnologia e, nel contempo, l'urgenza di rivitalizzare le pratiche partecipative, ha portato parte della dottrina a coniare le espressioni "cyberdemocracy"[868] o 'democrazia elettronica'[869], le quali,

---

[864] ALLEGRETTI, U., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista Aic*, n. 1/2011, p. 2.

[865] Significativo il 'monito' di SEN, A., *La democrazia degli altri*, Milano, Mondadori, 2005, pp. 7 ss., il quale rileva come la democrazia deve favorire un vero e proprio dibattito pubblico che non si limiti al coinvolgimento del popolo durante il procedimento elettorale per il rinnovo delle cariche elettive, ma si estende a tutte le possibili occasioni in cui il medesimo possa essere effettivamente incluso in un dibattito relativamente alle problematiche sottese al governo della comunità.

[866] HOFFE, O., *La democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 84.

[867] ROSANVALLON, P., *La contro-democrazia. La democrazia nell'era della diffidenza*, in *Ricerche di storia politica*, n. 3/2006; ID., *La politica nell'era della sfiducia*, Enna, Città aperta edizioni, 2009, trad. it. a cura di Alessandro Bresolin.

[868] L'espressione è di LEVY, P., *Verso la cyberdemocrazia*, in TURSI, A., DE KERCKHOVE, D., (a cura di), *Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti*, Milano, Apogeo, 2006, pp. 3 ss., il quale ipotizza una nuova sfera pubblica composta da arene virtuali attraverso le quali si adotteranno tutte le principali decisioni, non solo nella sfera legislativa, ma anche in quella amministrativa. Nella visione del Levy, anche e soprattutto la dimensione politica sarà virtualizzata in quanto i procedimenti elettivi e referendari si struttureranno attraverso il voto elettronico e le Assemblee elettive si situeranno in una complessa rete di network di Parlamenti virtuali i quali condivideranno in rete le proprie risorse e le informazioni le quali saranno liberamente accessibili da parte di tutti. Come mette in evidenza DE KERCKHOVE, D., *Dalla democrazia alla cyberdemocrazia*, *ivi*, p. 63, "l'idea del governo elettronico si basa sul presupposto che il governo diventi effettivamente un servizio pubblico".

[869] Come fa notare COSTANZO, P., *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy),* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2003, pp. 465 ss., l'espressione può essere intesa secondo quattro prospettive. In una prima accezione, democrazia elettronica può indicare la possibilità di usufruire in maniera generalizzata delle nuove tecnologie dell'informazione grazie a politiche che incentivino l'accesso e la libera fruizione della rete. In un secondo significato, democrazia elettronica proprio e, nello specifico, un pieno riconoscimento della libertà e dell'uguaglianza di accedere ad internet senza forme di censure. In una terza prospettiva, l'espressione in commento valorizza l'impiego comune delle modalità di democrazia elettronica per rafforzare le pratiche partecipative, di controllo e di decisione di natura democratica. Infine, in un quarto significato, la democrazia elettronica è intesa come un *tertium genus* che integra le forme di democrazia rappresentativa e diretta.

ISSN 2279-7238

considerate "come un formidabile ricostituente per le nostre gracili democrazie"[870], si riferiscono a una nuova ed ennesima modalità di '*funzionamento*' delle stesse. I termini ora riportati fanno leva proprio sullo sviluppo e sulle potenzialità offerte dai nuovi mezzi di comunicazione di massa e dalle nuove tecnologie informatiche per rilanciare la partecipazione[871] e contribuire al recupero della vitalità democratica di un regime politico in conseguenza dell'incapacità cronica delle istituzioni rappresentative di autorilanciarsi e riavvicinarsi alla società civile[872]. In questa visione, "si è pensato che nel villaggio globale, nell'immensa piazza virtuale sarebbe stato possibile ricostituire le condizioni della democrazia diretta. Internet sarebbe venuto in soccorso della morente democrazia rappresentativa e l'avrebbe traghettata verso una democrazia immediata, un sistema politico caratterizzato da una consultazione permanente dei cittadini"[873].

La tecnologia si pone sempre più al servizio dell'uomo, lo guida, lo orienta, lo indirizza ma soprattutto lo condiziona nelle proprie scelte di vita e nell'interazione con i suoi simili in tutte le dimensioni di vita. Il fattore tecnologico è in grado di incidere sulle dinamiche della partecipazione[874] dell'individuo nella società e nella stessa formulazione e circolazione dell'informazione politica contribuendo a ridefinire l'esercizio dei diritti di libertà in quanto apre nuovi spazi di confronto, di dialogo, di discussione e di opportunità stimolando originali forme di interazione con il gruppo sociale cui si appartiene e promuovendo azioni di natura collettiva[875]. La società di oggi, infatti, è profondamente tecnologizzata in quanto i nuovi strumenti di comunicazione di massa che si pongono al servizio dell'"homo tecnologicus"[876] lo portano a vivere all'interno "di un nuovo spazio virtuale che si impone come fatto della quotidianità che, coinvolgendo diversi ambiti della vita collettiva, delinea l'apertura di nuovi orizzonti per gli individui e le comunità"[877]. Si da vita a un contesto sociale con un'informazione sempre più penetrante in una dimensione

---

870 Così DI GIOVINE, A., *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Dir. e soc.*, 1995, p. 403.

871 Infatti, la rete permette "a tutti di soddisfare il bisogno di sentirsi parte della collettività, fung[e] da mediazione nei confronti dei soggetti istituzionali", STORNI, V., *Internet, partecipazione e associazionismo*, in MARCELLI, F., MARSOCCI, P., PIETRANGELO, M., (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, Esi, 2015, p. 176.

872 Tuttavia, come ci avverte TURSI, A., *Proliferazione della discussione, necessità della decisione*, in TURSI, A., DE KERCKHOVE, D., (a cura di), *Op. cit.*, p. 143, "se le tradizionali istituzioni rappresentative possono essere rinnovate e rafforzate dai nuovi media, capaci di garantire un rapporto più stretto e trasparente tra gli elettori e gli eletti, sono proprio queste istituzioni a poter elaborare e offrire un quadro di sviluppo per le nuove tecnologie […] che ne evidenzi le possibilità democratiche ed emancipative le quali altrimenti potrebbero finire per essere oscurate da una antipolitica e populista retorica delle novità tecnologiche".

873 RODOTA, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 6.

874 Cfr. MOSCA, L., VACCARI, C., *Nuovi media e politica: una introduzione*, in ID., (a cura di), *Nuovi media, nuova politica?, Partecipazione e mobilitazione online da MoveOn al Movimento 5 stelle*, Milano, Franco Angeli, 2011, pp. 13 ss.

875 Lo spiega bene MUSELLA, F., *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, pp. 441 ss.

876 Cfr. COSTANZO, P., *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2012, p. 818.

877 TOCCI, G., *Governance urbana e democrazia elettronica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006, p. 62.

ISSN 2279-7238

deterritorializzata che comprende ogni *persona digitale* la quale, acquisendo una propria e intima *identità virtuale*, diviene componente di una comunità elettronica la quale promuove la costituzione di diverso ed evoluto "modo di fare società" [878] caratterizzato dalle massime forme del pluralismo politico e sociale. Questa nuova piattaforma partecipativa favorisce una più fluida e repentina circolazione delle notizie e dei fatti di stringente attualità di natura politica, economica, sociale.

Nella cd. "democrazia continua"[879] e non più intermittente, dove si ci si può incontrare in qualsiasi occasione senza barriere spaziali, il mondo della rete e delle nuove tecnologie di comunicazione – rappresentate dai social network come Facebook e Twitter, per citare i più noti – promuovono una nuova e multiforme partecipazione dell'individuo ai processi sociali e politici in una logica apparentemente inclusiva sottesa alla ridefinizione dello stesso concetto di cittadinanza [880] connessa al solo utilizzo della rete che favorisce un'accoglienza digitale sempre continua e attuale[881]. Una cittadinanza virtuale e perennemente on line che non incontra ostacoli spazio-temporali di alcun tipo per essere pervasiva ed effettiva. In questo modo, si crea una società virtuale, "informazionale [ove prevale una] logica di rete segnata da una strutturale flessibilità e capacità di autorganizzazione, la sola capace di dar forma agli imprevedibili effetti prodotti dall'uso delle nuove tecnologie e dalla loro interazione"[882]. Nella piattaforma della democrazia elettronica la comunità virtuale è intesa come nuovo "luogo comunitario e di aggregazione e discussione" [883] incentrata alla trasparenza e su un tipo di comunicazione orizzontale, tale da incoraggiare i cittadini ad intervenire – per mezzo della comunicazione virtuale – attraverso tecniche che rimandano alla democrazia deliberativa nei processi decisionali che si snodano attraverso l'impiego virtuale dei tradizionali strumenti di partecipazione politica diretta quali petizioni, referendum,

---

[878] LEVY, P., *Cyberdemocrazia*, Milano, Mimesis, 2008, p. 64. Come sottolinea CORCHIA, L., *La democrazia nell'era di internet*, Firenze, Le lettere editrice, 2011, p. 181. "L'uso generalizzato delle piazze virtuali potrebbe aprire dei nuovi spazi di comunicazione, consentendo ai cittadini di contribuire permanentemente a selezionare le priorità, migliorare l'elaborazione discorsiva dei problemi, enunciare e adottare posizioni autonome su una grande varietà di temi, negoziare interessi coinvolti, assumere adeguate decisioni, organizzare gli interventi e valutare le politiche realizzate. In tal senso, le comunità virtuali potrebbero esplorare, così come hanno fatto gli altri media, delle nuove forme di opinione pubblica".

[879] RODOTÀ, S., *Tecnopolitica*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 4.

[880] Deve sposarsi una nuova concezione di cittadinanza politica con un conseguente ripensamento della figura del cittadino e della partecipazione nell'ambito della politicità. Cfr. PROSPERO, M., *La solitudine del cittadino virtuale*, in TURSI, A., DE KERCKHOVE, D., (a cura di), *Op. ult. cit.*, pp. 180; CECCARINI, L., *Cittadini e politica online: fra vecchie e nuove forme di partecipazione*, in MOSCA, L., VACCARI, C., (a cura di), *Nuovi media, nuova politica?, Op. cit.*, pp. 91 ss.; ID., *La cittadinanza online*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 174 ss.

[881] Cfr. VALASTRO, A., *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in NISTICÒ, M., PASSAGLIA, P., (a cura di), *Internet e Costituzion. Atti del Convegno, Pisa, 21 e 22 novembre 2013*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 246 ss.

[882] SADUN BORDONI, G., *Il sovrano nella rete. La democrazia nella società informazionale*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 2/2004, pp. 234 ss.

[883] BOLOGNINI, M., *Democrazia elettronica: metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma, Carocci, 2001, p. 18.

ISSN 2279-7238

voti, dibattiti, selezione delle candidature[884]. In rete non vi è più la persona fisica, ma il cittadino virtuale che, consultato e coinvolto nelle questioni pubbliche, *partecipa elettronicamente* all'interno di una nuova sfera pubblica dove può interagire con mondi *a-territoriali* e indefiniti.

2. I recenti contributi monografici sulla democrazia elettronica

Le considerazioni finora svolte sulla crisi della democrazia rappresentativa e sullo slancio di partecipazione che accumunano le moderne esperienze politiche e sociali, ci consentono di trattare, più nel dettaglio, il tema della democrazia elettronica attraverso i contributi dottrinari all'interno dei quali viene valorizzata proprio la partecipazione dei cittadini. Nel momento in cui si scrivono queste brevi note, si è compiuta la scelta di descrivere due soli Volumi – al netto degli articoli pubblicati in varie Riviste scientifiche – i quali, editi nel 2017, costituiscono le uniche piacevoli novità organiche sul tema in oggetto.

Le riflessioni che sono state compiute precedentemente sono parte integrante delle tematiche trattate nelle monografie che si andranno ad illustrare le quali rappresentano un fertilissimo terreno scientifico di ulteriori analisi sull'opportunità di valorizzare tecniche, principi e strumenti della democrazia elettronica per rilanciare la democrazia partecipativa dei cittadini[885].

2.1. Gianmarco Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, Edizioni Ets, 2017

Il Volume di Gianmarco Gometz rappresenta un'interessante novità nel panorama della bibliografia sulla democrazia elettronica. Trattasi di un'opera scientifica che rivela tutta la sua utilità nel consentire a coloro che si avvicinano al tema in oggetto di cogliere principi e presupposti di fondo che caratterizzano l'impiego della

[884] L'esempio più noto è quello del Movimento 5 Stelle il quale basa tutte le forme di partecipazione politica attraverso una quotidiana interazione virtuale con i militanti iscritti. Sul sito web e sul blog del fondatore Beppe Grillo, i simpatizzanti sono coinvolti – almeno formalmente – in tutte le questioni che concernono la 'vita ordinaria' del Movimento e in quelle più propriamente istituzionali. Si pensi, infatti, che i voti on line sono stati impiegati per selezionare le candidature alle Assemblee elettive (gli aspiranti candidati caricavano sul web un video ove si presentavano esponendo le proprie idee. Seguiva poi un voto on line dei militanti e, successivamente, una nuova votazione per individuare le candidature definitive da inserire nelle liste elettorali), per scegliere il candidato del Movimento alla Presidenza della Repubblica, per decidere sulla sospensione o sull'espulsione – dal Movimento e dai relativi Gruppi parlamentari – degli eletti che non si adeguavano alla linea politica indicata e imposta dal fondatore o che assumevano comportamenti tali da nuocere all'immagine e alla credibilità del Movimento. Sull'impiego delle tecnologie in seno al Movimento 5 Stelle e sui profondi aspetti critici cfr. *ex plurimiis* ORAZI, F., SOCCI, M., *Il grillismo: tra democrazia elettronica e movimento personale*, Roma, Carocci, 2014.

[885] Per un inquadramento generale cfr. CABRAS, D., *Crisi della democrazia rappresentativa e democrazia elettronica*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2017, pp. 271 ss.

ISSN 2279-7238

tecnologia nella cd. società dell'informazione. Il contributo monografico è suddiviso in quattro brevi capitoli all'interno dei quali l'Autore si muove in una prospettiva metodologica volta ad inquadrare l'argomento della democrazia digitale nell'ambito della filosofia del diritto, con considerazioni e riflessioni generali per poi riflettere sugli impieghi degli strumenti della democrazia elettronica contestualizzando l'argomento nella realtà storica, politica, economica e sociale che stiamo attraversando.

L'approccio filosofico-ideale con cui l'Autore affronta il tema si integra in maniera apprezzabile con la dimensione teorica che tange tematiche afferenti il Diritto costituzionale. Ciò, nel momento in cui si sviluppa la riflessione sul principio di sovranità popolare e sulle sue modalità di concretizzazione 'elettronica', sul carattere 'rappresentativo' delle moderne democrazie e sull'impossibilità di prefigurare forme di intervento diretto telematico del popolo su principi supremi e fondamentali che strutturano ideologicamente l'apparato dell'ordinamento giuridico statale. Analoghe considerazioni di natura costituzionalistica vengono svolte nella parte del Volume in cui vengono analizzati i potenziali riflessi dell'estensione alle procedure di voto degli strumenti tecnologici (cd. voto elettronico) e alla diffusione di forme di democrazia liquida in cui si può essere contemporaneamente rappresentanti e rappresentati con evidenti ripercussioni sul principio del divieto di mandato imperativo.

Dalla lettura del contributo non pare esserci dubbio nell'affermare che le considerazioni dell'Autore sull'opportunità di ricorrere alle più moderne tecniche di comunicazione e *coinvolgimento* digitale siano legate ai concetti di inclusione e partecipazione democratica. Più e più volte Gometz ricorre al vocabolo 'partecipazione' il quale viene immerso in una nuova realtà, quella virtuale scevra da barriere in entrata e in uscita. Le piattaforme informatiche e digitalizzate vengono prospettate come un nuovo e più coinvolgente spazio di interazione, un *"invented space"* all'interno del quale possono svilupparsi le dinamiche sottese al confronto reciproco ai fini di una maggiore e migliore influenza del *demos* sociale e politico nei processi di governo e di elaborazione/attuazione delle politiche pubbliche. Forme ulteriori di partecipazione sarebbero quelle che elevano gli strumenti di democrazia elettronica a mezzi per organizzare e riunire in un luogo fisico le persone, per manifestare ed esprimere le proprie idee e gli orientamenti politici. Tutti questi processi contribuirebbero a migliorare la qualità e la quantità dei circuiti democratici.

Nella prospettiva che pervade l'intero contributo si enfatizza il carattere procedurale della democrazia elettronica che andrebbe a configurare innovative e moderne espressioni di democrazia diretta mediate dalle tecnologie ai fini dell'"autogoverno del demos" (p. 21) i cui componenti si muoverebbero agilmente

ISSN 2279-7238

nell'arena digitale in posizione formalmente e sostanzialmente paritaria. In questa visione, tutti concorrerebbero in maniera collettiva alla determinazione dell'indirizzo politico e all'assunzione delle decisioni che coinvolgono gli attori politicamente rappresentativi e il complesso apparato della pubblica amministrazione.

Sotto il primo profilo, le tecniche della *e-democracy* potrebbero consentire una vivificazione, ossia un rafforzamento qualitativo in chiave informatica dei tradizionali strumenti di democrazia diretta: infatti, attraverso una continua interazione digitale potrebbero promuoversi e incoraggiarsi petizioni, iniziative legislative popolari e referendum. Inoltre, l'Autore ci offre interessanti e curiose suggestioni sulla possibilità di estendere le nuove tecniche elettroniche alla democrazia infrapartitica. I cittadini e gli iscritti potrebbero essere maggiormente coinvolti nella vita interna delle associazioni partitiche contribuendo per via elettronica all'elezione delle cariche dirigenti, all'approvazione degli statuti, dei programmi e dell'agenda politica nonché, ad un livello generale, nelle consultazioni che coinvolgono tematiche coinvolgenti un partito e un elettorato. Sotto il secondo profilo, viene messo in evidenza come le nuove tecnologie hanno contribuito al processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, incentivando forme di partecipazione interattiva tra cittadini e apparati burocratici come accade nell'intervento dei primi al procedimento amministrativo e nella presentazione di istanze e richieste. In questo senso la partecipazione contribuisce a rafforzare la funzione di controllo degli utenti e dei fruitori dei servizi pubblici.

Pur valorizzando gli strumenti della democrazia elettronica, l'Autore è perfettamente consapevole dei rischi ad essa sottesi, identificabili nella precaria sicurezza delle piattaforme informatiche, nella privacy e nella manipolazione dei contributi che devono apparire sulle pagine web e dei contributi pubblicati dagli utenti. In relazione, nello specifico, a possibili procedure di voto elettronico, i rischi sulla libertà, sull'eguaglianza, sulla personalità e sulla segretezza del suffragio sono più elevati necessitando, pertanto, di una profonda e raffinata regolazione tecnica e procedurale.

2.2. Gianluigi Fioriglio, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, Cedam, 2017

Il Volume di Gianluigi Fioriglio si colloca nella medesima ottica metodologica e argomentativa dell'opera precedentemente descritta. Il tema in commento, come traspare già dalle prime pagine del contributo, viene veicolato nell'ambito della teoria generale e della filosofia del diritto, con opportune integrazioni che coinvolgono

ISSN 2279-7238

questioni non certamente trascurabili nel momento in cui deve discutersi di democrazia elettronica. In un'opera suddivisa in sette capitoli l'Autore effettua un'approfondita analisi sulle plurime ragioni che motivano l'attenzione e l'interesse per la democrazia elettronica, evidenziandone opportunità, potenzialità, benefici e rischi.

L'aspetto in comune del contributo in oggetto con quello poc'anzi descritto è la valorizzazione del principio partecipativo, del coinvolgimento – attivo e penetrante – dei componenti una comunità politica nel dibattito pubblico all'interno di luoghi o "non luoghi" (p. 237) digitali che si trasformano in vere e proprie piazze elettroniche, in agorà sul modello dell'antica democrazia ateniese. Anche nella prospettiva del Fioriglio, pertanto, le tecnologie informatiche e i nuovi strumenti di comunicazione di massa possono arricchire il senso della appartenenza ad collettività stimolando in maniera continua e non semplicemente intermittente il coinvolgimento di coloro che, destinatari delle decisioni pubbliche, hanno interesse a che il loro pensiero venga considerato in via effettiva.

Dal punto di vista metodologico vi sono, però, non trascurabili differenze le quali esaltano il valore della monografia rendendola non limitata e più completa. L'Autore, infatti, prima di addentrarsi nello specifico sui principi, sugli strumenti e sulle tecniche della democrazia digitalizzata compie una più che opportuna scelta di considerare le problematiche attuali che affliggono i moderni regimi politici rappresentativi, i quali si trovano in un'evidente situazione di criticità e di 'malessere' politico, economico e sociale. L'analisi completa ed esaustiva delle cause – interne ed interne – che hanno favorito l'interesse per la partecipazione in senso digitale, è arricchita da riflessioni puramente giuridiche e costituzionali le quali hanno consentito all'Autore di interrogarsi sulla 'collocazione normativa' delle facoltà del popolo di usufruire delle moderne tecnologie per una maggiore inclusione democratica. Da qui, le suggestive considerazioni sull'implementazione delle tradizionali categorie dei diritti civili e sociali alla luce delle nuove e maggiori opportunità offerte dagli strumenti della democrazia elettronica e i quesiti se occorra procedere o meno a riforme costituzionali per inserire nel novero dei diritti fondamentali anche le prerogative strettamente connesse alle applicazioni delle tecnologie informatiche.

La democrazia elettronica, meritoriamente, non viene affrontata in una dimensione isolata e astratta ma profondamente connessa ai fattori del nostro tempo, ai tradizionali strumenti di partecipazione popolare diretta e ai principi di libertà, giustizia e uguaglianza che costituiscono il cardine dell'impianto costituzionale e che devono condizionare anche presunti e prospettabili modelli di democrazia digitale.

ISSN 2279-7238

L'Autore ci fa ben comprendere come il fenomeno Stato con i suoi elementi costitutivi sia entrato fortemente in crisi per effetto dei processi della globalizzazione i quali hanno progressivamente eroso la categoria classica della sovranità comportando forme di progressiva deterritorializzazione del potere politico a vantaggio di una molteplicità di attori pubblici e privati che condizionano il processo di produzione normativa svincolandolo dalle politiche statali. Tutto questo rende incerto e fumosi i concetti canonici di territorio, cittadinanza e popolo. Quest'ultimo è sganciato da una delimitata piattaforma geografica per essere immerso in una realtà globale all'interno della quale viene modificata la stessa concezione della cittadinanza la quale diviene digitale e non più statale.

Da queste preliminari considerazioni, l'Autore coglie il senso di disagio di un popolo che, smarrito e sfiduciato dai tradizionali circuiti di intermediazione politica, rivendica maggiori opportunità di partecipazione sul modello della democrazia ateniese. Rispetto a quest'ultima, infatti, vengono individuati punti in comuni identificati nel principio inclusivo, nel senso di comunità e nella autodeterminazione. I suddetti principi, nel contesto della democrazia elettronica, si rivelerebbero fondamentali in quanto alimenterebbero pratiche e valori tipici della democrazia partecipativa e deliberativa rispetto alle quali la democrazia elettronica si porrebbe come piattaforma di partecipazione ulteriore ed integrativa. Rispetto a quest'ultima sarebbe fondamentale il ruolo del giurista e del tecnico i quali dovrebbero svolgere un ruolo di ausilio nell'implementazione di un sistema di democrazia elettronica rispettoso dei principi costituzionali e foriero di effettive e reali opportunità di intervento di coloro che avvertono come non più eludibili il rafforzamento della partecipazione all'interno delle agorà virtuali. Da queste considerazioni generali, l'Autore conclude la sua opera descrivendo tre possibili modelli di democrazia elettronica, senza trascurare, tuttavia, le criticità che afferiscono ai pericoli per la sicurezza e la neutralità della rete, per la degenerazione, in ambito politico, in chiave populista e plebiscitario del ricorso alle tecniche della digitalizzazione e, aspetto non certamente insignificante, della disocializzazione e spersonalizzazione dei rapporti umani.

3. La democrazia elettronica tra potenzialità partecipative e tendenze oligarchico-plebiscitarie

I contributi di Fioriglio e Gometz che abbiamo passato in rassegna ci consentono di effettuare brevi considerazioni sul ruolo della tecnologie nelle dinamiche partecipative.

ISSN 2279-7238

Come notano entrambi gli Autori, il progresso tecnologico, implementando le occasioni di confronto e interazione reciproca, arricchisce il tessuto democratico delle società moderne trasformando un diritto di libertà negativo – ossia come protezione e riservatezza dei propri dati personali – in diritto di libertà positivo[886], inteso come diritto di gestire i poteri pubblici conoscere e interagire telematicamente con altri, di costruire relazioni informatiche che, integrative delle classiche forme di partecipazione politica, offrono le opportunità concrete di concorrere all'indirizzo politico statale e interagire con la dimensione della politicità. In questo senso, la democrazia elettronica può configurarsi come un'espressione moderna di dinamiche partecipative che si collocano a metà strada tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta in quanto consentono al cittadino di fare ingresso nelle istituzioni pubbliche, di creare i presupposti per un dialogo orizzontale tra la collettività e l'intero apparato dei pubblici poteri[887] dando luogo, come sottolinea Gianmarco Gometz, a procedure di autogoverno del demos sulla base del principio di eguaglianza[888]. Sfruttando le piattaforme informatiche, i cittadini possono far sentire in modo pregnante la propria voce, influenzando e condizionando il personale politico e amministrativo il quale è posto in grado di cogliere le esigenze sociali.

Gli sviluppi connessi ai fenomeni tecnologici esprimono una rinnovata concezione delle libertà costituzionali[889] in quanto l'accesso ad internet, sviluppando una partecipazione quotidiana, virtuale e on line, oltre a consentire un veloce flusso di informazioni, costituisce un nuovo paradigma giuridico del diritto ad informare, informarsi ed essere informato, nonché una moderna opportunità di esprimere le

---

886 Cfr. FROSINI, V., *La democrazia nel XXI secolo*, Roma, Ideazione, 1997, pp. 26 ss.; ID., *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, Bulzoni, 1998, pp. 24 ss.

887 Come mette in evidenza FIORIGLIO, G., *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, Cedam, 2017, pp. 104 ss., la democrazia elettronica "può facilitare notevolmente la partecipazione dei cittadini, grazie a strumenti che la rendono rapida e non legata aspecifici intervalli temporali […]. Così, la democrazia elettronica potrebbe essere considerata come forma più articolata e complessa di democrazia partecipativa […], potrebbe consentire di instaurare forme partecipative più impegnative, complementari e non suppletive degli esistenti modelli democratici, nei quali i cittadini partecipano alla *res publica* solo attraverso il voto (elezione dei rappresentanti) o con altri strumenti consentiti dalle costituzioni statali (referendum)".

888 GOMETZ, G., *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, Edizioni Ets, 2017, p. 21.

889 Sul rapporto tra libertà costituzionali e nuove tecnologie cfr. *ex plurimiis* COSTANZO, P., 2003, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica, Op. cit.*, p. 470, il quale sostiene che la democrazia elettronica costituisce un'opportunità "per permettere la piena realizzazione delle libertà individuali e collettive, che – anche nelle nuove forme espressive – rimarrebbero compresse, se non addirittura schiacciate dai tradizionali strumenti partecipativi"; FROSINI, T.E., *Tecnologie e libertà costituzionali*, *ivi,* pp. 487 ss., il quale mette in evidenza che "le tecnologie rappresentano uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà, si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico"; FROSINI, V., *L'orizzonte giuridico dell'internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica,* n. 2/2000, p. 275, il quale configura le opportunità tecnologie come espressione di una "pretesa di libertà in senso attivo, intesa come libertà di avvalersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere". *Contra* v. COSTANZO, P., *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in www.giurcost.org e in CARETTI, P., (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, Passigli edizioni, 2012, il quale ritiene che il diritto di accesso ad internet non trovi copertura costituzionale in quanto in Costituzione si parla di un generale diritto di manifestare il proprio pensiero senza far riferimento a singole e personali situazioni giuridiche soggettive sulla possibilità della strumentazione ad essa funzionale.

ISSN 2279-7238

proprie idee non soltanto con i tradizionali mezzi – costituzionalmente garantiti – di manifestazione delle proprie opinioni[890]. L'informazione e l'accessibilità al pluralismo politico, sociale, economico e culturale, così come rafforzati dalle odierne tecniche di comunicazione di massa, offrono l'occasione per alimentare di democraticità un dato ordinamento, misurandone il livello di apertura e coinvolgimento e contribuendo a porre al centro delle dinamiche pubbliche il cittadino in quanto tale.

La carica partecipativa insita negli strumenti della democrazia elettronica rischia, però, di essere compromessa dai rischi sottesi al loro impiego. Infatti, i teorici della suddetta forma partecipativa vedono nell'interazione digitale una concretizzazione del principio di eguaglianza sulla base del fatto che le tecnologie hanno costi minimi e consentono una partecipazione libera e totale con possibilità di accedere ai diversi contributi informativi. In realtà, i pericoli connessi all'interazione digitale sono riconducibili al cd. *digital divide,* ossia alle *diseguali* condizioni di accessibilità alla rete e alla circolazione delle informazioni. La titolarità di una piena *cittadinanza digitale* presuppone un'elevata alfabetizzazione informatica, un'effettiva capacità di utilizzo delle tecnologie, il possesso di risorse materiali e immateriali nonché un adeguato capitale tecnico e umano che possa consentire di accedere e muoversi liberamente nel cyberspazio in modo da partecipare in modo costruttivo alla vita politica.

Il problema centrale, pertanto, è quello di garantire eguali pre-condizioni di accessibilità alla rete internet e usufruire di un'informazione completa, imparziale e neutrale. Ad oggi si registra un significativo divario tra Paesi ricchi e Paesi poveri, tra giovani e anziani, tra istruiti e non istruiti, tra militanti politici e non nell'accesso alle piattaforme di democrazia elettronica in quanto il divario digitale basato su fattori geografici, reddituali, anagrafici e sociali contribuisce alla frammentazione di una società isolando coloro che appartengono agli strati sociali più deboli in modo da creare una *gerarchizzazione sociale e politica di natura elettronica*, provocando indubbie discriminazioni, acuendo le differenze e le posizioni e generando nuove moderne forme di diseguaglianza. Come suggerisce efficacemente il Gometz, un basso e inadeguato livello di partecipazione fa venir meno l'interesse generale a vantaggio di quello particolare[891]. In questo senso, le decisioni verrebbero adottate da una parte minoritaria della popolazione ragion per cui le tecnologie informatiche diventano espressione di un diverso potere politico retto su basi elettroniche, espressione dei

[890] Cfr. RODOTÀ, S., *Informazione e nuove tecnologie*, in MERLINI, S., (a cura di), *L'informazione: il percorso di una libertà*, Firenze, Passigli edizioni, 2011, p. 92, il quale mette in luce il pericolo che le tecnologie, pur consentendo una maggiore circolazione del pensiero, creino una società in cui la persuasione può essere, in un certo modo, manipolata perché scissa da un'informazione basata sul confronto e sulla ragione.
[891] GOMETZ, G., *Op. cit.*, pp. 109 ss.

ISSN 2279-7238

gruppi sociali egemoni, più forti e potenti che distorcono in senso *oligarchico* il regime democratico di massa basato sul pluralismo politico e sull'eterogeneità sociale.

A ciò si aggiunga che ulteriori problematiche si pongono nel momento in cui si accede alle piattaforme informatiche. Il controllo della rete da parte dei gruppi egemoni si traduce in quello sui dati e sulle informazioni che possono e devono circolare. L'eterogeneità dei contenuti e la necessità di creare comunità virtuali solide e compatte conduce ad un'informazione frammentata e settoriale, non neutrale e omogenea sulla base dei destinatari. Vi è la necessità, da parte dei *controllori digitali*, di diffondere esclusivamente una particolare tipologia di informazione, non necessariamente veritiera. In questo modo, aumenta la possibilità che il cittadino virtuale si isoli in una comunità dove sono presenti contenuti a lui graditi e condivisi. Una non elevata alfabetizzazione informatica e la difficoltà di verificare veridicità, correttezza, completezza e neutralità delle informazioni sfocia nella manipolazione delle stesse, costruendo una distorsione della realtà che diviene superficiale e autoreferenziale tale da precludere che si formi una comunità digitalizzata di massa effettivamente consapevole e critica[892]. Tali problematiche sono acuite dalle occasioni che vengono offerte ai cittadini digitali di votare in modo consultivo su questioni politiche. In quest'ipotesi, il rischio che si può scorgere è quello di una predeterminazione dei quesiti e delle risposte congeniali a chi le ha formulate, un contingentamento dei tempi di discussione e votazione nonché la restrizione della facoltà di scelta limitata ad un 'si' o ad un 'no'. La partecipazione politica diviene fittizia in quanto si risolve in una mera ratifica di opzioni preconfezionate, senza alcuna minima opportunità di discussione e confronto[893].

---

[892] È il suggestivo e interessante tema della cd. post-verità. Su questo si v. *ex multis* FIORIGLIO, G., *Contro la post-verità: il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello stato costituzionale*, in *Nomos-le attualità nel diritto*, n. 3/2016, pp. 1-19.

[893] Su tutti questi aspetti cfr. RODOTÀ, S., *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, 4/1993, pp. 574 ss.; ID., *Tecnologia e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 39; BOLOGNINI, M., *Modelli di democrazia elettronica*, in *Impresa&Stato*, n. 44-45 reperibile al seguente link http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_44-45/Bolognini.htm; CUOCOLO, L., *Democrazia rappresentativa e sviluppo tecnologico*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2001, pp. 978 ss.; SUNSTEIN, C., *Republic.com*, Bologna, Il Mulino, 2003, trad it. a cura di Antonio Diez e Daniele Donati, p. 3; BENTIVEGNA, S., *Politica e nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 29 ss.; RODOTÀ, S., 2004, *Op. cit.*, pp. 86 ss.; LANCHESTER, F., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffré, 2006, p. 201; TOCCI, G., *Op. cit.*, pp. 62 ss.; DONATI, F., voce *Internet (Dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Annali VII*, Milano, Giuffré, 2007, pp. 532 ss.; PITTERI, D., *Democrazia elettronica*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 16; CUNIBERTI, M., *Nuove tecnologie della comunicazione e trasformazioni della democrazia*, in ID., (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, Giuffré, 2008, pp. 349 ss.; BENTIVEGNA, S., *Disuguaglianze digitali: le nuove forme di esclusione nella società dell'informazione*, Roma-Bari, Laterza, 2009; TURSI, A., *Politica 2.0: blog, facebook, wikileaks: ripensare la sfera pubblica*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, pp. 20 ss.; GALLO, F., *Democrazia 2.0. la Costituzione, i cittadini, la partecipazione*, *Lectio magistralis tenuta il 15 settembre 2013* e reperibile al seguente link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/20130915_Gallo.pdf; FALLETTA, P., *Partiti politici e web: verso una democrazia 2.0*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2016 pp. 1 ss.; STORNI, V., *Diritto di accesso alla rete e nuovi istinti plebiscitari: spunti critici*, in ORRÙ, R., BONINI, F., CIAMMARICONI, A., (a cura di), *La rappresentanza in questione*, Napoli, Esi, 2017, pp. 109 ss.

ISSN 2279-7238

Il voto elettronico rappresenta un ulteriore aspetto valorizzato dai sostenitori dalla *e-democracy* ai fini della formazione delle Assemblee rappresentative. I propugnatori di quest'assunto ritengono che le procedure elettroniche consentirebbero di rendere più celere tutto il procedimento elettorale favorendo uno scrutinio celere e in tempo reale dei suffragi sfruttando le tecnologie più moderne ed efficienti. Inoltre, oltre ad aumentare la partecipazione elettorale, consentirebbero di incrementare il numero dei votanti per la presunta facilità nell'utilizzo delle apparecchiature informatiche. Il voto elettronico si esprimerebbe o dai computer di casa o in seggi pubblici presidiati ove la segretezza e la personalità del suffragio sarebbero comunque assicurati dall'identificazione dell'elettore per mezzo di pin, password o smart card. In queste ricostruzioni, la cd. *e-democracy* esprimerebbe ancora di più il carattere democratico di uno Stato e una nuova modalità di partecipazione politica [894]. Tuttavia, tali ricostruzioni non risultano condivisibili in quanto non sembra auspicabile rimettere l'esercizio di un diritto di tale portata, per valore e significato storico-giuridico, ad apparecchiature elettroniche suscettibili di inquinare la competizione elettorale e non assicurare il più scrupoloso rispetto delle garanzie costituzionali. È totalmente da escludere il ricorso al cd. *home voting* in quanto verrebbero meno le garanzie minime che consentano sia di identificare l'elettore sia di garantirne la libertà nell'esercizio voto sia di assicurarne la segretezza. In entrambe le modalità di manifestazione del suffragio, non solo la decisione di ricorrervi è rimessa all'arbitrio del decisore, ma si porrebbe, inoltre, il pericolo di escludere coloro i quali non hanno un elevato livello di istruzione informatica e tecnologica sia perché appartengono a generazioni lontane sia per la difficoltà di comprendere il mondo della rete[895]. Inoltre, sebbene si possano prevedere pin, password o smart card non vi è alcuna certezza sulla concreta limpidezza del voto, né sulla sua registrazione né sulla sua effettiva manifestazione per via di potenziali problematiche che potrebbero pregiudicare il corretto funzionamento degli hardware e dei software nonché per la possibilità di *hackerare* il voto e manipolarlo[896]. A ciò si aggiunga che "l'informalità dell'atto di voto attraverso apparecchi quotidianamente utilizzati per altri scopi desta preoccupazioni significative in quanto svilisce la solennità del voto in rapporto alla sua funzione pubblica. Il voto con dei semplici movimenti sul telefono o sul telecomando della televisione di casa potrebbe indurre comportamenti elettorali non meditati, definiti con l'espressione 'click&vote' per sottolineare l'impulsività [...]. Solo presentandosi al

[894] Cfr. SARAIS, A., *Democrazie e tecnologie. Il voto elettronico*, Bologna, Esculapio, 2008, pp. 14 ss.; CARLOTTO, P., *Il voto elettronico nelle democrazie contemporanee*, Padova, Cleup, 2015, pp. 150 ss.

[895] Cfr. COSTANZO, P., *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1/2011, pp. 42 ss.

[896] Cfr. TRUCCO, L., *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 1/2011, p. 61.

ISSN 2279-7238

seggio il singolo individuo assume pienamente, nell'atto del voto, il carattere di soggetto pubblico"[897].

Evidente, pertanto, che la presunta democrazia del villaggio, della piazza virtuale e onnicomprensiva sul modello ateniese si traduce in una piattaforma di interazione politica ingannevole, immaginaria e puramente virtuale contraddicendo in maniera profonda il metodo democratico e privando di libertà, sicurezza ed eguaglianza il senso della partecipazione.

Le potenzialità della democrazia elettronica stanno modificando le modalità della comunicazione politica e l'interazione tra personale politico e cittadini. L'aumento quantitativo e qualitativo delle tecnologie costituisce un utile parametro per sottolineare da un lato la crisi di struttura e organizzazione dei partiti, dall'altro l'accentuarsi del processo di personalizzazione[898] della politica dovuto anche alle piattaforme informatiche. Attraverso le tecnologie si cerca di recuperare il consenso elettorale in quanto i nuovi strumenti informatici facilitano e alleggeriscono il rapporto tra la società e i partiti perché oramai, nell'ambito di quella che è stata definita cittadinanza elettronica, i membri della comunità politica sono sempre on line, pronti a confrontarsi, a domandare, a chiedere spiegazioni tese a vitalizzare la partecipazione e dare un significato sensato all'appartenenza alla cittadinanza tale da concretizzare il principio della sovranità popolare. È la rete che colma il vuoto lasciato dai partiti ed è sempre la rete che ormai costituisce lo strumento principale affinché i cittadini concorrano alla determinazione della politica nazionale[899]. Sono proprio le nuove forme di comunicazione che rappresenterebbero una soluzione all'"atrofia"[900] funzionale e strutturale del partito e allo svilimento della democrazia elettiva. Attraverso i social, infatti, il cittadino si sente sempre più coinvolto nei problemi della società, si sente attivo e in grado di far sentire la propria voce demitizzando i circuiti rappresentativi e propugnando sempre di più forme alternative di democrazia.

In Italia, il Movimento 5 Stelle, paladino della democrazia diretta in formato elettronico utilizza – senza certe e comprovate garanzia di trasparenza[901] – la piattaforma 'Rousseau' per coinvolgere i propri militanti sulle tematiche politiche e consentire di partecipare alle consultazioni che vengono proposte esclusivamente ai

[897] GRATTERI, A., *Il valore del voto: nuove tecnologie e partecipazione digitale*, Padova, Cedam, 2005, pp. 202-203.
[898] Lo mette in evidenza anche FIORIGLIO, G., 2017, *Op. cit.*, p. 145.
[899] Si v. AZZARITI, G., *Internet e Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2011, p. 2.
[900] BASSINI, M., *Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2015, pp. 866 ss.
[901] Cfr. in tal senso il provvedimento n. 548 del 21 dicembre 2017 emesso dal Garante per la protezione dei dati personali e reperibile al seguente link http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/7400401

ISSN 2279-7238

soli iscritti – e quindi escludendo la maggioranza dei cittadini – attribuendo loro un diritto di voto. I principi di fondo che animano questa filosofia politica sono quelli dell'eguaglianza, dell'omogeneità e dell'uno vale uno'. Le consultazioni e le deliberazioni elettroniche si sono svolte per scegliere il candidato alla Presidenza della Repubblica (cc. dd. quirinarie), i candidati alle Assemblee parlamentari (cc. dd. parlamentarie) e lo stesso Capo politico. Con riferimento a quest'aspetto, le vicende che hanno coinvolto il Movimento 5 Stelle ci consentono di riflettere su come le tecniche della democrazia elettronica possano contribuire ad alimentare populismi e personalismi della classe politica nel momento in cui gli iscritti ad una comunità virtuale sono chiamati a scegliere come proprio leader un personaggio politico che, dotato di forte carisma, sia già stato consacrato dai vertici come guida del partito. È evidente come, in questi casi, il *popolo elettronico* sia chiamato a ratificare una decisione già adottata o comunque a confermare un esito già scontato e risaputo svilendo le potenzialità di democrazia partecipativa sottese alle piattaforme di coinvolgimento elettronico e nutrendo l'autostima dei leader politici che rivendicano una *pseudo legittimazione popolare elettronica*.

Tutto questo è sintomo di una più generale tendenza alla personalizzazione della contesa politica nella quale i leader attraverso gli strumenti della democrazia elettronica cercano di costruire un rapporto sempre più immediato e diretto con i propri elettori. L'impiego dei nuovi strumenti tecnologici consente al leader di essere sempre attivo e on line per promuovere una sorta di mobilitazione permanente e un clima perenne di campagna elettorale. Coinvolgendo i cittadini nelle deliberazioni elettroniche, gli utenti della rete si trasformano in un pubblico di consumatori al quale viene offerto un prodotto politico la cui bontà dipende dalle qualità del politico di presentarlo. Si instaura, in questo modo, una nuova forma di rappresentanza politica, quella virtuale[902], una forma di *rappresentanza rappresentativa immediata, mediale, diretta e personalizzata* all'interno di quella che è stata definita democrazia del pubblico[903], ossia di una democrazia dello spettacolo e del marketing politico[904].

Alla luce di queste considerazioni emerge che Internet e i nuovi mezzi di comunicazione possono costituire un evidente pericolo per la società in quanto fonti di populismi e profonde disuguaglianze poiché non tutti potrebbero avere le medesime opportunità per accedere alla rete. Proprio per questo, bilanciando la

[902] Cfr. DE ROSA, R., *Cittadini digitali: l'agire politico al tempo dei social media*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 39-40.
[903] MANIN, B., *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010. Per una sintesi si v. MASTROPAOLO, A., *Una rilettura dei principi del governo rappresentativo*, in *Comunicazione politica*, n. 3/2014, pp. 591-600.
[904] Cfr. MIANI, M., *La comunicazione politica in internet: guida pratica per politici, candidati ed eletti (e per tutti coloro che considerano la politica il loro mestiere)*, Roma, Sossella, 2003, pp. 28 ss.; BENTIVEGNA, S., (a cura di), *Parlamento 2.0. Strategie di comunicazione politica in internet*, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 18 ss.

ISSN 2279-7238

libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della stessa persona, occorre superare l'idea che la rete possa rimanere un qualcosa di non regolato privo di limiti e di definizione delle responsabilità per l'eventuale commissione di illeciti[905]. Per questo occorre un'adeguata regolamentazione che sappia determinare i presupposti per l'accesso alla rete, per educare alla navigazione ed offrire eguali *chances* di informare, informarsi ed essere informato configurando il diritto di accesso alla rete come un diritto fondamentale della persona[906]. Una efficiente regolazione necessita altresì del supporto del giurista e dei tecnici i quali, muovendosi nel nuovo spazio di partecipazione, devono affiancare il politico nella definizione delle 'strategie normative' che devono obbligatoriamente disciplinare la democrazia elettronica.

Un importante contributo è dato dalla Dichiarazione dei diritti in internet elaborata dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, promossa dalla Presidenza della Camera dei deputati italiana prodotta il 14 luglio 2015. Già nel preambolo si evidenzia la consapevolezza di come e quanto la rete abbia modificato i rapporti sociali e quelli con le istituzioni e di quanto internet sia diventato fondamentale per il corretto funzionamento di un sistema democratico. La dichiarazione si propone l'obiettivo di assicurare l'eguale e neutrale accesso alla rete riconoscendolo come diritto fondamentale della persona la quale deve poter accedere alle nuove tecnologie in condizioni di parità, sicurezza e senza alcuna discriminazione stimolando, altresì, un intervento attivo da parte dei pubblici poteri i quali devono farsi garanti della piena accessibilità alla rete e della tutela della riservatezza e della privacy di ciascun utente[907].

[905] Cfr. CARETTI, P., *La Cassazione pone, meritoriamente, alcuni punti fermi in tema di regolazione dell'informazione via internet*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 1013 ss.
[906] Cfr. RODOTÀ, S., *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, pp. 348 ss.
[907] Cfr. *Dichiarazione dei diritti in Internet* reperibile su www.camera.it

ISSN 2279-7238

D. RAYSIDE, J. SABIN, P. E. J. THOMAS, Religion and Canadian Party Politics, Vancouver, UBC Press, 2017, pp. 448[*].

Il tema dell'influenza della fratture religiosa nella determinazione delle preferenze politico-elettorali e del confronto interpartitico è stato considerato in misura marginale in molteplici studi sul sistema partitico canadese. Nell'ambito del dibattito dottrinario e politico, la tendenza generale che è prevalsa sinora è stata quella di mettere in risalto, più che altro, le intersecazioni esistenti tra le diversità linguistiche ed etnoculturali con un ordine politico oramai profondamente secolarizzato, in cui la religione riveste un ruolo superficiale e secondario per influenzare le scelte degli elettori.

Il volume oggetto di questa disamina si propone invece di dimostrare come la religione riesca a condizionare ancora oggi la vita politica contemporanea del Canada, attraverso l'individuazione di tre assi attorno ai quali si articola il *cleavage* inerente le credenze religiose: in primo luogo la storica divisione tra cattolici e protestanti che ha profondamente influenzato la politica canadese prima della Seconda guerra mondiale, e che tuttora permane seppure sotto forme diverse; in secondo luogo, rileva il conflitto tra i conservatori religiosi e i social progressisti, tra i quali si sono sviluppati i dibattiti sui temi della bioetica, dei diritti delle comunità LGBT e sulla distinzione tra religione e sfera pubblica; il terzo asse è quello su cui si staglia il contrasto, emerso soprattutto negli ultimi due decenni, tra coloro che ritengono opportuno riconoscere e proteggere le pratiche religiose dei gruppi minoritari e le istituzioni della crescente popolazione musulmana e quelli che invece pensano che un simile riconoscimento possa minare i valori nazionali del Canada.

Il volume preso in esame si propone di analizzare queste tre linee di frattura attraverso l'analisi di una serie di casi concreti, di rilevanza sia federale che provinciale. La struttura della ricerca svolta dagli Autori si presenta divisa in quattro parti. Nella prima si parla dei partiti federali, e in particolare del Partito Conservatore, per capire se la sua apparizione sulla scena politica nei primi anni duemila "*has produced a growing policy distinction between the major parties on issues related to faith and moral traditionalism*" (p. 34); la seconda esplora la persistenza delle considerazioni religiose nella affiliazione partitica e nei processi di *policy making* in ambito provinciale; nella terza parte viene presa in esame la contrapposizione tra social progressisti e tradizionalisti, facendo riferimento in particolare al caso dell'Ontario e dell' Alberta;

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

nell'ultima parte, invece, si pone l'attenzione sulle minoranze religiose, osservando innanzitutto il caso del Québec e poi quello delle popolazioni aborigene che abitano i territori della fascia nordica, ossia lo Yukon, il Nunavut e i Territori del Nord Ovest.

Partendo dal contesto federale, si può constatare come la tendenza dei cattolici a sostenere il Partito Liberale e dei protestanti a schierarsi solitamente a favore del Partito Conservatore si sia progressivamente ridimensionata a partire dai primi anni duemila. In quella fase storica si colloca l'emergere del *Conservative Party of Canada,* sorto sulla base della fusione tra la *Canadian Alliance* e il *Progressive Conservative Party*, che ha segnato la formazione di una nuova alleanza di destra nella politica del Paese. Il Partito Conservatore del Canada è divenuto così l'unica forza politica capace di rappresentare "*a natural home for social conservatives*" (p. 39) che sotto un unico leader si faceva espressione unificante tanto del tradizionalismo morale e religioso quanto del neoliberismo economico. L'elettorato conservatore si è quindi notevolmente allargato, superando il suo stretto legame ad una fede religiosa ben definita e abbracciando un sistema di valori molto più ampio, che tutt'oggi trova nel rispetto delle tradizioni e dei costumi, non solo religiosi, i suoi elementi caratterizzanti. Del resto, anche Stephen Harper, in un suo discorso del 2003 rivolto al gruppo di stampo conservatore *Civitas Society*, aveva sostenuto una visione dell'ordine sociale fondata essenzialmente sui valori della tradizione, e soprattutto della tradizione religiosa, sulla "*voluntary association, and personal self-restraint reinforced by moral and legal sanctions on behaviour*" (p. 55). Pertanto, si può dire che la nuova coalizione conservatrice abbia unito nella sua piattaforma politica gli impegni volti alla riduzione del peso dello Stato nell'economia, e quindi della tassazione, con le storiche correnti che hanno da sempre fatto parte della destra canadese e che si pongono di promuovere e proteggere i valori della famiglia tradizionale e di guardare con scetticismo ai cambiamenti sociali.

Questa analisi sul Partito Conservatore offre un interessante spunto di riflessione, dal momento che la sua nascita viene identificata da diversi commentatori politici e scienziati della politica con la fine dell'era delle *culture wars* sui temi religiosi, che descrivono momenti storici di polarizzazione e di contrasto tra i differenti sistemi di valori canadesi relativi alla fede religiosa. Le nuove linee di divisione che si profilano oggi riguardano invece diverse tematiche, dall'aborto al fine vita e ai diritti degli omosessuali e così via.

Se si sposta l'attenzione sullo scenario politico provinciale, dall'analisi svolta nella seconda parte del volume si evince come la politicizzazione del contrasto cattolici-protestanti sia stata per lungo tempo molto forte nella regione del Canada atlantico. Cruciale nel favorire la persistenza di tale modello conflittuale è stata, come spiegano gli Autori, la strutturazione di un sistema scolastico religioso e segregazionista, che

ISSN 2279-7238

ha contribuito anche a far sì che quella atlantica fosse la regione meno interessata dall'immigrazione proveniente dal di fuori del Canada o da altre parti del Paese. Di conseguenza, ciò ha incoraggiato lo sviluppo di una cultura politica "*dominated by traditionalism and caution and, in turn, contributed to a comparative resistance to policy change that deviated from established family norms*" (p. 115).

Se queste sono le radici del contrasto religioso nelle province orientali (in particolare in Terranova e Labrador), bisogna anche osservare come i principali cambiamenti storico-politici avvenuti a partire dagli anni '80 (drastico calo delle nascite, razionalizzazione della pubblica amministrazione, riforma scolastica e diffusione del modello neoliberista) abbiano indebolito la linea di divisione tra cattolici e protestanti, non ancora del tutto scomparsa visto che, dai dati esaminati nel terzo capitolo in merito al comportamento elettorale, emerge come tale contrapposizione sia ancora capace di condizionare parzialmente le relazioni tra elettori e partiti. Allo stesso modo, se si considera il caso dell'Ontario si può notare come queste distinzioni confessionali abbiano continuato a influire sul sistema dei partiti anche nel secondo dopoguerra fino alla metà degli anni '80, quando, per iniziativa del Partito Conservatore Progressista dell'Ontario, partito di governo dal 1943 e fino al 1985, venne esteso anche alle scuole cattoliche il finanziamento pubblico. Una riforma che ha segnato una tappa fondamentale del processo di secolarizzazione nella provincia, riducendo così "*the capacity of denominational contention to inflame electoral politics*" (p. 140)

L'esperienza della provincia dell'Ontario è interessante anche per quanto riguarda l'esame del secondo asse di conflitto (quello tra progressisti e tradizionalisti di qualsiasi fede religiosa) in quanto è "*distinctive in the extent to which the party system shifted away from alignment based on Christian denomination to one in which the primary axis of religious contention pitted moral traditionaliststs against progressive reformers*" (p. 159). Occorre notare, infatti, come vi sia stato un radicale cambiamento nelle posizioni dei partiti a partire dal 1985. Da un lato, i conservatori progressisti, a lungo dominati dall'ala dei tradizionalisti più intransigenti, si sono riposizionati nell'area della destra liberale sotto la *leadership* di Mike Harris, adottando un programma molto più pragmatico, di impronta neoliberista e incentrato al contempo sulla riduzione delle imposte e della spesa pubblica – rimodulazione delle linee di partito che venne poi definita '*common sense revolution*'. Dall'altro, anche il Partito Liberale e il Nuovo Partito Democratico, che per molto tempo si erano mostrati riluttanti a sostenere apertamente la pratica dell'aborto o a difendere la diversità sessuale, hanno finito per adottare una visione più progressista delle politiche pubbliche. Tuttavia, è necessario sottolineare come la fede religiosa in Ontario, sebbene non più così importante come lo era nel secolo

ISSN 2279-7238

scorso, abbia sempre mantenuto una certa influenza sulle scelte elettorali e sulla capacità dei conservatori religiosi a mobilitare la società civile. In base ad uno studio condotto sulle elezioni provinciali del 2011 e del 2014 risulta, infatti, che il *Progressive Conservative Party* è ancora votato in larga parte da elettori protestanti e che la porzione di quei sostenitori che dicono di non credere ad alcuna religione è in realtà molto ridotta.

Volgendo lo sguardo al caso dell'Alberta, il volume in esame si sofferma a ripercorrere le tappe del declino del conservatorismo religioso, osservando come le ultime elezioni provinciali, quelle del 2015 che hanno eletto Rachel Notley dei *New Democrats* come nuova Premier, rappresentino un segmento di un lungo percorso che ha condotto a tale declino. In maniera simile al caso dell'Ontario di cui si è parlato, la gran parte della popolazione dell'Alberta è rimasta legata a posizioni conservatrici e religiose, mostrandosi anche capace di mobilitarsi politicamente. Per cui, anche se la provincia si è urbanizzata rapidamente soprattutto grazie all'immigrazione, che ha determinato un'ampia diversificazione della popolazione locale in termini etnoculturali, "*the differences between the worldviews espoused by moral traditionalism and social progressivism, respectively, still constitute and important component between left and right in Alberta, even if no one now wants to talk about it*" (p. 238).

Dopo aver esaminato le trasformazioni del contrasto religioso avvenute nelle province dell'Ontario e dell'Alberta, l'oggetto dell'analisi svolta nell'ultima parte del volume, come si è visto, sono i casi del Québec, da un lato, e dei territori del nord dall'altro, che rivestono una grande centralità nell'ambito del dibattito sul riconoscimento delle pratiche religiose dei gruppi minoritari, punto focale del terzo asse attorno al quale si sviluppa oggi la frattura religiosa in Canada.

Innanzitutto, è necessario rilevare che il Québec, regione che un tempo era la più cattolica di tutto il Nord America, ha visto svilupparsi un radicale processo di secolarizzazione, dato che l'apparato amministrativo provinciale ha col tempo assunto le funzioni che prima erano svolte dalle istituzioni cattoliche. L'affermarsi di una concezione dello Stato che svolgesse il proprio ruolo in posizione di completa neutralità nei confronti di qualsiasi religione da un lato è andata di pari passo con l'emergere del movimento nazionalista e le sue richieste di riconoscimento della provincia francofona come società distinta con diritti speciali; dall'altro, si è configurata come una azione di contrasto verso l'ordine politico e sociale plasmato per lungo tempo dal cattolicesimo romano. È durante gli anni '60, con la c.d. *Révolution Tranquille,* che le élites tradizionali, principalmente costituite da notabili locali e dal clero, hanno visto indebolirsi irrimediabilmente il proprio ruolo di influenza in tutti i settori della società, cedendo così il passo ad una nuova classe

ISSN 2279-7238

dirigente provinciale. Alla luce di queste trasformazioni, la contesa di matrice strettamente confessionale è oramai soppiantata nel Québec dal dibattito sul riconoscimento dei diritti delle minoranze religiose e sui limiti che dovrebbero essere imposti al singolo o ad una comunità nella pratica pubblica della propria religione. A questo proposito risulta esemplificativa la campagna per le elezioni provinciali del 2014 che, come evidenziano gli Autori, ha contribuito a porre al centro dell'attenzione dei cittadini la questione relativa all'accettazione dei diritti religiosi delle minoranze, e in particolare quelle di fede islamica. Da quelle elezioni, infatti, è uscito sconfitto il *Parti Québécois* e, conseguentemente, è tramontato il suo progetto di promulgare la Carta dei Valori del Québec, che vietava l'esibizione pubblica di tutti i simboli religiosi. Progetto che è stato duramente criticato in campagna elettorale perché, in caso di vittoria dei separatisti, avrebbe ridotto in misura considerevole i diritti delle minoranze etniche e religiose non cristiane.

Detto ciò, è importante anche considerare come il caso del Québec abbia suscitato un vivo interesse da parte della dottrina sul tema della religione e sul legame tra questa e le istituzioni, in particolare scolastiche. Su questo punto occorre ricordare la nota pronuncia della Corte Suprema del 2015 in merito alla delicata vicenda della *Loyola High School*, la scuola cattolica gesuita che venne esentata dai giudici supremi a seguire il programma ministeriale della provincia del Québec che stabiliva un sistema di insegnamento basato su un'impostazione neutrale e pluralistica. Tale vicenda ci porta a riflettere come religione e sistema politico-istituzionale siano ancora effettivamente intrecciati e come tra gli obiettivi della società canadese vi sia quello di promuovere la tolleranza e il rispetto tra diverse confessioni e non l'estinzione della religione dallo scenario giuridico e sociale. Ed è proprio questa, come riconosce la dottrina canadese, la concezione più aperta e tollerante del secolarismo. D'altronde, neutralità dello Stato significa permettere e garantire l'esercizio della libertà fondamentale della religione nell'ambito di un ordinamento pluralistico, obiettivo che può essere perseguito facendo ricorso allo strumento dell'accomodamento ragionevole, come ha fatto la Corte Suprema nell'ambito della celebre sentenza *Multani* (in cui si era deciso di consentire l'uso del pugnale *kirpan* ad un giovane Sikh, alla precisa condizione, ed è in questo che consiste l'accomodamento ragionevole, che fosse indossato come simbolo di fede e non di violenza).

Oltre al Québec, gli Autori prendono in considerazione i casi dello Yukon, del Nunavut e dei Territori del Nord Ovest, sia perché sono di gran lunga sottovalutati nell'analisi politica e sia perché si registrano molte differenze da un territorio all'altro per quanto riguarda l'assetto politico e per l'influenza che la vi religione esercita. Per prima cosa è opportuno evidenziare come la vasta regione del nord si

ISSN 2279-7238

contraddistingue per alcuni elementi comuni a tutti e tre i territori che la compongono: per il suo isolamento geografico; per il fatto di essere abitata da popolazioni aborigene; e perché, come sostengono gli Autori, "*In each of the three territories, the ability of religious conservatives to gain access to the political system has been constrained by a particular set of demographic and institutional circumstances*" (p. 313). Per quanto riguarda le differenze esistenti tra le tre unità territoriali, si può osservare, in primo luogo, che lo Yukon è un territorio radicalmente secolarizzato, caratterizzato da un sistema partitico ideologicamente polarizzato, nel quale i *cleavages* principali si profilano su questioni di natura economica e sui problemi derivanti dalla necessità di salvaguardare l'autonomia delle popolazioni indigene; in secondo luogo, nel Nunavut troviamo una grande diffusione di cristiani evangelici e conservatori ed un sistema di governo basato sulla pratica del *consensus* che, data l'assenza di partiti politici, "*prevents moral traditionalists from being organized into an effective voting block of applying pressure on the government*" (p. 317); in terzo luogo, i Territori del Nord Ovest costituiscono un unico territorio con una forma di governo parlamentare retta anch'essa dal meccanismo del *consensus* e con una debole influenza dei *social conservatives* sul dibattito politico, dominato ormai da contrasti interni alle comunità aborigene, o tra queste ultime e i cittadini canadesi di lingua inglese, su problematiche, anche in questo caso, prettamente economiche e legate altresì alle rivendicazioni sul possesso delle terre avanzate dalle popolazioni aborigene.

Da quanto esposto in questa ultima parte del volume, gli Autori tengono a precisare come nei territori analizzati la religione occupi ancora una parte rilevante nella vita delle popolazioni aborigene e, in alcune aree, anche di molti coloni, pur esercitando un'influenza sui diversi sistemi politici territoriali più limitata, come si è visto, a causa di quello che nel libro viene definito "*institutionalized non-partisanship*" (p. 349), facendo riferimento al modello del *consenus government* esistente nel Nunavut e nei Territori del Nord Ovest, e della preoccupazione dilagante verso le questioni inerenti lo sviluppo socio-economico.

Dall'analisi dei casi pratici svolta dagli Autori, è evidente come il credo religioso eserciti tutt'oggi una certa influenza sulle preferenze politiche dei cittadini canadesi ed è, inoltre, interessante notare come il presente volume rappresenti un valido contributo per fare luce su un aspetto del panorama giuridico, sociale e politico canadese spesso molto trascurato dalla letteratura comparatistica e politologica. Il problema della religione in Canada è stato affrontato per una molteplicità di questioni, soprattutto inerenti la delimitazione del margine di discrezionalità amministrativa in materia di libertà fondamentali o riguardanti la reale configurazione della libertà religiosa, da intendersi nel senso di libertà individuale o in quello di libertà

ISSN 2279-7238

collettiva. Oltre a ciò, è interessante notare come nel dibattito dottrinario il *cleavage* religioso rappresenti nient'altro che l'eco di questioni passate che dividevano protestanti e cattolici e, pertanto, non sarebbe in grado di influenzare oggi la competizione partitica. In questo contesto, occorre però sottolineare l'apporto della giurisprudenza della Corte Suprema al riconoscimento dell'importanza della libertà religiosa, non solo nell'ambito della sfera personale del singolo, ma anche ai fini di una effettiva partecipazione collettiva nell'ambito dei processi di *decision-making* politico-sociale, che dovrebbero escludere qualsiasi privilegio nei confronti di una religione ben specifica, oltre che per l'esistenza stessa del pluralismo, che è la base fondamentale, secondo i giudici supremi, di una società democratica, quale è quella canadese.

Mario Altomare

ISSN 2279-7238

D. PORENA, Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 338[*].

Il Volume di Daniele Porena ripercorre – dalla nascita – la storia della continua migrazione di un principio, quello della sostenibilità, che si sta imponendo come uno dei concetti emergenti del costituzionalismo contemporaneo e che sembra ormai pronto per assumere valore di "paradigma postmoderno" capace, come tale, di innervare il complesso degli ordinamenti (p. 10). Infatti, una ricerca svolta sul testo delle Costituzioni dei 193 Stati membri delle Nazioni Unite mostra come 53 di esse utilizzino il sostantivo 'sostenibilità', l'aggettivo 'sostenibile' o la locuzione 'sviluppo sostenibile' (T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, n. 1, 2016).

Il viaggio dell'ideale di sostenibilità non può che essere animato da pregnanti questioni filosofiche: il concetto non può, infatti, non essere ricondotto all'obiettivo della preservazione dei bisogni delle generazioni future. L'attenzione al tema, in particolare, si è andata moltiplicando a causa della recente introduzione, in alcune carte costituzionali, del principio collegato alle questioni economico-finanziarie, soprattutto in relazione all'equilibrio di bilancio e alla misura dell'indebitamento pubblico. Tuttavia, è questo solo l'ultimo approdo di un concetto che parte da lontano e cioè, in particolare, dalle questioni ambientali e dal diritto internazionale, non prima di essere stato indagato dalla filosofia politica e da quella morale. In particolare, da una prospettiva prevalentemente collocata nell'ambito della materia ambientale, il principio di sostenibilità si è nel tempo "emancipato", arrivando ad essere sempre più spesso associato ai più generali ambiti dell'organizzazione sociale ed economica delle collettività, attraverso una tendenza di progressiva "giuridicizzazione", dapprima sul versante del diritto internazionale e comunitario e poi in quello costituzionale. Evidentemente, però, il salto dalla prospettiva morale a quella giuridica non è stato privo di forti elementi di criticità che l'Autore indaga dettagliatamente nel corso dell'opera. Criticità che sopraggiungono nel momento in cui, in particolare, si inizia a ragionare di "diritti delle generazioni future". Infatti, sostenibilità e generazioni future sono concetti inevitabilmente collegati: la definizione accettata come ufficiale di sviluppo sostenibile è quella considera sostenibile "the *development that meets the needs of the present without compromising the needs*

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

of the future generations" ("*Our Common Future*", Report of the World Commission on Environment and Development, c.d. 'Brundtland Commission', 1987).

Il problema è preliminarmente affrontato sul piano della teoria generale, della teoria della giustizia e su quello del pensiero giuridico-filosofico: infatti, il problema etico precede quello più strettamente giuridico.

Il primo capitolo si apre ricordando il principio di civiltà giuridica enunciato nella costituzione "giacobina" del 1793 ("*Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future*") che sintetizza l'ideale repubblicano del concetto di autonomia collettiva, in base al quale vi è una permanente attitudine della comunità a determinare le proprie finalità generali. Ciascuna generazione, infatti, deve essere nelle condizioni di forgiare le proprie leggi, modificando quelle già introdotte dalla generazione precedente. Questo comporta, evidentemente, che la generazione corrente dovrebbe sempre tenere in conto la reversibilità delle proprie scelte. Se, infatti, nessuna generazione può assoggettare alle sue leggi le generazioni future, allora significa anche che nessuna generazione può assoggettare le successive alle conseguenze che di fatto causa – irreversibilmente – con le proprie scelte. Già questo ragionamento è sufficiente per scorgere come il principio non sia valido per le sole scelte ambientali: infatti, non meno convincente è il "richiamo a quella sorta di *taxation without representation* che l'accumulo di strabordanti posizioni debitorie finisce per comportare a carico delle future generazioni" (p. 21).

L'attenzione dell'Autore si sposta poi verso l'egualitarismo: dalla *egalité* rivoluzionaria al *welfare state* del dopo-guerra, infatti, gli ordinamenti giuridici hanno codificato princìpi costituzionali di portata paradigmatica e destinati ad ispirarne la complessiva architettura. Nell'ottica dell'egualitarismo il problema si pone nella dialettica tra interessi collocati in capo a generazioni tra loro non coesistenti. La natura relazionale del concetto di eguaglianza, infatti, sconta severe criticità legate all'assenza di una delle parti della "relazione intersoggettiva". Tuttavia, la conservazione di elementari condizioni sociali al fine di preservare la dignità dell'individuo già rappresenta un possibile terreno di ragionamento. Così, ad esempio, l'insostenibilità finanziaria di un sistema previdenziale o sanitario determinerebbe conseguenze inegualitarie laddove le generazioni future fossero escluse dal soddisfacimento di tali bisogni. È di prima evidenza come una ripartizione delle posizioni in modo tale che alle generazioni presenti spettino i diritti ed alle generazioni future rimanga solo da onorare i debiti integrerebbe una patente violazione del nucleo più elementare del principio di uguaglianza.

Anche le teorie contrattualiste devono porsi il problema del rapporto con le

ISSN 2279-7238

generazioni future, sebbene la mancanza di identità del soggetto futuro e l'assenza di capacità negoziale in capo allo stesso ne fa "parte debole" del rapporto. La sorte di chi non ha preso parte alla "stesura" del contratto sociale è l'interrogativo intorno al quale ruota un elemento di rilevante difficoltà teorica. Infatti, chi non ha preso parte alla pattuizione ne dovrà osservare i contenuti sebbene derivanti da una "fonte eteronoma". Tuttavia, le teoriche della giustizia di matrice contrattualista non sembrano teleologicamente orientate all'idea del contratto in sé considerato, che sembra integrare, piuttosto, lo strumento mediante il quale l'organizzazione sociale prende forma (p. 54). Il fine, tuttavia, è un altro ed è rappresentato dai diritti. Spostando così l'attenzione dal contratto ai diritti, si giunge ad un fondamento razionalistico, e cioè l'idea di un nucleo irriducibile di posizioni fondamentali di cui l'individuo è titolare in quanto tale: qui il collegamento con le posizioni astrattamente ascrivibili alle future generazioni è agevole, data l'universalità come caratteristica peculiare delle posizioni fondamentali. L'universalità dei diritti si traduce, infatti, nell'atemporalità degli stessi e l'identificazione dell'umanità quale centro di imputazione dei diritti fondamentali impedisce un "frazionamento" temporale del loro riconoscimento (p. 57).

Letta in quest'ottica, la Costituzione – se non "contratto" vero e proprio tra generazioni – assume il valore di impegno della comunità verso se stessa e verso i posteri: la comunità si lega all'albero maestro della Costituzione, ponendo limiti e vincoli alla determinazione delle proprie finalità generali onde evitare che, nel tempo, possa cedere al "richiamo delle sirene" e correre i pericoli legati alla compressione di princìpi e diritti fondamentali (il richiamo è alla celebre immagine di J. Elster, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, 1979, p. 39 ss).

La riflessione dell'Autore prosegue poi attraverso la disamina del concetto di "dignità" che, sebbene "indeterminato", arriva ad assumere il ruolo di vera e propria chiave di volta sulla quale si sorregge l'arco complessivo dei diritti fondamentali. Il valore della dignità finisce così per radicare un vincolo di rispetto per l'umanità come tale e indipendentemente da ogni riferimento politico e territoriale o generazionale: la dignità è, infatti, "l'umanità stessa" (I. Kant, *La metafisica dei costumi, II, Principi metafisici della dottrina della virtù*, Bari, 1991, p. 333).

Passaggio obbligato della ricostruzione filosofica e in qualche modo pregiuridica del concetto di sostenibilità non può che essere quello dell'analisi delle riflessioni di John Rawls e Hans Jonas: infatti, nel ragionamento di matrice kantiana, l'esercizio della ragione pura impone un imperativo categorico universale (e dunque necessariamente metagenerazionale) che giustifica i termini di un vincolo posto all'agire morale di una generazione per la preservazione di quelle successive. È, in

ISSN 2279-7238

questo senso, la prevalenza del dovere, del diritto oggettivo sul diritto soggettivo, a fondare la responsabilità anche verso chi non c'è ancora.

"Opera in modo che la massima della tua volontà possa sempre valere in ogni tempo come principio di una legislazione universale": l'imperativo categorico di Kant ha rappresentato così l'intuizione a partire dalla quale sono state offerte le più approfondite ricostruzioni di un principio generale di sostenibilità e di responsabilità verso le future generazioni (p. 68).

La "traduzione" più fedele della massima kantiana è stata offerta da Hans Jonas. Il suo principio di responsabilità, in particolare, ha previsto di agire "in modo tale che le conseguenze del tuo agire siano compatibili con la permanenza della vita sulla terra". L'idea della conservazione della vita è l'elemento indispensabile capace di sorreggere un'etica dei doveri e delle responsabilità.

Rawls, invece, parte dalla sua "condizione originaria", una situazione ideale caratterizzata dalla mancata conoscenza delle concrete condizioni di vita godute dai soggetti decisori. Il "velo di ignoranza", al disotto del quale ogni decisione ordinamentale dovrebbe essere assunta, identifica nella sostanza l'esercizio di una razionalità pura, non strategica e, come tale, non condizionata dalle proprie preferenze, aspirazioni o, in generale, dal proprio "piano di vita" (p. 71). In questa costruzione il fatto di essere nati nella generazione "successiva" non costituisce, di per sé, una colpa né può essere un merito essere nati in quella precedente. La "irrilevanza temporale" postula quindi la necessità che le scelte ordinamentali non siano influenzate dalla volontà di favorire "un'epoca a discapito di un'altra". Rawls risolve la questione col dovere di 'giusto risparmio', inteso quale limite che ciascuna generazione deve imporre a se stessa in funzione del benessere della successiva.

L'utilitarismo, infine, teoria filosofica che pone l'aspirazione alla massimizzazione dell'utilità al vertice dei valori, ha almeno inizialmente in sé radicata l'idea dello scambio e rivelerebbe così una sostanziale inadeguatezza rispetto alla possibilità di valorizzare posizioni non consolidate nello scenario sincronico degli interessi emersi (p. 78). Tuttavia, nel tempo si sono moltiplicate le "versioni o forme" dell'utilitarismo e non sono mancati autori persuasi del fatto che l'adozione di una teoria della giustizia di tipo utilitarista non solo non precluda la possibilità di contemplare e valorizzare la posizione delle future generazioni ma anzi, al contrario, che essa richieda ad ogni generazione di trasferire a quella successiva più di quanto abbia ereditato da quella precedente. Già a partire da Mill, in particolare, non è l'utilità legata alla contingenza temporale a dover essere valorizzata e massimizzata ma, al contrario, quella di "lungo periodo" che si manifesta anche lungo epoche differenti (J.S. Mill, *Sulla libertà*, ed. Milano, 2000, p. 57).

ISSN 2279-7238

Le più forti criticità si rintracciano nelle "disarmanti" conclusioni cui perviene il filosofo inglese Derek Parfit con la sua teoria della "non identità", in base alla quale anche il più leggero scostamento dalle condizioni che hanno contribuito al concepimento di un individuo condurrebbe alla nascita di un individuo dall'identità completamente differente oppure al mancato concepimento dell'individuo stesso. Tuttavia – e necessariamente semplificando il ragionamento dell'A. – anche i diritti rappresentano il percorso conclusivo di un'astrazione. In questo senso, il diritto rappresenta comunque un approdo di tipo induttivo e maturato quindi per via di astrazione. Non si può pertanto privarne una categoria – anch'essa astratta e concepibile in via induttiva – quale quella rappresentata dalle future generazioni.

Come ricordato, da queste basi filosofiche il concetto di sostenibilità migra poi nel diritto, attraverso un graduale processo di giuridificazione: la normazione convenzionale emanata in ambito Onu, trattati e convenzioni tra Stati, nonché il diritto comunitario originario e derivato hanno infatti da tempo assorbito nei propri princìpi quello di sostenibilità. La sostenibilità, nata nell'elaborazione giuridica ambientale, si è presto caratterizzata per il nesso inscindibile che lega l'aspetto ambientale a quello economico e sociale. Attraverso questo connubio la sostenibilità e lo sviluppo sostenibile sono entrati non solo in una serie di Dichiarazioni internazionali ma anche in un ampio novero di sedi convenzionali.

Il richiamo continuativo al principio sembrerebbe aver conferito allo stesso valenza consuetudinaria, quale principio generalmente riconosciuto in seno alla Comunità internazionale: con le profonde implicazioni che ne derivano, anche in riferimento alle conseguenze sul piano dell'ordinamento interno: si pensi alla copertura costituzionale che l'art. 10 Cost. riconosce alle norme del diritto internazionale consuetudinario.

Anche in ambito comunitario è emersa la materia della sostenibilità sia sul piano della normazione originaria che su quello della normazione derivata. Nato anche qui in ambito ambientale, nel tempo l'impegno sul versante della sostenibilità dell'Unione è andato affermandosi in misura sempre crescente sul terreno dell'economia e della stabilità finanziaria.

Il principio ha poi fatto il proprio ingresso nelle Carte costituzionali, con conseguenze "pratiche" tutt'altro che irrilevanti. La sostenibilità si affaccia spesso nei preamboli delle Carte, la cui funzione proclamatoria, decisionale e programmatica rappresenta un riferimento non trascurabile da parte dei legislatori nelle delicate operazioni di bilanciamento tra princìpi costituzionali. Spesso, invece, non si riscontra l'affermazione del principio in termini "generalizzati", ma è richiamato in corrispondenza di materie determinate che, per loro natura, sono più esposte ai rischi

ISSN 2279-7238

di un uso "incontrollato" della legislazione: equilibrio finanziario e sostenibilità della spesa sociale, tutela dell'ambiente, sfruttamento del suolo e conservazione di un contesto di vita salubre, preservazione dei patrimoni storici, paesaggistici ed artistici sono tutte materie sensibili alle quali accostare il principio.

Soprattutto negli ultimi anni, in particolare, i legislatori costituzionali hanno introdotto nelle leggi fondamentali norme rivolte a vincolare, secondo criteri di sostenibilità, le decisioni di bilancio, limitando altresì il ricorso all'indebitamento pubblico. Come l'A. non manca di rilevare, sui profili dell'indebitamento in relazione alla tutela delle generazioni future deve essere fatta una distinzione centrale: l'indebitamento contratto in funzione di finanziamento della spesa corrente può essere indentificato come quello più idoneo a compromettere la sostenibilità del sistema e a scaricare i "costi di gestione" sulle generazioni future. Al contrario, risultano più "tollerabili" le forme di indebitamento destinate a sorreggere le spese in conto capitale, cioè quelle finalizzate a operazioni di investimento: in quest'ultimo caso, infatti, anche se gli oneri relativi all'estinzione delle obbligazioni pubbliche sono destinati a gravare anche sulle generazioni successive, è anche vero che queste riceveranno un beneficio di cui potranno godere.

Non bisogna tuttavia dimenticare come il concetto di sostenibilità – oltre al fondamentale aspetto relativo al rapporto intergenerazionale – ne contenga anche uno intragenerazionale. Letto in questa duplice ottica e collegato ai vincoli di finanza pubblica, nasce inevitabilmente il problema della conservazione di adeguati livelli di garanzia dei diritti fondamentali e dei bisogni delle generazioni presenti. Il problema del bilanciamento tra princìpi costituzionali in materia finanziaria ed altri princìpi fondamentali è questione che occupa il dibattito costituzionalistico anche italiano non solo a partire dalla riforma costituzionale del 2012. Se, infatti, è ragionevole ritenere che le generazioni presenti impongano a se stesse il dovere di non erodere la complessiva disponibilità di risorse finanziarie a detrimento delle generazioni future, è altrettanto indispensabile che questa "etica" non si spinga sino ad applicazioni che, in concreto, generino il paradosso per cui finisca per essere frustrato persino il nucleo irriducibile di posizioni e diritti fondamentali che, come tali, sono reclamati (anche, e soprattutto) dalle generazioni dei presenti (p. 153).

Nel terzo capitolo il principio di sostenibilità e la dimensione intergenerazionale sono indagati nelle pieghe dei principi fondamentali della Costituzione italiana. L'A. svolge un'analisi dei princìpi fondamentali della Costituzione nella chiave prospettica offerta dalla "questione" intergenerazionale. A partire dall'art. 1 Cost., la nozione di "popolo" ha visto estendere e restringere il proprio perimetro lungo direttrici e latitudini variamente orientate. La nozione può infatti essere idonea a comprendere

ISSN 2279-7238

non solo l'insieme dei cittadini viventi ma anche il complessivo insieme delle generazioni. Così intesa la compromissione dei bisogni delle generazioni venture finirebbe per contraddire quella stessa nozione di 'popolo' che, solo nella sua pienezza e complessità, farebbe dello stesso il legittimo titolare della sovranità.

La stessa Corte costituzionale, in una recente sentenza (n. 88/2014), ha ripercorso le strade che hanno ispirato la legge costituzionale n. 1 del 2012, sostenendo come l'attuazione dei nuovi princìpi, e in particolare quello della sostenibilità del debito pubblico, implichi "una responsabilità che, in attuazione di quelli fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, *ivi* compresi quelli delle generazioni future".

Il principio personalista è un altro appiglio sul quale si può basare una responsabilità intergenerazionale: infatti, la preesistenza dei diritti fondamentali rispetto alla stessa organizzazione giuridica ne postula l'anteriorità rispetto alla collettività dei viventi in una data epoca storica. Lo stesso richiamo all'uomo, anziché al "cittadino", estende il perimetro dei diritti fondamentali ben oltre la *communitas civium*. La fonte "extra-positiva" da cui scaturiscono tali posizioni non si identifica con una "concessione" operata dalla collettività organizzata in favore dei soli individui che la compongono ma finisce per essere rivolta alla protezione della persona come tale ed indipendentemente dalla generazione alla quale essa appartiene.

Ancora, il riconoscimento della "dignità" come "clausola generale" esclude la possibilità che l'ordinamento possa sottrarsi dal fare i conti con le generazioni future.

Tutti questi principi costituzionali conducono alla conseguenza per cui la proporzionalità degli effetti prodotti dalla legge deve essere indagata anche in relazione agli esiti che la stessa è idonea a produrre sulle generazioni future: occorre dunque che i legislatori svolgano indagini e ricerche sugli effetti "nel tempo" delle normative che intendono adottare.

La stessa "uguaglianza", sebbene non possa portare alla "cristallizzazione" dell'ordinamento, impone di valutare l'idea di una necessaria proporzione tra interessi in potenziale conflitto tra loro: quindi, ai fini della ragionevolezza di una disposizione legislativa occorre individuare quali siano gli interessi di rilievo costituzionale che il legislatore ha ritenuto di far prevalere nella sua discrezionale ponderazione e, quindi, raffrontare il particolare bilanciamento con la gerarchia dei valori costituzionali.

Il quarto ed ultimo capitolo del Volume, infine, analizza più nel dettaglio le "materie" della sostenibilità: dalla costituzionalizzazione del principio di sostenibilità del debito pubblico negli artt. 81 e 97 Cost. al "patto intergenerazionale" nell'ordinamento previdenziale ed assistenziale, dalle criticità del sistema sanitario nazionale al principio dello sviluppo sostenibile nel quadro della elaborazione

ISSN 2279-7238

giuridica in materia ambientale, fino alle nuove linee riguardo una possibile "sostenibilità culturale".

In conclusione, sul versante dei diritti fondamentali, le costituzioni non possono rinunciare all'idea che gli stessi siano patrimonio consolidato della civiltà giuridica senza che possano, dunque, essere ridotti a canone di costituzionalità esclusivamente destinato ad operare in funzione di una regolamentazione solo attuale di interessi emersi. I diritti fondamentali costituiscono patrimonio giuridico dell'uomo che prescinde da quel "fatto arbitrario" rappresentato dalla nascita dei loro titolari nel corso dell'una o dell'altra generazione. Così, in una lettura coordinata con il principio di uguaglianza, conducono ad insistere lungo la strada del loro pieno rispetto, accortamente vigilato dalla giustizia costituzionale, anche in favore di chi succederà alle generazioni presenti.

Se è vero che l'evoluzione generazionale dei diritti è preceduta, storicamente, dalle minacce via via insorte al loro pacifico godimento (N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. XIII ss.), sembra lecito chiedersi, oggi, se le minacce recate ai posteri dal mutamento e dal deterioramento delle complessive condizioni socio-demografiche ed ambientali possano, anch'esse, concorrere al radicamento ed alla affermazione di una quarta generazione dei diritti nella quale includere anche quelli delle future generazioni (p. 308).

L'analisi di Daniele Porena traccia dunque un percorso di indagine rivolto alla affermazione del principio di sostenibilità come regola costituzionale di ordine generale ed è – ovviamente – molto più dettagliata rispetto alla breve ricostruzione operata in queste pagine.

Quello della sostenibilità – nei vari settori che lo stesso A. analizza nel dettaglio – è un prisma attraverso il quale leggere le varie arterie degli ordinamenti ma, sebbene abbia fatto il proprio ingresso fin dentro le costituzioni (ancorato anche ai principi fondamentali delle stesse carte costituzionali) e le leggi ordinarie, sembra ancora relegato ad un ruolo che rimane troppo spesso "sulla carta". Infatti, se declinato in termini di principi generali, il principio di sostenibilità difficilmente riesce ad avere un impatto per la soluzione di problemi concreti. Le clausole costituzionali sulla sostenibilità sono necessariamente formulate in termini generici e questo fa porre interrogativi sulla loro effettiva efficacia (in questo senso sia T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni*, cit., p. 62 sia A. Jakab, *Sustainability in European Constitutional Law*, in *MPIL Research Paper Series*, n. 16, 2016, p. 8). Se, infatti, il legislatore non implementa adeguatamente tali clausole, si apre il problema della diretta applicabilità da parte dei giudici. Qualora, invece, tali clausole non fossero considerate *self-executing* e fossero qualificate come parametri per il giudizio di legittimità costituzionale, allo stesso

ISSN 2279-7238

modo la loro efficacia rimane dubbia; inoltre, si lascia per questa via un'estrema discrezionalità ai giudici costituzionali, che proprio in materie tecniche sarebbero chiamati ad indicare al legislatore le misure da adottare, così peraltro invadendo la sfera della discrezionalità politica. Se, dunque, le clausole sulla sostenibilità si configurano come disposizioni sostanziali, a carattere programmatico e che richiedono un intervento attivo dei poteri pubblici, il rischio è quello che non vi siano rimedi contro l'omissione o l'indifferenza del legislatore.

La storia della nascita, dello sviluppo e della migrazione continua del concetto di sostenibilità non può pertanto arrestarsi qui. Manca ancora, in tanti ambiti, il passaggio della sostenibilità da principio – financo costituzionale – capace davvero di innervare l'ordinamento a criterio per influenzare concretamente il lavoro delle istituzioni: il tassello mancante è cioè il passaggio da principio a regola – in qualche modo procedurale – che permetta di tenere presente il futuro come orizzonte dell'azione dei pubblici poteri. Sebbene questo esuli dagli obiettivi del Volume in commento, sembra dunque necessaria una prospettiva evolutiva del principio, passando dal piano dell'affermazione del principio a quello del suo incameramento in soluzioni procedurali preposte alla tutela della sostenibilità delle decisioni prese. Al centro dell'attenzione deve essere dunque posto, innanzitutto, il procedimento legislativo. Si tratta, infatti, "di trovare il modo per incoraggiare i decisori politici ad adottare decisioni maggiormente orientate al futuro, se necessario inserendo nel procedimento pareri consultivi obbligatori, resi da organismi (anch'essi da disciplinare a livello costituzionale), deputati a farsi portatori delle esigenze delle generazioni future" (T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni*, cit., pp. 65-66).

Il "cuore operativo" del concetto di sostenibilità si deve dunque rintracciare nel tentativo di trovare risposte a quelle sfide sociali a lungo termine che non possono trovare contromisure efficaci tramite i meccanismi democratici, i quali si basano sui tempi delle elezioni e sono quindi strutturalmente poco lungimiranti. Tuttavia, sembra che il solo introdurre tale principio nelle Carte costituzionali non sia sufficiente per far 'allungare lo sguardo' ai decisori politici, superando la logica cannibale del 'qui ed ora' e imponendo in qualche modo anche una maggiore tutela delle generazioni future. Si rendono probabilmente allora necessarie altre "tecniche" per tutelare il principio e, in particolare, sembra che la tutela della sostenibilità – nell'insufficienza dei principi costituzionali – debba essere ricercata sul piano del rigore delle procedure.

A tal proposito sembra poter aiutare, come pure è stato proposto in dottrina, l'istituzione di un "*Sustainability Council*", con l'intento di inserire nel procedimento un momento di natura tecnico-scientifica, che consenta una integrazione del

ISSN 2279-7238

momento della decisione legislativa col sapere scientifico (J. Tremmel, *Parliaments and future generations – the Four-Branches-Model,* in *The Politics of Sustainability. Philosophical Perspectives*, a cura di D. Birnbacher e M. Thorseth, Londra, Routledge, 2015). Il legislatore potrà così allontanarsi dal parere di tale organismo specializzato solo in modo motivato e trasparente.

Questo produrrebbe due conseguenze.

In primo luogo consentirebbe una valutazione più accurata di ragionevolezza da parte del giudice costituzionale, che si potrebbe basare anche su quel parere (e sulle motivazioni che il legislatore adduce per eluderlo), qualora il legislatore non l'abbia rispettato: in questo modo, peraltro, si arriverebbe anche ad una sorta di motivazione della legge, che sempre più spesso la stessa Corte sembra pretendere quando in gioco c'è la sostenibilità – soprattutto economico-finanziaria – contrapposta alla tutela dei diritti. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 70 del 2015 quando la Corte sottolinea l'assenza di una analitica illustrazione delle ragioni finanziarie da parte del legislatore, sembrando quasi voler far sorgere una sorta di "obbligo di motivazione" della legge, almeno nella forma della relazione tecnica che spieghi dove sono i costi che impediscono di sostenere le spese per alcuni diritti non soddisfatti a causa di esigenze di bilancio (come è stato notato "la Corte sembra introdurre un principio rivoluzionario per il sistema giuridico italiano: il principio secondo cui ogni legge che incida negativamente nella sfera giuridica dei destinatari necessita di una congrua ed adeguata motivazione in ordine alle specifiche ragioni", cfr. G. Pepe, *Necessità di un'adeguata motivazione per la legge che incide restrittivamente sulla sfera giuridica dei cittadini?,* in *Lexitalia.it, Rivista di diritto pubblico*, 2015).

In secondo luogo, la stessa opinione pubblica potrebbe utilizzare il parere dell'organo per esercitare una sorta di "controllo parlamentare diffuso" e così anche sensibilizzarsi – forse – riguardo la necessità di prendere decisioni sostenibili. Si pensi alla campagna elettorale italiana appena conclusasi e che ha mostrato ancora una volta come il concetto di sostenibilità, l'attenzione al futuro, e in particolare la sostenibilità delle finanze pubbliche non abbia raggiunto il piano politico né quello dell'opinione pubblica. Infatti, non sembra si possa rimproverare la sola politica per il suo sguardo a breve termine: gli stessi elettori (almeno quelli italiani) sembrano chiedere sempre maggiore spesa pubblica, non sanzionando i partiti che si comportano in modo miope. Ancora una volta, e per quanto la conclusione possa apparire scontata, il problema ultimo sembra risiedere nell'educazione economico-finanziaria. Per questo alcuni correttivi sarebbero forse utili, *de iure condendo*, per spingere anche l'opinione pubblica ad avere uno sguardo maggiormente orientato al futuro.

Luca Bartolucci

ISSN 2279-7238

G. BRONZINI, Il diritto a un reddito di base, Torino, Gruppo Abele, 2017, pp. 160[*].

"Quali le ragioni per cui, nel breve volgere di un biennio, una proposta che suonava ai più come scandalosa e irritante, lontana dalle dinamiche sociali e dai processi economici, poco più che una provocazione di ambienti accademici radicali o di movimenti sociali minoritari e incapaci di alleanze credibili, è diventata il fulcro di un così intenso e appassionante dibattito? Una su tutte: perché il reddito di base sta diventando un principio di organizzazione sociale intuitivo e irrinunciabile così come lo sono diventati, in altre epoche storiche, l'abolizione della schiavitù o il voto alle donne". (p.7)

In un momento di evidente disordine dal punto di vista geopolitico e sociale, in cui gli strumenti di tutela dei diritti mostrano chiaramente i loro limiti intrinseci, i sistemi di welfare devono, se vogliono sopravvivere, interrogarsi continuamente su quale sia la maniera più efficace di fronteggiare l'affacciarsi all'orizzonte di bisogni e diritti nuovi, che emergono di pari passo ad un mutato scenario economico e politico. La più che complessa situazione socio-politica odierna, ormai esaurita la spinta della crescita impetuosa ("l'età dell'oro del welfare" come la chiama l'Autore), ha imposto al dibattito pubblico italiano ed europeo la stringente necessità di coniare forme nuove di applicazione dei diritti sociali in assenza di crescita economica. L'attuale, e innegabile, predominio degli interessi economici spinge sempre più verso un tentativo di subordinazione dei diritti sociali alla disponibilità di risorse e alla discrezionalità legislativa nella destinazione delle stesse.

Il volume di Giuseppe Bronzini, *Il diritto a un reddito di base (Edizioni Gruppo Abele, 2017)*, si inserisce dunque a pieno titolo nella ricca letteratura relativa agli strumenti di sostegno al reddito di base, in Italia e nell'ambito europeo: argomento, questo, più che mai attuale sia nel dibattito politico elettorale italiano che in quello internazionale dei nuovi sistemi di Welfare State.

Attraverso una efficace ricostruzione, che trascende la "mera" economia per svilupparsi attraverso una analisi giuridica e di storia del diritto, il lavoro di Bronzini, che parte dalle stesse premesse di diversi lavori di Van Parijs (p.7), ricostruisce organicamente la storia dell' orientamento europeo verso le misure di lotta alla povertà, quali il reddito minimo e il reddito di base, esplorando le radici storiche, le solide basi nella Carte Europe e le potenzialità di uno strumento molto discusso e

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

poco analizzato, che Bronzini descrive come "abilitante" all' esercizio dei diritti civili e politici.

L'Autore sottolinea nella premessa e nel primo capitolo la necessità di un aggiornamento costituzionale circa il reddito di base, che sia coerente con quella che è stata definita la quarta rivoluzione industriale, e illustra l'inefficacia di alcuni provvedimenti, seppure considerati in parte accettabili, che cercano invano di "puntellare l'architettura dei passati trent'anni gloriosi" (p. 8), senza tuttavia cogliere appieno la portata dell'innovazione tecnologica e culturale in atto, che per l'Autore è destinata a modificare radicalmente i principi di legittimità democratica.

Il volume mette in risalto l'aspetto politico dell'attuale rivoluzione tecnologica, sottolineandone anche gli effetti sul piano legislativo, alcuni dei quali risultano inattesi e, per citare Boudon, "perversi". Non solo, quindi, tecnologia produttiva, ma, soprattutto, politica; non solo automazione, ma anche il passaggio da uno stato sociale rigido ad un sistema di *flexicurity* che ne accompagna il divenire. In un *welfare state* così "liquido" e veloce la strada del reddito di base, o di un reddito minimo garantito, sembrano rappresentare per Bronzini l'unica direzione capace di rendere "sostanziale" l'accesso ai diritti.

Il secondo capitolo del volume, invece, rappresenta una assai significativa ricostruzione storico-giuridica che aiuta a collocare la discussione contemporanea circa il reddito di base all'interno di una più complessa e ricca tradizione di pensatori e di giuristi.

"Ogni qual volta", afferma Bronzini, "la dimensione democratica e partecipativa si è fatta più intensa ed effettiva ci si è posto il problema di un "minimo sociale" dovuto a tutti". Tracciando i primi tentativi di costituzionalizzazione della questione come fondamento del legame sociale, l'autore individua principalmente l'art. 23 della Costituzione giacobina del 1793, che definisce "sacro" il dovere di soccorsi pubblici (poi ripreso in Italia dalle Costituzioni della Repubblica cispadana e cisalpina, che stabiliscono il dovere di "illuminare ed istruire gli altri") e l'art. 151 della Costituzione di Weimar secondo cui "l'ordinamento deve garantire a tutti una vita degna".

Ripercorrendo non solo i classici, da Paine a Rawls, passando per Fourier e Mill, ma anche e soprattutto integrandoli con i fondamentali documenti del diritto europeo, (con particolare attenzione alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo, art. 22, 23 e 25 e alla Carta dei diritti dell'Unione Europea, art.34), Bronzini lega formalmente le politiche di sostegno al reddito al principio dello *ius existentiae,* il diritto ad una esistenza degna, compiendo un innovativo tentativo di collegare termini e dinamiche legate alla contingenza tecnologica come la *sharing economy* e la rivoluzione informatica ad un solido impianto giuridico di ridefinizione dei diritti sociali.

ISSN 2279-7238

Attraverso una ricostruzione storica e giuridica rigorosa e raffinata, il volume fa chiarezza, nella terza e quarta parte, sulla necessaria distinzione tra reddito minimo garantito, parte del patrimonio dei *fundamentals rights* europei, e reddito di base, traduzione del termine inglese *basic income,* assimilato ad un "diritto di libertà". Il primo è sancito dall'art. 34, comma 3, della Carta dei diritti dell'Ue ed è visto infatti come misura volta a «garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti" ed è quindi concepito al "fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà». Il secondo invece è volto a irrobustire e fortificare l'autodeterminazione del soggetto in tutti i campi, ivi compresa la dimensione lavorativa, evitando di cadere in una logica di mera lotta alla povertà o di inserimento amministrativo al (poco) lavoro oggi disponibile" (p. 67). Quest'ultimo in altri termini si configura, per ripetere le parole di Stefano Rodotà, come una misura che libera «dall'angustia della disoccupazione» e insieme «dal ricatto del lavoro, dall'obbligo di accettare qualsiasi condizione pur di ottenere risorse necessarie per la sopravvivenza»: è del resto precisamente alle argomentazioni svolte in *Il diritto di avere diritti* e alla nozione di Rodotà di *homo dignus* che Bronzini si rifà nel primo capitolo circa la rivendicazione di uno *ius existentiae* (p.10).

Sebbene diversi, tali strumenti non sono contrapposti nell'ottica dell'autore, che propone una visione mista dei due strumenti, che vanno quindi "pensati insieme in un unico movimento, come nell'immagine della nave di Otto Neurath che, mentre viene riparata, marcia verso il suo approdo". (p. 68)

Come già chiarito, nella tesi dell'autore, che si "appoggia" anche al pensiero di Luigi Ferrajoli, il diritto a un reddito di base chiama in causa direttamente il diritto ad un'esistenza dignitosa, in una dimensione non solo di contrasto alla povertà ma di costruzione, sulla base del collante della solidarietà, delle precondizioni per l'esercizio dei diritti fondamentali. È attraverso questa ottica che l'autore interpreta, cercando di esaminare la situazione italiana (cap. 5) ed europea (cap. 6) delle politiche sul reddito, sia le proposte di reddito di cittadinanza del Movimento 5 Stelle dell'ultima tornata elettorale, sia il cosiddetto Reddito di Inclusione dell'ultimo Governo. In entrambi i casi, ed in molti altri esempi esteri riportati nell'opera (soprattutto relativi all'ordinamento tedesco e britannico), il diritto al reddito non è garantito, ma condizionato allo svolgimento di attività di reinserimento nel mondo del lavoro del richiedente o di tutta la famiglia. Ed è proprio in questo fattore che si può meglio cogliere la tesi di Bronzini del reddito di base come abilitante dei diritti civili e politici, poiché disegna con chiarezza il limite tra uno strumento di autodeterminazione e quelli che l'autore descrive come elementi di assoggettamento. Un reddito condizionato alla ricerca di lavoro (e all'accettazione di una proposta ritenuta

ISSN 2279-7238

"congrua") non permetterebbe infatti la piena autodeterminazione del cittadino, lo sfruttamento delle sue capacità, né la sua realizzazione personale ma, al contrario, trasformerebbe il lavoro, secondo l'autore, in uno strumento di controllo sociale.

L'Italia, nell'analisi proposta, pare essere irrimediabilmente indietro sul tema dell'inclusione sociale rispetto ad altri paesi europei. Fatta eccezione infatti per la breve esperienza del reddito minimo di inserimento all'epoca del governo Prodi e per gli istituti introdotti in Val d'Aosta, nelle province di Trento e Bolzano e nel Lazio (il "reddito minimo garantito" del 2009, che Bronzini considera il provvedimento più avanzato, specialmente all' art. 3 e 4) (p.95), le iniziative in materia di lotta alla povertà e contro il rischio di esclusione sociale hanno assunto sembianze solo caritatevoli, come la *social card* dei governi di centrodestra, e si sono scontrate con mille ostacoli, come i vincoli di bilancio e la divisione di competenze tra Stato e regioni.

Evitando una comparazione facile, e poco utile, con i più sviluppati sistemi di welfare del nord Europa, l'autore allarga la sua analisi anche in ambito europeo, elencando una serie di "buone pratiche" che sono, secondo l'autore, esempi concreti di cui anche l'ordinamento italiano dovrebbe munirsi per far fronte alle nuove sfide che la rivoluzione tecnologica pone alla sostanzialità dei diritti.

Tra gli esempi riportati, spicca quello francese, che nella *Loi Travail* ha inserito la "responsabilità sociale delle piattaforme", garantendo l'aumento dei diritti sociali ai lavoratori che perdono le *chances* di prestazione. (p. 126 e ss)

In chiusura, e per la verità senza proporre ricette salvifiche, Bronzini affronta quella che viene definita la nuova questione sociale europea: la possibilità di riconciliare i cittadini con il progetto comunitario passa attraverso la necessità chiara di un cambiamento netto del modello sociale attuale, preso atto degli effetti laceranti delle politiche di *austerity* applicate negli ultimi anni, e cimentandosi nella creazione di una base sociale minima per tutti i cittadini dell'Unione, applicando in maniera effettiva e reale i principi della Carta di Nizza.

Un *welfare* europeo, che comprenda sistemi di salario minimo legale, una disciplina comune sulla disoccupazione e l'introduzione di un reddito minimo garantito, finanziato almeno in parte dall'Unione e, più di ogni cosa, in grado di ricucire il clima di fiducia tra le istituzioni e la cittadinanza europea.

Le tesi così sommariamente richiamate vanno naturalmente argomentate attraverso studi di carattere strettamente economico. È tuttavia chiaro che possano però essere un punto cruciale di riflessione per i nuovi modelli di welfare europeo, soprattutto alla luce di un evidente mutamento del mercato del lavoro e delle tecnologie, a cui non può non seguire un aggiornamento delle modalità di accesso

ISSN 2279-7238

alla "sostanzialità" dei diritti. In questa ottica è apprezzabile anche il tentativo dell'autore, seppure poco approfondito, di analizzare i costi delle proposte presentate, e di fornire un breve glossario nell'ultima parte del volume

A una analisi complessiva, il merito principale del volume risulta essere, appunto, quello di proporre una lettura, di stampo giuridico e politico, senza però proiettare tale visione in termini astratti, ma rimanendo sempre in una dimensione di concretezza e azione, non sottovalutando la portata e le implicazioni di una possibile adozione del modello proposto.

Enrico Campelli

ISSN 2279-7238

F. SCUTO, La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 303*

Dalla ricostruzione del tema della democrazia interna dei partiti operata dall'Autore emerge con chiarezza non soltanto il collegamento con la contingente crisi della rappresentanza – sintetizzabile nella deficitaria capacità del partito politico di fungere da aggregatore e cinghia di trasmissione delle istanze provenienti dalla società civile – ma anche come la questione investa *tout court* la tensione più o meno democratica di un ordinamento complessivamente considerato.

Differenti e confliggenti idee strutturali rispetto alla concezione di fondo del partito politico, manifestatesi in Assemblea Costituente, sono sfociate nell'insoddisfacente compromesso giuridico dell'art. 49 Cost., per il quale il metodo democratico è legato al diritto dei cittadini di associarsi in partiti politici per concorrere alla determinazione della politica nazionale. Il timore che una previsione costituzionale più articolata e dettagliata potesse fungere da strumento in grado di colpire un partito politico di minoranza, sino alla possibilità dello scioglimento, ha di fatto cristallizzato lo scenario compreso fra il secondo dopoguerra – si pensi alla fase di vigenza della *conventio ad excludendum* – e la crisi di regime degli anni '90 del XX secolo. Nell'intervallo cronologico apprezzato, la giurisprudenza, in assenza di alcun intervento legislativo in tema di democrazia interna dei partiti, ha prediletto un approccio votato al *self-restraint*, che, pur non escludendo *a priori* la possibilità teorica di adottare in futuro una legge sui partiti sulla quale ricalibrare il proprio giudizio, ha dovuto fotografare i modesti margini di valutazione offerti dall'art. 49 Cost.

Tuttavia, a ben vedere, il circuito costituzionale in tema di democrazia interna dei partiti politici transita anche attraverso altre previsioni di rango supremo (su tutti, gli artt. 2, 3 e 18 Cost.), profilando una pluralità di prospettive da cui osservarne il concreto sviluppo. L'Autore può così illuminare il tema della democrazia dei partiti politici non esclusivamente sotto il profilo "esterno", ma anche sotto quello "interno", delineandoli mediante l'analisi dell'intreccio fra l'organizzazione propria dei diversi partiti politici (statuti, regolamenti, decentramento, procedure disciplinari, selezione delle *leadership* e delle candidature) e l'evoluzione della normativa di riferimento, anche regionale, approvata fra il 2012 ed il 2014.

Analisi che non prescinde da una finestra comparatista, che individua nei sistemi francese e tedesco i due poli di un *continuum*, relativamente alla rigidità ed al livello di

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

dettaglio della legislazione nazionale sul tema. Il modello francese pone l'accento sulla libertà di azione dei partiti, sulla scorta dell'art. 4 della Costituzione del 1958. Gli unici vincoli espliciti sono i "princìpi della sovranità nazionale e della democrazia", rafforzando l'archetipo di un sistema restìo ad affidare alla legge la disciplina dell'organizzazione interna dei partiti. Di contro la concezione tedesca, coerentemente con la visione di una democrazia dotata di strumenti di difesa, mette in campo una imponente e particolareggiata disciplina dei partiti politici, che in effetti irregimenta l'autonomia statutaria del partito politico per metterla al servizio dei valori fondanti l'ordinamento, meritevoli di essere protetti ed anzi fattivamente alimentati.

Sebbene la posizione costituzionale italiana si possa inquadrare a metà strada tra le concezioni francese e tedesca, tuttavia l'Autore, in tema di democrazia interna dei partiti politici, non solo ne qualifica l'evoluzione come "molto deludente", ma la incornicia nella categoria della transizione. La peculiarità italiana è rappresentata senz'altro dal tentativo di agire sulle organizzazioni partitiche attraverso il grimaldello della legislazione elettorale in senso stretto, ma non sempre il *modus procedendi* è apparso privo di contraddizioni, anche rilevanti. Dopo la ricomposizione partitica successiva agli anni '90, permangono sensibilità ed opinioni assai distanti, fra le forze in campo, sulla autorappresentazione dei partiti politici; circostanza che evidentemente frustra i legittimi auspici di una ampia condivisione circa il modello da implementare nell'attuale sistema.

I passi in avanti compiuti, in effetti, non paiono sufficienti. La legge n.13 del 2014 presenta, al Capo II, un formale richiamo all'aspetto della "Democrazia interna, trasparenza e controlli". Ma l'atto, così come concepito, predispone un meccanismo di premialità finanziaria, agganciato all'avvenuta abolizione del finanziamento pubblico diretto, che prevede la tassativa iscrizione del partito in un apposito Registro, mediante trasmissione di copia dello statuto. Nondimeno le indicazioni sul contenuto degli statuti (art. 3) si limitano al contenuto essenziale ed obbligatorio, e tacciono sulla disciplina di democrazia interna e sulle relative procedure, rimandando *in toto* alle scelte che i partiti intendono liberamente compiere. Dalla soggezione dimostrata dalla norma nei confronti della tradizionale libertà organizzativa del partito politico scaturisce una debole incisività reale sul versante delle procedure, rimaste saldamente in mano agli *interna corporis* dei settori dirigenziali, che consentono di replicare – pur con alcune sfumature interpartitiche – le medesime dinamiche verticistiche che l'atto intendeva erodere. Risulta pertanto confermata in Italia una tendenza *top-down* nella concretizzazione delle principali scelte che un partito politico è chiamato a compiere – specie in considerazione di un controllo commissariale

ISSN 2279-7238

relegato ad un'attività formale – quantunque a fronte del consolidamento di alcuni profili innovativi tesi a colmare il *deficit* di partecipazione.

Il volume, con ricchezza di approfondimenti dottrinari ed un interessantissimo parco di note, mette ampiamente in luce come l'adozione del meccanismo delle primarie, o lo sfruttamento delle piattaforme informatiche per stimolare e livellare la partecipazione, coprano solo parzialmente il *gap* democratico – sottolineato ad esempio dalla vertiginosa picchiata dei numeri assoluti degli iscritti ai partiti – evidenziando come di fianco alla crisi della rappresentanza sussista la "crisi del rappresentato", figlia di un panorama partitico non del tutto in grado di assolvere compiutamente la propria missione costituzionale.

Il volume scorre su di un duplice binario metodologico, che se da un lato si giova del criterio temporale per ricostruire il lungo dibattito dottrinario in tema di democrazia interna dei partiti politici, dall'altro va concretamente a fondo nell'analisi dell'organizzazione interna più recente dei partiti politici italiani contemporanei, alla luce dell'adeguamento di questi ultimi alle novità introdotte dalle leggi approvate nel 2012 e nel 2014. È altresì analizzato il contenuto di un'ulteriore evoluzione legislativa del giugno 2016 approvata alla Camera ma il cui esame in Senato non si è concluso prima della fine della legislatura, a testimonianza di un sostanziale perdurante disaccordo parlamentare sulla disciplina legislativa in tema di democrazia interna dei partiti.

Emerge allora perfettamente a proposito il parallelismo proposto dall'Autore, nel capitolo IV, con l'evoluzione della normativa dell'UE sui partiti europei. Sede "per eccellenza" del *deficit* democratico, il teatro partitico europeo coagula associazioni di associazioni, con caratteristiche di dipendenza dai partiti nazionali. Tale specificità, in linea con la complessità istituzionale intrinseca dell'Unione – peraltro al centro di un aspro dibattito riformatore – spiega il basso livello di strutturazione del partito politico europeo, che si trova inoltre a fronteggiare l'anomala posizione del Parlamento europeo fra le istituzioni dell'Unione, dove il processo elezioni-maggioranza parlamentare-governo non è paragonabile al livello nazionale. L'assenza di una legge elettorale valida per tutti gli Stati membri contribuisce a rafforzare la percezione prettamente nazionale del dibattito politico europeo in campagna elettorale, sensazione solo in parte mitigata dall'indicazione, da parte dei partiti politici europei, del proprio candidato alla carica di Presidente dalla Commissione in occasione delle elezioni del 2014. Il Trattato di Lisbona, stimolando il dialogo fra la Commissione europea ed i parlamenti nazionali e coinvolgendo questi ultimi nel controllo di sussidiarietà, ha inteso europeizzare i partiti politici nazionali, ambendo, per la proprietà estensiva, a rafforzare gli omologhi europei. Ciononostante, il

ISSN 2279-7238

perdurante basso coefficiente di strutturazione dei partiti politici europei ha imposto limiti non secondari agli sviluppi legislativi in tema di democrazia interna, ricalcando le tempistiche e le leve finanziarie attivate in contemporanea dalla legislazione nazionale italiana.

Nonostante tutto, anche alla luce delle più recenti evoluzioni, il partito politico si conferma una struttura imprescindibile e costantemente protagonista della vita democratica. Uno dei lampanti meriti da ascrivere al volume è infatti di aver restituito un affresco critico della situazione partitica italiana contemporanea, affrontando nel dettaglio la disciplina organizzativa di tutti gli attori politicamente rilevanti, anche extraparlamentari. L'Autore delinea organicamente le attitudini più recenti dei partiti politici italiani attraverso la chiave interpretativa della rispettiva qualità della democrazia interna, e l'analisi comparativa degli assetti dei partiti protagonisti della XVII legislatura (2013-2018) è certamente una novità preziosa, soprattutto rileggendola alla luce della ormai compiuta istituzionalizzazione di organizzazioni elettorali la cui retorica fondante si caratterizzava nel rifiuto della forma partito tradizionale. Sotto questo profilo il contributo, parallelamente ad una valutazione di insufficienza della normativa nazionale relativa alla democrazia interna, dimostra come i partiti non siano "tutti uguali", enfatizzando sensibilità e reazioni diversificate alla universalmente riconosciuta necessità di democratizzare e rendere più trasparenti i meccanismi decisionali dei partiti politici. Tuttavia l'avvertenza dell'Autore è che protrarre ulteriormente l'assenza di una più evoluta disciplina pubblicistica sui partiti rischia di esporre il giudice o al totale *refrain* a pronunciarsi in materia oppure, inversamente, all'eccesso di interventismo in un àmbito poco delimitato dalla legge. Se appare inconfutabile che l'ordinamento italiano abbia vissuto fasi di corto circuito fra i poteri dello Stato, culminati in una dialettica di mutua delegittimazione, allora una più effettiva applicazione dell'art. 49 Cost. può restituire autentica linfa, *bottom-up*, al processo ascensionale di aggregazione della domanda ed elaborazione delle politiche pubbliche.

È evidente infatti che il partito politico è soltanto una delle organizzazioni dove deve compiersi il "pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", ma non può sfuggire all'osservatore la responsabilità di sottolineare come la ricerca di una più autentica democrazia interna del partito politico, finalmente al di fuori del "giardino segreto della politica", sia eminentemente collegata alle sorti della democrazia rappresentativa.

Il potenziamento del partito politico, chiamato a riappropriarsi della propria legittimità genuinamente democratica, non si traduce infatti, nella lettura fornita

ISSN 2279-7238

dall'Autore, in ulteriore occupazione degli spazi statuali, reiterando un sostanziale soffocamento del pluralismo e del dibattito interni. Al contrario, la finalità del volume, conseguente alla rassegna dell'organizzazione interna dei partiti politici sin qui svolta, è di invocare l'introduzione di accorgimenti legislativi che possano incentivare e rendere preferibili procedure maggiormente inclini alla partecipazione democratica. Sostiene pertanto l'Autore che "in quest'ottica, l'approvazione di una legge sui partiti equilibrata ma anche rigorosa può quindi essere considerata come una forma di tutela della democrazia rappresentativa". La conclusione dell'Autore è che "appare opportuno e forse persino necessario […] riconoscere una nuova centralità all'art. 49 Cost.", resistendo alla impostazione plebiscitaria che, appellandosi alla funzione salvifica della volontà popolare, apre la strada a scenari orientati al superamento della rappresentanza politica.

Michele Crisafi

ISSN 2279-7238

L. MÄLKSOO, W. BENEDEK, Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 440[*].

Nel marzo 2018 si è celebrato il ventesimo anniversario della ratifica della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo (CEDU) da parte della Russia. Questa data invita a riflettere attentamente sulla portata e gli effetti di tale strumento per il Paese. Alcuni esperti ritengono che i due decenni sotto la giurisdizione della Corte di Strasburgo siano sufficienti per produrre cambiamenti profondi, mentre altri li considerano insufficienti. Tuttavia entrambi concordano con l'opinione che il bilancio della Russia in materia di diritti umani rimanga tutt'ora negativo.

Sarebbe sbagliato negare i miglioramenti raggiunti dalle autorità russe negli ultimi decenni, malgrado i rapporti tra Russia e Corte di Strasburgo non siano stati sempre stabili e privi di confronto. Fin dall'inizio della sua esperienza "europea" – la Russia divenne membro del Consiglio d'Europa nel 1996– il sistema giudiziario, il livello della protezione dei diritti dei cittadini russi e, in generale, la situazione con il *rule of law*, non soddisfacevano i parametri necessari per aderire all'organizzazione. Si pensi ad esempio, alle tante violazioni nelle zone di conflittonel Caucaso del Nord, oppure alla eliminazione della pena di morte prevista dal Protocollo n. 6 alla CEDU – protocollo che, tra l'altro, non fu mai ratificato dalla Federazione Russa. La sua adesione al "club" dei Paesi europei di democrazia pluralista fu ai tempi una soluzione compromissoria, basata sulla necessità di uno Stato giovane di ottenere la legittimazione a livello internazionale ma anche sulla strategia di inclusione che gli Stati occidentali hanno adottato nei confronti dei Paesi del ex-blocco comunista in seguito al crollo del muro di Berlino.

L'entrata a far parte dell'istituzione internazionale, fondata a metà del secolo scorso da una dozzina di Stati di democrazia pluralista del blocco Occidentale che rappresentavano un modello concorrente a quello sovietico, ha segnato un evento storico di grande rilevanza. Inoltre, sembra paradossale il fatto che quasi tutti i Paesi del blocco comunista che si trovano completamente o parzialmente nel continente europeo (ad esclusione della Bielorussia di Lukashenko) abbiano aderito al Consiglio d'Europa e si siano sottoposti alla giurisdizione della Corte EDU.

Al seguito di questo promettente inizio, tuttavia, quasi subito si sono notate alcune tendenze preoccupanti. La crescita esponenziale del numero dei ricorsi presentati

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

ogni anno dai cittadini russi e la stragrande percentuale dei casi in cui la Corte europea ha trovato almeno una violazione dei diritti umani hanno messo in evidenza problematiche esistenti nel sistema regionale europeo di protezione dei diritti e hanno rilevato difetti di carattere strutturale nel sistema giudiziario russo.

La volontà delle autorità russe nell'osservare i diritti umani nel Paese ha iniziato ad essere messa in dubbio. Per quanto riguarda i tribunali ordinari, l'atteggiamento dei giudici russi rispetto al meccanismo europeo non è stato entusiasta ma per lo più irregolare. Per lungo tempo, un ostacolo importante per i tribunali verso la conformità alle norme convenzionali è stato rappresentato dall'assenza nella dottrina giuridica russa di un chiaro rapporto tra le norme interne (di carattere costituzionale e primario) e quelli internazionali. Una svolta in questa *partnership* difficile è stata la pronuncia della Corte con la quale i giudici hanno stabilito la supremazia della Costituzione russa rispetto alle norme internazionali pattizie (compresa la CEDU) e sulla propria competenza esclusiva a decidere le questioni sulla conformità delle interpretazioni della Corte di Strasburgo allo spirito della Costituzione russa.

A questo punto, bisogna notare, che la Russia attualmente si presenta come l'unico Paese ad aver introdotto a livello legislativo (legge del dicembre 2015 sulle modifiche alla Legge Costituzionale "Sulla Corte Costituzionale") un meccanismo di *non compliance* in violazione agli obblighi di tutela dei diritti umani assunti convenzionalmente (si veda l'Opinione della Commissione di Venezia, *CDL-AD(2016)016-e*). Questa previsione non è rimasta lettera morta, come si può notare dalle due occasioni della Corte Costituzionale – quella del 2016 per il riesame del caso Anchugov e Gladkov e quella del 2017 per il caso Yukos.

La chiusura della Russia nei confronti del sistema di tutela CEDU ha suscitato nell'ambiente accademico, oltre a quello diplomatico, il timore per un eventuale ritiro della Russia dal Consiglio d'Europa.

Tale dinamica rientra pienamente nella logica dei rapporti instabili tra la Russia e l'Occidente e anche nel *trend* di chiusura del sistema politico russo. A livello simbolico questa svolta si interpreta con l'espressione "democrazia sovrana": essa spiega la riluttanza da parte delle autorità russe alle interferenze internazionali negli affari interni e la perseveranza nel sostenere l'idea della divergenza (parziale) dei valori e degli interessi fondamentali della Russia e dell'Occidente. Durante l'ultimo decennio la "democrazia sovrana" è divenuta una vera e propria ideologia statale, che vige nella politica interna ed estera della Russia e grazie alla quale il confronto tra la Russia e l'Occidente acquisisce contorni simili a quello dell'epoca della Guerra Fredda.

Dunque, la complessità dei rapporti tra la Russia e la Corte di Strasburgo si rende oggetto particolarmente interessante per gli studiosi di vari settori (dalle Relazioni

ISSN 2279-7238

internazionali alla scienza politica, dal diritto pubblico comparato a quello internazionale). La versatilità dell'argomento nasconde diversi paradossi e interrogativi, a cui si rivolgono molteplici scritti academici. Per esempio: quale rapporto fra tutela convenzionale e tutela costituzionale si può instaurare? Quanto sono efficaci i sistemi sovranazionali di salvaguardia dei diritti umani? Come rendere tali sistemi più attraenti e penetrabili? E come si può spiegare l'inadempienza di alcuni Paesi e l'obbedienza di altri?

Ora, il volume *"Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect*", oggetto di recensione, ha al centro della ricerca le dinamiche dei rapporti tra la Russia e la Corte di Strasburgo. Il testo, pubblicato recentemente da Cambridge University Press e realizzato da un gruppo di quattordici studiosi, non si limita alla descrizione delle fasi di dialogo e confronto. Secondo gli Autori, lo scopo del libro è più ambizioso: analizzare l'impatto dell'inclusione della Federazione Russa nel sistema CEDU. Il titolo del volume si rifà al libro del professore americano Daniel C. Thomas "*The Helsinki Effect: International Norms, Human Rights, and the Demise of Communism*" (Princeton University Press, 2001). Basandosi sulla tesi ottimista "*human rights norms do matter"*, Thomas sostiene che l'Atto finale di Helsinki, firmato nel 1975, ha contribuito in modo importante alla fine del comunismo. Ora, sulla scia di questa potente affermazione costruttivista, gli Autori del libro "*Russia and the European Court of Human Rights..."* cercano di stabilire, a sua volta, il grado di penetrazione del meccanismo di tutela dei diritti della CEDU, cioè di stimare il cd. "effetto Strasburghese".

Secondo l'approccio teorico alla base del volume, l'impatto delle istituzioni e delle norme internazionali sugli Stati avviene in larga misura attraverso processi di socializzazione nella forma di influenza sociale (un senso di appartenenza a un gruppo sociale) o di persuasione (un insieme di atti comunicativi che generano una convergenza di preferenze e opinioni). Tale ipotesi ha origine nelle teorie degli studiosi come A. Wendt, I. Jonson, T. Risse, K. Sikkink (alcuni citati nel libro) che hanno cercato di applicare gli elementi della Psicologia sociale allo studio delle Relazioni internazionali. Gli istituzionalisti di scuola costruttivista sono stati in grado di mostrare come i processi di socializzazione e persuasione internazionale hanno reso i regimi repressivi più rispettosi dei diritti umani.

Dall'altro lato, la potenzialità esplicativa di tale approccio deve essere ancora valutata. Su questo punto insiste uno degli editori del volume e il seguace del paradigma costruttivista, il professore Lauri Malksoo. Egli si chiede come potrebbe essere spiegata la mossa "sbagliata" della Russia?, e propone la sua interpretazione, in qualità di esperto di storia del pensiero giuridico russo (si pensi, ad esempio, al

ISSN 2279-7238

suo libro "*Russian Approaches to International Law*" [Oxford University Press, 2015]): "*My hypothesis is that the success of socialization in Russia has turned out fairy modest so far because "liberal Europe" is seen as "decadent", "too much under U.S. influence", "hypocritical", "hostile", "applying double standards", and so on. The discourse of human rights is increasingly politicized in Russia, while a number of ECtHR judgements are seen as primarily political as well*" [cfr. p. 23].

Un altro autore, il giurista austriaco Wolfgang Benedek, nota che l'ipotesi iniziale sul *socialization effect* alla base del dibattito, probabilmente, risulta valida soltanto nei periodi di collaborazione tra la Russia e la Corte EDU ed è paradossalmente impotente nei periodi del confronto tra di loro. A suo avviso, tale ambiguità rende le valutazioni di questi rapporti intrappolati nella logica 'il bicchiere è semipieno, il bicchiere è semivuoto'. Per questo motivo, il volume non cerca di dare una risposta definitiva sulla portata del sistema CEDU, né tantomeno tenta di rispondere alla domanda *Quo vadis, Russia*? Questo è, a mio avviso, uno dei meriti del libro, visto che gli Autori hanno cercato di elaborare un'analisi equilibrata, applicando in maniera consapevole l'approccio costruttivista, anche mettendolo alla prova.

Per quanto riguardo la struttura e il disegno della ricerca, il volume in esame rappresenta un insieme di saggi scritti da professori universitari, ricercatori, esperti giuridici presso il Consiglio d'Europa, ex-giudici della Corte di Strasburgo, giuristi e attivisti per i diritti umani, di origine russa e straniera, le cui sfere di interesse rientrano in diversi settori disciplinari. Questa eterogeneità riflette una tendenza attualmente in corso, ovvero una diffusione delle ricerche multidisciplinari che, come nel caso del volume in esame, porta ad una fruttuosa collaborazione di studiosi e professionisti.

Data la complessità del fenomeno al centro del dibattito e il diverso *background* professionale degli Autori, la discussione si sviluppa su più livelli. Seguendo la divisione in parti proposta dagli editori, tutti i saggi possono essere divisi in due gruppi: 1) aventi ad oggetto argomenti di carattere generico (II parte, capitoli II-V), e 2) basati principalmente sull'analisi dell'elemento empirico, *case studies* (III parte, capitoli VIII-X). Le parti restanti "incorniciano" la narrazione.

Per quanto riguarda l'elemento empirico, la presenza di molteplici riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte Costituzionale russa costituisce uno dei pregi del libro. Dal canto suo, lo studio dei casi è di particolare interesse dal punto di vista tecnico-giuridico, poiché non solo descrive il *modus operandi* della Corte di Strasburgo, ma anche il grado di efficienza con cui il diritto internazionale dei diritti umani affronta le situazioni di illegalità. Così, nel volume gli Autori descrivono tre casi di violazioni di diritti specifici che riguardano: le garanzie dei diritti umani nelle zone di conflitto armato (cd. "*Chechen cases*"), la difesa dei diritti di proprietà nei

ISSN 2279-7238

paesi ex-comunisti (si pensa all'eredità del diritto socialista e al mancato bilanciamento degli interessi pubblici *vs* i diritti dei privati), e, infine, il tema della protezione dei diritti delle minoranze sessuali (soprattutto, alla luce della legge federale russa del 2010 contro la propaganda omosessuale fra i minori).

La ripartizione degli argomenti, proposta in questa sede, ai fini dell'analisi del contenuto del libro verte su quattro livelli. Al centro del primo livello, tecnico-legale, si trova la questione dell'adattamento delle norme interne a quelle pattizie. Per questa ragione l'attenzione degli Autori si sposta sul ruolo delle Corti. Così, l'avvocato e membro della Ong russa "*Sutyazhnik*", Anton Burkov, analizza come i tribunali ordinari russi utilizzino (o non utilizzino) le norme della CEDU. Il suo studio ha ad oggetto tre casi diversi riguardanti l'espianto degli organi in segreto, il diritto negato all'incontro coniugale e l'assistenza legale gratuita nei procedimenti amministrativi. Nel suo saggio, l'Autore cerca di indagare perché, nonostante l'effetto vincolante dei casi identici, la prassi giuridica rimanga non conforme all'obbligo delle corti nazionali di tener conto dell'interpretazione della Corte EDU.

Per quanto riguarda la Corte Costituzionale russa e il suo ruolo nel dialogo fra le Corti nazionali e quella europea, si pensi al contributo di Sergey Marochkin, professore dell'Università Tyumen. Nel suo saggio, usando la metafora del "duetto-duello", Marochkin mette in evidenza un atteggiamento controverso dei giudici costituzionali nei confronti della Corte europea. Come scrive l'Autore, nelle sue pronunce la Corte Costituzionale spesso ha citato – pur non sempre in modo corretto – le decisioni della Corte EDU, integrando le posizioni giuridiche dei giudici europei nell'ordinamento russo. Tuttavia, nella Opinione del 2015, la Corte russa ha ritenuto opportuno riservare per sé il ruolo principale nel dialogo con i giudici europei, sottolineando come la Corte di Strasburgo fosse un "organo giurisdizionale interstatale sussidiario".

L'idea di un carattere più complesso nei rapporti fra la Russia e la Corte di Strasburgo viene sostenuta dal professore dell'Università di Londra Bill Bowring, esperto di dottrina e di prassi giurisprudenziale russa. Da sottolineare le sue osservazioni sulla similitudine, legata al comune passato imperiale, dell'atteggiamento diffidente della Russia e della Gran Bretagna verso gli strumenti giuridici internazionali, e anche sull'approccio strettamente positivista diffuso nella cultura giuridica russa. L'Autore individua nell'esame degli aspetti legali, da un lato, diversi segnali di impatto positivo della CEDU sul sistema russo della protezione dei diritti umani [p. 211], e dall'altro, sottolinea le deficienze del nuovo meccanismo del 'controlimite' introdotto con la Legge del dicembre 2015. Pur riconoscendo la pericolosità di tale meccanismo, Bowring è ottimista per quanto riguarda le previsioni

ISSN 2279-7238

sul futuro dialogo Russia-CEDU: "*...while it [engagemente between Russia and the ECtHR has not turned Russia into the Netherlands or Norway, has brought about real change*" [cfr. p. 189].

Il dibattito presentato nel libro si arricchisce grazie al contributo degli ex-giudici della Corte di Strasburgo, Elisabet Fura e Rait Maruste, che rinvia ad una riflessione dalla prospettiva europea e, quindi, analizza l'effetto della partecipazione russa sul sistema strasburghese. Nel loro saggio, gli Autori affermano che la maggiore influenza sul meccanismo della CEDU la Russia l'ha esercitata nell'elaborazione dei nuovi metodi di lavoro della Corte e nell'evoluzione della sua giurisprudenza.

Il secondo livello su cui si sviluppano le riflessioni degli Autori è quello pragmatico-politico. La tesi chiave è che la qualità delle istituzioni incide sull'impatto delle norme internazionali sul sistema nazionale, e viceversa. Così, un'analisi dei fattori politico-istituzionali del sistema russo che hanno potuto incidere sul dialogo Russia-Corte EDU è stata proposta nel saggio del professore A. Trochev, Autore del primo studio approfondito sul ruolo attuale della Corte Costituzionale russa nel libro "*Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1990-2006"* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008*)*.

Riprendendo la tesi del politologo inglese R. Sakwa sullo "sdoppiamento" dello Stato-apparato russo (cd. "*dual state*"; v. "*The Crisis of Russian Democracy: The Dual State, Factionalism and the Medvedev Succession*", Cambridge: Cambridge University Press, 2010), l'Autore ritiene che nella Russia attuale si sia creata una tensione fra il regime amministrativo basato sull'arbitrarietà e clientelismo (esempio "*telephone justice*") e il regime costituzionale basato sul *rule of law*. Secondo Trochev, proprio la sostanziale soppressione dello stato di diritto, verificata man mano, ha provocato un confronto acceso, soprattutto, sui casi politicamente sensibili fra le autorità russe e la Corte EDU, in cui la Corte Costituzionale russa ha dovuto adottare un atteggiamento pragmatico, *ad hoc*, dato l'assetto istituzionale russo squilibrato a favore del ramo esecutivo, [p.128]. Anche S. Marochkin, nel suo capitolo, suggerisce la necessità di cercare, innanzitutto, ragioni di carattere politico per spiegare la pronuncia della Corte Costituzionale russa nel luglio 2015: "*The prevalence of the "party in power" over the Rule of law" principle is obvious... statement and comments show that these clearly reflect political motive. They demonstrate an unwillingness to be open, to delegate some powers to international bodies, as it stated in Constitution, and to "rollback" in pursuit of former self-sufficiency*" [cfr. pp.123-124].

Il terzo livello della riflessione è quello ideologico-culturale. Secondo questa impostazione, il dibattito al centro del libro potrebbe essere riassunto in una polemica

ISSN 2279-7238

contrapposizione "Russia vs Occidente", ove viene in rilievo la retorica ufficiale, il cui protagonista è il Presidente della Corte Costituzionale russa Valerij Zor'kin.

Così, il docente della Facoltà giuridica dell'Università di San Pietroburgo e studioso della storia del pensiero giuridico russo, Mikhail Antonov, propone una lettura critica della "dottrina" giuridica elaborata da Zor'kin. Secondo l'Autore, la sua filosofia è caratterizzata dall'eclettismo e rappresenta una sintesi bizzarra delle due estremità – idealismo e positivismo, mentre la concezione dei diritti umani si basa sulle idee arcaiche: "*Zorkin develops his conception og human rights on foundations that are pretty obsolete*" [cfr. p. 185]. Secondo l'Autore, la "dottrina" di Zor'kin trova le sue radici profonde nel discorso anti-Occidente, nell'ideologia dell'eccezionalissimo (*osobyj put'*), nell'idea di un forte Stato sovrano con potere accentrato, nella morale tradizionalista e nella mentalità collettivista.

Un'eccessiva promozione del concetto di sovranità nello spazio pubblico può diventare un ostacolo per l'adempimento degli obblighi internazionali di protezione dei diritti umani. Questa tesi è proposta nel suo saggio da Benedikt Harzl, professore dell'Università Graz. Secondo l'Autore, la retorica ufficiale, quale "*nativist ideology*" o *Russian "Monroe doctrine",* si basa sulla concezione schmittiana della sovranità, che paradossalmente "promuove il pluralismo degli Stati sovrani al livello internazionale, mentre disprezza il pluralismo all'interno degli Stati" [p. 366]. Un esame attento rileva l'incoerenza di una dottrina ufficiale russa, tale da renderla, secondo l'Autore, un semplice strumento di propaganda [v. p. 356, p. 383].

Infine, il quarto pilastro dello studio è rappresentato dalle motivazioni geopolitiche. Esso copre le questioni più generiche delle relazioni internazionali, come le ragioni del comportamento degli Stati al livello internazionale, riproponendo la domanda "*why does the Russian Federation bother complying at all?*" [cfr. p. 17]. Così, gli Autori si rivolgono al problema di come rendere l'influenza delle istituzioni internazionali più penetrante per un contesto nazionale ostile, ovvero dove la volontà politica e l'opinione pubblica sono contrarie ad un'apertura.

Pertanto, per descrivere il fallimento delle democrazie pluraliste occidentali nel condurre le autorità russe verso la cooperazione nel segno dei valori europei Petra Roter, professoressa dell'Università di Lubiana, suggerisce il concetto di "*incomplete socialisation*". Nel suo saggio, Roter esamina la partecipazione (*à la carte)* della Federazione Russa nel Consiglio d'Europa da una prospettiva geopolitica. Essa vede nella contrapposizione (psicologica) tra nuovi e vecchi Stati-membri del Consiglio e nel contrasto tra la percezione di sé della Russia come Grande potenza con la sua "umiliante" posizione di un'apprendista' in materia, le ragioni principali di un atteggiamento di chiusura da parte del governo russo.

ISSN 2279-7238

Dunque, la scarsa sensibilità verso fenomeni internazionali, il senso dell'eccezionalità, la prevalenza delle ragioni politiche, il pragmatismo e il formalismo della magistratura, sono tutti fattori che hanno precluso il continuo processo evolutivo dei rapporti tra la Russia e la Corte di Strasburgo. Tuttavia, bisogna sottolineare, che la Corte europea dei diritti umani è un'istituzione che esercita ancora un controllo efficace sulla Russia. Gli Autori del volume "*Russia and the European Court of Human Rights"* arrivano a questa conclusione controversa ma equilibrata.

Nonostante la varietà degli approcci intrapresi e la molteplicità dei livelli dell'argomentazione che sviluppano gli Autori, il libro rappresenta una narrazione solida e coerente sull'impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento giuridico e lo stato di diritto russo.

Grazie all'impostazione costruttivista della ricerca (basata sulla teoria della socializzazione normativa), è stata prestata dovuta attenzione agli elementi, come le percezioni e le motivazioni, facilmente trascurabili nelle ricerche tradizionali sul Diritto pubblico internazionale. Inoltre, il dibattito sviluppato nelle pagine del volume è stato integrato con l'esame equilibrato anche dei fattori politico-culturali che hanno potuto influire sul dialogo fra le Corti nazionali ed europea.

L'ampio riferimento alla *case law* della Corte di Strasburgo e della Corte Costituzionale russa ha reso il dibattito all'interno del testo particolarmente ricco. Gli Autori esaminando il rango e il ruolo dei giudici nell'applicazione della Convenzione, non hanno ignorato il tema "caldo" della mancata applicazione delle decisioni della CEDU, divenuta particolarmente rilevante alla luce della Legge russa del 2015.

Nel complesso, si può dire che gli Autori hanno fornito un quadro completo dei problemi che riguardano il tema del dialogo-confronto tra la Corte di Strasburgo e le autorità russe. È opportuno notare in questa sede, che attraverso lo studio delle relazioni russo-europee possono essere individuati non solo i contorni dei problemi legati alla situazione dei diritti umani in Russia, ma anche i paradossi di una "socializzazione incompleta". Così, malgrado la retorica delle autorità russe diventi sempre più aggressiva nei confronti delle istituzioni europee, la continua crescita esponenziale dei ricorsi presentati alla Corte di Strasburgo testimonia la fiducia dei cittadini russi nel meccanismo della CEDU.

Ilmira Galimova

ISSN 2279-7238

F. CAMMARANO (edited by), Praxis, language and theory of political delegitimization in contemporary Europe, Roma, Viella, 2017, pp. 150[*].

Il dibattito politico contemporaneo sempre di più viaggia lungo i binari della delegittimazione dell'avversario, rappresentando la persona o la fazione opposta come contrari alla legge e ai valori dell'ordinamento, di fatto screditandoli agli occhi della società civile. L'attività di delegittimazione soventemente fuoriesce dal perimetro tracciato dalla scienza politica, caricandosi di significati sociali, culturali e psicologici.

Il volume edito da Fulvio Cammarano, *Praxis, language and theory of political delegitimization in contemporary Europe***,** si propone proprio di affrontare la tematica della delegittimazione utilizzando il metodo dell'inchiesta storica. L'opera raccoglie i risultati delle ricerche svolte in sette università italiane nell'ambito di un progetto coordinato, finanziato con i fondi PRIN 2010-2011 messi a disposizione dal MIUR. Ogni capitolo espone gli esiti raggiunti da ciascuna unità, offrendo uno sguardo privilegiato e ad ampio raggio sull'argomento.

Nel primo capitolo, Fulvio Cammarano introduce il lettore verso il cuore della questione - fornendo gli strumenti argomentativi necessari alla comprensione dei successivi contributi - partendo dal pensiero di Max Weber e in particolare dalla sua teoria della legittimazione del potere. A parere dell'Autore, la formulazione weberiana segna un punto di rottura semantico più che concettuale. Già prima della messa in circolazione dell'opera del pensatore tedesco nei primi del Novecento (si pensi – su tutte - a *Economia e società,* University of California Press, 1922), esisteva infatti il concetto di legittimazione politica; ciò che risultava mancante era piuttosto un termine atto ad esprimere tale nozione (p.9). La parola legittimazione veniva ricondotta alla sfera giuridico-legale, stando ad indicare l'attributo della conformità alla legge, ovvero della legalità. Con la formulazione weberiana, l'asse interpretativo e semantico andò invece a spostarsi sul piano del riconoscimento, inteso hegelianamente quale terreno di conflitto, scontro e ricomposizione finale. Il concetto di legittimazione finì dunque per indicare il rapporto politico esistente tra governanti e governati, o meglio la relazione intercorrente tra i due basata appunto sul riconoscimento – da parte dei secondi – della legittimità del potere detenuto dai primi. Tale concezione supera l'dea di una mera osservanza da parte delle istituzioni

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

dell'impianto normativo esistente, riferendosi altresì ai principi e valori di cui si fa portatore e promotore lo Stato riconosciuto.

Ciò che interessa maggiormente l'A. è ad ogni modo il processo inverso, ovvero la delegittimazione, che deve intendersi come negazione o revoca del riconoscimento nei confronti di un opponente politico o di un sistema nel suo complesso, con conseguenze ovviamente diverse. Nel primo caso, si avrà infatti il disconoscimento del singolo avversario - rappresentato come estraneo e inconciliabile con l'ordine costituzionale precostituito -; nel secondo caso, invalidando l'intero impianto normativo, l'esito non potrà che essere l'innescarsi di un procedimento di *constitution-making*.

In entrambe le ipotesi, però, lo studio del fenomeno della delegittimazione non può prescindere dal riferimento al sistema valoriale, culturale, simbolico nonché argomentativo di una determinata società (chiaro in questo passaggio è il riferimento alla "Costituzione materiale" di Costantino Mortati) (p.11). Si tratta in buona sostanza di un processo dinamico che si sviluppa sia lungo una direttiva verticale – tra detentori del potere e sottoposti - che orizzontale, tra leader politici stessi.

Ciò posto, l'A. si sofferma a delineare la differenza esistente tra delegittimazione legittima ed illegittima. La prima riguarda la negazione del confronto con l'opponente politico poiché considerato nemico dell'ordine costituzionale vigente mentre la seconda fa riferimento ad una radicalizzazione del conflitto così netta da mettere in discussione il sistema in quanto tale, mirando al suo rovesciamento. In questo secondo caso, l'argomento delegittimante perde la funzione sua propria di difesa del sistema costituito, assumendo invece caratteri rivoluzionari. Secondo Cammarano, infatti, la delegittimazione non può che presupporre la fiducia nella legittimità dell'ordinamento, costruito su valori costituzionali condivisi.

In conclusione, l'A. passa a dimostrare come la pratica della delegittimazione sia radicalmente mutata negli anni. In particolare, a partire dal 1989, con la sostanziale affermazione di un solo tipo di costituzionalismo e di cultura politica, sembra essere venuta meno la figura autentica dell'opponente, fautore di un'ideologia differente rispetto al liberalismo dominante. Ciò che si registra – a partire dall'ultimo decennio del XX secolo – è dunque la scomparsa dell'avversario politico tradizionalmente inteso. Il conflitto si fa allora meramente virtuale ed è in tale scenario che tende ad attecchire e dilagare il rinnovato paradigma di delegittimazione, basato non più sui classici argomenti politico-costituzionali quanto su quelli di carattere personale, ideologico, culturale o persino religioso.

ISSN 2279-7238

Nel secondo capitolo, a cura di Stefano Cavazza, vengono presentati i risultati dell'unità di ricerca di Bologna, il cui lavoro si è incentrato sui processi di delegittimazione politica in Italia, Francia, Germania e Regno Unito dal 1870 all'epoca immediatamente successiva alla Seconda Guerra Mondiale.

L'assunto di partenza di tale gruppo scientifico era quello dell'affermazione della pratica della delegittimazione come tratto distintivo della politica contemporanea, delle dinamiche elettorali, del dibattito e della propaganda moderni (p.18). In particolare, l'era tra la fine del XIX secolo e il primo Dopoguerra appare decisiva per l'inasprirsi dei toni politici, da ricondursi alla crescita dell'influenza dei media, nello specifico della carta stampata. Se da un lato, infatti, i mezzi di comunicazione di massa hanno avuto il merito di rafforzare la consapevolezza, la conoscenza e la cultura politica della cittadinanza, dall'altro, hanno puntato i riflettori sugli attori della politica più che sulla politica. In tal modo, dunque, la battaglia propagandistica cominciò ad assumere i tratti della personalizzazione, andando a colpire aspetti individuali dell'avversario e gridando facilmente allo scandalo. Si pensi agli episodi aventi come sfortunati protagonisti Walther Rathenau e Matthias Erzberger durante la Repubblica di Weimar o, ancora, all'Affaire Dreyfuss scoppiato in Francia (che vide il coinvolgimento di artisti noti quali lo scrittore E. Zola).

In tale fase storica, quindi, allo scontro fondato sulla delegittimazione politico-costituzionale dell'opponente si aggiunse la cosiddetta "*personality assassination*" (p.30) tramite cui l'avversario veniva screditato e presentato come illegittimo non tanto per le idee e i valori di cui si faceva promotore quanto per la sua integrità morale, il suo status sociale e la sua posizione economica. Da lì a breve, ne risultò un rinnovamento delle strategie elettorali e propagandistiche, sempre più incentrate sull'individualità e sulla personalità dei soggetti politici coinvolti e dunque estremamente contingenti e cangianti.

Il terzo capitolo – che porta la firma di Paolo Macry – è volto ad illustrare i risultati dell'unità scientifica di Napoli. Nello specifico, tale gruppo di ricerca ha condotto la propria indagine focalizzandosi sul fenomeno della legittimazione, delegittimazione e ri-legittimazione dello Stato e delle istituzioni pubbliche. Tre sono le esperienze analizzate: l'impero britannico e l'Italia coloniale di fine Ottocento/primi del Novecento e la Germania durante gli anni Venti del XX Secolo.

Partendo dallo studio delle vicende d'oltremanica (p.34), l'A. sottolinea come - con l'affermarsi del *Government by party* a seguito della riforma elettorale del 1867 – si sia dimostrata di cruciale importanza la figura del monarca, emblema della neutralità e personificazione dei valori nazionali. A fronte della composizione eterogenea del nuovo Parlamento, infatti, il leader e la maggioranza politica usciti vincenti dalle

ISSN 2279-7238

tornate elettorali dovettero appellarsi - per essere riconosciuti come legittimi dalla minoranza - alla superiorità ed alla neutralità politica della Corona, incarnante l'unità nazionale e mediatrice fra le correnti avversarie. Il carisma e la personalità dei regnanti che si succedettero in quegli anni si rivelarono fondamentali non solo per legittimare le istituzioni nazionali quanto l'intero sistema imperiale fattosi cosmopolita. Il monarca assunse dunque una carica simbolica - rappresentando i valori e la cultura albionici - così pregnante da fungere da catalizzatore per il raggiungimento di un elevato grado di consenso e di legittimazione non solo all'interno dei confini statali ma anche nei territori coloniali. La strategia impiegata in Gran Bretagna fu sostanzialmente quella di legittimare lo Stato e la sua estensione imperiale prima operando sulla società civile nazionale per poi passare ai sudditi coloniali, riproponendo la figura emblematica del sovrano come portabandiera di valori condivisi e vincenti.

Speculare e inversa fu l'esperienza coloniale italiana in Eritrea. Il governo italiano in Africa si dimostrò piuttosto debole e incapace di relazionarsi in modo proficuo con le autorità locali. Ciò – a parere dell'A. – deve ricondursi alla scarsa legittimazione di cui godeva lo Stato italiano in patria. La questione meridionale, la crisi del sistema liberale nonché l'avvento del fascismo sono presentati come sintomi di tale patologia, manifestatasi già pochi anni dopo il raggiungimento dell'Unità nazionale. Il persistere delle richieste di autonomia e differenziazione locale, la mancanza di una tradizione statale, la scarsa educazione delle classi medie e la diffidenza della borghesia nei confronti dei meccanismi di rappresentanza politica causarono un indebolimento della struttura statale tale per cui la delegittimazione dello Stato italiano all'estero proveniva dall'Italia stessa. È per tale ragione che l'A. arriva a sostenere che, in fondo, l'epoca prefascista incubava i germi del fascismo (p. 43) dal momento che i poteri costituzionali parevano aver già allora abdicato ai ruoli loro propri.

Diverso ancora è l'ultimo caso proposto, ovvero quello della Germania nazista, ove l'opera di delegittimazione dell'ordine costituito fu endogena al sistema stesso. Sviluppatasi in un periodo di crisi economica e politica, la retorica populista nazional-socialista attecchì in ogni fascia della popolazione, contestando la legittimità delle istituzioni statali già ampiamente criticate e messe in discussione dalla scontenta società civile. In particolare, l'ideologia nazista riuscì a delegittimare la classe dirigente, reclamando la sovranità popolare, e a penetrare all'interno dell'apparato statale, passando per i meccanismi legali della democrazia rappresentativa. Operando le pratiche della delegittimazione dall'interno, l'esito ultimo fu l'implosione dell'intero impianto costituzionale.

ISSN 2279-7238

Il quarto capitolo – curato dall'unità di ricerca di Bari con Luigi Masella – si concentra sul tema della ricostruzione e rappresentazione della figura del nemico politico durante i periodi di transizione, momenti in cui lo scontro pare superare la rivalità parlamentare per andare invece a testimoniare l'affermazione di nuovi valori e la ricerca di una rinnovata inclusione politica nonché sociale.

Nello specifico, l'A. chiarisce come argomento privilegiato della ricerca debba considerarsi la pratica della delegittimazione compiuta al di fuori delle aule parlamentari, ovvero la *bottom-up variety* (p.50), portata avanti dai rappresentanti delle minoranze, dai gruppi extra-parlamentari o dalle classi sociali escluse dal dibattito costituzionale, intenti a contestare la legittimazione della maggioranza e dei suoi membri. Opposta ad essa si ha la cosiddetta delegittimazione *top-down* per cui la maggioranza parlamentare si proclama unica possibile espressione legittima dell'ordinamento vigente.

Prendendo ad esempio il caso della "rivoluzione parlamentare" del marzo 1876 in Italia, l'A. procede ad illustrare come la delegittimazione del sistema giolittiano sia da ricondursi alle pressioni provenienti dalla società civile, in modo particolare dal ceto medio - espressione della società di massa - escluso dai circuiti di rappresentanza politica. La protesta riguardava il sistema liberale nel suo complesso ed era volta ad un ripensamento della democrazia in funzione dei nascenti partiti di massa. Delegittimato l'ordine preesistente ed i suoi membri, dunque, il nuovo ordinamento costituzionale non poteva che essere costruito da e su quei gruppi (nel caso di specie, i sindacati e le masse popolari) – precedentemente ritenuti antisistema – capaci però di dar voce agli attori del ribaltamento istituzionale e facilmente distinguibili rispetto ai liberali. Fu in tal modo che, secondo l'A., si giunse all'affermazione dei partiti Cattolico e Socialista.

Dinamiche simili possono essere individuate nel caso della delegittimazione del regime fascista negli anni Trenta ad opera dei proprietari fondiari del sud Italia o ancora nella vicenda del *Kultukampf* - relativa alla creazione dello Stato imperiale tedesco – che vedeva contrapposti Stato e Chiesa Cattolica.

I risultati dell'unità di Bergamo sono poi raccolti nel quinto capitolo, ad opera di Roberto Pertici e Federico Mazzei, riguardante le forme di delegittimazione politica che furono innestate dal nazionalismo nell'Italia liberale (p. 67).

I movimenti nazionalisti italiani dei primi del Novecento si qualificavano come forze neo-conservative non intenzionate a sovvertire l'ordine costituito, limitandosi a criticare le istituzioni nazionali con toni deprecatori. Le tecniche di delegittimazione impiegate nei confronti degli opponenti politici erano, al contrario, ricche di simboli e di parole atte a rappresentare l'avversario come nemico della patria. Era la classe

ISSN 2279-7238

politica – e non le istituzioni - ad essere presentata come illegittima, tanto che i suoi membri vennero addirittura descritti come "traditori, parricidi e spie" da G.A. Borgese.

Come fatto notare gli AA., fu solamente con Alfredo Rocco che la dialettica di delegittimazione cambiò obbiettivo, spostandosi dalla demolizione del singolo oppositore a quella delle istituzioni politico-liberali in quanto tali.

Il capitolo sesto tratta la delegittimazione politica messa in opera all'interno dei circuiti degli esiliati e dei migranti nel 1848-1948. Tale parte del volume – redatta da Renato Camurri – presenta il lavoro di ricerca portato avanti dall'unità di Verona.

Relativamente alla condizione degli opponenti all'interno delle comunità di esuli nell'epoca del Risorgimento, l'Autore sottolinea come un ruolo importante fosse riservato all'opinione pubblica (p. 88), per cui la negazione della legittimità dell'avversario passava molto spesso per il ricorso a discorsi pubblici denigratori della persona altrui.

Ulteriore elemento da tenere in considerazione in tale epoca è poi il cosiddetto "*constitutional precinct*" (p.89). Deve infatti ricordarsi come la delegittimazione guardi ad un sistema valoriale comunemente accettato e cristallizzato in Costituzione: l'esatta corrispondenza a tale impianto si definisce legittimazione. In Italia, perciò, si può correttamente parlare di legittimità costituzionale solo a seguito del 1861, posto che precedentemente sul territorio della penisola convivevano modelli e ordinamenti statali differenti, che interessavano fette di popolazione diverse a seconda dell'ubicazione geografica. Pertanto, in assenza di un assetto valoriale e politico condiviso, il collante era rappresentato dalla comune volontà di raggiungere l'unità nazionale. L'A. rileva allora come – in questo periodo – il discorso sulla delegittimazione dell'avversario fosse incentrato più sui dissidi circa il modo di realizzare tale obbiettivo, più che sullo scopo stesso.

Circa il secondo filone d'indagine – ovvero il rapporto tra delegittimazione ed emigrazione – l'A. affronta il caso del giornale *Il Carroccio,* filofascista, pubblicato a New York ad opera di immigrati italiani, sulle cui pagine i detrattori del regime venivano delegittimati usando toni particolarmente roboanti. Tale esempio serve a dimostrare come il caldeggiare la legittimità del Fascismo (e dell'ordine istituzionale da esso imposto in Italia) fosse in realtà funzionale alla piena integrazione degli immigrati, "*turning nationalization of the Little Italies into a level for full Americanization*" (93). In buona sostanza, la legittimazione della madrepatria appariva necessaria per l'autolegittimazione dell'emigrato nel contesto politico di inserimento nonché prodromica all'assimilazione del singolo da parte della società ospitante.

ISSN 2279-7238

Nel capitolo settimo, Giovanni Orsina e Guido Panvini, dell'unità di Roma, esplorano le tecniche di delegittimazione in voga nell'epoca Repubblicana.

A parere dei due autori, denigrare gli avversari è prassi così comune ed intensa in Italia da essere divenuta parte della storia e della vita civile del Paese. Nel Secondo Dopoguerra, però, la delegittimazione ha assunto significati e adottato metodi inediti, ricorrendo ad argomenti di tipo morale e prepolitico. In quest'epoca, infatti, si affermarono due tipi diversi di delegittimazione - quella sistemica e quella ideologica – parzialmente interdipendenti tanto che, col tempo, il nemico politico si è andato trasformando nel semplice oppositore, con cui era possibile dialogare e negoziare.

Di fatto le vicende italiane dimostrano la necessità dei partiti di fare i conti con le tensioni e i fermenti di una società in continua trasformazione nonché con gli equilibri globali (p.115). Il processo di (de)legittimazione del PCI, ad esempio, andò di pari passo con le sorti della Guerra Fredda, muovendosi su binari ideologici.

Fondamentalmente, il tratto peculiare della delegittimazione dell'era repubblicana è la sua dimensione ideologica, per cui l'avversario politico veniva demonizzato più per la sua *Weltanschauung* che per le sue azioni o i metodi politici adottati.

L'ultimo capitolo è invece scritto da Benedetta Baldi dell'unità di ricerca di Firenze, dedicato allo studio dei mezzi linguistici e pragmatici impiegati nella comunicazione politica.

L'Autrice rileva la diffusione massiccia del termine "delegittimazione" negli anni Novanta del secolo scorso, soprattutto a seguito delle vicende di Tangentopoli, e come nel tempo tale parola abbia assunto un significato semantico molto più ampio di quello originario. Basti pensare che la pratica di delegittimazione del nuovo millennio mira principalmente alla condanna della vita pubblica o privata dell'avversario. Le strategie contemporanee sono pertanto volte al discredito e all'annullamento della persona e dell'identità socio-culturale dell'opponente. Per tale ragione, la delegittimazione moderna pare fare sempre più ricorso a epiteti, figure retoriche e in generale a un linguaggio idoneo alla ridicolizzazione e al discredito dell'avversario, andandone a minare la credibilità istituzionale.

Il volume edito da F. Cammarano, offrendo uno sguardo storico sull'argomento della delegittimazione, si presenta dunque come uno strumento utile per riflettere e comprendere la politica attuale. Ripercorrendo le fasi storiche dello sviluppo di tale pratica, gli autori pongono infatti in mano al lettore l'armamentario necessario per "leggere" in modo più consapevole lo scenario politico contemporaneo. Cogliere la natura delle tecniche oratorie usate nel dibattito politico e afferrare le motivazioni alla base del ricorso a determinate strategie di delegittimazione permettono al cittadino - e all'elettore - del Secondo Millennio di destreggiarsi più agilmente nell'intricato e

ISSN 2279-7238

labirintico panorama politico odierno. Ancora una volta, dunque, l'insegnamento tratto dalla storia pare rivelarsi indispensabile per l'esegesi dei tempi moderni.

Laura Pelucchini

ISSN 2279-7238

F. CLEMENTI, La libertà di associazione in prospettiva comparata. L'esperienza costituzionale europea, Collana del Centro Italiano per lo Sviluppo della Ricerca (CISR), Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, pp. 280[*].

Oggetto di approfondimento in chiave comparata del volume di Francesco Clementi è la libertà di associazione. Tale tipologia di libertà è essenziale per due ordini di ragioni: innanzitutto perché corollario del concetto di comunità politica, ben presto evolutasi in comunità statuale e, al tempo stesso, perché rappresenta un tassello importante per quanto riguarda l'aspetto relazionale dell'individuo, elemento determinante per comprendere il *grado di maturazione democratica di un ordinamento* (p. XI).

Come messo in luce nelle pagine del Volume, la libertà di associazione ha avuto una diversa declinazione, al pari di altri elementi, nelle due principali famiglie giuridiche: se da un lato nei sistemi di *civil law* ha rappresentato un punto nodale nell'organizzazione sociale sia per coloro che sono schierati dal lato del potere costituito, sia per coloro che si sono prefissati come obiettivo quello del sovvertimento dell'ordine costituzionale; dall'altro, invece, nei sistemi di *common law* la libertà di associazione ha rappresentato "uno strumento per dare spazio e forza alla individualità dei singoli di esprimersi collettivamente, facendo sentire, in un insieme, la propria voce" (cit. p. XII). Pur nella diversità, è possibile individuare un elemento comune alle due famiglie giuridiche, ossia quello relativo alle finalità, giacché entrambe si sono poste come obiettivo quello di mirare all'allargamento dello spazio delle libertà e dei diritti dei singoli.

Appare dunque evidente come al termine delle parentesi totalitarie, che di fatto hanno portato all'annichilimento dei rapporti personali e all'annientamento dell'associazionismo (eccezion fatta per quelle formazioni imposte dall'alto e conformate a predeterminati diktat), proprio la libertà di associazione è progressivamente rifiorita, anche grazie al suo inserimento all'interno di Carte costituzionali e nelle Dichiarazioni internazionali dei diritti.

Sennonché, proprio oggi, la fase di crisi dilagante che si è aperta nei sistemi a democrazia rappresentativa ha riverberato i propri effetti su quei soggetti (partiti, sindacati, associazioni) che hanno contribuito in maniera determinante alla diffusione della stessa democrazia e del pluralismo nei diversi regimi politici. Ciò significa che

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

ancora oggi tale libertà non rimane totalmente indenne da eventuali crisi che si determinano ed investono l'alveo della rappresentanza.

L'A., nelle pagine del suo Volume, effettua una chiara e puntuale analisi di questo diritto di libertà in chiave comparata, non esimendosi dal ricomprendere ed analizzare il ruolo chiarificatore e determinante svolto dalla giurisprudenza costituzionale.

Per quanto attiene alla struttura, il Volume si articola in quattro capitoli. Nel primo capitolo "La libertà di associazione: storia di una libertà", l. A. ripercorre le origini storiche e il percorso evolutivo che la libertà di associazione ha intrapreso nei paesi dell'Europa. Come è immaginabile sussiste una differenza tra gli ordinamenti a tradizione giuridica civilistica e gli ordinamenti a tradizione di *common law*. Nei primi, infatti, la libertà di associazione ha trovato la sua genesi dalla più antica libertà di riunione *fino ad autonomizzarsi normativamente e a trovare, a partire dal secondo dopoguerra, uno spazio (…) nei testi costituzionali* (cit. p. 1); nei secondi, invece, tale libertà emerge dall'alveo della più antica libertà di espressione.

Richiamando inizialmente la prima stagione di lenta positivizzazione dei diritti, di matrice inglese, francese e americana, L'A. passa poi ad analizzare puntualmente sia la fase precedente al 1800, sia quelle successiva, in cui si afferma la forma di stato liberale negli ordinamenti europei e ove i diritti di libertà ancora non trovano ancoraggio costituzionale, ma rimangono in balia di normative di natura provvedimentale, spesso oggetto di incisive limitazioni. È solo con la fine della seconda guerra mondiale e la consacrazione della forma di stato democratico-pluralista che vengono introdotti meccanismi di garanzia e promozione della libertà di associazione e di altri diritti ad essa strettamente connessi. Questo è però circoscritto a determinati ordinamenti (quali ad es. Italia, Germania, Francia) giacché è necessario attendere il 1989 affinché il processo di democratizzazione trovi la via per la sua diffusione in quei regimi che per decenni hanno subito la conformazione al modello sovietico.

Nel secondo capitolo, invece, titolato "la libertà di associazione negli Stati membri dell'Unione europea" fulcro dell'analisi è il tentativo di comprendere l'esistenza e la portata di un generale *statuto costituzionale* della libertà di associazione nei vari ordinamenti.

In tutti i Paesi membri dell'Unione (tra cui è volutamente ricompreso il Regno Unito) esistono riferimenti più o meno espliciti, salvo qualche rara eccezione, ai diritti connessi alla libertà di associazione. Le differenze emerse dalla sistematica analisi effettuata e riportata nel capitolo *ivi* trattato riguardano essenzialmente: la proclamazione della libertà di associazione sganciata rispetto a quella più antica di

ISSN 2279-7238

riunione (18 paesi rispetto ai 28 membri), l'aver ricompreso o meno nel testo costituzionale tale libertà (l'A. riporta il peculiare caso francese, ove la libertà di associazione, pur se non specificamente menzionata tra le disposizioni del Testo, riceve comunque di tutela in ragione del Preambolo, in cui sono richiamate la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 e il Preambolo della Costituzione francese del 1946).

In linea generale, comunque, l'importanza che proprio la libertà di associazione riveste emerge da una considerazione di fondo fatta rispetto all'analisi comparata, ossia quella per cui la stessa rappresenta "la indefettibile cornice di sostanza che, come libertà al singolare, dà concretezza al principio pluralistico, permettendo così di dare al plurale piena declinazione alle libertà associative" (cit. p. 49).

Un altro aspetto di non poco conto e di grande attualità, analizzato nelle pagine del Volume, è quello relativo alla titolarità del diritto oggetto del presente approfondimento. Il quesito principale - che vede non solo l'ambito normativo, ma la Dottrina e la giurisprudenza divise su posizioni antagoniste - è se la titolarità del diritto di associazione riguardi solamente coloro che sono in possesso della cittadinanza, ovverosia estesa anche ai non cittadini. Proprio in riferimento agli eventuali limiti alla libertà di associazione, L'A. analizza altresì le restrizioni imposte – per ovvie ragioni – a determinate categorie professionali, in particolar modo per quanto riguarda l'associazionismo declinato dal punto di vista politico e sindacale: a titolo meramente esemplificativo si ricordano il caso della categoria dei magistrati nell'ordinamento italiano per quanto riguarda i partiti politici e quello polacco per i sindacati, ma sono altresì analizzate le restrizioni imposte ai membri delle forze armate e della polizia. Tali limiti possono essere determinati sia a livello costituzionale, sia a livello legislativo, nonché a livello di codici di condotta.

Tra l'altro, al fine di evitare eventuali forme di discrezionalità da parte dell'autorità, l'A. rileva come in linea generale ci sia stata una tendenza a normativizzare tramite specifiche regole – di norma fonti di rango primario – il fenomeno associativo per quanto attiene i diversi momenti (creazione, registrazione, acquisizione della personalità giuridica, scioglimento), benché non sia possibile operare una tipizzazione del livello contenutistico in chiave comparata.

Il dato essenziale, pur nella diversità delle esperienze (l'eccesso di zelo da parte dell'ordinamento tedesco nella specifica definizione e regolamentazione *contra* un approccio minimale di cui esempio sono il Regno unto o la Norvegia), è che tutti i Paesi hanno disciplinato il fenomeno nelle sue diverse fasi, pertanto da ciò emerge come "il senso della relazione sociale e della sua definizione in un ambito giuridico è (…) un punto molto importante per la definizione, innanzitutto, di sé: ossia dei

ISSN 2279-7238

rapporti tra individuo e autorità politica e, dunque, tra società ed istituzioni". (cit. p. 75)

La libertà di associazione ha ovviamente ricevuto tutela anche a livello sovranazionale. Il percorso storico ricostruttivo relativo alla sua emersione e affermazione è oggetto di trattazione nel terzo capitolo del Volume. Se in un primo momento è stata inserita nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, è stata poi recepita nel Trattato di Lisbona del 2007 come parte vincolante del Trattato sull'Unione europea. L'articolo di riferimento è il 12, che sancisce la libertà di riunione e quella di associazione, nei diversi settori in cui quest'ultima si esplica (politico, sindacale, civico, etc.), ed è da intendersi sia a livello positivo, sia a livello negativo (benché in quest'ultimo caso sia stata affermata in via giurisprudenziale). Così come formulato, l'art. 12 ha suscitato qualche perplessità per due motivazioni: da un lato risentirebbe di una concezione giuridica risalente nel tempo e sganciata dall'attuale contesto; dall'altro non avrebbe consentito la creazione di un unico modello a causa dell'aver demandato ai singoli stati la determinazione dei *modi e delle forme dell'associarsi*.

Tale indeterminatezza è stata in parte superata grazie all'art. 52 della stessa Carta e con il rinvio alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), nonché *alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*.

Di estremo interesse è il richiamo alla giurisprudenza delle due Corti, l'una di giustizia, l'altra europea dei diritti, *per lo sviluppo di un modello propriamente europeo dell'associarsi*, che hanno contribuito a loro modo e vicendevolmente alla progressiva estensione della portata di tale diritto di libertà. In particolare, se la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo è particolarmente scarna in materia (di cui l'A. comunque riporta i casi); dall'altra invece la Corte di Strasburgo, molto più articolata, ha contribuito alla *definizione di contenuti minimi del diritto di associazione nei Paesi membri dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa* (cit. p. 132). Tra l'altro, anche nel caso della Carta edu, la libertà di associazione, consacrata nell'art. 11, è da leggersi in combinato disposto con ulteriori disposizioni, poste a tutela delle libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9) e di espressione e informazione (art. 10). Naturalmente ciò comporta una copertura di maggiore portata. A tale conclusione è giunta la Corte stessa, che ha espressamente affermato che "la protezione delle opinioni e la libertà di espressione costituisce uno degli obiettivi della libertà di riunione e di associazione" (sent. Hassan e Tchaouch c. Bulgaria, riportata nella nota 330).

Nel volume, inoltre, non sono tralasciate le specificazioni della libertà *ivi* trattata, sia per quanto riguarda la sua declinazione dal punto di vista sindacale, sia per quanto riguarda quello politico, quest'ultimo di notevole attualità in merito alle evoluzioni in

ISSN 2279-7238

materia di legislazione elettorale di contorno (finanziamento ai partiti) e misure poste a tutela del mantenimento dell'ordine democratico (casi di scioglimento qualora i partiti si prefiggano come obiettivi finalità eversive, sovversive e anti-democratiche).

Nel quarto e ultimo capitolo, invece, è analizzata l'evoluzione costituzionale della libertà di associazione nel caso americano. Benché inizialmente siffatto diritto di libertà non abbia ottenuto un formale riconoscimento giuridico per ragioni riconducibili alla necessità di coesione (magistralmente esposte da teorici quali Madison e Washington), un primo tentativo di positivizzazione è stato operato con il *Bill of Rights* del 1791. Come ricostruito dall'A., dapprima la libertà di riunione e poi quella di associazione hanno ricevuto un pieno riconoscimento solo in maniera progressiva, soprattutto grazie al I e al XIV emendamento e all'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza della Corte suprema federale. Proprio quest'ultima, con il ricorso alla dottrina dell'incorporazione, è riuscita a imporre il riconoscimento delle predette libertà come diritto fondamentale a livello della Federazione. Il contesto storico particolarmente delicato (guerra fredda e di lotta per l'affermazione dei diritti civili) fa da cornice alla storica sentenza (*NAACP v. Alabama, ex rel. Patterson*, 1958) che pone le basi per la successiva *stabilizzazione del diritto costituzionale di associarsi come diritto esplicitamente protetto nell'ordinamento statunitense (*cit. p. 183). Tale opera di graduale chiarificazione, avvenuta grazie a successivi casi giurisprudenziali e teorizzazioni dottrinarie nel V. analizzate, ha portato alla affermazione della libertà di associazione mutuata sulla base di una sorta di classificazione tipologica gerarchica tra le associazioni che animano il panorama americano (e che trova il suo apice nella sentenza *Roberts vs United States Jaycees*, 1984).

L'inquadramento e l'interpretazione che sono state date al quadro giuridico che disciplina il fenomeno dell'associazionismo nel contesto statunitense, agli occhi dell'A., appaiono limitate ed inadeguate. La ragione è ascrivibile al fatto che, in tal modo, non si tiene conto del fenomeno *tout court*, né tantomeno sono tutelate tutte le tipologie di associazioni che, seppur attivamente presenti sul territorio statunitense, non rispecchiano determinati standard e per questa ragione non sono ricomprese nella catalogazione canonica. Così facendo "…non soltanto *si* estremizz*ano* le dinamiche interpretative, ma soprattutto non *si* tiene conto di una realtà oggettiva e concreta che vede comunque l'esistenza e la vitalità di una reale dimensione di autonomia del diritto costituzionale di associarsi nell'ordinamento statunitense" (cit. p. 212). Sarebbe pertanto necessario fare un passo in avanti andando oltre il quadro giurisprudenziale, con il solo obiettivo di superare le discriminazioni che incrinano il fenomeno associativo.

Giuliaserena Stegher

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

A. LOSACCO, Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi, Napoli, Jovene, 2018, pp. 105*

Con la sentenza n. 262 del 2017, anticipata dalla pronuncia "sorella" n. 213 dello stesso anno, la Corte costituzionale è tornata a far luce su un tema delicato e controverso come quello dell'autodichia degli organi costituzionali. L'espressione "far luce" non è casuale: il pregio della sentenza si ritrova proprio nell'aver eliminato ogni margine di dubbio sulla legittimità costituzionale dell'istituto. La giustizia domestica viene infatti qualificata come naturale estrinsecamento dell'autonomia normativa che la Costituzione riconosce, in modo esplicito od implicito, alle Camere, al Presidente della Repubblica e alla Corte costituzionale. Il potere di disciplinare, con propri atti normativi interni, i rapporti che intercorrono fra tali organi e i propri dipendenti rappresenta certamente la più evidente manifestazione di tale autonomia, ma qui non si esaurisce, dovendosi necessariamente estendere, a dire della Corte, al piano interpretativo e applicativo di tali norme. Nel definire infondati i conflitti di attribuzione sollevati dalla Corte di Cassazione, il giudice delle leggi afferma che la riserva di giurisdizione di cui godono gli organi di autodichia "*non comporta un'alterazione dell'ordine costituzionale delle competenze*", né una menomazione delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria ricorrente ma rappresenta, appunto, "*razionale completamento dell'autonomia organizzativa*" degli organi costituzionali in questione (sent. n. 262 del 2017, punto 7.3 in diritto). L'affidamento a organi di giurisdizione comune del compito di interpretare e applicare la disciplina che regoli tali rapporti, anche in via meramente sussidiaria, determinerebbe, di fatto, uno svuotamento di tale autonomia.

È proprio a partire dalla pronuncia "chiarificatrice" della Corte che si sviluppa la riflessione di Losacco. Consapevole che la sentenza in questione rappresenti il punto di arrivo - e forse di chiusura - di una giurisprudenza del giudice delle leggi piuttosto ondivaga in materia, decide di intraprendere il cammino a ritroso, sotto il profilo logico e cronologico. Da un lato, ricostruisce l'origine storica e il fondamento costituzionale della giustizia domestica, concentrandosi in particolare su quella esercitata dagli organi giudicanti delle Camere, di cui l'Autore ha potuto avere esperienza diretta, avendo ricoperto il ruolo di Presidente del Consiglio giurisdizionale della Camera dei deputati. Dall'altro, analizza l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema a partire dalla storica sentenza n. 154 del 1985, con cui il giudice delle leggi nega che i regolamenti possano essere oggetto di

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

sindacato da parte della Corte, fino alla sopraccitata sentenza del 2017 che, come già detto, non fa altro che consolidare in modo esplicito questa specifica manifestazione dell'autonomia dell'organo rappresentativo.

Nel descrivere questo svolgimento, però, non omette di individuare altri due cruciali pronunce: la sentenza n. 120 del 2014 della Corte costituzionale e la celebre sentenza *Savino e altri contro Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo. La prima segna l'abbandono di una concezione onnicomprensiva e totalizzante dell'autonomia parlamentare dato che, sottolinea la Consulta, *"l'indipendenza delle Camere non può compromettere diritti fondamentali né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili"* (sent. n. 120 del 2014, punto 4.4. in diritto). La seconda rappresenta il primo riconoscimento da parte di un giudice sovranazionale della legittimità della giustizia domestica ma chiarisce, accogliendo parzialmente le censure dei ricorrenti, come questa, per essere conforme al parametro convenzionale, debba assicurare che tutte le fasi del procedimento si svolgano davanti a un giudice terzo, indipendente e imparziale.

Il dibattito scientifico e giurisprudenziale, descritto nel primo e nel terzo capitolo, è risalente e si origina dalla ricerca del fondamento costituzionale del potere di decidere in via esclusiva delle controversie concernenti le proprie funzioni. Con riferimento alla Corte costituzionale, è possibile ritrovare il fondamento normativo dell'autodichia nell'articolo 14 della legge n. 87 del 1953 e quindi, indirettamente, nell'articolo 137 della Costituzione. Nel caso della Presidenza della Repubblica, le fonti dell'autodichia sono rappresentate dai decreti presidenziali nn. 31 del 28 febbraio 1980, 81 del 26 luglio del 1996 e 34 del 30 dicembre 2008 ed essa assumeva originariamente le vesti di una forma di autodichia meramente eventuale perché si proponeva come alternativa alla giurisdizione amministrativa. L'assenza di un "appiglio" costituzionale ha determinato il susseguirsi di orientamenti contrastanti della Corte di Cassazione, spesso intesi a negare tale prerogativa della Presidenza. La giustizia domestica consiste, per il giudice di legittimità, in una deroga al principio fondamentale della tutela giurisdizionale pertanto tali eccezioni, se presenti, "*devono essere espressamente previste dall'ordinamento e adeguatamente giustificate*" (Cass. S.U. 17 dicembre 1998, n. 12614) ed è difficile sostenere che possano rinvenirsi, in un regime di Costituzione scritta, in una norma inespressa dotata di una forza tale da opporsi a un principio fondamentale implicito. Nonostante abbia dovuto abbandonare questa posizione perché posta di fronte al fatto compiuto - il fatto che la

Presidenza esercitasse ormai il potere di autodichia da anni - la Corte di Cassazione è sempre stata in prima linea nel sostenere l'anomalia della giustizia domestica,

ISSN 2279-7238

considerata espressione di un micro ordinamento giuridico sottratto al rispetto delle regole dello Stato di diritto e lesiva di diritti costituzionalmente garantiti.

Tale posizione riemerge con più forza dalla giurisprudenza in cui è stato affrontato il tema dell'autodichia delle Camere. Quest'ultima trova fondamento giuridico nell'articolo 64 primo comma della Costituzione ed è poi disciplinata dai regolamenti maggiori, fonti di rango primario a cui la Carta costituzionale demanda il compito di regolare più nel dettaglio l'organizzazione interna delle Camere e l'esercizio della funzione legislativa, di indirizzo politico e di controllo. Ora, la famosa sentenza del 1985, con cui la Corte costituzionale teorizza l'indipendenza guarentigiata dell'organo, si origina proprio da due ordinanze della Cassazione con le quali era stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli articoli 12 comma 3 del Regolamento della Camera e 12 del Regolamento del Senato, norme attributive dell'autodichia, con riferimento agli articoli 24, 113, 101, secondo comma e 108 secondo comma della Costituzione. Il giudice *a quo,* ritenendo non manifestamente infondate le censure promosse dalle parti, si chiede se l'istituzione dell'organo costituzionale quale giudice in causa propria non offenda le garanzie di serietà e effettività della tutela. A monte della richiesta si poneva inevitabilmente la questione della sindacabilità dei regolamenti parlamentari, sciolta in senso positivo dal giudice remittente. Nell'ordinanza di rimessione i regolamenti vengono assimilati agli atti aventi forza di legge e quindi suscettibili di essere oggetto di giudizio di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale, tuttavia, risolve la questione soffermandosi preliminarmente sulla questione della sindacabilità dei regolamenti, pregiudiziale rispetto a qualsiasi valutazione nel merito dell'istituto dell'autodichia. La sindacabilità dei regolamenti, oltre a non trovare riscontro nel dato testuale (art. 134 Cost.), urta contro la *ratio* sottesa al sistema politico costituzionale. In una democrazia parlamentare si deve ritenere che l'indipendenza guarentigiata di cui gode il Parlamento, struttura cardine dell'ordinamento, comporti la preclusione di qualsiasi sindacato sugli atti di autonomia normativa ex art. 64 primo comma delle Costituzione.

Questa pronuncia, commenta l'Autore, non ha fornito alcuna valutazione sulla conformità dell'autodichia all'ordinamento costituzionale proprio perché l'analisi si è dovuta arrestare di fronte alla presa d'atto dell'impossibilità di sindacare proprio la fonte in forza della quale tale autonomia viene esercitata, il regolamento. La giurisprudenza della Corte di Cassazione non ha potuto che adeguarsi a questa conclusione, riconoscendo per oltre un ventennio la sussistenza dell'autodichia delle Camere e respingendo le richieste delle parti affinché si investisse la Corte di questioni inerenti la legittimità costituzionale dei regolamenti. Questa giurisprudenza,

ISSN 2279-7238

riassunta da Losacco nei suoi punti più salienti nel terzo paragrafo del terzo capitolo, oltre a ribadire come l'esclusione di un giudizio esterno sugli atti normativi interni e sulla loro applicazione costituisca "*condizione essenziale per il pieno sviluppo della libera azione degli organi*" (p. 55), cerca di offrire risposte sulla configurazione dell'autodichia, stante la reticenza del giudice delle leggi. L'autodichia non si concretizza, a dire della Suprema Corte, in una carenza assoluta di giurisdizione ma deve considerarsi come difetto assoluto di giurisdizione dei giudici comuni. Da tale premessa consegue che la giustizia domestica si configurerebbe come giurisdizione speciale dell'organo costituzionale, soluzione che appare "*meno lesiva*" dei principi costituzionali di indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice, nonché della difesa del contraddittorio (p. 54).

La questione della individuazione dei fondamenti, dei limiti e delle modalità di esercizio della giustizia domestica si sarebbe potuta concludere qui, incapace di ergersi oltre la cortina degli *interna corporis*. Tuttavia, un punto di passaggio fondamentale è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2014, su cui Losacco si concentra nel settimo paragrafo del terzo capitolo. Come osserva l'Autore, in linea con la dottrina prevalente, questa si colloca in linea di continuità e discontinuità rispetto alla giurisprudenza precedente. Infatti, sebbene la Corte adotti una sentenza di inammissibilità formalmente identica a quella del 1985, nella motivazione si individua una nuova strada per la sindacabilità dei regolamenti, quella del conflitto fra poteri. Fulcro di questo ragionamento è l'affermazione che i regolamenti non debbano essere considerati fonti puramente interne ma "*fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali, che ne delimitano la sfera di competenza*" (sent. 120 del 2014, punto 4.2 in diritto). Il rispetto dei diritti fondamentali costituisce dunque un limite allo svolgimento di tale autonomia e il punto di equilibrio fra quest'ultima e le istanze dello Stato di diritto si deve ritrovare nell'individuazione di quei comportamenti che siano strettamente funzionali all'esercizio delle attribuzioni proprie del potere legislativo. Benché, sottolinea Losacco, la Corte lasci ancora una volta irrisolto il quesito se il potere di sindacare le controversie concernenti i rapporti fra le Camere e i propri dipendenti possa definirsi strumentale all'esercizio di tali funzioni primarie, limitandosi a definire la questione dell'autodichia "controversa", essa individua una sede in cui questo nodo possa essere sciolto. Il confine esterno della sfera di autonomia delle Camere potrà essere tracciato "*attraverso un percorso processuale che valuti le istanze del potere che si ritenga leso o menomato dall'attività dell'altro*" (p. 81).

ISSN 2279-7238

Pur non esaminando, ancora una volta, il tema dell'autodichia, la Corte dichiara percorribile una strada che la Cassazione non poteva non imboccare. La sentenza citata all'inizio di questo contributo è infatti conseguente alla decisione di adoperare questo nuovo strumento da parte del giudice di legittimità che, con due ordinanze distinte, ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Senato e della Presidenza della Repubblica. L'obiettivo perseguito della Cassazione, sottolinea Losacco, era duplice: in via principale ottenere la demolizione del sistema di autodichia delle Camere e in via subordinata, qualora non fosse stato possibile tale smantellamento, ottenere l'introduzione di un terzo grado di giudizio, permettendo il ricorso diretto in Cassazione ex articolo 111 settimo comma della Costituzione. Tuttavia, come evidenziato in apertura a questo scritto, la Corte illustra con chiarezza come l'autodichia sia un potere complementare all'autonomia normativa delle Camere e che, in ragione degli argomenti esposti, non risultino sottratte quote di potere giurisdizionale alla Corte di Cassazione. Inoltre, nel respingere l'ipotesi della istituzione di un terzo grado di giudizio, trova occasione per entrare nel merito della natura degli organi di autodichia. Questi ultimi non si configurano come giudici speciali ma come articolazioni interne delle Camere, costituiti secondo regole che ne assicurino indipendenza e imparzialità, operanti secondo moduli procedimentali di natura sostanzialmente giurisdizionale ma estranei all'organizzazione giudiziaria, esclusione che renderebbe non configurabile il ricorso in Cassazione come richiesto in via subordinata.

La questione relativa alle modalità attraverso cui operano gli organi giudicanti interni alle Camere è un argomento su cui l'Autore si sofferma. Nel secondo capitolo viene analizzato ampiamente il contenuto delle disposizioni concernenti l'autodichia contenute nei regolamenti *maiores* ma anche nei regolamenti minori: il Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti della Camera, il Testo unico delle norme regolamentari riguardanti il personale del Senato della Repubblica seguiti dai rispettivi omologhi concernenti i non dipendenti. Si pone in evidenza, inoltre, come la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo n. 14 del 2009, *Savino e altri contro Italia,* abbia esercitato un impulso decisivo nel rimodellamento della struttura del sistema di giustizia interna. Interrogata sulla conformità del sistema di autodichia della Camera dei deputati con l'art. 6 par. 1 della Convenzione, che riconosce il diritto di accesso a un Tribunale imparziale costituito per legge, la Corte di Strasburgo, pur esprimendosi in favore della natura sostanzialmente giurisdizionale degli organi interni, ha ritenuto che il secondo grado di giudizio, così come configurato allora, fosse carente di quel requisito essenziale della terzietà, perché determinava un' anomala commistione, in capo al medesimo organo, di funzioni amministrative e

ISSN 2279-7238

giudicanti. Questa pronuncia ha condotto alla modifica delle disposizioni regolamentari con la conseguente introduzione di un Collegio d'appello e alla previsione della incompatibilità fra lo status di membro del neonato organo di secondo grado e la carica di membro dell'Ufficio di Presidenza.

In conclusione, si può affermare che il libro offra una disamina ampia e completa del tema dell'autodichia, con una particolare attenzione al ruolo svolto dalla Corte costituzionale e della giurisprudenza in generale, anche sovranazionale, nel tracciare il quadro dogmatico e normativo entro il quale l'istituto dell'autodichia può legittimamente dispiegarsi. Questo percorso ricostruttivo è funzionale a supportare le conclusioni dell'Autore. Oggi, riflette Losacco, la problematicità dell'istituto non attiene più né alla sua legittimità né alla qualificazione degli organi di autodichia come soggetti autenticamente giurisdizionali ma concerne i limiti all'esercizio di tale prerogativa. La delimitazione di tali confini è essenziale affinché l'esercizio di tali attribuzioni possa svolgersi in armonia con le garanzie costituzionali e passa inevitabilmente attraverso la valutazione della sussistenza di una funzione primaria dell'organo. Solo quando quest'ultima si concretizza l'autodichia degli organi costituzionali può trovare legittima applicazione. In secondo luogo, un necessario contrappeso a questa eccezionale manifestazione della autonomia organizzativa degli organi costituzionali deve ritrovarsi nelle modalità di esercizio di tale potere. Già da tempo infatti è in corso un tentativo di "giurisdizionalizzazione" del rito interno mediante una sostanziale parificazione fra le modalità di operare degli organi di autodichia e quelle della giurisdizione esterna.

Se dunque la questione della legittimità, della natura e del fondamento costituzionale dell'autodichia non sembrano più così oscuri, la definizione concreta dei limiti può rappresentare, ad avviso dell'Autore, un nuovo oggetto di dibattito dottrinale e terreno di scontro fra organi costituzionali e giurisdizione esterna. Questo tema emerge in tutta la sua problematicità con riferimento ai rapporti fra Camere e soggetti terzi, questione di cui la dottrina sembra peraltro aver già contezza.

In linea di principio, la Corte ha escluso che il titolo dell'autonomia consenta alla Camere di disciplinare rapporti giuridici intercorrenti fra esse e soggetti terzi così come di riservare agli organi di autodichia il compito di giudicare controversie che concernano situazioni soggettive a essi inerenti. La Corte sottolinea, infatti, che tali controversie "*pur potendo avere ad oggetto rapporti non estranei all'esercizio delle funzioni dell'organo costituzionale, non riguardano in principio questioni puramente interne ad esso e non potrebbero perciò essere sottratte alla giurisdizione comune*" (sent. n. 262 del 2017, punto 7.2 in diritto). Questa valutazione, anche se espressa sotto forma di monito, collide chiaramente con la disciplina interna e con la prassi vigente dalle Camere che si sono

ISSN 2279-7238

dotate di Regolamenti minori volti a regolare le controversie riguardanti i non dipendenti di fronte ai tribunali interni. In attesa di una possibile revisione dei regolamenti, per effetto della sollecitazione della Consulta, non è da escludere che la questione si presenti concretamente di fronte alla Corte stessa in sede di conflitto di attribuzione, questione che essa, alla luce della sua recente giurisprudenza sul tema, non potrebbe che dichiarare ammissibile.

Tuttavia, secondo Losacco, l'esclusione delle controversie riguardanti i soggetti terzi dall'ambito della giustizia domestica contrasta con le premesse di principio concernenti l'autodichia che si evincono dalla giurisprudenza del giudice delle leggi. In essa si afferma che l'autonomia normativa delle Camere si estende anche agli aspetti organizzativi, comprese le questioni riguardanti gli apparati amministrativi serventi. Essa sembra non tener conto, però, che molte di queste attività sono oggi esternalizzate a soggetti terzi. Pertanto, sottrarre alla giustizia domestica le controversie riguardanti le Camere e tali enti potrebbe pregiudicare l'autonomia normativa e organizzativa dell'organo assembleare e compromettere il libero ed efficiente esercizio delle sue funzioni.

Giulia Vasino

ISSN 2279-7238

Constitutionalism: Past – Present – Future *

by Dieter Grimm**

TABLE OF CONTENTS: I. The Constitution as Novelty – II. The Erosion of Constitutionalism – II.1. From Liberalism to the Welfare State – II.2. From the Nation State to the Member State – III. Compensation for the Loss

I. The Constitution as Novelty

The essence of constitutionalism is mostly described as submission of political rule to law. This is certainly correct, but it is not sufficient to characterize constitutionalism. Submission of politics to law existed long before constitutions emerged. However, the laws that pursued this goal were not called "constitution". The word existed, but had a different meaning. It designated the factual condition of a political entity as shaped by its geographic situation, economy, power structure, its laws. In this sense, it was a descriptive, not a prescriptive term. Laws that referred to political power were mostly called *leges fundamentales,* whereas the term *constitutio* designated certain laws enacted by the Emperor, like the *Constitutio Criminalis Carolina*. The *leges fundamentales* usually had a contractual basis. They were the product of agreements between the ruler and privileged classes of society. As such they presupposed the ruler's right to rule and were confined to limiting it in certain aspects. They were valid only among the parties to the compact, not generally.

Systematic ideas about legitimate rule and the construction of government were developed in natural law theory. Starting from a fictitious state of nature where all individuals were by definition equal and free, natural law theories usually insisted on popular consent as

** Professore emerito di Diritto Pubblico presso l'Università von Humboldt di Berlino, già Giudice del Tribunale costituzionale federale tedesco e Rettore del Wissenschaftskolleg zu Berlin.

ISSN 2279-7238

legitimacy basis of political rule and protection of natural rights as purpose of a political entity. They were of a normative character, but did not have the quality of positive law. They were philosophy and stood in contrast to the existing law. They rather served as yardsticks for determining the legitimacy of existing polities. Political rule was considered legitimate if it could have found the consent of the governed. But with the exception of Emer de Vattel, none of the authors in the natural law tradition had pushed these ideas forward to the postulate of a constitution in the modern sense of the word.

Modern constitutions are a rather recent phenomenon. They could build on elements of natural law theory, but it needed two successful revolutions against traditional rule toward the end of the 18th century in the English colonies in North America and in France for them to emerge. These revolutions differed from many upheavals and revolts in history in that they did not content themselves with replacing one ruler by another. The revolutionaries rather made a plan of legitimate rule based on the ideas developed in natural law and endowed it with legal validity before calling certain persons to power. Not the content of the constitution was new, but its transformation from philosophy into law. Only law had the capacity to dissolve the rules from the historical moment of adoption and from the actors involved, make them binding and extend them into the future. Political rule was regarded legitimate only if exercised on the basis and within the limits of these rules. It is this set of rules that was henceforth called "constitution". In its modern sense, it designates not what is, but what ought to be.

What distinguishes constitutions from the previous forms of submission of political power to law? Five elements have to be mentioned. (1) The modern constitution is neither an empirical description of a political entity nor a philosophical system, but a set of legal norms. (2) Their purpose is to regulate the establishment and exercise of political power. Different from the *leges fundamentales*, they constitute the right to rule instead of merely modifying it. (3) This regulation is comprehensive. It does not only regulate the exercise of political power in this or that aspect but in a systematic and coherent way. (4) Constitutional law can fulfill its function only if it enjoys primacy over all other law. The validity of government acts depends on their compatibility with the rules of the constitution. (5) As

ISSN 2279-7238

rule that establishes and regulates government, constitutional law cannot emanate from the government. It antedates government and has its source in the people. Every form of legitimation other than popular sovereignty would endanger the supremacy of the constitution. The constitution thus appears as a special and particularly ambitious form of legalization of political power.

Apparently, constitutions in this sense could not emerge at any time. There emergence depended on some preconditions that were not always given in history. First, the political order had to become a matter of decision. This was not the case during the Middle Ages where the worldly order was believed to be God-given and thus not at man's disposal. Next, the comprehensive and systematic regulation of political rule presupposed an object capable of being regulated in that way. Such an object was missing before the modern territorial state emerged as a response to the religious wars in the 16th and 17th century. Finally, a demand for thorough submission of politics to law was necessary for the constitution to evolve. It came to the fore only after the absolute state had completed its historic mission so that absolute power no longer seemed plausible. Once these conditions existed, it needed a historical moment for the break-through of the constitution. This was the case in the two great revolutions of the late 18th century, when the revolutionaries whose call for reforms had been ignored, broke with the traditional rule and filled the power vacuum left behind by the revolution with the constitution.

This is not to say, however, that constitutions can only emerge from revolutions. Once the modern constitution had been invented it became immediately attractive outside the countries of origin and was adopted without a prior revolution, albeit often in a diminished form. Not every constitution that followed the prototypes showed all five characteristics of modern constitutionalism. Once the modern constitution had taken shape, it became possible to use the form without adopting all of the features that were characteristic for constitutions in the sense of the revolutions. The first constitution to do so was the French one under Napoleon. The five characteristics describe the *achievement* of constitutionalism. There were and there are many constitutions that lack one or more features. Yet, to the

ISSN 2279-7238

same extent that these features are missing, constitutions fall short of the achievement and are deficient forms of constitutionalism.

The 19th century was a period of struggle about constitutions all over Europe and also in Latin America. Only at the end of the 20th century an almost universal recognition of constitutionalism has been reached after many detours and backlashes in the first half of the century. Moreover, the readiness to enforce the requirements of the constitution increased considerably toward the end of the century. Many countries introduced judicial review by general supreme courts or specialized constitutional courts. However, the external culmination coincides with an internal erosion whose roots have long been overlooked. Erosion in this context does not mean the decline of some countries' constitutions. There will always be constitutions that do not matter or are disregarded when they stand in the way of politics. Erosion rather refers to the fate of constitutionalism in general. Constitutionalism is not guaranteed for ever. Just as it emerged at a certain historical moment under certain historical conditions, it can also disappear or change its meaning if these conditions are no longer given or largely modified.

II. The Erosion of Constitutionalism

The erosion of constitutionalism has several sources. I will concentrate on the two most important ones.

1. From Liberalism to the Welfare State

The first is the emergence of the welfare state. Historically, constitutionalism broke with the traditional paternalistic state and associated itself with liberalism. The fundamental belief of liberalism was that civil society has the capacity to produce a just social order by way of self-regulation. The basic instruments to reach this goal were freedom of contract and freedom of property. If they were guaranteed, not only more wealth, but also more justice would be the result. Therefore, the law no longer imposed substantive standards of

ISSN 2279-7238

behavior on individuals but guaranteed everyone equal freedom within the borders of the same freedom of everybody else. Obligations existed only as a product of free will of individuals. This appeared to be a far better mechanism to reach a fair balance of interests than state regulation. Without the strict limits of the feudal and corporatist system, the position of every individual in society would depend exclusively on individual talent and zeal. It did not exclude individual poverty, but under the condition of equal freedom poverty could be regarded as the individual's own fault and thus not as unjust.

In spite of society's capacity of self-regulation, the state did not become obsolete, but was reduced to the task of guaranteeing the pre-conditions of societal self-regulation, which civil society could not maintain itself because of lack of public power and legitimate physical force. Only the state was able to protect individual freedom and societal self-regulation against aggression, criminality and disruption, and only the state had the means to enforce contract obligations if they were contested or disregarded. Thus, private law became the centerpiece of the liberal order while constitutions had to guarantee that the state remained within its borders and used its powers only in the interest of civil society. Keeping the state within its limits was the function of fundamental rights. Securing its commitment to the interests of society was the function of parliamentarianism and the rule of law. The order was thus based on a clear separation of state and society and a clear distinction between public and private.

However, it turned out soon that liberalism was unable to fulfil its promises. Wealth increased, but its distribution was not just. Freedom of contract will produce a just balance of interests only if the contracting parties are more or less in the same bargaining position. This precondition was lacking from the beginning and the situation deteriorated with the industrial revolution. Within the societal sphere that had been freed from public power, private power structures developed which were not less onerous than the burdens of the old system. As a consequence, the problem of justice, which liberalism had formalized, materialized again. The answer to this insight was a gradual return of the state into society. The state could no longer content itself with securing a pre-established social order, but was again called upon to shape this order in the interest of social justice. It did this first by

ISSN 2279-7238

eliminating the most obvious abuses of individual liberty, then by attempting to solve the social problem by establishing a system of social security for the needy and finally by protecting society from all sorts of risks, particularly those produced by scientific and technological progress.

The result was a change of statehood, which could not leave constitutional law unaffected. While securing a pre-established social order against disturbances is a reactive task that lends itself easily to legal regulation, shaping the order is a pro-active, future-oriented task much less susceptible to legal regulation. In the first case, the law defines what counts as a disturbance of the order and then determines the means the state may employ to restore the order. In the second case, the law is largely constrained to determine the goals of state activity and to name viewpoints that have to be taken into account in pursuing the goal. To the extent that the state assumed new tasks, constitutional law lost determinate force. Fundamental rights illustrate the difference. Negative rights are highly determinate. They define what the state ought not to do. If it transgresses the limits, there is but one remedy, the act is cancelled. Positive rights leave many possibilities of implementation. The constitution does not dictate the result, but only marks a framework within which the state enjoys discretion how to act. Furthermore negative rights do not depend on resources. Omission is not scarce. Positive rights, to the contrary, can be implemented only to the extent that resources are available.

Moreover, most of the new tasks cannot be fulfilled by using the specific means of the state, namely command and coercion. In some cases, coercive means are prohibited. In others, they are not effective. Economic growth, technological innovations, mentalities cannot be ordered. In some cases they may be allowed and efficient, but are not recommendable because the implementation costs are too high. As a consequence, the state has to resort to indirect means to reach its ends, mostly financial incitement or deterrence. However, to the same extent the state becomes dependent on the cooperation of private actors. They win bargaining power that, in turn, prompts the state to enter into negotiations with the causers of problems. The power they gain can no longer be described in terms of influencing collectively binding decisions, the private actors rather participate in state

ISSN 2279-7238

decision making. The distinction between public and private, on which constitutionalism was based, is thereby blurred. The price is paid by the constitution. Fundamental constitutional safeguards such as democracy and the rule of law are undermined.

2. From the Nation State to the Member State

The second source of erosion is the internationalization of politics and the emergence of a supranational public authority. When constitutions came up in the late eighteenth century all public power was concentrated in the state. States were the only political actors on the international level. No public power existed beyond the state. The object of constitutional law was the state as the exclusive power-holder. Above the states there was no lawless zone. Here public international law applied. But as all actors on the international scene were sovereign states, international law did not have a superior legislator. It was treaty-based law and as such a voluntary self-limitation of states. Neither was there an enforcement mechanism for international obligations. Consequently, war could not be excluded as a legal means to enforce treaty obligations. Since international law was based on the principle of state sovereignty, it did not take any effect within the state, while the impact of constitutional law ended at the state border. Both existed independently from each other.

The situation changed fundamentally after World War II, beginning with the foundation of the United Nations. In order to avoid future wars and to guarantee respect of human rights, states were ready to create an international system more effective than the League of Nations founded after World War I. They began to establish supranational organizations that differed from the traditional leagues and alliances in that they not only coordinated the state activities but regulated their behavior. To this end the states transferred certain public powers to supranational organizations, which these organizations exercised in their own right irrespectively of the will of the states and if necessary by using military force. The century-old identity between public power and state power thus dissolved. There is now public power also beyond the state.

ISSN 2279-7238

Again, this development could not leave the state constitution unaffected. The five characteristics of modern constitutionalism may help to determine the impact of modern international law on state constitutions. The legal character of constitutions remains of course unaffected. Also their purpose to organize and regulate establishment and exercise of public authority is unchanged, however, only insofar as the public power is still state power. As a consequence, constitutions do no longer regulate public power comprehensively. There are now acts of public power that claim validity within the state without being submitted to the constitution of the state. Constitutional law still enjoys supremacy, but only regarding domestic law, whereas international law is not submitted to national constitutional law. Finally, the people is still the source of constitutional law, but no longer the source of the entire public power that takes effect within the state.

Hence, the national constitution can no longer fulfill its claim to regulate all public power exercised on the territory of the state. It continues to regulate state power, but state power is not the only power exercised within the boundaries of the state. Regarding international public power, the state constitution still regulates the transfer of national powers to international organizations. But once transferred, these powers are exercised irrespectively of the national constitution. The full constitutional picture of a country can only be obtained if national and international rules are seen together. More, because of the transfer of state power to international organizations, certain provisions of the national constitution are no longer true, but rather superseded or modified by international law. The national constitution shares its function with law from a different source. Next to the borderline between private and public which was constitutive for the achievement of constitutionalism, the borderline between inside and outside that was equally constitutive is blurred.

States are no more sovereign in the way they were sovereign before World War II. This is true for all states. Only the degree varies according to the supranational organizations a state has joined. Membership in the WTO leaves the national constitution almost unaffected. Membership in the UN may affect the national constitution severely. But this will happen only if a member state gives the UN a reason to intervene. And even then, the

ISSN 2279-7238

members of the Security Council are immunized against UN actions because of their veto power. However, nowhere are national constitutions more affected than in the European Union where state powers and Union powers are intermingled to such a degree that it is increasingly difficult to clearly distinguish between the national and the European level.

III. Compensation for the Loss

It is therefore no surprise that the question for compensation of the erosion of constitutionalism began in Europe. For, what is in need of being regulated is not state power but public power, and if supranational organizations have gained a share in public power, the need for a submission to law extends to them no less than to the state. In this situation it is quite natural to think of elevating the achievement of constitutionalism to the international level. As a matter of fact, the EU was the first supranational organization whose statute was regarded as a constitution or where attempts to replace the Treaties with a constitution were undertaken. Is that possible? To be sure, there is no lack of legalization of international public power. Every supranational organization that holds public power has been established by a legal act, a treaty. The treaty defines the purpose and the tasks of the organization, it determines its structure, allocates its competencies and regulates its procedures – all matters that within a state would be regulated in the constitution.

Does this mean that the demand for a constitution is already met and only the name is missing? The initial considerations of this article show that legalization and constitutionalization are not the same. Most importantly, the legal foundations of supranational organizations lack the democratic origin. Its sources are agreements of states. There is no supranational constituent power. The legal foundation is not an act of a society or a citizenry, public power is not even attributed to the people living on the territory where the organization fulfills its function. If citizens are involved in Treaty-making, they are involved as citizens of their state and decide, either directly by referendum or indirectly by parliamentary ratification, on their state's membership in and on the transfer of public powers to the supranational organization.

ISSN 2279-7238

Would the treaties, agreements or statutes qualify for constitutionalization in the sense of the national constitutions? To answer this question it may help to remember which conditions had to exist before modern constitutions could emerge. The constitution presupposed the emergence of the modern territorial state that was characterized by a concentration of the public powers, previously dispersed among many independent holders and exercised not over a territory but over people. Only the accumulation of prerogatives to the public power in the singular created an object capable of being constitutionalized and, later on, also the need for legal regulation. Are these preconditions given on the international level? The need can be hardly denied. Public power is always in need of being regulated, regardless of the holder. As far as the object is concerned, a distinction between the most advanced supranational organization, the European Union, and other supranational organizations that hold public powers like the UN or the WTO seems necessary.

Because of the number of public powers and the density of its organization the EU is a unique supranational organization, somewhere between traditional international organizations and a federal state, but closer to the latter than to the former. It is without doubt a suitable object of contitutionalization. This would require that the member states gave up the constituent power that they still hold and transfer it so the EU itself. This transfer would make the EU a self-supporting entity that no longer receives its legal foundation from the member states but decides itself about its existence, purpose, powers and procedures. By this very act, it would become a state, whether or not the member states are aware of this or intend it. Hence regarding the EU, the question is not whether constitutionalization in the strict sense is possible, but only whether it is desirable – a question that I do not pursue in this article.

The current constitutional situation of the EU is ambivalent. Its legal foundation is a treaty under public international law. But this treaty was endowed with effects of a constitution by two revolutionary judgements of the ECJ of 1963 and 1964. According to these judgements, the treaty enjoys direct effect within the member states as well as primacy, not only over secondary European law, but also over the law of the member states, including

ISSN 2279-7238

their constitutions. American observers labelled this "constitutionalization of the Treaties", meaning that the legal foundation of the EU kept its legal nature as a Treaty, but acquired functions of a constitution. This has the effect that everything that has been regulated on treaty level is withdrawn from political decision making. As this is the intended effect of constitutional law, constitutions are usually limited to fundamental provisions about the basic principles and the organization of structure of the state, whereas the various policies of the state are regulated on the level of ordinary law. The constitution, in other words, regulates political decision making but leaves the political decisions themselves to the democratic process. This distinction is crucial for constitutionalism.

In the EU, however, this distinction is levelled. The Treaties are full of legal provisions that would be part of ordinary law in all member states. In the EU, they enjoy constitutional rank and are thus not open to political decision making. Their application is implementation of constitutional law and thus not open to the democratic process. The executive and judicial institutions of the EU remain among themselves, whereas the democratically legitimized and accountable institutions of, the Council and the European Parliament, are not only excluded, they cannot change the decisions of the Court either, except by an amendment to the treaties, which is practically unavailable. The very nature of the European Treaties turns the so-called constitutionalization into an over-constitutionalization. This is not only a matter of constitutional aesthetics, as many believe. It is a matter of democracy. Europe's over-constitutionalization is one of the most serious sources of the European legitimacy deficit, but at the same time the least noticed one.

Nothing like this peculiar situation can be found with other supranational organizations. There is not *the* international public power in the singular, but a number of supranational organizations. They differ from states mainly in that they are usually one-issue organizations. They exist for a single purpose and have exactly those public powers that are necessary to fulfill this purpose. They are far from holding the public power in the singular that was characteristic for the modern territorial state. Even if one takes into account that the states no longer enjoy the plenitude of public power, they still hold so many powers that they remain a suitable object of a comprehensive and systematic regulation by a

ISSN 2279-7238

constitution. State power is functionally concentrated, but territorially fragmented, and on its territory the state has the monopoly of the legitimate use of physical force. International public power is territorially comprehensive, but functionally fragmented and no international organization disposes over physical force. If physical force is needed to enforce decisions, it must be borrowed from the states.

This means that there is not the international public power that could be regulated comprehensively and systematically like state power in form of a constitution. Rather there are many independent actors with specific tasks such as peace keeping, economic development, human rights protection etc. They are unrelated and often exercise their power irrespectively of the consequences for other institutions and sometimes even contradictory. Insofar they do not constitute in objects suitable of constitutionalization like states.

It is completely open how this power could be rooted in a citizenry capable of leading a public debate and forming a coming will. In short: it is not visible how international public power could be legitimated in a democratic way. When we nevertheless speak of constitutionalization of international public power, this is an extremely thin notion that identifies constitutionalization with legalization. It ignores that constitutionalization is a particularly ambitious way of legalizing public power. The talk about constitutionalization hides that this has little in common with the achievement of constitutionalism on state level. It would therefore be better to improve the legalization of international public power than to think in terms of constitutionalism. This would mean before all to submit international public power to fundamental rights which is still not the case. Constitutionalization, to the contrary, creates the impression that what is lost on the level of national constitutionalism, can be regained on the international level, which is clearly an illusion.

ISSN 2279-7238

Passato, presente e futuro del costituzionalismo *

di Giuliano Amato**

SOMMARIO: 1. Premessa su costituzionalismo e Stato – 2. Il costituzionalismo al di fuori dello Stato – 3. L'aspirazione al diritto costituzionale globale – 4. Problematicità di un percorso.

1. Premessa su costituzionalismo e Stato

Siamo tutti convinti, anche noi costituzionalisti continentali, che il cuore vero del costituzionalismo sia quella dialettica iurisdictio/gubernaculum, in cui prese corpo il limite al potere e quindi la stessa rule of law, che ancora oggi in esso largamente si identifica. Tuttavia, nel costituzionalismo come oggi lo concepiamo, non meno della limitazione del potere, è la sua legittimazione ad apparire un profilo essenziale. E non può che essere così, da quando la costituzione ha preso ad essere concepita come un patto fondativo fra individui liberi, che – nella visione originaria di Locke- danno vita a poteri pubblici, legittimati ad operare e a rimanere se e sino a quando non violano i loro diritti naturali.

Sia chiaro, oggi siamo al di là dell'ideologia rivoluzionaria, che considerava costituzioni solo quelle che definiscono e tutelano i diritti e le libertà. E riteniamo componenti essenziali della costituzione e quindi del costituzionalismo gli aspetti che riguardano la legittimazione dei poteri pubblici, sia essa o meno di fonte democratica, e l'organizzazione di essi che ne consegue. Costituzione è, perciò, anche, e per molti anzi in primis, la forma di governo, accompagnata da quella che in più manuali è la forma di regime, cioè i rapporti fra i poteri pubblici e i diritti e le libertà dei cittadini.

In questa prospettiva, il costituzionalismo appare legato a filo doppio allo Stato. E' all'interno di questo che ciascuna comunità politica ha potuto identificarsi come tale e dotarsi di una forma di governo e di una forma di regime. Anzi di più, perché, sempre nei nostri manuali, noi facciamo precedere alla forma di governo e alla forma di regime la forma di Stato. Quale che essa sia, è questa, è perciò l'organizzazione accentrata, regionale, o federale dello Stato il punto di partenza; ed è quindi lo Stato stesso l'habitat naturale della Costituzione.

2. Il costituzionalismo al di fuori dello Stato

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università d3egli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

ISSN 2279-7238

Il problema che abbiamo davanti, a parte quelli che lo Stato ha anche al suo interno per le nuove difficoltà di legittimazione dovute alle diversificazioni che in più casi lacerano la comunità politica di riferimento, è il moltiplicarsi dei poteri che sovrastano lo stesso Stato in un mondo nel quale diverse attività hanno ormai dimensione sovranazionale. In uno spazio, appunto, sovranazionale, nel quale operano organizzazioni internazionali, reti, istituzioni pubblico-private e private, che adottano indirizzi, regole, decisioni, variamente incidenti sugli stessi sistemi legali nazionali e sulle vite di tutti noi, si può fare a meno del costituzionalismo? Ma quale costituzionalismo è possibile? E se ne vedono o meno le tracce?

Non sono domande nuove, anzi da tempo si confrontano le risposte che vengono date. E' ovvio che il diritto c'è in quello spazio e ce n'è delle specie più diverse, in ragione ora dell'estensione extraterritoriale di regolazioni o decisioni degli stessi Stati, ora degli obblighi da essi assunti a fronte delle deliberazioni degli organismi internazionali da loro costituiti, ora dell'efficacia comunque riconosciuta alle regolazioni e decisioni delle variegate istituzioni, comprese quelle private, che queste adottano nei diversi settori a cui sovraintendono. Si constata così la presenza di profili di diritto internazionale, penale, privato, commerciale, tributario, pubblico - pubblico/amministrativo, ma anche pubblico/costituzionale.

Certo, in una cornice fatta di interrelazioni a rete, che a volte sono fitte e dense, a volte appena segnate, a volte con aree prive di illuminazione (le luci nella notte di A.M. Slaughter, il quadro di Pollock evocato da R. Stewart, il disordine degli ordini normativi di N. Walker) ad apparire fuori posto è soprattutto il diritto costituzionale, cresciuto – come si diceva - nella solida cornice dello Stato; una cornice che può ben essere pluralista, ma sempre con le sue linee gerarchiche (c'è sempre una supremacy clause!) e la sua comunità politica di riferimento, nella quale trovano legittimazione i suoi poteri e le sue fonti normative. E infatti a trovarsi meglio, sino a dar corpo a un sia pure embrionale diritto amministrativo globale, è stato appunto il diritto amministrativo, meglio in grado di riconoscersi nei singoli procedimenti, nelle singole decisioni, nei relativi contenziosi, sino a giungere per ciò stesso a plasmarli e a introdurvi i suoi principi –il contraddittorio, la partecipazione, la motivazione, l'impugnabilità.

3. L'aspirazione al diritto costituzionale globale

Nessuno parla invece di diritto costituzionale globale. Si è indotti a pensare che, per farlo, ci vorrebbe un sistema di governo globale e- lo abbiamo appena visto- quello che abbiamo di fronte è tutto fuorché un sistema. Eppure, se analizziamo ciò di cui è intessuto il diritto amministrativo globale, non possiamo non rilevare che la materia prima di cui è fatto è schiettamente costituzionale, è infatti l'armamentario, costituzionalistico, del limite al potere e dell'insorgenza di diritti a fronte dei possibili abusi di questo. Non a caso i principi dell'azione amministrativa che prima menzionavo –contraddittorio etc. – quando non sono

ISSN 2279-7238

esplicitamente entrati nelle Costituzioni del nostro tempo, li si fa comunque derivare da queste, di fronte ad atti che portano alla loro violazione.

Ci sono inoltre –non dimentichiamolo- le dichiarazioni dei diritti, e le stesse tradizioni costituzionali comuni, alle quali la giurisprudenza fa capo, quando a risultare violati sono beni essenziali della vita, da esse protetti. E qui si verifica un fenomeno di grande rilievo: pur nel disordine di ordini normativi sprovvisti d una comune gerarchia delle fonti, superiore finisce per risultare la norma protettiva del diritto, quale che sia la fonte da cui essa promana. Si tengano a mente il caso Kadi del 2008, in cui la Corte di Giustizia Europea, negò che l'attuazione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza sul congelamento dei beni dei terroristi, consentisse tale congelamento a carico di una persona che nessuno aveva sentito prima della relativa decisione; e il caso Saadi del 2006, in cui la Corte di Strasburgo fermò un decreto di espulsione, pur legittimo per l'ordinamento italiano, perché metteva a repentaglio, nel paese di destinazione, l'incolumità da tortura dell'espulso. Emerge dal confronto che a prevalere è la norma che salvaguarda i diritti, sia essa stabilita dall'ordinamento sovrastante che la impone a quello sottostante (caso Saadi), sia invece l'ordinamento sottostante che resiste, nel farla prevalere, a quello sovrastante (caso Kadi).

Le tracce di costituzionalismo in tutto questo sono innegabili e lo sono sul versante di esso, che è stato nella storia il più vibratamente ideologico, vale a dire la garanzia dei diritti davanti agli abusi; quello, se vogliamo, da cui tutto è cominciato nel costituzionalismo medievale, così come ce lo spiegò Charles McIlwain, dalla Magna Charta ai diritti di Comuni, Università e Corporazioni. Il richiamo, anzi, al costituzionalismo medievale potrebbe portarci ancora più in là, perché fra i diritti ai quali esso dette la luce vi furono anche quelli di essere consultati, di poter dire la propria o farla dire da propri rappresentanti sulle decisioni sovrane, specie quando in gioco fossero le risorse finanziarie o umane pretese dal sovrano.

Non c'erano solo i limiti al potere, dunque, c'era anche l'avvio della partecipazione al suo esercizio, esplicitata poi dal federalismo consociativo di Althusius, e c'era in qualche modo la genesi del principio rappresentativo. Insomma, attraverso l'apposizione di limiti al potere si cominciava a lambirne la legittimazione andando verso quel costituzionalismo pieno, a due versanti, che sarebbe arrivato col King in Parliament e poi con le costituzioni di fine Settecento.

Ma se è così, potremmo desumerne che siamo noi stessi a un nuovo inizio, che, come allora, si è aperto un percorso che nel tempo ci porterà, anche per lo spazio globale, al costituzionalismo a tutto tondo? Oppure ciò non è destinato ad accadere, perché nel nostro futuro non c'è alcuna autorità globale sorretta da una comunità politica globale? E allora dobbiamo contentarci dell'affermazione su scala crescente di quello che di sicuro è un aspetto del costituzionalismo, ma che da solo non lo invera, e cioè la rule of law (a cui pure si possono ricondurre, in quanto non siano prodromici di altro, i diritti di partecipazione)?

4. Problematicità di un percorso

ISSN 2279-7238

Scrivendone cinque anni fa, e commentando le parole ad effetto del Manifesto, che era appena uscito, per la democrazia globale – "globalizzare la democrazia è l'unico modo di democratizzare la globalizzazione" - esprimevo i miei dubbi sulla fattibilità di un disegno pur così affascinante. E mi schieravo con Ralf Dahrendorf, che già riteneva difficile l'allargamento di forme di governo simil- statuali (possibilmente) democratiche ad ambiti regionali come quello europeo; mentre per il mondo proponeva che puntassimo all'estensione della rule of law, che segnava il nostro limite, ma anche i nostri crescenti successi.

Che cosa posso aggiungere oggi? Per cominciare, due argomenti per essere più ottimista di allora, uno relativo al passato, l'altro relativo al presente e al futuro.

Guardando al passato, devo ammettere che sul finire del primo millennio la realtà medievale non era tanto diversa dalla nostra. I primi infatti che riuscirono a costruire un impero, i carolingi, lo fecero rispettando e connettendo i fili policentrici dei legami feudali, sulla chiara premessa che fosse ultra vires per loro l'ipotesi di assorbirli in una accentrata autorità imperiale. Era un'ipotesi che appariva impossibile allora, così come sembra esserlo oggi per il globo. Eppure, con il passare dei secoli, l'accentramento statuale riuscì a subentrare e ad imporsi. E' accaduto, può tornare ad accadere.

Guardando al presente e al futuro non posso ignorare l'opinione di chi vede nei processi di partecipazione alle policies forme di legittimazione dei poteri decisionali tutt'altro che primitive, ma caso mai più mature e proficue della stessa rappresentanza elettorale. Danno infatti –si dice- ben maggiore consapevolezza degli interessi in gioco in ciascuna decisione, poi, in tempi in cui sono venute meno le visioni unificanti dei partiti, aiutano a connettere i propri interessi con quelli collettivi assai meglio delle dispute elettorali, che accentuano anzi i particolarismi, infine tengono conto delle accentuate diversità che ci sono oggi nelle nostre comunità politiche, dando loro spazio e inducendole tuttavia ad intendersi. Se così è e se è dunque lo stesso costituzionalismo interno che sta forse prendendo questa strada, che essa sia praticabile e praticata su scala globale apre prospettive di cui bisogna tener conto senza peccare per questo di mancanza di realismo.

Allo stesso tempo, ci sono anche argomenti contro. Il primo e più consistente è che negli ultimi anni le tendenze centrifughe sono cresciute nella comunità internazionale: l'autoaffermazione degli Stati, anche a scapito delle organizzazioni internazionali di cui sono membri, è una degenerazione ricorrente; una degenerazione che ha investito anche organizzazioni integrate come l'Unione Europea, che oggi tiene insieme i suoi pezzi dando sempre più spazio alla sua dimensione intergovernativa, sempre meno a quella comunitaria. In questo clima, una opposta tendenza centripeta, volta a rafforzare forme di governance comune, sembra altamente improbabile.

In più, la stessa tendenza al crescente rispetto almeno della rule of law sembra essersi fermata e chi avrebbe la responsabilità di farla rispettare non sembra riuscirci: si pensi all'Unione Europea davanti alle violazioni da essa stessa lamentate in due suoi Stati membri,

ISSN 2279-7238

la Polonia e l'Ungheria; si pensi al Consiglio d'Europa davanti agli arresti di massa in Turchia; si pensi alle Nazioni Unite davanti alla persecuzione dei Rohingya in Myanmar.

E allora? A nessun tempo sono precluse visioni di un futuro migliore, anche quando queste appaiano al momento impossibili. Al contrario, è bene che ci siano e che contrastino, per il sol fatto di esserci, il presentismo che non sa uscire da sé. Ma ogni tempo ha specifiche responsabilità di fronte ai problemi aperti che da esso e in esso aspettano soluzione. Davanti al costituzionalismo, la responsabilità del nostro tempo è quella di recuperare il terreno che stiamo perdendo in ordine al rispetto della rule of law. E su di essa quindi dovremmo concentrare la nostra attenzione nelle diverse arene nelle quali risulta messa in gioco.

Se così è – e per cominciare con la nostra arena europea- la cancellazione dell'ossimoro delle democrazie illiberali viene prima, per noi, dell'affermazione della democrazia globale. Tanto più che esso è figlio, non unico ma ben riconoscibile, di un orientamento all'apparenza più innocente, l'orientamento che identifica la democrazia con le decisioni maggioritariamente assunte dai Parlamenti, nelle quali trova la sua piena esplicazione il primo dei diritti dei cittadini, il diritto di voto.

Identificare la democrazia con la democrazia maggioritaria è, dal punto di vista del costituzionalismo, non necessariamente un ossimoro, ma certo un paradosso. Nato sul versante della rule of law e quindi della garanzia dei diritti, allargatosi giustamente dalla limitazione del potere alla sua legittimazione, finirebbe per esaurirsi nella stessa legittimazione e per cancellare così una parte di sé. Lo so, lo so che di democrazia maggioritaria non c'è solo quella del Primo Ministro Ungherese Orban, c'è anche quella che contrappone la derivazione democratica dei Parlamenti a quella non democratica delle tecnocrazie, con la conseguenza, ad esempio, di limitare il più possibile lo spazio delle autorità indipendenti, o di limarne la discrezionalità con regolazioni sempre a maglie strette. E questa fa capolino nella giurisprudenza dello stesso Bundesverfassungsgericht, in nome della massima espansione del diritto di voto dei cittadini. Ma anche su di essa dobbiamo criticamente riflettere, se è vero, com'è vero, che sottrarre decisioni alla maggioranza, quando non devono essere politici i criteri per la loro adozione, fa parte delle garanzie dei cittadini.

Insomma, neppure il costituzionalismo democratico può pretendere di esaurire la legittimazione in quella elettorale-maggioritaria. Ad essa va riconosciuta l'autorità che compete alla fonte ultima di ogni potere, ma da essa è doveroso attendere che preveda, per taluni poteri, una legittimazione non maggioritaria. La divisione classica dei poteri ci ha abituato a legittimare i giudici proprio se ed in quanto soggetti soltanto alla legge. Ma nella complessa mappa di una democrazia costituzionale ciò non vale solo per loro. Di sicuro vale per la Banca Centrale, ma vale anche per le autorità indipendenti con poteri di aggiudicazione e per le stesse autorità amministrative su cui incombe l'obbligo dell'imparzialità.

ISSN 2279-7238

Prima ancora che l'elezione diretta del Parlamento europeo desse spazio alla legittimazione elettorale delle nostre istituzioni comuni, furono la rule of law e i suoi elementi costitutivi, fatti valere come parti del nostro patrimonio comune, a fornire il metro ineludibile per l'accesso e la perdurante accettazione nella nostra Unione, oltre che il primo tessuto alla mai compiuta costituzione europea. Potremo non arrivare mai a quella Costituzione. Ma non dovremo amputare il nostro costituzionalismo, seguendo la falsa pista che lo vorrebbe allargato con il solo allargarsi della legittimazione elettorale del potere.

ISSN 2279-7238

Il profumo del costituzionalismo [*]

di Fulco Lanchester[**]

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I due significati del termine costituzionalismo – 3. Una prospettiva realistica – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Nel corso di questo intervento dopo aver definito in maniera sintetica il termine costituzionalismo e le sue differenti origini, evidenzierò come i due principali significati (in senso stretto ed in senso lato) dello stesso possano essere utilizzati opportunamente per l'implementazione di una strategia di libertà sia negli ordinamenti statuali, sia nell'ambito delle istituzioni della globalizzazione e della integrazione sovranazionale.

2. I due significati del termine costituzionalismo

In questo specifico quadro il costituzionalismo è frutto di una miscela di fattori che deve essere opportunamente definita. Senza fare ricorso alla *Begriffsgeschichte*[908], appare evidente che il sostantivo *costituzionalismo* possieda perlomeno due significati principali.Il primo più generale si riferisce alla limitazione del potere interpersonale in qualsiasi tipo di istituzione sociale; il secondo più specifico attiene, invece, ad una formola politica- che può essere articolata in maniera differente al fine di giustificare il rapporto comando-obbedienza nell'ambito della distribuzione autoritativa dei valori - e da cui discendono precetti normativi e di organizzazione tecnico-istituzionale concreti.

Nel primo caso le origini del termine sono risalenti(ce lo conferma anche Maurizio Fioravanti nella sua ultima opera[909]), ma l'esempio del costituzionalismo inglese evidenzia come, in tutte le organizzazioni umane minimamente ordinate, debba esserci prevedibilità

[*] Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

[**] Professore ordinario di Diritto Costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma

[908] *Geschichtliche Grundbegriffe : historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland,*a cura di O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck , Stuttgart : Klett-Cotta,1979-1992

[909] M.Fioravanti,*Costituzionalismo.La storia,le teorie,i testi*,Roma,Carocci,2018, passim.

ISSN 2279-7238

e quindi certezza del diritto [910]. Il costituzionalismo, praticato in Inghilterra nel 500/600 sulla scorta della *sapienza artificiale* delle corti di *common law,* aveva infatti affermato che in qualsiasi organizzazione (privata o pubblica) dovesse esservi limitazione del potere e prevedibilità.

Non è un caso- come ci ha ricordato anche Francesco Galgano- che in quello stesso periodo John Locke avesse redatto l'innovativo statuto della compagnia delle Indie e che, poi, avesse trapiantato alcuni principi dello stesso nel *Secondo trattato sul governo civile*(pubblicato anonimo proprio alle spalle della *glorious revolution*), prospettando il prototipo di costituzionalismo liberale oligarchico [911] e trasferendo al pubblico regole giuridiche di prevedibilità ed autonomia nate all'interno di istituzioni privatistiche.

Il costituzionalismo come formola politica risulta, invece, collegato in modo diretto solo al pubblico ed in particolare al livello di distribuzione autoritativa dei valori, sulla base di principi e valori che risalgono ad un *pactum* (covenant), presupposto o reale, tra i componenti della comunità politica.

Le due definizioni hanno dunque radici differenti, ma sono profondamente connesse. La prima si collega al costituzionalismo inglese, che nasce-infatti- come reazione delle assemblee parlamentari e dei giudici *di common law* al crescente assolutismo regio in difesa della costituzione medioevale[912]. La seconda si congiunge invece alla tradizione francese e possiede un significato più marcatamente ideologico [913]. In esso si evidenzia che un ordinamento non possiederebbe costituzione quando non si conformi ad un certo modello sia per quanto riguarda il tipo di adozione sia per quanto riguarda il contenuto. Da ciò scaturisce una polemica sulla natura dello stesso costituzionalismo e sul carattere che un documento deve possedere per essere definito costituzione in senso stretto, a causa del sovrapporsi delle esigenze di limitare il potere, insite nella tecnica costituzionalistica liberale, con il problema della democratizzazione.

Riassumo questo dibattito aggiungendo che, per alcuni autori, non si ha Costituzione se non sono rispettati determinati parametri ed in particolare l'esistenza di un potere costituente democratico [914], mentre per altri sia sufficiente l'esistenza di un testo scritto definito come costituzionale quale che sia la natura della procedura di adozione, il suo contenuto, il tipo di rigidità.

---

[910] V. N.Matteucci,a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna,Il Mulino,1962 e Idem, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno,*Torino,Utet,1976

[911] V. F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione : storia del principio di maggioranza*, Bologna, Il Mulino,2007,pp.115 ss.

[912] V. C.H. Mcllwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990.

[913] V. C.Schmitt, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1928.

[914] V. per tutti D.Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1776-1866; *vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*; Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993[3] e Idem, *Esiste una costituzione europea?*, in *Nomos*, 2000, nn. 2-3, pp. 7 ss..

ISSN 2279-7238

In proposito credo sia indispensabile ribadire la storicità del fenomeno, la sua peculiare allocazione e l'influenza che il costituzionalismo(in senso lato ed quello in senso stretto) ha avuto per lo sviluppo delle società occidentali, respingendo prima di tutto quell'impostazione istituzionalistico-positivistica di origine autoritaria per cui vi sarebbe diritto costituzionale in qualsiasi ordinamento, anche autoritario e/o totalitario. Il brocardo *ubi societas, ibi ius*, rischia di banalizzare come antiscientifico il fatto che il costituzionalismo nel suo duplice aspetto sia una *tecnica di libertà*, correlata con la nascita di istituzioni rappresentative. L'interpretazione romaniana, recuperabile-ad es.- nelle *Lezioni di diritto costituzionale* del 1931[915] , si contrappone infatti all'idea del diritto costituzionale come scienza organizzativa degli stati liberi e rappresentativi, che si identifica con il costituzionalismo in senso stretto e in senso lato. Essa costituisce l'eredità del *costituzionalismo tedesco,* basato sul *monarchische Prinzip,* che nell'epoca dello Stato di massa copre l'arbitrio del capo carismatico, della burocrazia partitocratica o dell'aziendalismo.

Limiti al potere e democratizzazione costituiscono, comunque, i due elementi che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo sia per quanto riguarda i suaccennati rapporti tra individuo e autorità (forma di stato), sia per quanto riguarda i rapporti tra i supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico (forma di governo) e scandiscono il passaggio dal cosiddetto Stato di diritto legislativo parlamentare a quello costituzionale.

Lo Stato di diritto costituzionale individua- com'è noto- un ordinamento dove supremi sono i valori costituzionali, non vulnerabili dalle cangianti maggioranze parlamentari, anche se interpretabili in modo diversificato. La sua introduzione ha costituito per l'ambito europeo un progressivo abbandono della teoria della tradizionale supremazia dell'organo legislativo (inteso in senso stretto o complesso)[916] e la costruzione di un ordinamento dove i diritti fondamentali degli individui ed i rapporti tra gli organi costituzionali sono sottoposti a limiti e garanzie di tipo giurisdizionale.

Una simile dicotomia possiede una sua linearità, ma può essere meglio articolata considerando che, alla base del diritto costituzionale contemporaneo si pongono, più tradizioni che possono essere identificate in:

tre rivoluzioni (inglese, nordamericana, francese) e quattro filoni applicativi (inglese, americano, francese, tedesco), i quali stanno alla base dello stesso stato di diritto nelle due versioni (legislativa; costituzionale). Entrambe le versioni suddette possiedono due varianti: la moderata e la estrema. I filoni anglo-americani, così come le rivoluzioni risultano tra loro interconnessi; lo stesso si può dire di quelli franco-tedesco.

[915] S.Romano,*Corso di diritto costituzionale*,Padova,Cedam,1931(terza ed. aggiornata),pp.10-11

[916] In effetti anche in questo si evidenzia la complessità dei referenti nell'ambito della tradizione costituzionalistica di cui più avanti nel testo: da un lato si pone infatti la teoria della sovranità del parlamento di derivazione inglese, in cui per parlamento si intende un organo complesso costituito dal Sovrano e dalle Camere; dall'altro la sovranità del parlamento come rappresentante della Nazione o del Popolo nelle varie fasi che caratterizzano la transizione dal modello liberale a quello democratico.

ISSN 2279-7238

Le ragioni della presenza di questi differenti filoni e varianti si incardinano in un diverso modo e stile del diritto (ad es. appartenenza alla famiglia di *common law* o a quella di *civil law*) [917]; nella situazione socio-economica (ad es. periodo e tipo di industrializzazione) e nel contesto geopolitico in cui si inseriscono i singoli ordinamenti.

La complessità delle influenze e delle applicazioni rende complicati ed incerti i riferimenti. Tuttavia, quando in Italia si parla di modello costituzionale democratico, normalmente ci si riferisce al complesso di principi della rivoluzione francese, evidenziando una tradizione che ha avuto e possiede ancora tanta influenza negli ordinamenti liberal-democratici, anche se oggi sembra nettamente sulla difensiva.

La crisi del modello francese e dello Stato legislativo, tipico del XIX secolo, ha corrisposto, infatti, alla presa di coscienza della pericolosità di una costruzione basata sul volere delle maggioranze, per cui — dopo l'esperienza del totalitarismo e del secondo conflitto mondiale — si è affermato il cosiddetto Stato costituzionale, basato su diritti inviolabili e sull'attività delle corti costituzionali, organi tecnici che hanno come compito quello di garantire la conformità ai valori costituzionali.

Nell'ambito del nostro convegno Dieter Grimm , legato ad una specifica tradizione culturale del diritto tedesco, ha ricostruito in modo coerente il senso e la prospettiva del costituzionalismo nel secondo senso, sulla base della tradizione settecentesca americana e francese(così come avevano fatto prima di lui ad es. Bluntschli, Jellinek, Redslob), ma tende a trascurare in modo consapevole quella inglese, che ha generato entrambe attraverso Montesquieu e i *framers* [918]. Peter Haeberle, figlio dello smendismo attualizzato di Hennis, gioca invece abilmente con le sue *costituzioni parziali* tra i due concetti all'interno di una *volta globale onnicomprensiva.*[919]

La dicotomia tra le due impostazioni è chiara. ancora di recente Dieter Grimm nella sua ultima opera su *Constitutionalism, past, present and future* limita il costituzionalismo e la Costituzione laddove c'è il popolo e la politicità statuale[920]. Haeberle è, invece, certo più favorevole alla costituzionalizzazione del diritto internazionale nella linea unica *top-down che caratterizza* questo indirizzo, ma è evidente che le obiezioni di Grimm sui limiti sostanziali di una simile prospettiva risultano rilevanti.

Haeberle è dunque più ottimista, Grimm meno, ma entrambi non sembrano essere eccessivamente preoccupati dai miasmi che avvolgono il costituzionalismo contemporaneo e che ne stanno corrompendo la fragranza.

---

[917] V.R.David – C. Juffret- Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova,Cedam,2004.

[918] D.Grimm, Constitutionalism.Past,Present and Future,Oxford,U.P.2016,ma anche Idem, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World, in The Twilight of Constitutionalism?*,P.Dobner-M.Loughlin,Oxford,U.P.,2010,pp.3 ss.

[919] P. Haeberle,*Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos,2018,n.2.*

[920] D.Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, Future,* cit.

ISSN 2279-7238

Per quanto mi riguarda, io invece lo sono e percepisco sempre più forte -- nell'avanzante riqualificazione dei rapporti geopolitici, che coinvolge sia l'economia che i rapporti di potenza, nella crisi dello stato sociale e della democrazia rappresentativa -- il tanfo degli anni Venti /Trenta del secolo scorso, con pericoli che solo una strategia articolata può contrastare, tenendo conto delle trasformazioni geopolitiche del terzo millennio.

3. Una prospettiva realistica

La mia prospettiva odierna parte, dunque, da una antropologia pessimista che riconosce l'esigenza di limitare il potere in qualsiasi tipo di organizzazione umana (pubblica o privata) al fine garantire libertà di autodeterminazione del singolo e dei gruppi, ma anche la necessaria efficienza delle istituzioni interessate.

In secondo luogo, sostengo che il costituzionalismo nei due sensi indicati (con istituzioni prevedibili e regolate) e sviluppo economico capitalistico siano tra loro connessi, ma non identificabili e totalmente sovrapponibili.

Lo sono stati, ma rischiano di non esserlo più se non vi è una opportuna attività del pubblico e della comunità per mantenere pluralismo euguaglianza.

Acemoglu- Robinson[921] e Fukuyama [922] ancora di recente ci hanno detto qualcosa in merito, così come i dati sui differenti sviluppi economici nell'ultimo mezzo millennio sono stati sceverati da Pomeranz, Maddison e Arrighi.[923]

E' significativo, in particolare, che Francis Fukuyama svaluti l'esperienza del costituzionalismo nei due sensi evidenziati e preferisca quello autoritario basato sulla costruzione di istituzioni statali efficienti, come precondizione sia dello sviluppo economico che di quello democratico. Non è quindi un caso che la via allo sviluppo tracciata recentemente da Fukuyama non sia quella anglo-americana, ma quella della Germania federiciana e bismarckiana.

In questa duplice linea è necessario sottolineare tre fattori:

da un lato, l'importanza del fenomeno geopolitico per spiegare le radici marittime e non *terragne del costituzionalismo*[924];

dall'altro la rilevanza della omogeneità sociale delle comunità coinvolte e dei soggetti politicamente rilevanti;

---

[921] D.Acemoglu-J.A.Robinson ,*Perché le nazioni falliscono.Alle origini di potenza, prosperità e povertà*,Milano,Il saggiatore,2013
[922] V. F. Fukuyama,*Political Order and Political Decay*,New York, Farrar, Straus and Giroux,2014
[923] Su cui v. F. Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*,Milano,Giuffrè,2014,passim.
[924] V. C. Schmitt, ***Land und Meer : Eine weltgeshichtiche Betrachtung*,** Leipzig, Reclam, 1942 .

ISSN 2279-7238

infine, la connessione tra il costituzionalismo storicamente inteso con lo sviluppo processuale della istituzione storicamente situata denominata Stato moderno sviluppatasi nel continente europeo.

Chi voglia seguire la dinamica del costituzionalismo in maniera sintetica deve, dunque, tenere conto dello spostamento degli assi geopolitici:

> dal mediterraneo all'Atlantico; dall'Atlantico meridionale a quello settentrionale; dall'Atlantico settentrionale europeo a quello settentrionale americano; dall'atlantico settentrionale americano al Pacifico prima nippo – americano, poi sino –americano (il c.d. Asian Pivot).

Lo sviluppo del costituzionalismo democratico costituzionale di massa si è, come è noto, prodotto nel corso della seconda ondata di democratizzazione, successiva al secondo conflitto mondiale . Furono soprattutto i c.d. paesi sconfitti (Germania, Giappone ed Italia), ma anche- in parte- l'India che ne beneficiarono nel corso dei cosiddetti "Trenta gloriosi", caratterizzati dalla contrapposizione bipolare Usa-Urss e dalla decolonizzazione.

La terza fase descritta da Huntington[925] inizia con il cambiamento negli ordinamenti negli ordinamenti del Sud-Europa (Portogallo,Grecia Spagna) e finisce con quelli dell'Europa dell'Est. gli anni settanta sono caratterizzati – come dicono gli storici contemporanei e gli scienziati delle relazioni internazionali, con l'inizio dello spostamento dell'asse geopolitico verso il pacifico e il fallimento della secolarizzazione dell'islam politico.

L'illusione della fine della storia e del trionfo del costituzionalismo democratico entrò in crisi già negli anni '90 del secolo scorso ,con il riaprirsi esplicito di vecchie faglie (religiose, etniche, economiche, regionali) e con il ridimensionamento del processo di integrazione politica europea,al di là del suo allargamento ad Est.

I dati economici crudi vedono gli ordinamenti industriali avanzati in recessione per quanto riguarda il Pil pro capite e l'allargarsi della contraddizione sempre più palese tra capitalismo e democrazia.[926]

Gli ordinamenti industriali avanzati, caratterizzati da istituzioni democratiche, vedono messi in forse – soprattutto in Europa- i loro capitelli base: lo Stato sociale e le istituzioni democratico-rappresentative. Un simile fenomeno produce – in modo differenziato , ma comune- l'indebolimento del presupposto che le istituzioni democratiche siano connesse con lo sviluppo economico capitalistico. La realtà contemporanea evidenzia il pericolo di un capitalismo globalizzato che può rinunciare al *government* democratico per favorire-se

[925] V. S. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century,*Norman(OK)-London, University of Oklahoma,1991

[926] V. T. Piketty,*Le Capital du XXIe siècle,*Paris,Seuil,2013 e ora E R. Kuttner,*Can Democracy Survive Global Capitalism?* ,New York, W. W. Norton & Company,2018.

ISSN 2279-7238

va bene- una *governance* di tipo aziendalistico- autoritaria, mentre tra le masse si generano e si rinfocolano pulsioni sovraniste, che rafforzano le paure e i problemi del passato[927].

Le paure, soprattutto in Europa, sono quelle suscitate dai ricordi degli anni Venti e Trenta e dalle crisi delle democrazie parlamentari del primo dopoguerra[928]. I problemi sono dati dal crescere della diseguaglianza e della sfiducia nelle istituzioni democratiche che ha già portato alle tragedie della guerra civile europea 1914-1989.

4. Conclusioni

a-Ci si chiede – anche in questa sede- come reagire alla situazione contemporanea senza farsi conquistare dai cascami dell'utopia kantiana o dal pessimismo senza speranza.

A mio avviso le paure possono essere limitate e le vie d'uscita individuate più facilmente, se attraverso l'analisi realistica si tiene conto che i fenomeni autoritari e/o totalitari del '900 sono nati dall'anarchia internazionale e regionale e dalla crisi economica non gestita.

Guardare con gli occhi asciutti i problemi di prospettiva della dinamica demografica e di riqualificazione dei rapporti di potenza economica e politica rappresenta il primo passo per individuare il futuro del costituzionalismo.

Il secondo passo è riconoscere che gli ordinamenti occidentali basati su istituzioni democratiche vedono rinsecchirsi le stesse, perché si è indebolito il baccello dello Stato nazionale in cui si sono sviluppate, mentre le istituzioni della globalizzazione[929] sono burocratiche e lontane, basate sul debole controllo/ partecipazione degli esecutivi nazionali, o addirittura senza controllo. Poiché gli ordinamenti nazionali non forniscono risposte adeguate, cresce – soprattutto in ordinamenti deboli e divisi – la contestazione populistica. In una simile situazione la finanza internazionale stima molto più affidbile Xi-Jinping, Putin, Orbàn ed Erdogan che i leaders democratici, che debbono fare continuamenti i conti con elettorali e maggioranze volubili.

C' è dunque il pericolo che il costituzionalismo in senso forte venga considerato debole ed inefficiente, mentre la riqualificazione dei rapporti geopolitici prepara scontri e frizioni sempre più rilevanti.

Quali, allora, le soluzioni per salvare principi e valori del costituzionalismo nei due sensi precedentemente individuati?

---

927 V. di recente D. Goodhart,*The Road to Somewehre-The Populist Revolt and the Future of Politics*,London,Hurst,2017,passim;per una riconsiderazione degli studi sulla *democrazia v. ora* R. *Doorenspleet* ., *Rethinking The Value Of Democracy .A Comparative Perspective*,London,Palgrave-McMillan,2019.

928 V. F. Lanchester,*Lo Stato di democrazia pluralista in Europa,*in *Percorsi costituzionali*,2017,n.1,pp.53 ss.

929 V. S. Cassese, *The Global Polity.Global Dimensions of Democracy and the Rulee of Law,*Sevilla, Editorial Derecho Global / Global Law Press,2012.

ISSN 2279-7238

Il costituzionalismo come contropotere è- a mio avviso- applicabile in profondità nelle istituzioni della globalizzazione, mentre quello specifico dello Stato di diritto costituzionale di democratico di massa suggerisce invece il salto di qualità per gli ambiti sopranazionali e il rilancio approfondimento per quelle nazionali.

C'è in sostanza bisogno di più *governance*, trasparente e parametrata al costituzionalismo in senso lato, sul piano delle istituzioni della globalizzazione, di un salto di qualità verso il *government* negli ordinamenti sovranazionali, mentre sul piano nazionale la ristrutturazione istituzionale dovrebbe comportare il recupero della legittimazione partecipativa, ricostituendo dal basso il senso di comunità e di partecipazione attiva.

b-A questo punto, vorrei concludere con una riflessione sull'Italia e le sue vicende più recenti, che si inseriscono nel lungo viaggio del costituzionalismo, ma che a volte rischiano di deviare dallo stesso.

Proprio nella stessa giornata in cui si è svolto questo Convegno, Enzo Cheli ha pronunziato una *lectio brevis* sui 70anni della Costituzione all'Accademia dei Lincei[930]. Il pezzo di Cheli si basa su una interpretazione storica che evidenzia come la Costituzione italiana sia stata un acquisto positivo per l'ordinamento ed abbia funzionano egregiamente per legittimarlo ed orientarlo nell'ambito dello Stato costituzionale di diritto, ma che il sistema politico non ha saputo utilizzarla, applicandola opportunamente nella parte organizzativa ed innovandola quando necessatio.

La tesi di Cheli è dunque che la Costituzione è forte, perché radicata nella comunità politica,mentre il sistema politico è, invece, debole,con il rischio di un circolo vizioso per uscire dal quale ci vorrebbe il barone di Műnchhausen. Accusare la società civile e politica di non aver saputo utilizzare il testo costituzionale significa, però, avere l'idea che la stessa sia tradita dal ceto politico, rifiutando le responsabilità della società civile. Significa in sostanza ritornare in modo diretto o indiretto alle polemiche post- risorgimentali relative alla scissione tra paese reale e paese reale.

Anche qui l'approccio storico favorisce la comprensione della situazione e suggerisce le possibili vie di uscita. Bisogna riconoscere , soprattutto, che la teoria della costituzione vivente, fondata sulla giurisprudenza delle corti, non riesce a sostituire la costituzione materiale rappresentata dalle forze che si pongono alla sua base. La dentatura più bella rischia, infatti, di essere indebolita dalla paradontite costituzionale(piorrea), se l'osso è indebolito e il tessuto gengivale è purulento.

La Costituzione italiana, frutto della seconda ondata di democratizzazione, è un testo che al di là dell'impianto tradizionale e garantista della forma di governo ha introdotto- come si è detto- l'ordinamento italiano all'interno dello Stato di diritto costituzionale, cercando

[930] V. E. Cheli, *I settantanni della Costituzione italiana. Prime indicazioni per un bilancio,* **in *Nomos*,2018,n.1.**

ISSN 2279-7238

di integrare all'interno del sistema forze e culture politiche profondamente differenti. E' questo il risultato più positivo e duraturo, al di là della deriva tradizionale di un sistema diviso da fratture tradizionali e dalla presenza di formazioni considerate antisistema. Le culture che hanno contribuito al testo costituzionale si sono tuttavia indebolite e poi dissolte, mentre il contesto europeo e internazionale è profondamente cambiato.

Le tappe del cambiamento si sono correlate con la fine dei c.d. "Trenta gloriosi" ed il processo di integrazione europea da un lato; la fine del socialismo reale e la ventata liberista dall'altra,cui hanno corrisposto la mancata integrazione del sistema politico-partitico prima e poi il suo crollo .

La fine della prima fase della storia costituzione repubblicana ha comportato la necessità di esternalizzare la Costituzione oramai priva di agganci materiali sufficienti nelle forze politiche nazionali all'europa e ai valori occidentali.

Lo intuì Dossetti a Monteveglio nel 1994[931], mentre nel 2008 Leopoldo Elia evidenziò che oramai bisognava fare affidamento sul tradizionale costituzionalismo nel secondo senso individuato nel corso di queste pagine in mancanza di un sistema dei partiti strutturato ed affidabile[932].

La realtà degli ultimi 70 anni ha visto la cinghia di trasmissione tra società civile e istituzioni del sistema partitico, considerato indispensabile negli ordinamenti di massa, trasformarsi secondo una dinamica che potrebbe essere descritta in maniera sintetica così:
dal bipartitismo imperfetto al bipolarismo imperfetto, dall'ibernazione del circuito partitico parlamentare al bipersonalismo imperfetto , per arrivare oggi al bipopulismo perfetto.

In questa situazione, come negli anni Sessanta con La Malfa o negli anni Novanta con Amato e Ciampi la nostra speranza è nell'Europa, per non farci risucchiare dal Mediterraneo e dalle sue spire africane. Ma l'Europa, su cui si deve rilanciare perché è per noi la vera speranza, come sapete non si trova in condizioni ottimali. Anzi. il periodo successivo al crollo del socialismo reale ha visto l'Europa perdere la propria spinta politica, ma allargarsi solo economicamente, in un periodo di contrazione per gli ordinamenti già sviluppati. L'UE,non più sotto la protezione dell'ombrello Usa(che anzi con Trump sembrano essere divenuti un rivale), è divenuta una impresa più economica che politica e risente delle contraddizioni di aree che storicamente sono state e sono ancora lontane. La centrifugazione europea, dalla Brexit a Visegrad- per arrivare ai Pigs dell'area meridionale, individua la nostra debolezza, ma soprattutto il pericolo che i più deboli possano soccombere.

Il rilancio del costituzionalismo costituisce dunque una carta da giocare: all'interno dello Stato nazionale evidenziando l'importanza dello stato sociale e della rappresentanza, rafforzando però nello stesso tempo le istituzioni europee e scommettendo sul passo

[931] V.,il discorso di G. Dossetti a Monteveglio del 16 settembre 1994, in Segnosette, 9 ottobre 1994, p. 18
[932] v. f. Lanchester,*Il legato di Leopoldo Elia,* in federalismi.it n. 19/2008.

ISSN 2279-7238

ulteriore in avanti del processo di integrazione; individuando infine nella *governance* internazionale un tassello ulteriore per l'affermazione del diritto basato su valori.

ISSN 2279-7238

Una geografia dei costituzionalismi moderni *

di Giorgio Rebuffa**

Quando si parla di costituzionalismo "moderno", spesso si tende ad identificarne il suo tratto distintivo, la sua "originalità" nel fatto che esso si definisca a partire dall'idea della necessità di una costituzione *scritta*, di contro ad una tradizione, quale quella

medievale, connotata da leggi fondamentali di natura essenzialmente consuetudinaria. Per quanto corretta sia, certamente, tale prospettiva, occorre però non dimenticare come lo sviluppo del costituzionalismo sia, in realtà, più complesso di quanto non possa sembrare, e non risponda, del resto, ad un processo "unitario", ad una eguale evoluzione nei diversi paesi europei.

Se, poi, si pensa all'Inghilterra, allora la questione si complica, certamente, ancora di più, poiché – come osservava Litton Strachey, «la costituzione inglese, questa entità indefinibile, è una realtà vivente che cresce come crescono gli uomini, e assume forme sempre varie in conformità con le leggi sottili e complesse della natura umana. E' figlia della saggezza e del caso». In Inghilterra, allora, il costituzionalismo "moderno" è inseparabile con il processo che attiene, più che al "governo", all'attività della *iurisdictio*, ossia alla definizione dei limiti e dei vincoli che il Re incontra nell'esercizio dei suoi poteri e delle sue prerogative. Bisognerebbe ricordare, perlomeno, il *Bonham Case*. Un medico viene denunciato dalla corporazione dei medici per esercizio abusivo della professione, tratto in arresto e processato in nome del Re. Siamo nel 1610, e Coke ricorda così il proprio intervento:

«Allora il Re disse che pensava che la legge fosse fondata sulla ragione, e che anche lui ed altri possedevano la ragione al pari dei giudici. Al che fu da me risposto, che era vero che Dio aveva dotato Sua Maestà di preclara scienza e di grandi doni naturali, ma che Sua Maestà non era erudito nelle leggi del suo regno; e che le cause riguardanti la vita o il patrimonio o i beni e le fortune dei suoi sudditi non eran cose da decidersi in base alla ragione "naturale" ma in base alla ragione "artificiale" e al giudizio della legge […]. Del che il Re si sentì gravemente offeso, e disse che allora egli era sottoposto alla legge, e che era tradimento affermare una tal cosa».

Qui si apre la storia moderna: il Re è sottoposto a Dio e alla legge, come voleva la tradizione medievale, ma questa legge coincide con la "ragione artificiale", che è materia riservata ai "dotti", ai giuristi, e non al Re. Eppure, tutto ciò resterebbe astratto, ove non si considerassero le effettive forze, e gli effettivi rapporti politici, che consentono la definizione e lo sviluppo della *rule of law*. Da questo punto di vista, il

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore Emerito di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Genova.

ISSN 2279-7238

costituzionalismo moderno britannico è inseparabile, in primo luogo, dalla posizione dei giudici. I giudici inglesi sono sì indipendenti, nell'esercizio delle competenze loro attribuite, ma non lo sono con riguardo alla loro selezione: i giudici inglesi sono scelti dalla corporazione degli avvocati, e ciò costituisce un limite enorme all'esercizio del potere politico – è un punto che è spiegato perfettamente in alcune pagine di Weber, quando spiega la lotta degli avvocati contro il diritto romano e il diritto canonico, e la sua relazione con l'economia capitalista.

In secondo luogo, lo sviluppo del costituzionalismo inglese è fortemente segnato dal ruolo che hanno svolto i partiti politici. Dopo le grandi riforme elettorali del 1832 e del 1867, le circoscrizioni sono controllatissime dai partiti politici. Come si va votare, come si vota, è un fatto che dipende dai conservatori e dai liberali. Sono i due partiti che controllano le libertà inglesi. Infine, non va mai dimenticata la situazione internazionale e, in particolare, dal ruolo dell'Inghilterra come potenza navale, che si definisce compiutamente prima con la vittoria sugli spagnoli e, poi, con la distruzione della flotta francese. Arriverei a dire, con una formula, che senza la flotta nessun costituzionalismo sarebbe stato possibile in Inghilterra.

Se ho accennato a tali fattori, è unicamente per evidenziare come l'affermazione di un sistema costituzionale – nonché la sua effettiva configurazione – costituisca un processo che, se si svolge sul piano del diritto, è però influenzato, ed in ultima istanza determinato, dalle relazioni politiche tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, per riprendere l'espressione di McIlwain, e da quelle internazionali.

Per questa ragione, nell'Europa continentale, il processo di costituzionalizzazione segue strade differenti: perché, rispetto all'Inghilterra, differenti sono i problemi e gli equilibri politici nel continente. Se dovessi indicare – in maniera ovviamente puramente indicativa – una data, un momento fondamentale nell'inizio di questo processo, sceglierei la pace di Westfalia, la fine delle guerre di religione in Europa. Ricordo che la chiesa romana che custodisce la statua del Bernini, l'Estasi di Santa Teresa, si chiama Santa Maria della Vittoria, dove la "Vittoria" che qui viene celebrata e ricordata è quella della Montagna Bianca. Vittoria di un esercito cattolico contro un esercito protestante, agli inizi della Guerra dei trent'anni, la cui conclusione segna la nascita dell'Europa moderna e dello sviluppo del costituzionalismo.

I trattati di pace fissano, all'epoca, un principio che oggi diremmo moderno e liberale: *cuius regio eius religio*, come è noto. Eppure leggerlo in questi termini sarebbe un'illusione ottica, che ci impedirebbe di vedere come è su tale principio che si fonda la dinamica che dà origine all'assolutismo dell'Europa continentale. Il mantenimento dei limiti della religione è assicurato, infatti, da un'autorità esterna, quella del sovrano, che impone la propria fede ai suoi sudditi. Il punto, però, è che, in Europa, ciò è anche la condizione per quello che sarà il costituzionalismo ottocentesco. La formazione dello Stato assoluto, la liberazione dai vincoli feudali, sono, sotto tale profilo, i suoi antecedenti necessari.

ISSN 2279-7238

Anche qui, ovviamente, avremo processi diversi, a seconda delle differenti realtà nazionali. In Francia, ad esempio, il problema che attraversa la nascita del costituzionalismo moderno non passa per una ridefinizione della *iurisdictio*: al contrario di quanto accade in Inghilterra, qui sono le giurisdizioni superiori, i *Parliaments*, che costituiscono un costante ostacolo, rallentamento, al processo di razionalizzazione del potere statale, ad ogni riforma del sistema politico, costituzionale e fiscale. La rivoluzione del 1789 porterà allora, più che ad una limitazione del potere per mezzo del diritto, ad una affermazione del tutto astratta – perché slegata da una concreta ed efficace architettura dei poteri – dei diritti dell'uomo. La conseguenza sarà quella che Edmund Burke – che Nicola Matteucci chiamava "l'ultimo dei costituzionalisti" – saprà indicare, con preveggenza, già nel 1791: «Nella debolezza di ogni determinata autorità, e nel continuo succedersi di diverse, gli ufficiali dell'esercito rimarranno per qualche tempo ribelli e divisi in fazioni; fino a quando qualche generale popolare, che conosce l'arte di accattivarsi i soldati, e possiede il vero spirito di comando, attirerà tutti gli occhi su di sé. Le armate gli obbediranno per il suo carisma personale. Non vi è altro modo di assicurare l'obbedienza dell'esercito in questo stato di cose. Ma nel momento in cui ciò avverrà, la persona che realmente comanda l'esercito, sarà il vostro padrone; il padrone (ciò è poco) del vostro re, il padrone della vostra assemblea, il padrone della vostra intera repubblica».

Il 18 brumaio non farà che compiere ciò che Burke aveva intuito, e che era presente fin dall'inizio nel corso rivoluzionario. Ma, con il colpo di Stato di Bonaparte, con l'irruzione delle truppe nell'assemblea dei Cinquecento al grido "morte agli avvocati!", il costituzionalismo francese è morto ancor prima di nascere. Perché l'esperienza napoleonica segna profondamente e radicalmente la cultura politica francese, e il suo stesso cammino verso il costituzionalismo. In fondo, la storia francese del XIX secolo, e anche di quello successivo, si è sempre mantenuta lungo la spaccatura cui aveva dato luogo la rivoluzione. Da una parte, la spinta verso la "democrazia totalitaria", verso il modello di Rousseau, la democrazia del popolo, che è cosa diversa dalla democrazia costituzionale (la quale è esattamente quella che Rousseau critica quando scrive che gli inglesi sono un popolo schiavo, solo liberi un solo giorno ogni 4 anni, quando vanno a votare). Dall'altra parte, l'idea di un esecutivo forte, di un Parlamento e di una magistratura limitati nei loro poteri e nella loro legittimazione. Ed è in questa tensione che si afferma, alla fine, il modello "costituzionale", il quale però non può non risentire delle condizioni e del contesto politico in cui si sviluppa.

Per questo, più che una "storia", bisognerebbe fare una "geografia" del costituzionalismo moderno, mostrando come esso vari, si definisca, inventi soluzioni in corrispondenza con gli specifici problemi politici, sociali ed economici delle realtà nazionali in cui si sviluppa. E' noto, ad esempio, che il costituzionalismo americano non proviene in alcun modo da una "astratta" influenza di Montesquieu, ma, diversamente, dalle più concrete soluzioni e formule provenienti da Blackstone. Oppure, per citare

ISSN 2279-7238

ancora un esempio, non si potrebbe certamente analizzare l'esperienza austriaca, senza tener conto della questione delle nazionalità, che emerge come problema centrale fin dal 1848. Ancora De Gasperi, che era stato deputato al parlamento di Vienna, ricorderà dibattiti in parlamento che duravano ore, qualche volta anche dei giorni, perché gli ungheresi parlavano ungherese, i cechi parlavano ceco, i croati parlavano croato, i galiziani galiziano.

Tutto ciò conduce ad un'ultima considerazione, che attiene alla concretezza dei meccanismi costituzionali. Per poter indagare l'effettiva forza normativa delle formule costituzionali, della *forma* che il diritto imprime ai rapporti di potere, occorre sempre capire, anzitutto, come tale le formulazioni giuridiche costituiscano sempre la traduzione – in termini astratti – di problemi concreti, di conflitti politici reali, dimenticando i quali la storia del costituzionalismo ci apparirà, semplicemente, come un susseguirsi di "dottrine". Rispetto dunque all'attenzione che prestiamo sempre all'evoluzione del costituzionalismo nel "tempo", occorrerà sempre ricordare che essa riguarda anche, e forse soprattutto, il suo definirsi in riferimento allo "spazio", ai contesti geopolitici di riferimento.

ISSN 2279-7238

Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale odierno*

di Maurizio Fioravanti**

SOMMARIO: 1. Premessa. La posizione del problema - 2. Il senso della trasformazione costituzionale. L'esempio paradigmatico delle dottrine di Santi Romano - 3. L'effettività della trasformazione. Porre la legge e dire il diritto nel caso concreto - 4. Passato, presente, e futuro dello Stato costituzionale di oggi.

1. Premessa. La posizione del problema

Io credo che in un Convegno come questo, nato per studiare l'interrelazione tra passato, presente e futuro del costituzionalismo, non si possa non iniziare da una constatazione di tipo obbiettivo, che è veramente tale, e cioè del tutto svincolata da aspetti di tipo valutativo. Ciò che nel concreto della esperienza costituzionale appare sempre più evidente in modo oggettivo ed indiscutibile è la distanza che quasi ogni giorno aumenta tra due modi complessivi d'essere delle istituzioni politiche, che per semplificare le cose chiamiamo *Stato costituzionale del presente,* che è la forma politica a noi medesimi coeva, e *Stato di diritto della tradizione,* che è la forma politica che ha dominato in Europa tra Otto e Novecento, raggiungendo il suo più alto punto nei primi decenni del secolo scorso[933].

E' chiaro che se noi attribuiamo carattere universale alle categorie dello Stato di diritto della tradizione non riusciamo a vedere nel panorama odierno alcun tipo di ordine o di Stato, tanto meno uno " Stato costituzionale". Infatti, rispetto al modello ottocentesco dello Stato di diritto, mancano clamorosamente due elementi tra loro correlati: la sovranità del legislatore, e il ruolo del giudice limitato alla stretta applicazione della legge. Se invece riteniamo che nessun tempo storico possa produrre categorie universali, e soprattutto che quelle ottocentesche sono anch'esse prodotte dal proprio tempo, che si esaurirà -come subito vedremo- con l'avvento nel corso del Novecento delle Costituzioni democratiche, allora il discorso sullo "Stato costituzionale" si riapre completamente, ed assume senso proprio in rapporto alla specificità del nostro tempo, in cui finalmente si perviene a porre una norma fondamentale espressiva di principi di giustizia al di sopra del legislatore, ed attribuendo a quel punto al giudice un ruolo più ampio, che in certi casi finisce per essere decisivo per l'attuazione e concretizzazione dei principi costituzionali.

Noi, proprio in quanto si pretenda di esercitare il mestiere di storico, dobbiamo escludere la prima opinione, in quanto riteniamo impossibile che un tempo storico possa aspirare alla produzione di categorie universali. E' dunque necessario, anche per i giuristi, chinarsi umilmente sulla realtà, quasi auscultarla, per comprendere davvero ed in profondità che cosa sia questo " Stato costituzionale" che va formandosi di fronte a noi.

** Presidente del Consiglio di Amministrazione del PIN s.c.r.l. – Servizi Didattici e Scientifici per l'Università degli Studi di Firenze e già Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze.

933 Per le diverse forme che assume lo Stato di diritto dopo la Rivoluzione, e tra Otto e Novecento, cfr. ora M. Fioravanti, *La Costituzione democratica*, Giuffrè , Mlano, 2018, passm.

ISSN 2279-7238

2. Il senso della trasformazione costituzionale. L'esempio paradigmatico delle dottrine di Santi Romano

Noi crediamo che se oggi si può iniziare a parlare di " Stato costituzionale", con riferimento al nostro immediato presente, è perchè da qualche tempo si è avviato un discorso sulla posizione che le Costituzioni democratiche del Novecento occupano nella storia dello Stato di diritto dalla Rivoluzione in poi. Più nello specifico, quello che noi crediamo è che con le Costituzioni democratiche del Novecento, che si dipartono dalla Costituzione-madre di Weimar, e che avranno in seguito, come esempio particolarmente paradigmatico, la Costituzione italiana del 1948, sia accaduto qualcosa di estremamente rilevante sul piano storico, che va molto al di là della consueta immagine dell'edificio dello Stato di diritto retto dal muro maestro del principio di legalità, che con .le nuove Costituzioni avrebbe aggiunto un n uovo piano, sopra la legalità ordinaria, ovvero il piano della legalità costituzionale, ma poi rimanendo la pianta e la struttura di fondo dell'edificio stesso sostanzialmente inalterate .

Ed invece nelle Costituzioni come la nostra italiana, e in genere nelle Costituzioni democratiche del Novecento, è accaduto molto di più. Per tornare per un solo attimo alla metafora edilizia, non si è solo aumentato in altezza il volume, ma lo si è cambiato globalmente, nella struttura complessiva. E si converrà con noi nel sottolineare come per alcuni decenni sia mancata la consapevolezza di questa frattura all'interno dello svolgersi delle vicende costituzionali dello Stato di diritto in Europa, in modo tale che tutto quello che è accaduto è stato spesso letto nel senso di un continuo perfezionamento della definizione e dei modi di garanzia dei diritti dalla Rvoluzione a oggi.

Possiamo dunque, ed in un certo senso dobbiamo, chiederci, in cosa consiste questa novità, questo *quid pluris* che all'inizio della vigenza delle nuove Costituzioni, come nella prima metà degli anni Cinquanta in Italia, stava sempre più determinando una vera e propria trasformazione costituzionale. E' quest'ultimo il concetto - per l'appunto la " trasformazione costituzionale " - da cui partire, e che ci aiuta sensibilmente proprio come strumento di lavoro.

Tentiamone dunque una prima approssimativa definizione. Una " trasformazione costituzionale " è in genere un processo che, anche a costituzione formale invariata, o magari accompagnata da qualche sintomatico tentativo, di successo o meno, di riforma costituzionale, sposta di fatto - e questo è il vero dato evidente e più rilevante delle democrazie odierne - le principali funzioni pubbliche costituzionalmente fondate, e dunque di fatto muta in primo luogo il significato di due tra queste, che sono le più rilevanti, ovvero l'atto del legiferare e l'atto del giudicare, il significato ed i limiti del *gubernaculum* e della *iurisdictio.*

Io credo che oggi noi stiamo ben dentro questo processo di trasformazione, e che quindi il compito vero che abbiamo di fronte è proprio quello della ridefinizione del ruolo e della missione dei legislatori e dei giudici, in modo da porre le due funzioni in rapporto di equilibrio. Sarebbe dunque clamorosamente errato sul piano storico giudicare la forma politica che si sta determinando dentro l'odierno processo di trasformazione costituzionale

ISSN 2279-7238

alla luce delle categorie dominanti in Europa tra Otto e Novecento, ovvero in una fase precedente, che all'inizio di questo contributo abbiamo condensato nel termine-concetto di " Stato di diritto della tradizione".

Ovviamente, quando diciamo " Stato di diritto della tradizione" non ci riferiamo a qualcosa che a sua volta è immobile e statico. Entro quella esperienza possiamo infatti trovare personaggi come Santi Romano, che oggi stanno ricevendo rinnovata attenzione, per il coraggio con cui all'inizio del secolo scorso seppero guardare alla realtà sociale che mutava, e soprattutto al fenomeno dell'organizzazione degli interessi fuori dallo Stato.

Ma la pur ancor oggi tanto celebrata prolusione pisana del 1909, che per la prima volta associava, su un piano teorico generale, alla realtà istituzionale dello Stato moderno ed in particolare ovviamente allo Stato unitario italiano, il termine-concetto di " crisi ", pur sempre si concludeva con parole che, nei luoghi del testo in cui esse rialzavano di tono, assumendo carattere quasi profetico, risultavano essere tutte a favore del nostro Stato di diritto della tradizione, che secondo Romano avrebbe potuto " conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede".

Insomma, non vogliamo dire che la "crisi" fosse per Romano un piccolo malanno, come una sorta di mal di stagione, ma nella direzione opposta non poteva neppure dirsi che il nostro giurista la ritenesse come l'avvicinarsi di un evento, o il determinarsi di un processo, che avrebbe condotto - come invece in effetti poi accadde - al crollo del diritto pubblico statale dell'età borghese. Per dirla in sintesi, Romano, come la maggioranza dei giuristi del suo tempo, pensava che la navicella del diritto pubblico europeo fosse ormai in porto, e che fossero necessari solo interventi manutentivi, di ordinaria amministrazione.

Lo dimostra il *Diritto Pubblico italiano,* manuale dello stesso Romano, che illustrava cinque anni dopo la prolusione pisana, dunque nel 1914, tutta l'esperienza pubblicistica italiana, di diritto costituzionale ed amministrativo, e che sui punti di tensione più evidenti e noti, dal carattere popolare o meno delle origini dello Stato unitario fino alla teoria della rappresentanza, seguiva con grande timore, e con una smisurata prudenza, vicina all'immobilismo ,quella che nel 1909 aveva pur chiamato "crisi".

3. L'effettività della trasformazione. Porre la legge e dire il diritto nel caso concreto

Torniamo ora sulla via principale, dopo aver brevemente utilizzato la figura di Santi Romano per mostrare come anche i più audaci tra i giuristi dell'epoca dello Stato di diritto della tradizione - cui lo stesso Romano senza dubbio appartiene - finiscano per rimanere prigionieri di quella che potremmo definire la " trappola " della universalità, nel senso che immancabilmente ritengono che il loro Stato di diritto sia il necessario punto di arrivo di una tradizione che nel loro caso non parte dalla Rivoluzione, ma da prima, dalle grandi monarchie assolute, identificando nella loro opera di livellamento e di superamento dei privilegi medievali l'origine per eccellenza dello Stato moderno, di cui lo Stato di diritto della tradizione sarebbe, secondo i nostri giuristi, la versione a loro medesimi coeva.

Ricordiamo anche che il nostro problema – quello che si sta determinando nel nostro presente – è quello di individuare la specificità del nostro tempo in ordine alle interrelazioni

ISSN 2279-7238

che oggi si stabiliscono tra passato, presente e futuro del costituzionalismo. Noi pensiamo che il presente in questo ambito – che come sappiamo è quello delle Costituzioni democratiche del Novecento – possa ancora avere un futuro nel ventunesimo secolo, ad una condizione: che sia esplicitato in modo chiaro e trasparente il rapporto di quelle medesime Costituzioni con il passato. Di questo dobbiamo ora occuparci, perchè questo è il cuore del nostro problema.

Abbiamo visto come colui che è ritenuto essere il più innovatore tra giuristi italiani, ovvero Santi Romano, non sia affatto portatore nella cultura giuridica e costituzionale italiana di un pensiero della crisi, o sulla crisi. Probabilmente in questo atteggiamento, certo non solo di Romano, ed anzi comune alla gran parte della giuspubblicistica italiana, è ben presente l'avversione nei confronti del potere costituente, che il mondo liberale temeva soprattutto nella versione giacobina, radicale e volontaristica, della Costituzione , in evidente contrasto con gli ideali borghesi e liberali di un progresso moderato, della graduale estensione dei diritti politici e del ruolo dei parlamenti, in colloquio con le monarchie praticamente dappertutto in Europa, e certo non solo negli Stati tedeschi, più o meno fondati sulla permanenza del principio monarchico.

Dunque, per lo Stato di diritto della tradizione il presente è ben strutturato ed ordinato, in quanto presenta agli uomini che agiscono in quel tempo - ovvero l'età liberale - uno Stato depurato da ogni sua possibile origine politica. nel senso di volontaristica, e quindi istituzioni politiche solide, espressione organica di una storia che non è mai sottoposta all'arbitrio delle forze particolari, lungo una linea che dalle grandi monarchie assolute arriva fino allo Stato liberale di diritto del secolo diciannovesimo.

Siamo così giunti ad un passo dall'enucleare il carattere fondamentale del positivismo giuridico applicato al campo del diritto pubblico. Esso presuppone e vuole uno Stato forte ed autorevole, capace d'imporre il suo diritto come diritto unico, e riducendo così nella sua versione più autoritaria - che però non è quella più diffusa in Europa - i diritti che spettano agli individui alla dimensione di *Reflexrechte,* che non hanno dunque sostanza propria, ma esistono solo perchè una norma dello Stato sovrano li prevede. Ma questa forza ed autorevolezza, che esistono secondo i nostri giuristi della tradizione perchè si è abbandonata la via del contrattualismo rivoluzionario, a loro volta, se vogliono essere basi sicure per lo sviluppo del diritto pubblico statale, non possono porsi nei termini propri della *potestas,* nel senso di una volontà dominatrice, che cala dall'alto sulla società. I giuristi dell'età liberale hanno quindi bisogno di una visione più mite di quella *potestas,* che risulti essere già in sè ordinata, perchè espressione della nazione intera, in modo da escludere sovranità " politiche", nel senso di progetti di dominazione costruiti sulle volontà di singoli soggetti.

Insomma, andava bene che lo Stato fosse forte di fronte ai particolarismi, prima di antico regime, e poi comunque presenti, in forme diverse, anche nella nuova società civile borghese. Ma non andava bene che il diritto, e la stessa legge, fossero intesi come puro comando, o mera *voluntas,* come tale sempre revocabile e comunque sostanzialmente modificabile a discrezione del legislatore. Ma come poteva essere limitata quella volontà sovrana che il legislatore stesso aveva espresso? Io credo che questa domanda non abbia sostanzialmente risposta, nel senso che, una volta che si sia concepito in quel certo e determinato modo la volontà sovrana dello Stato, risulta del tutto impossibile reperire

ISSN 2279-7238

un'altra volontà capace di contrastarla. Quest'altra ipotetica volontà, esterna allo Stato, *e* capace di limitarlo, avrebbe infatti riportato indietro le lancette della storia, recuperando il diritto naturale della Rivoluzione, che per i nostri giuristi apparteneva invece ad una stagione del tutto conclusa; ed infine avrebbe negato i caratteri stessi del "moderno", che era tale proprio perchè si era sviluppato nella storia eliminando le volontà parziali, a favore di un'unica volontà legittima, quella dello Stato sovrano.

Ma allora si deve forse concludere che proprio nel cuore dell'Europa dell'età liberale, e fatte salve le specificità nazionali, si assiste alla dominazione di una cultura dei diritti ben poco "liberale", che li lascia privi di un fondamento proprio? Noi crediamo che questa sarebbe una conclusione quanto meno affrettata. Se infatti si scava appena un pò di più sotto la crosta delle ideologie statualisiche ottocentesche si scopre subito che i nostri giuristi che osannavano il diritto positivo statale in forma di legge e ritenevano, per lo meno in apparenza, che non potesse esistere alcuna storia del diritto pubblico in età moderna senza un dispiegarsi pieno del principio di sovranità, in verità finivano quasi sempre per aderire alla concezione dualistica dello Stato moderno, che non vedeva il predominio assoluto del centro sulla periferia, e l'eliminazione da parte del centro dei diritti storicamente fondati, sistematicamente visti come un intralcio ai processi di modernizzazione , che in questa linea si sarebbero dunque tutti svolti per irradiazione, dal centro alla periferia.

4. Passato, presente, e futuro dello Stato costituzionale di oggi

Ed invece, nella storiografia costituzionale più avvertita c'è oggi una ricostruzione dell'avanzare del " moderno " ben diversa, che vede sì conflitto tra centro e periferia, e dunque la periferia come "resistenza", che tende a conservare il diritto del luogo, *das alte gute Recht,* ma anche in molti casi cooperazione, il prodursi dunque di un " moderno" che non è frutto di un progetto elaborato al centro, e poi disteso, irradiato, in periferia, ma è piuttosto da intendersi come il prodotto di una cooperazione discussa e contrattata , e dunque dell'interagire tra centro e periferia[934].

Ed in effetti, ciò che accade nella realtà è ben distante da quei modelli di carattere monistico, che vedevano solo individui, immancabilmente collocati di fronte all'altra persona, che era quella dello Stato sovrano. E' contestando la rigidità di questo schema che comincia ad affiorare una visione più complessa dello Stato moderno, specialmente nella sua prima fase di vita, precedente la Rivoluzione, quando si tratta di cogliere i segni del " moderno" all'interno dei singoli territori di cui si compone l'Europa.

Ed infatti, da una parte "il moderno" stesso è all'insegna della razionalizzazione e della concentrazione dei modi di esercizio del potere pubblico, congiuntamente alla essenziale caratteristica della calcolabilità dell'agire pubblico, senza la quale non si ha quel tipo di sicurezza che è necessario per indirizzare verso il "moderno "quei territori, altrimenti inaffidabili perché soggetti all'esercizio arbitrario della discrezionalità politica.

[934] Utili testimonianze in questo senso si trovano in *Lo stato moderno,* a cura di E. Rotelli e P. Schiera, vol. I. *Dal Medioevo all'età moderna,* Bologna, 1971.

ISSN 2279-7238

Ma d'altra parte è anche vero che nei fatti in molte situazioni il "moderno" progredisce in modo tutt'altro che unilineare ed uniforme, essendo e rimanendo ben diverse le soluzioni che si prospettano, e ben diversi i livelli di collaborazione e commistione tra antico regime e nuove istituzioni politiche, soprattutto nei poteri in cui si esprimeva l'*imperium*, come il potere del giudice di essere terzo neutrale tra due parti in lite , con il connesso potere di far eseguire la sentenza, o il potere impositivo di tributi, o ancora il potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio.

E' chiaro che in una situazione in cui tre funzioni pubbliche così rilevanti sono negoziate non si avrà mai " Stato " nel senso proprio del positivismo ottocentesco, ma proprio per questo motivo non si potranno utilizzare le categorie elaborate durante e dopo la Rivoluzione per comprendere il " moderno" precedente la Rivoluzione, in cui esiste già una ricerca di una certa calcolabilità e razionalità, che sono certamente il segno del "moderno" che avanza, ma che nello stesso tempo non arrivano mai a trovare un punto di sintesi paragonbile per forza ed efficacia al principio di unità politica che avrà il suo apice tra Otto e Novecento, nell'età dei Codici e degli Stati sovrani.

Ma allora, come si pone il rapporto tra passato, presente e futuro nel tempo odierno dello Stato costituzionale? Direi intanto che è un rapporto che muta radicalmente, all'interno della trasformazione che conduce dallo Stato di diritto della tradizione allo Stato costituzionale del presente. Abbiamo infatti all'inizio un legislatore necessariamente virtuoso, che immancabilmente dispone non per mera voluntas, ma secondo ragione. Questo legislatore opera in linea generale in modo distaccato dal passato, poichè nella logica illuminista della Rivoluzione non esiste mai un passato che possa illuminare la via che il legislatore intende intraprendere. E' la ragione che guida l'opera del legislatore, e non l'esperienza, e dunque la storia,

Ed anche il futuro è a sua volta condizionato da questa solidità del presente, nel senso che per i giuristi dell'età liberale il futuro nient'altro è che un continuo perfezionamento del presente, che già contiene in sè la formula regolativa dello Stato di diritto, che dunque avrà un futuro nel senso che questa formula sarà rivista e aggiornata, ma mai abbandonata o mutata radicalmente.

E veniamo finalmente al tempo, a noi coevo, dello Stato costituzionale. Qui la relazione tra i tre termini del nostro rapporto muta radicalmente. IL presente dello Stato costituzionale è infatti assai più incerto e problematico di quanto fosse il presente dello Stato di diritto nel diciannovesimo secolo. Da una parte, avevamo infatti il dominio della legge generale ed astratta e la sua applicazione al caso concreto da parte di una giurisprudenza la più possibile vincolata alla legge medesima ; dall'altra abbiamo invece , con il progressivo avvento dello Stato costituzionale, il disporsi delle norme che compongono l'ordinamento su punti di equilibrio mai del tutto stabili, anche perchè acquisiti attraverso la continua mediazione della giurisprudenza, spesso bilanciando valori e principii costituzionali.

Uno dei maggiori giuristi dell'età del positivismo, tra Otto e Novecento, Raymond Carré de Malbérg, ebbe ad esprimere in modo lapidario il senso della trasformazione intervenuta in tutta Europa. Ecco la celebre frase del giurista francese: "il giudice applica la legge, e non la costituzione". In questa brevissima frase è contenuto l'intero significato della

ISSN 2279-7238

trasformazione costituzionale, di cui ci occupiamo in questo contributo. Noi, a nostra volta, abbiamo cercato di esprimere la situazione nel seguente modo : da una parte abbiamo sulla stessa linea, dall'alto verso il b asso, la costituzione, la legge e il giudice, cosicchè chi sta più in basso, cioè il giudice, non riesce a " vedere" la costituzione, e dunque conosce la costituzione solo per il tramite di una legge, che ad esempio provvede ad attuare un certo principio costituzionale; ma si osserva anche, dall'altra parte, la tendenza del giudice a liberarsi della necessaria intermediazione del legislatore, al fine di dialogare direttamente con la costituzione, e dunque di reperire nel n ostro ordinamento un tipo di garanzia dei diritti di ordine completamente giurisdizionale, che si esplica cioè tra il giudice che solleva la questione di costituzionalità, la giurisprudenza della Corte, e il seguito che questa ultima ha con la sua decisione presso gli stessi giudici.

Si è così creato un vero e proprio circuito, che potremmo definire di attuazione giurisdizionale della costiituzione. In quel circuito si può ad esempio dare una certa risposta alla presenza di un principio costituzionale che non è stato ancora attuato, spesso nel senso che il legislatore ne ha dato una lettura a giudizio della Corte restrittiva. Ma per questa via si arriva ad ammettere che possano esistere due verità a proposito di quel principio costituzionale. Ed aggiungerei che non esistono nell'ordinamento dello Stato costituzionale motivi per preferire l'una o l'altra, o per attribuire, secondo il canone più noto del principio di sovranità, il diritto all'ultima parola all'uno o all'altro, e dunque se alla fine debba avere l'ultima parola il legislatore in nome del popolo sovrano in esso rappresentato, o il giudice in quanto tutore primo di alcuni principi e valori costituzionali , senza i quali finirebbe per non esistere alcun vero e proprio ordine costituzionale, e che si pongono quindi al di sopra dello stesso legislatore, che da questo punto di vista esprime con i suoi atti in primo luogo la maggioranza come tendenza politica in quel momento prevalente.

Inoltre, a ben guardare, il fatto stesso che si ponga un quesito come quello sopra esposto, significa che è storicamente conclusa l'età del dominio della legge come fonte di diritto. Infatti, era la legge, nel precedente assetto, e solo la legge che possedeva in sè la doppia virtù, quella che esprimeva il principio di sovranità e quella che, sul rovescio della medaglia, esprimeva al massimo livello la garanzia dei diritti. Ed abbiamo così leggi che minacciano i diritti, non a caso tutelati ora con il controllo di costituzionalità, e leggi che invece sono loro stesse minacciate dalla aggressività degli interessi organizzati. Non abbiamo più dunque la legge che, come espressione della vol0ntà generale, è necessariamente giusta, ma abbiamo la legge-arbitrio, espressione di un mal indirizzato legislatore rispetto a principi della Costituzione, e la micro-legge, le c.d. "leggine", che hanno il compito esclusivo di traslare interessi piccoli e parziali dentro il sistema politico. La prima contrappone l'indirizzo di maggioranza all' indirizzo fondamentale o costituzionale. La seconda contrappone gli interessi parziali all'interesse generale.

Ma allora, per i nostri giuristi, ed in fondo per la gran parte della cultura politica e costituzionale tra Otto e Novecento, rimaneva aperta una sola possibilità: limitare la legge dello Stato con un diritto profondamente radicato nella storia della nazione, un diritto altro dalla legge, ma che non si poneva in rapporto di ostilità con la legge medesima, essendo il contesto in cui essa era stata generata.

ISSN 2279-7238

Secondo la linea più liberale interna all'evolversi del positivismo tra Otto e Novecento, rappresentata da Georg Jellinek e dal suo "traduttore" italiano Vittorio Emanuele Orlando, non abbiamo dunque bisogno di un diritto che sia solo ed esclusivamente statale, riducibile per intero alla legge dello Stato, ma abbiamo bisogno che il diritto che è esterno allo Stato, e funziona da limite alla legge dello Stato , n on sia un diritto di origine contrattualistica, voluto dal popolo contro lo Stato. Ma quale altro fondamento può avere un simile diritto se non un fondamento di ordine storico ?E' la storia che rientra in campo, dall'interno dello stesso ragionamento positivistico, al fine di soddisfare i bisogni che quel ragionamento aveva lasciato insoddisfatti, in particolare a proposito dei limiti all'esplicarsi della sovranità dello Stato , da fissare su un fondamento il più possibile sicuro, poichè proprio lì risiedeva ,in proporzione a quella sicurezza, l'intensità della tutela che l'ordinamento era in grado di offrire.

Così, giuristi come Jellinek e Orlando, da una parte sostenevano la tesi della contìnuità tra libertà corporative medievali e diritti individuali dei moderni, e nello stesso tempo esaltavano il modello inglese di "rivoluzione". Così infatti descriveva Orlando la Gloriosa del 1689 " Il popolo, attaccato nei suoi secolari diritti, si difese, lottò e vinse, e si contentò che quei diritti fossero solennemente dichiarati, ma nulla di più pretese, lo sviluppo di quelli aspettò pazientemente dall'organico sviluppo della forma costituzionale. Tipo perfetto, quanto inimitabile, di legittima resistenza collettiva " [935]. Una rivoluzione compiuta da un popolo moderato e ragionevole, che seppe fermarsi prima di quel limite oltre il quale esso stesso diveniva potere costituente nel senso della rivoluzione francese, e dunque perenne e distruttiva mobilitazione.

E pe r altro verso, era Jellinek a sollevare il problema della contiguità tra Hobbes e Rousseau, e dunque tra assolutismo e radicalismo, con un saggio del 1891, in cui mostrava per l'appunto come le sue teorie si opponessero come dottrine integralmente giuridiche alle dottrine dei due campioni della politica " assoluta ",quella hobbesiana del riconoscimento del sovrano come primario ed indispensabile atto fondativo della comunità politica, e quella roussoviana che finiva per esaltare il primato della assemblea dei mandatari del popolo sovrano[936].

E dunque, anche il diritto pubblico dell'età degli Stati sovrani, pur essendo essenzialmente un diritto del presente scarsamente orientato al futuro, era costretto da determinate aporie interne a guardare anche al passato. Infine, ancora meno autonomo da passato e futuro è oggi il diritto pubblico dello Stato costituzionale del presente. Se è vero che la sua forza e la sua vitalità dipendono dal grado effettivo di riconoscimento della Costituzione nella società, bisogna concludere dicendo che lo Stato costituzionale vive oggi attraverso le norme di principio che sono in essa contenute ed affermate, e che sono a loro volta dichiarazioni di appartenenza a secolari tradizioni storiche, o impegni solenni ed indirizzi fondamentali per il futuro. Concludiamo indicando per tanto due norme

[935] V. E. Orlando, Della resistenza individuale e collettiva, Torino, Loescher, 1885, p. 71

[936] G. Jellinek, *La politica dell'Assolutismo e del Radicalismo (Hobbes e Rousseau*) (1891), in S. Lagi , *Georg Jellinek storico del pensiero politico (1883-1905*), Centro Editoriale Toscano, Firenze, 2009, p..53 e ss. Si veda anche, sul punto in oggetto, ed in termini più generali e complessi, M. Fioravanti, *Lo " Stato Moderno " nella dottrina della Costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in Ordo Iuris. Storia e fome dell'esperienza giuridica. Giuffrè , Milano, 2003, pp.181 e ss.

ISSN 2279-7238

costituzionali, che rappresentano, l'una il necessario rapporto con il passato, l'altra l'altrettanto necessario rapporto con il futuro. Si tratta di due norme costituzionali assai note, ma che conviene qui ritrascrivere: "La libertà personale è inviolabile " (art. 13 Cost. It.). E' questa, nella Costituzione italiana, la norma che in modo più chiaro è strutturata come dichiarazione di appartenenza sul piano storico ad una lunga tradizione che comunque precede la Rivoluzione, che ha la sua più celebre istituzione nell'*Habeas Corpus,* e che evita in ogni caso ogni resurrezione del diritto naturale ; e per quanto riguarda il futuro non si può fare a meno di ricordare il secondo comma dell'articolo terzo della medesima Costituzione italiana, dove l'incedere fin dall'inizio nel senso che è " Compito della Repubblica" operare nella società per promuovere lo sviluppo della personalità di ognuno, e insieme una cittadinanza attiva e consapevole, perché munita dei beni essenziali dell'istruzione, della assistenza in caso d'invalidità, e del lavoro. La verità è che lo Stato di diritto dell'Ottocento sembrava essere assai più solido e sicuro dello Stato costituzionale che verrà, e che si va formando nel nostro presente. Quella dello Stato di diritto era per altro una sicurezza tutta calata nel presente, tendenzialmente priva di passato, cui si ricorreva per la sola fondazione dei diritti, e di futuro, visto solo come mero perfezionamento del presente medesimo. Lo Stato costituzionale di oggi è ben diverso. Esso ha un'esistenza immediata ben più difficile e precaria, perché data sulla base delle norme di principio. Ma proprio per lo stesso motivo è anche infinitamente più ambizioso, perché aperto al passato e proiettato verso il futuro.

ISSN 2279-7238

Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. Il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale*

di Marco Benvenuti**

SOMMARIO - 1. La dimensione costituzionale tra passato, presente e futuro. - 2. La stagione del disincantamento verso il processo di integrazione sovranazionale. - 3. Alla ricerca di un punto di vista italiano sull'Europa.

1. La dimensione costituzionale tra passato, presente e futuro

Sono particolarmente grato al professor Fulco Lanchester non solo per l'invito a questo convegno dal titolo – oserei dire – universale, ma soprattutto per avermi collocato nella sessione dedicata al "presente"; ciò per un duplice ordine di ragioni che il breve tempo a disposizione non mi consentirà forse di illustrare, ma almeno – questo sì – di indicare. Per un verso, infatti, ritengo che il presente, al pari e forse anche più del passato e del futuro, sia al centro dell'esperienza giuridica e dunque, a maggior ragione, della dimensione costituzionale. Per un altro verso, se si considerano il passato e il futuro coessenziali al presente – com-presenti, potremmo dire – entrambi trovano proprio nel presente, all'interno di una riflessione qual è quella odierna sul costituzionalismo e sull'Europa, il loro anello, per così dire, naturale di congiunzione.

Si tratta di un problema che è stato messo a fuoco, in maniera secondo me eccellente, da Reinhart Koselleck nella sua riflessione sul tempo storico, con riferimento alla nota tematizzazione delle categorie dello "spazio di esperienza" e dell'"orizzonte di aspettativa", più di recente riprese e applicate al processo di integrazione europea anche da Paul Ricoeur. Scrive Koselleck: "l'esperienza è un passato presente, i cui eventi sono stati conglobati e possono essere ricordati. […] La situazione dell'aspettativa è analoga… anche l'attesa si compie nell'oggi, è futuro presentificato, tende a ciò che non è ancora, al non esperito, a ciò che si può solo arguire e scoprire. Speranza e paura, desiderio e volontà,

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

preoccupazione, ma anche analisi razionale, visione ricettiva o curiosità, intervengono nell'aspettativa", il cui tratto comune all'esperienza è, per l'appunto, la "presenzialità". Come mi è stato gentilmente richiesto, svolgerò di seguito qualche breve considerazione sulla sfera temporale del presente, che reputo decisiva per "riflettere sui temi del costituzionalismo e dell'integrazione europea in una prospettiva giudica, valutando la situazione storico-spirituale degli stessi", come riporta la traccia di questo nostro convegno.

2. La stagione del disincantamento verso il processo di integrazione sovranazionale

Vi è un dato preliminare dal quale ritengo di dovere partire, perché foriero di conseguenze di rilievo su un piano sia di metodo sia di contenuto, che caratterizza strettamente il presente e che contrasta con l'esperienza del passato e, per taluno, anche con l'aspettativa del futuro: quello per cui, dopo la stagione "magica" che ha attraversato gli ultimi anni del secolo scorso e i primi del secolo nuovo, il moto di "progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti e [di] erosione dei confini nazionali determinati dalla globalizzazione", per riprendere le parole della sent. n. 42/2017 della Corte costituzionale, è segnato nella sua fase attuale da spinte centrifughe prevalenti su quelle centripete, come ha messo in evidenza Giuliano Amato nella sua relazione, e più in generale – riprendendo un celebre luogo weberiano – da un certo "disincantamento"; il che, se è vero, richiede al contempo una sua novella "intellettualizzazione e razionalizzazione", alla quale i costituzionalisti, tra gli altri, sono chiamati. Se ciò non accade, il rischio paventato da Lanchester nell'introduzione scritta per questo convegno attiene alla china periclitante a cui ci troviamo oggi confrontati nell'osservazione delle relazioni interordinamentali, per cui "il costituzionalismo rischia di svuotarsi e di divenire sempre più un guscio formale, fino ad essere negato e sostituito con succedanei di bassa qualità che ne alterano o negano la stessa essenza". Com'è facile avvedersi, la questione investe frontalmente la qualità del nostro comune sapere disciplinare, direi la sua profondità, sulla quale rischia di avere aggio una sua poco meditata estensione.

Se questo è lo scenario nel quale è dato muoversi oggi (piaccia o non piaccia è un altro discorso), una prima considerazione critica merita di essere formulata. Vi è, infatti, da un

ISSN 2279-7238

punto di vista metodologico una vera e propria frattura che vorrei evidenziare, data dall'approccio talora adottato da quanti studiano, nella prospettiva del diritto costituzionale, ora l'ordinamento statale ed ora l'ordinamento inter- e soprattutto sovranazionale ed anzi ne approfondiscono le vicendevoli interrelazioni. Forzando un poco la realtà delle cose, ma così delineando le linee di tendenza in atto, l'uno è oggetto di interpretazioni sempre più minuziose e affinate, comunque presidiate dai confini talora angusti del positivismo giuridico; l'altro, invece, è viepiù proiettato in favolose (e talvolta favolistiche) suggestioni *de iure condendo*. Detto altrimenti, l'ordinamento statale lo si studia per quello che è; l'ordinamento sovranazionale lo si affronta per quello che si vorrebbe che fosse, obliando, però, in questo modo, proprio la sfera temporale del presente e creando, in assenza di uno spazio di esperienza convissuta e condivisa, un orizzonte di aspettativa artificioso e inappagato – per cui "l'Europa dovrebbe essere…", "l'Europa dovrebbe avere…", "l'Europa dovrebbe fare…"; e ciascuno ben potrebbe a proprio gusto riempire i puntini – tale da ingenerare nella contraddizione tra la realtà e la rappresentazione, come in un drammatico *crescendo* musicale, disillusione, insofferenza, rancore.

Si potrebbe però ipotizzare che questa natura congenitamente incompiuta propria dell'ordinamento sovranazionale, connessa alla stessa dinamica processuale dell'integrazione europea – potremmo dire: di un presente che è subito tra-passato – sia in qualche modo imposta dalla sua stessa configurazione giuspositiva. E si potrebbe all'uopo invocare l'art. 1, co. 2, del Trattato sull'Unione europea, che definisce quello stesso documento fondamentale, anche se non fondativo, come una "tappa", finalizzata alla "creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". Vi è però da dubitare che questa enunciazione di principio sia di per sé sola capace di incarnare lo *Zeitgeist* a livello sovranazionale e non sia, invece, suscettibile di contemperamento con quanto emerge, prima di tutto, dalla folta schiera di princìpi di cui quello stesso Trattato, specialmente nel titolo I relativo alle "disposizioni comuni", è costellato. Tra questi campeggia, in particolare, all'art. 4, § 2, il rispetto dell'"identità nazionale", la quale, essendo anch'essa collocata nel tempo e nello spazio, non può mai essere assunta come un dato o un fatto, ma piuttosto come un darsi o un farsi, ancora una volta nel presente; e che per questo fondamentalmente si espande e si contrae, muta materia e forma, cambia verso e fa sì che proprio il processo di integrazione europea sia bidirezionale e non unilineare, né tantomeno irrelato.

ISSN 2279-7238

Sarebbe – io credo – un po' limitativo ritenere che la reversibilità nelle relazioni interordinamentali sia un demone sprigionato il fatidico 23 giugno 2016, all'indomani del quale ci siamo tutti svegliati scoprendo che, sì, è possibile esprimersi negativamente sul quesito "should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?" e qualcuno lo ha fatto davvero, consapevole o meno di tutte le conseguenze del caso. Senza arrivare a tanto, è però da riconoscere che la reversibilità del percorso intrapreso costituisce un elemento congenito del moto di integrazione tra ordinamenti giuridici, in quanto coessenziale – per quel che qui ci riguarda – allo stesso riferimento costituzionale al "consen[so] alle limitazioni di sovranità", per come questo si ritrova formulato nella seconda proposizione dell'art. 11 della Carta repubblicana del 1947. La reversibilità, nel porsi al crocevia di un passato che potrebbe non esserlo ancora e di un futuro che potrebbe non esserlo mai, centra ancora una volta, quanto alla dimensione costituzionale, la sfera temporale del presente.

Se poi volgiamo, per un momento, l'attenzione ai profili sostanziali dell'Unione europea e del suo diritto, mi pare che questa divaricazione tra gli alterni destini del diritto costituzionale e del diritto sovranazionale emerga quale elemento non solo consustanziale, ma forse anche crescente in questo nostro tempo, nonostante una qualche ricorsività di una parte importante della riflessione scientifica anche italiana nell'estendere quasi fatalmente l'uno (il diritto costituzionale), con i suoi metodi e i suoi modelli, con le sue categorie e i suoi concetti, ad un ambito disciplinare ad esso storicamente e teoricamente lontano, qual è quello proprio dell'altro (il diritto sovranazionale). Ho chiamato questa postura intellettuale ipercostituzionalismo o, parafrasando Jean Carbonnier, pancostituzionalismo, con ciò intendendo una concezione per cui tutto ciò che orbita intorno al lemma "Costituzione" sarebbe "espansibile all'infinito, e parimenti assolutamente omogeneo"; tenderebbe a "riempire tutto l'universo sociale senza lasciarvi nessun vuoto"; oblitererebbe – aggiungerei – il problema epistemologico del limite, laddove proprio l'universo concettuale del diritto costituzionale, a partire dalla solenne formulazione dell'art. 1, co. 2, Cost., si alimenta di una costante ermeneutica della finitudine.

Se si osservano non i grandi princìpi scolpiti nei Trattati e, anzi, i "valori" elencati all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea e si rivolge uno sguardo meno elevato – ma forse per questo meno distratto dal "seducente spettacolo delle stelle", come paventava Santi

ISSN 2279-7238

Romano nella sua memorabile prolusione pisana del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi* – alle politiche portate avanti dallo e nell'ordinamento sovranazionale, è facile avvedersi della distanza talora siderale (piaccia o non piaccia è, anche in questo caso, un'altra questione) con la dimensione costituzionale anche e soprattutto nella sua fase attuale. Non vorrei soffermarmi qui una volta ancora sull'inusitata durezza e, a monte di essa, sulla geometrica potenza delle misure anticrisi approntate dall'Unione europea a partire dall'ormai lontano 2010 e dispiegatesi fino ad oggi; un tema sul quale in tante occasioni, a Roma come a Granada, grazie alla benevola ospitalità di Francisco Balaguer Callejón, ci siamo piacevolmente confrontati. Se volessimo invece dedicare questa volta una parola in più a un secondo settore cruciale di interrelazione sia del diritto statale sia del diritto sovranazionale, solo apparentemente lontano dal primo, qual è quello delle politiche migratorie, dovemmo concludere che il termine capace di esprimere le dinamiche in atto, e che non compare a buon titolo in nessun manuale di diritto costituzionale, è quello della condizionalità; non certo la "solidarietà" o la "responsabilità" – due parole queste sì familiari alla lingua del costituzionalista – che pure campeggiano all'art. 80 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e reggono (dovrebbero reggere) le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione. È la condizionalità e non sono la solidarietà e la responsabilità a fondare l'istituto della ricollocazione dei richiedenti la protezione internazionale, a fronte del trattenimento e dell'uso della forza nel rilevamento delle impronte digitali degli stranieri presenti nei punti di crisi (i famigerati *hotspot*), con buona pace, se me lo consentite, dell'art. 13 Cost. È la condizionalità e non sono la solidarietà e la responsabilità a combinare l'erogazione del Fondo asilo, migrazione e integrazione alla presenza sul campo di funzionari di Frontex, che affiancano la polizia di frontiera, e di funzionari dell'Easo, che coadiuvano le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, sempre nel compimento di funzioni tipicamente attinenti all'esercizio della sovranità statale. E potrei proseguire innanzi con altri e non meno trascurabili esempi, che danno la cifra della distanza, e forse anche dell'allontanamento, dell'ordinamento sovranazionale dall'*idem de constitutione sentire* che accomuna noi tutti qui presenti.

Da questo punto di vista, il recente volume di Dieter Grimm, il cui titolo fa quasi letteralmente da sfondo a questo nostro incontro odierno, mi pare di una limpidezza

ISSN 2279-7238

esemplare. Nel libro si mette a tema, certo, l'erosione, a cui si assiste nel tempo presente, della doppia coppia oppositiva pubblico *versus* privato e interno *versus* esterno; ma si conclude senza infingimenti – cito, per l'appunto, la frase finale – che la trasposizione sul piano inter- e sovranazionale di quei metodi e di quei modelli, di quelle categorie e di quei concetti rischia di rivelarsi fallace o, peggio, di far sì che "the illusion that these challenges could be met by using a model that was invented for a different object [cioè lo Stato] tends to obstruct the search for solutions that are oriented towards the new situation and will suit it better". Detto in altri termini, mi pare di cogliere anche dalla sua relazione di stamattina che l'incrocio tra il diritto costituzionale e il diritto inter- e sovranazionale in una chiave asovrana, eterarchica e fondamentalmente anestetizzata rischia di presentarsi più come un problema che come una soluzione; di non saper spiegare in termini euristicamente credibili ed operativamente efficaci la nostra condizione giuridica attuale, a fronte di un dibattito pubblico – lo vediamo in questi giorni confusi e inquieti – che sull'Unione europea alterna pericolosamente il "servo encomio" e il "codardo oltraggio"; di non consentirci di svolgere, in definitiva, quella funzione di direzione intellettuale e morale che in ragione del nostro ufficio (qualcuno potrebbe spingersi a dire: della nostra *Berufung*) ci compete.

3. Alla ricerca di un punto di vista italiano sull'Europa

E allora: se ritenessimo, invece, che da giuristi siamo chiamati a presentare soluzioni, oltre che a sollevare problemi – ché la parola responsabilità richiama etimologicamente e concettualmente l'attitudine a fornire risposte – risulterebbe urgente, nel momento in cui da più parti in Europa viene proposto (e talora imposto) un punto di vista sull'Italia, interrogarsi su quale possa ed anzi debba essere il punto di vista dell'Italia sull'Europa, come esiste un punto di vista tedesco, un punto di vista francese e così via; perché senza un'esplicita tematizzazione di ciascuno e di tutti quei punti di vista non può darsene alcun superamento. Così, per un verso, vale la coscienza di essere europei, il che significa – lo ha espresso con parole forti Federico Chabod – "differenziazione dell'Europa, come entità politica e morale, da altre entità, cioè, nel caso nostro, da altri continenti o gruppi di nazioni"; così anche, per un altro verso, vale la consapevolezza che qualunque progetto di integrazione tra ordinamenti giuridici in tanto si giustifica in termini kantiani in quanto i

ISSN 2279-7238

popoli, cioè i soggetti reali di ogni forma democratica di organizzazione politica, vi vedono un "reciproco tornaconto". Senza quella coscienza e quella consapevolezza l'Unione europea rischia di ridursi ad un'*idée reçue* e dunque, purtroppo, ad una povera cosa.

Da dove è possibile (ri)partire? Ho voluto poc'anzi riportare un argomento cruciale dello scritto di Immanuel Kant *Per la pace perpetua*, forse il principale dei manifesti del cosmopolitismo filosofico-politico moderno, perché, proprio al fine di cogliere il presente in tutte le sue sfaccettature, soccorrono i classici, quei giganti grazie alle cui spalle siamo in grado di guardare più lontano. Ce lo ricorda magistralmente, una volta ancora nella sua relazione presentata a questo convegno, Peter Häberle, nel paventare molto opportunamente l'offesa alla nostra intelligenza collettiva che si farebbe regalando il concetto di popolo al populismo, immemori di Cicerone e della sua riflessione germinale sulla "res publica, res populi"; ma aggiungerei anche il concetto di nazione al nazionalismo, di ogni tempo e di ogni luogo, di sovranità al sovranismo, di cui a torto o a ragione in questi giorni tanto si parla, ed anche di presente al "presentismo che non sa uscire da sé", evocato stamattina con preoccupazione da Amato.

Vorrei quindi concludere queste mie sommarie considerazioni sollecitando una riflessione collettiva sulla questione se vi sia e, nel caso, quale sia il *proprium* del contributo che la riflessione giuridica italiana può dare nel condividere con quella degli altri Stati membri dell'Unione europea l'inesausta perimetrazione della giusta distanza tra l'ordinamento statale e l'ordinamento sovranazionale, che tanto ricorda la schopenhaueriana favola dei due porcospini. Formulerei, a quest'ultimo riguardo, due ordini di considerazioni. In primo luogo, la riflessione giuridica italiana appare forse meno incline di altre, grazie alla propria matrice storico-critica, a dogmatismi impalpabili e astrattizzanti, laddove fonda la dimensione giuridica su storia ed esperienza e, quindi, coglie in tutta la sua carica problematica la continuità-contiguità tra testo e contesto. In secondo luogo, la riflessione giuridica italiana sembra forse più capace di altre, grazie al proprio retroterra teorico-politico, di riattivare un'"attitudine affermativa, o comunque inclusiva, nei confronti del conflitto", come ha scritto di recente Roberto Esposito nel ricostruire intorno a questa chiave di lettura le fila di un "Italian thought" nella filosofia pratica, dotato di caratteristiche peculiari e distintive rispetto a un "German philosophy" e a un "French theory". Si tratta di piste che, magari in un prossimo convegno, varrebbe la pena di

ISSN 2279-7238

esplorare, perché potenzialmente suscettibili di ampliare e di approfondire anche il nostro comune sapere disciplinare.

Cosa se ne potrebbe fare discendere? Anche qui non posso che limitarmi a qualche frammento di suggestione. Evocherei, in proposito, il primato della politica all'interno di un campo che potremmo qualificare come repubblicano e, perciò, alimentato dal carattere attivo, volontario e relazionale del legame tra soggetti liberi ed eguali, nonché còlto dal punto di vista non delle strutture istituzionali, ma dei soggetti reali che compongono un certo ordinamento giuridico; la conseguente capacità di disegnare il potere pubblico dentro lo Stato, ma anche senza lo Stato, come si è dolorosamente cercato di fare in Italia per molti e lunghi secoli, e quindi più facilmente oltre lo Stato, tema su cui tanto oggi ci si arrovella; il coessenziale riconoscimento in positivo del conflitto, della dialettica e della dinamica, perché sono "quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma" (non potrei non citare, a questo proposito, Niccolò Machiavelli).

Si tratta, certamente, solo di alcuni dei molti possibili punti di partenza e non necessariamente di solidi punti di arrivo; perché i classici – amava ripeterlo Franco Fortini – "sono 'vivi'… nella misura in cui sono 'morti', ossia sono stati successivamente abbandonati dalle diverse forme di energia antagonistica che furono capaci di incarnare lungo le generazioni". E qui le diverse generazioni, che Lanchester ha tanto cortesemente voluto riunire a questo tavolo per farle dialogare tra loro, hanno senz'altro in comune la consapevolezza che tra l'esperienza del passato e l'aspettativa del futuro vi è una sfera temporale decisiva anche per la dimensione costituzionale, tutta da vivere e da praticare: quella del presente.

ISSN 2279-7238

Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo xxi*

di Francisco Balaguer Callejón**

Sumario: Introducción - 1. La "época dorada" del constitucionalismo en el seno del Estado nacional y su declive - 2. Las insuficiencias de la integración supranacional europea 3. La externalización del poder estatal por la economía - 4. La internalización del poder de los agentes globales a través de las redes sociales - 5. Un constitucionalismo marginal y deslegitimado en el contexto global – 6. Conclusiones. Relegitimar el constitucionalismo.

Bibliografía

Resumen/Abstract

Palabras Clave/Keywords

Introducción

La creciente permeabilidad del Estado a los agentes globales que actúan en el plano financiero y comunicativo, ha determinado las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en este siglo XXI. Podríamos decir que ambas son crisis democráticas en cuanto a su resultado final, porque ambas dan lugar a procesos de involución democrática. Pero mientras una de ellas ha generado una *involución democrática "externa"* en el sentido de que se produce en el exterior de los procesos políticos estatales, mediante la imposición de condiciones económicas que limitan la capacidad de acción del Estado, la otra ha generado una *involución democrática "interna"* porque afecta ya al núcleo mismo de los procesos políticos estatales, mediante la interferencia en procesos electorales y en el debate público en general de grandes plataformas que gestionan redes sociales y que aspiran a determinar los resultados de esos procesos por medio de la manipulación propagandística masiva.

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

ISSN 2279-7238

Por un lado, la primera en el tiempo ha sido la crisis financiera, que ha dado lugar a una *externalización del poder estatal*, sometido a las condiciones económicas que se han dictado desde fuera. Con motivo de la crisis, se ha intentado implantar una "interpretación económica de la Constitución" (Balaguer, 2012b) que ha debilitado los valores inspiradores del constitucionalismo, afectando en gran medida a la legitimidad de las constituciones nacionales. La economía ha intentado usurpar el espacio no sólo de la política sino también de la propia Constitución, marginando a la Constitución nacional y convirtiéndola en una institución residual en el espacio público, perdiendo en gran medida su fuerza normativa, su carácter pluralista y su condición de factor regulador de la dinámica social (Balaguer, 2013b).

Por otro lado, la más reciente ha sido la crisis democrática interna generada por las redes sociales, que se ha manifestado a partir del referéndum sobre el Brexit y de las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos, con la incidencia que han tenido las grandes agencias proveedoras de servicios en Internet sobre los procesos electorales, mediante el diseño tecnológico de propaganda masiva adaptada a las redes sociales. La involución democrática generada con ocasión de la crisis financiera es muy grave porque altera las condiciones estructurales básicas del constitucionalismo europeo (derechos fundamentales, derechos sociales, descentralización política, normatividad de la Constitución, división de poderes en la relación entre ejecutivo y legislativo). Pero la involución democrática interna es todavía más grave porque afecta a los procesos políticos de formación de la voluntad estatal *internalizando el poder de los grandes agentes globales*.

Desde ese punto de vista, ambas crisis han generado, de manera complementaria, una debilidad cada vez mayor de la democracia pluralista. Por un lado, la financiera reduce el pluralismo al obligar al Estado cualquiera que sea la orientación política de sus gobernantes –es decir, sea cual sea lo que piensen respecto de cómo debe producirse la acción estatal- a hacer las políticas que se imponen desde fuera (en última instancia condicionadas por los especuladores financieros). Por su parte, la comunicativa es todavía más problemática, porque no se limita a condicionar al Estado desde fuera sino que pretende subvertir los procesos democráticos de formación de la voluntad estatal para determinar desde dentro de esos procesos la voluntad de los gobernantes. No se trata ya de decirles a los representantes democráticos lo que deben hacer en virtud de exigencias económicas externas, aunque piensen de manera diferente, sino de definir directamente lo que deben pensar para poder convertirse en opciones de gobierno, a través de la manipulación propagandística de sus votantes.

Desgraciadamente, con esto no acaban los problemas generados por las dos grandes crisis del constitucionalismo de nuestro tiempo. Más allá de los efectos visibles de la intervención de estos nuevos poderes globales, se están generando problemas estructurales que pueden afectar a la esencia misma del constitucionalismo en su última fase de desarrollo hasta ahora, la representada por las constituciones normativas y la democracia pluralista. En el plano económico, se están minando las bases del Estado social y se están deteriorando

ISSN 2279-7238

sus raíces culturales. En el plano comunicativo, pese a la potencialidad participativa que tienen las redes sociales, se está produciendo un creciente aislamiento y encapsulamiento de la ciudadanía en grupos y un cambio de patrones de conducta en los partidos políticos y en los medios de comunicación, que dificultan cada vez más los procesos comunicativos reflexivos, orientados a la formación de consensos, que eran propios de la democracia pluralista.

La segmentación y disgregación progresiva del espacio público se está viendo potenciada extraordinariamente por las redes sociales, ya que les resulta económicamente productiva a las grandes plataformas de Internet. La generación de inestabilidad política y de conflictos sociales virtuales a través de las redes incrementa sus ingresos publicitarios. La lógica economicista que se ha instalado en los grandes agentes globales está provocando un retroceso civilizatorio y una crisis existencial del constitucionalismo que hemos conocido hasta ahora.

Estamos asistiendo a una transformación de los patrones culturales que habían regido la vida pública de las sociedades democráticas en el constitucionalismo moderno y a un cambio de paradigma. Este cambio de paradigma no se puede perfilar todavía de manera precisa debido a las dinámicas tan aceleradas que se están generando en esta temática, que hacen que periódicamente haya alguna novedad respecto de líneas significativas de cambio en la utilización de las redes con finalidades diversas, aunque generalmente vinculadas al beneficio económico de las plataformas o los agentes globales que las utilizan. Este ritmo dificulta mucho el análisis científico por cuanto no es posible conocer previamente los efectos que esas transformaciones van a tener en el medio y largo plazo. La reflexión teórica tiene que extraer de esas líneas incipientes las tendencias que posiblemente incidirán en el espacio público, en la configuración democrática de los países analizados y en sus procesos constitucionales.

Como intentaremos argumentar en este trabajo, la acción combinada de una presión económica de base derivada de la globalización, que se evidenció de manera clara con la crisis financiera desde 2008 y de una creciente intervención de las plataformas que gestionan redes sociales en los procesos políticos (especialmente evidente a partir de 2016, cuando tuvo su gran "ensayo general" en el referéndum sobre el Brexit) está generando una transformación de las condiciones materiales y de las pautas culturales del constitucionalismo y dando lugar a un cambio de paradigma. Si ese cambio se consolida, estaríamos ante un constitucionalismo aislado, residual, que no podría cumplir con las funciones históricas que lo caracterizan. Un constitucionalismo deslegitimado por los requerimientos económicos y tecnológicos de nuestro tiempo, que quedaría marginado de los procesos políticos reales, que se vería incapaz de controlar a los auténticos poderes de nuestra época y de garantizar los derechos fundamentales frente a esos poderes.

Esto ocurre justamente cuando el constitucionalismo había conseguido controlar en lo esencial el poder del Estado a través de mecanismos políticos y jurídicos de exigencia de

ISSN 2279-7238

responsabilidad establecidos en las constituciones normativas. El motivo fundamental consiste en que ese poder, que antes se ejercía en el seno del Estado nacional, se está desvinculando cada vez más del Estado y se está ejerciendo ahora desde instancias globales. Por tanto, el constitucionalismo tiene que diseñar nuevas estrategias que hagan posible la recuperación de las funciones históricas que lo han caracterizado como movimiento civilizatorio, para controlar el poder allí donde está actualmente, en gran medida fuera del Estado y de los circuitos internos de formación de la voluntad estatal.

1. La "época dorada" del constitucionalismo en el seno del Estado nacional y su declive

El constitucionalismo de las constituciones normativas ha sido la gran construcción teórica que ha hecho posible el control del poder del Estado, la garantía de los derechos fundamentales y la articulación democrática y pacífica de los conflictos sociales y políticos en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Pero esa construcción se desarrolla en un momento histórico en el que el proceso de globalización comienza a activarse de nuevo y el proceso de integración supranacional en Europa da sus primeros pasos. En ambos procesos, el constitucionalismo está ausente inicialmente y no comenzará a proyectarse, especialmente por lo que se refiere a la integración europea, hasta fechas recientes. En cierto sentido podríamos decir que la época de plenitud del constitucionalismo llevará en sí el germen de su decadencia posterior, precisamente porque intenta regular el poder, entonces concentrado en el Estado y ese poder comienza a desvincularse progresivamente del Estado en la misma época en que se aprueban en Europa las primeras constituciones normativas, la alemana y la italiana, que ahora cumple 70 años.

Pero no será hasta el siglo XXI, con el ritmo acelerado que la globalización está imprimiendo al tiempo histórico actual, cuando se haga evidente la incidencia negativa que este proceso puede llegar a tener sobre las condiciones materiales que hicieron posible el constitucionalismo de las constituciones normativas. En realidad, si tenemos en cuenta los factores que están en la base de los fenómenos de fragmentación social, polarización política, sectarismo, manipulación propagandística, desarrollo del populismo y, en última, instancia, involución democrática, podemos ver como el patrimonio constitucional europeo nos permite abordar estas cuestiones con una perspectiva histórica para aprender de experiencias previas. Estos fenómenos ya estaban presentes en el debate público previo a la consolidación en Europa de las constituciones normativas después de la Segunda Guerra Mundial, que dieron lugar a lo que podríamos considerar la "época dorada" del constitucionalismo (F. Balaguer 2012). Pero, en ese momento, todavía era posible intentar resolver esos problemas en el seno del Estado y por medio de la Constitución, porque la economía y la política dependían en gran medida de la mediación estatal.

Sin embargo, el contexto de la globalización ha desplazado gran parte del poder real de los Estados, situándolo en los circuitos financieros, en su vertiente económica, y en los agentes de la comunicación global, en su vertiente política. Se trata de un cambio de paradigma, que debilita extraordinariamente al Estado y lo deja en gran medida inerme,

ISSN 2279-7238

dando lugar a las dos grandes crisis que el constitucionalismo europeo ha tenido que afrontar en este siglo XXI. Para comprender el alcance de esas crisis hay que tener en cuenta que el constitucionalismo surgió históricamente como un movimiento de control del poder centrado esencialmente en el poder del Estado. El perfeccionamiento de técnicas e instrumentos de limitación del poder culmina en el seno del Estado nacional con las constituciones normativas, a través de instancias políticas y jurídicas que someten a las instituciones políticas a reglas destinadas a garantizar los derechos de la ciudadanía y proteger a las minorías. Así ha sido durante la segunda mitad del siglo XX para muchos países europeos (Alemania, Italia, Francia, España, Portugal…). Pero, a partir del siglo XXI, el ritmo acelerado de la globalización está situando fuera del Estado ámbitos de poder cada vez más amplios e intensos, que no están sometidos a control alguno. En gran medida, esta ausencia de control se deriva de los avances tecnológicos, que generan nuevas formas de lesión de los derechos fundamentales imposibles de prever, porque surgen de la imposición de los intereses comerciales de las grandes plataformas de internet, que se mueven en una zona oscura para el Derecho y, específicamente, para el Derecho constitucional.

Se produce así la paradoja de que cuando el constitucionalismo ha comenzado a culminar su gran obra civilizatoria en la historia de la humanidad, comienza también su declive, unido al del propio Estado como espacio de articulación del poder que se ejerce sobre la ciudadanía. En las dos grandes crisis que estamos analizando, la primera de ellas, la financiera, ha situado a algunas constituciones en *stand by* (F. Balaguer, 2012b) dando lugar a una interpretación económica de la Constitución, que rompe con los principios y valores establecidos en las constituciones normativas.

La segunda crisis, se deriva de la capacidad de manipulación propagandística mediante la utilización de plataformas de comunicación, que han alterado las condiciones del espacio público y que han intervenido de manera muy eficaz en procesos electorales tales como el Brexit o las elecciones presidenciales de Estados Unidos. Plataformas que gestionan redes sociales o empresas que las utilizan, han influido en la orientación del voto a través de un tipo de propaganda que se parece mucho a la publicidad subliminal y mediante la acumulación masiva de datos personales para la construcción de perfiles de usuario.

Los poderes que están detrás de estas crisis se sitúan al margen del Estado y la Constitución nacional. Caben serías dudas de que los Estados europeos tengan la capacidad para imponerles condiciones y garantizar los derechos de su ciudadanía en plenitud frente a esos poderes. La cuestión que se plantea entonces es si es posible recuperar el constitucionalismo estatal a través del constitucionalismo supranacional.

2. Las insuficiencias de la integración supranacional europea

Frente a la segunda globalización, que en sentido moderno se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial, el proceso de integración europea resultó plenamente funcional para los Estados miembros. La creación de un amplio mercado que superaba las limitaciones de los mercados nacionales favoreció el desarrollo económico e hizo posible la limitación del poder de grandes multinacionales ante las que los Estados nacionales apenas si tenían capacidad de maniobra. En una fase en la que la economía productiva

ISSN 2279-7238

predominaba todavía sobre la economía financiera y especulativa, el proceso de integración permitió hacer frente a la globalización y proteger los espacios nacionales de los Estados miembros en cuanto a su margen de decisión política y al desarrollo de la democracia pluralista. Todo ello pese a que la integración supranacional se construyó a espaldas del Derecho constitucional y con un modelo en el que los intereses nacionales ocupaban (y siguen ocupando) la mayor parte del debate público en Europa.

Así pues, frente a este proceso, que limitaba la capacidad de los Estados para actuar a nivel global y para decidir sobre sus políticas internas, la integración supranacional hizo posible que los Estados europeos recuperaran una parte del poder perdido (F. Balaguer 2011). Siendo imposible la soberanía estatal en tiempos de globalización, por medio de la integración supranacional se construyó un poder político compartido entre los socios europeos a través de las instituciones supranacionales. Durante la segunda mitad del siglo XX, el modelo funcionó con esas claves. Pero en el siglo XXI nos encontramos ya ante magnitudes diferentes, como se ha puesto de relieve con la última crisis económica, en la que las instituciones europeas han resultado bastante ineficaces en la protección del euro y de las economías de algunos Estados miembros, poniendo en grave riesgo el propio proyecto de integración, al menos hasta la llegada de Mario Draghi a la Presidencia del Banco Central Europeo en 2011.

Especialmente durante la crisis económica hemos podido ver como algunos sistemas constitucionales, entre los que se encuentra el italiano y el español, han experimentado una involución extraordinaria, debida a la presión de los mercados y a la incapacidad del modelo actual de integración supranacional europea para proteger a los Estados miembros de la zona Euro frente a los especuladores financieros (F. Balaguer, 2013a) Esa involución tiene un origen externo que está relacionado con el cambio de las condiciones históricas en las que se desenvuelve el constitucionalismo y que procede en última instancia de la aceleración del proceso de globalización derivada del desarrollo tecnológico y científico. Naturalmente, esa involución ha generado malestar en amplios sectores de la sociedad, deslegitimando tanto el proyecto europeo como los propios sistemas constitucionales internos, como consecuencia del aumento de la desigualdad, las reducciones de derechos sociales y el empeoramiento de las condiciones de vida.

En realidad, el actual modelo de integración europea no es excesivamente europeísta. Al potenciar los intereses de los Estados, contribuye a reforzar la identidad nacional, haciendo que Europa se perciba como una oportunidad de mejorar las propias posiciones o como una amenaza frente a los distintos sectores sociales, a los que se traslada habitualmente la idea de que la responsabilidad de las políticas que les perjudican es europea y no de los gobiernos de los Estados miembros. Durante muchos años, con este modelo de integración, Europa ha sido –en los términos del vocabulario economicista que se ha extendido a partir de la crisis- el "Banco malo" al que se le han asignado los "activos tóxicos" de las políticas económicas que se diseñaban para hacer frente, con mayor o menor fortuna, al proceso de globalización. Un modelo así no puede sino debilitar la identidad

ISSN 2279-7238

europea, que difícilmente se podrá construir si el modelo de integración supranacional actual se sigue manteniendo (F. Balaguer, 2013c).

Por otro lado, el modelo de integración no ha seguido el camino, natural y coherente con el patrimonio constitucional europeo, de construcción constitucional de Europa, sino que ha deshabilitado en gran medida las funciones propias del Derecho constitucional, en particular el control del poder y la canalización de los conflictos sociales y políticos por medio de la democracia pluralista (C. de Cabo, 2009) aunque también la garantía de los derechos, tanto en los períodos iniciales de la construcción europea como –paradójicamente- en los últimos años, como consecuencia de las políticas que se han puesto en marcha para afrontar la crisis económica. Desafortunadamente, esta afectación a las funciones del Derecho constitucional no es apreciable solamente en el nivel europeo sino que se ha reflejado también en el interno, de manera que se ha perdido calidad democrática en los Estados miembros debido al modelo de integración que hemos seguido hasta ahora.

3. La externalización del poder estatal por la economía

Pese a todo, la integración europea fue una historia de éxito durante el período en que transcurrió dentro del siglo XX, acomodándose en gran medida a su tiempo histórico y a las condiciones económicas en que se desenvolvía dentro del proceso de globalización, como evidencian las sucesivas ampliaciones y el hecho de que hubiera candidaturas permanentes para incorporarse al proyecto europeo. Es difícil señalar una fecha en la que se pueda decir que esa situación cambió, hasta el punto de dar lugar a la prevista primera retirada voluntaria de la Unión Europea, el Brexit, así como a dificultades internas y conflictos muy agudos, impensables en los primeros cuarenta años del proceso de integración. En realidad, las condiciones externas de la globalización comenzaron a cambiar, quizás de manera poco perceptible, ya con la primera crisis del petróleo en los años 70 y el desarrollo progresivo de grandes bolsas de capital financiero y especulativo. La caída del muro, la integración de los países del Este de Europa, la unificación alemana y la puesta en marcha del Euro, son otros de los factores que cambiarían el orden global que se había mantenido estable durante más de cuarenta años después de la Segunda Guerra Mundial.

La crisis de la Eurozona evidenció la inadecuación de un modelo de integración a medias, que carecía de las condiciones para un auténtico gobierno económico de Europa y que dejó a algunos Estados miembros inermes ante los especuladores financieros, a los que no podían hacer frente debido a las condiciones de la integración en la zona Euro y a la imposibilidad de afrontar con una divisa propia la crisis, como habían hecho en crisis anteriores. Además, los ataques al Euro pusieron también de manifiesto la imposibilidad de contar con el patronazgo de los Estados Unidos en el proceso de integración, como había ocurrido históricamente cuando la divisa alemana servía como puntal del dólar (M. Arjona, 2017). El aumento constante de la posición del Euro como moneda de reserva en los años anteriores a la crisis, generó una inevitable rivalidad con el dólar, que ya no se correspondía

ISSN 2279-7238

con las condiciones en las que se había desarrollado la integración europea durante el siglo XX. Pero habría que esperar a la Administración Trump para que los principales líderes europeos asumieran esta nueva realidad geopolítica y la necesidad de replantear las bases del proyecto europeo, que se habían mantenido relativamente inalteradas desde sus inicios, en un mundo muy diferente del actual.

Los retos a que se enfrenta hoy el proyecto europeo son enormes y los medios con los que cuenta son muy limitados si se mantiene el modelo actual de integración supranacional. No se trata solamente del declive de las antiguas potencias europeas frente a los países emergentes o de la propia Unión Europea frente a China en lo que se refiere a su posición en la distribución del PIB mundial. El problema es que mientras no haya una unidad de decisión a nivel europeo, democráticamente respaldada por la ciudadanía, nos enfrentamos a agentes mundiales que o bien tienen recursos naturales que les permiten nutrir sus estructuras productivas o bien se están posicionando en la lucha por esos recursos adquiriendo posiciones de ventaja que difícilmente se podrán revertir en el futuro a favor de la Unión Europea. La ausencia de una política energética europea, de una política de defensa europea y de otras muchas que requieren una actuación unitaria a nivel europeo, para hacer frente a las condiciones actuales de la globalización, solo puede deparar un declive mayor de las economías de los Estados miembros en el futuro.

Naturalmente, esta situación solo podría mitigarse o resolverse mediante una mayor integración europea. El problema, sin embargo, es que la deslegitimación del proyecto europeo se ha extendido progresivamente con las políticas impulsadas desde las instituciones europeas para hacer frente a la crisis económica, dando lugar a fenómenos como el Brexit y a que amplios sectores de población en países anteriormente muy europeístas se declaren ahora no ya euroescépticos sino abiertamente antieuropeos.

No se puede desconocer que las políticas europeas de austeridad desarrolladas con motivo de la crisis económica han alterado los grandes consensos constitucionales de algunos de los Estados miembros. En particular, la democracia pluralista se ha visto sometida a una fuerte tensión derivada de la aplicación incondicionada de las políticas de austeridad europeas, que ha inhabilitado cualquier propuesta política que no fuera coherente con esas políticas, determinando la inviabilidad de los programas electorales presentados por los partidos y refrendados por la ciudadanía mediante la conformación de mayorías gubernamentales. El círculo de decisión previamente delimitado desde instancias globales y supranacionales no ha dejado espacio para el pluralismo político, *externalizando así el poder estatal* y sometiéndolo a condiciones económicas dictadas en gran medida por los especuladores financieros y los grandes fondos de inversión globales.

Lo mismo se puede decir de las políticas sociales y de los derechos sociales, que han sido un elemento fundamental en el pacto social que dio lugar a las constituciones normativas en Europa. El declive de los derechos sociales y laborales ha sido de tal envergadura que las propias instancias europeas, conscientes de la deslegitimación que se ha generado en

ISSN 2279-7238

amplios sectores de la población europea, han puesto en marcha recientemente el llamado "Pilar Social Europeo" con la intención de recuperar en alguna medida la capacidad de integración social del proyecto europeo mediante el diseño de nuevas políticas con un contenido específicamente social y laboral y la recuperación del diálogo social que se había interrumpido durante la crisis. No puede desconocerse, sin embargo, que más allá de lo positivo que resulta que la Unión Europea preste atención específica a esa dimensión social, las reglas de juego establecidas para hacer frente a la crisis económica siguen vigentes y, como se reconoce por las propias instituciones europeas, son un condicionante necesario de las nuevas políticas sociales (F. Balaguer, 2018b).

En última instancia se ha resentido también la normatividad de la Constitución, precisamente porque los grandes consensos constitucionales del período constituyente estaban garantizados por la propia Constitución que, sin embargo, ha resultado ineficaz para hacer valer los principios y preceptos constitucionales frente a la presión presupuestaria impuesta desde instancias globales y supranacionales (F. Balaguer, 2018a). Hasta cierto punto, la democracia y la Constitución en Europa se han convertido durante el período de la crisis en un lujo al alcance tan sólo de aquellos Estados miembros que tenían una mejor posición económica y que, por tanto, no veían condicionados su grandes pactos constitucionales por las políticas puestas en práctica con la crisis económica. En última instancia, frente a la "Constitución económica" del Estado social, que equilibraba los factores productivos propiciando políticas sociales que tenían, en última instancia, una vocación emancipadora, se ha producido una hipertrofia de la economía que, sin modificar el texto, ha generado una interpretación económica de la Constitución que ha terminado alterando los fundamentos de nuestro sistema constitucional (F. Balaguer, 2013b).

Reconducir esta involución democrática y constitucional no va a ser tarea fácil. Ciertamente, la mejora de la situación económica de la zona Euro puede contribuir a que se vayan recuperando en alguna medida los grandes pactos constitucionales. Sin embargo, la Constitución no puede estar sometida a los vaivenes de los ciclos económicos, de tal manera que cada vez que se produzca una situación de crisis pase a la posición de "stand by" hasta que la crisis se supere. Lo que la crisis económica nos ha enseñado, es que estos grandes pactos constitucionales difícilmente se van a poder mantener, con perspectiva de futuro, exclusivamente en el ámbito del Estado Nacional. Por el contrario, cada vez se hace más necesario promoverlos en perspectiva europea y en el ámbito europeo, para que puedan ser efectivos y no dependan de las condiciones a las que los mercados globales pueden someter a los Estados nacionales. Ampliar el círculo de decisión nacional requiere que se asuma la necesidad de intensificar la integración política supranacional, ya que en Europa, como en cualquier otra región del mundo, los Estados nacionales de tamaño medio o pequeño no van a tener por sí solos (salvo circunstancias especiales) la dimensión necesaria para hacer frente a la globalización.

Pero, por otro lado, una Europa que se ha construido en gran medida a espaldas del constitucionalismo y que ha contribuido a deslegitimarlo mediante la imposición de una

ISSN 2279-7238

interpretación económica de la Constitución incompatible con el patrimonio constitucional europeo no podrá avanzar en el proceso de integración política mientras no cambie el actual modelo. Las dos grandes crisis del constitucionalismo han sido, al mismo tiempo, *dos grandes crisis de la Unión Europea* y no por casualidad. Solamente una Europa que recupere la legitimidad del constitucionalismo como movimiento civilizatorio podrá aspirar a construir una plena integración política y salvar así el proyecto europeo frente a sus cada vez más numerosos enemigos.

4. La internalización del poder de los agentes globales a través de las redes sociales

La preocupación por la influencia negativa que las redes sociales pueden estar teniendo en los procesos democráticos y por la lesión que pueden generar a los derechos fundamentales es muy reciente. En sus primeros años de desarrollo (tampoco muy lejanos, ciertamente) las redes fueron percibidas como una oportunidad para incrementar la participación política, facilitar los procesos democráticos e, incluso, promover transiciones de regímenes autoritarios hacia la democracia. Esa visión positiva no ha desaparecido, porque el potencial de las redes sociales sigue siendo enorme en lo que se refiere a las posibilidades de potenciación democrática. Sin embargo, en los últimos tiempos se han comenzado a analizar también los problemas que las redes sociales están generando en relación con los derechos fundamentales así como la incidencia que pueden estar teniendo en la configuración del espacio público de los sistemas democráticos. Finalmente, en fechas ya muy cercanas, hemos podido comprobar igualmente la actividad que las plataformas que gestionan las redes sociales y otros agentes pueden desarrollar en relación con la manipulación de la propaganda electoral, la difusión de *fake news* y la afectación de los procesos electorales.

En efecto, desde hace solo unos meses hemos tenido conocimiento de algunos hechos que previamente se intuían como meras hipótesis de trabajo. Es el caso de la intervención de Cambridge Analytica/Facebook en el referéndum del Brexit y en las elecciones presidenciales norteamericanas (M. Scott, 2018). Seguramente en los próximos meses salgan a la luz más datos, conforme avancen las investigaciones en curso. La interacción entre redes sociales y democracia comienza a ser problemática. La reflexión sobre esa tensión creciente se ha centrado hasta ahora en la incidencia negativa de las redes sociales en el espacio público en cuanto que la creación de perfiles está generando filtros que producen burbujas (E. Pariser, 2011) en las que quedan "aislados" los usuarios, provocando diversas disfunciones. Entre ellas, la fragmentación del espacio público, la radicalización creciente de los diversos sectores de opinión que se mueven dentro de esas "burbujas", la proliferación de las fake news, que se ve favorecida por la lógica de la polarización (C. R. Sunstein, 2018) y, en última instancia, la disolución del "público" unitario (D. Palano, 2017) que estaba en la base de la "democracia del público" (B. Manin, 1997) y que había promovido, desde el espacio comunicativo, la convergencia de los partidos hacia el centro político y la moderación.

ISSN 2279-7238

En general, hay un universo de cuestiones que se están planteando en el terreno de la comunicación política y de su incidencia sobre la democracia. Sin embargo, los factores constitucionales, que podrían ser muy útiles para la caracterización de los problemas y la aportación de alternativas, han entrado escasamente en juego. Todo lo más, en trabajos muy apreciables, en relación con las *fake news*, para destacar la insuficiencia de la caracterización doctrinal y jurisprudencial de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos en orden al tratamiento de este problema (F. Schauer, 2010) o para resaltar la diferente percepción que en el Derecho Europeo se tiene desde el punto de vista no tanto de la libertad de expresión cuanto del derecho a la información (información veraz) que hace posible una intervención mayor del poder público (O. Pollicino, 2017).

Una gran parte de la actividad potencialmente lesiva de los derechos de la ciudadanía que desarrollan esas plataformas era técnicamente impensable hace tan solo unos años y, por lo tanto, ajena a cualquier regulación estatal, supranacional o internacional. El problema es que, antes de que se hayan podido establecer normas destinadas a disciplinar esas actividades, ya se están configurando otras, cuyo alcance todavía no conocemos y que son también potencialmente lesivas (pensemos, por ejemplo, en el posible uso masivo de datos personales a través del "bitcoin trader"). Sin que hayamos terminado de superar la primera gran crisis del constitucionalismo de este siglo XXI, que surgió como consecuencia de la crisis financiera de 2008 y de la imposición de una interpretación económica de la Constitución que ha minado las bases de la democracia pluralista, ha reducido los derechos sociales, ha revertido la descentralización política y ha debilitado al extremo la normatividad de la Constitución (F. Balaguer, 2015b), nos encontramos ahora con una nueva crisis de un alcance potencialmente más destructivo si cabe porque afecta al núcleo mismo de los procesos democráticos y constitucionales *internalizando el poder de los grandes agentes globales a través de las redes sociales.*

La afectación del núcleo de los procesos democráticos que se ha evidenciado con la intervención de Cambridge Analytica en el referéndum del Brexit así como de esa misma compañía y de Facebook en las elecciones presidenciales de Estados Unidos (a las que siguieron las de otros agentes globales en sucesivos procesos electorales en Holanda o Francia, por ejemplo) plantea interrogantes muy serios para el futuro del constitucionalismo y de la democracia pluralista. Las posibilidades de manipulación política masiva de los procesos electorales, desde el entorno digital, por medio de la propaganda "subliminal" elaborada a través de millones de perfiles que se generan mediante algoritmos y que permite condicionar de manera personalizada la orientación del voto de los usuarios de las redes sociales, no tienen precedente alguno en la historia. El hecho de que esa actividad se haya podido desarrollar sin impedimento legal y con una finalidad comercial resulta todavía más perturbador.

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional esta no es la única inquietud que generan las redes sociales. Pensemos en la fragmentación del espacio público, la polarización de las actitudes políticas, la radicalización del discurso y del lenguaje con la consiguiente lesión de los derechos fundamentales, la dificultad cuando no imposibilidad de articular consensos en un clima político cada vez más enrarecido, la deslegitimación permanente de la política, la apelación a las propias redes como mecanismo de legitimidad

ISSN 2279-7238

y de representatividad, potenciando movimientos populistas y antidemocráticos, entre otros muchas señales de que la democracia pluralista y la Constitución normativa están viviendo sus horas más bajas.

En la base de esta evolución están las condiciones sociales de conflicto radical que configuran el sustrato de la polarización, que se termina trasladando a las redes sociales e intensificando a través de ellas y tienen una solución muy complicada actualmente, por dos factores que confluyen para dificultarla. El primero de ellos, que las claves económicas para resolverlas se sitúan ya fuera del Estado, en el contexto global, lo que explica la inseguridad con la que se perciben estos tiempos por amplios sectores sociales que ya no ven al Estado como un garante eficaz de sus derechos (Z. Bauman, 2007). En el caso de Europa, no existe todavía una estructura supranacional lo suficientemente integrada y eficaz como para actuar de manera unitaria en el plano global, lo que dificulta igualmente la solución a este nivel. Esto explica que muchos textos constitucionales hayan aumentado su divergencia con la realidad, especialmente en materia de derechos y de gobierno económico, a partir de la crisis financiera. El cambio de paradigma afecta también a la Constitución, que *ha perdido su posición de centralidad en el espacio público* y está cada vez más aislada, en la medida en que no se percibe como un instrumento eficaz de control del poder financiero y de realización de los derechos de la ciudadanía.

El segundo de esos factores tiene que ver específicamente con los procesos comunicativos derivados de las redes sociales. A pesar de que las redes sociales como instrumento eran y siguen siendo una esperanza para la profundización democrática, se produce una paradoja debido a la forma en que se han configurado hasta ahora. Una contradicción entre lo que se esperaba de ellas y lo que están haciendo realmente y que tiene su explicación en el hecho de que las redes aunque abran paso a amplios procesos comunicativos y eventualmente participativos, *no tienen una estructura democrática y participativa en su configuración.* No solo eso, se trata además de plataformas que funcionan en régimen de monopolio o de oligopolio (T.E.Frosini, 2017) y que tienen un interés centrado en la obtención de recursos por medio de la publicidad por lo que es difícil esperar que puedan contribuir a serenar el debate público y a facilitar la participación democrática en la solución de los problemas sociales. Estas plataformas, con la lógica del beneficio económico, necesitan llamar la atención del público para aumentar sus ingresos publicitarios (Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom, 2017). Desde esa perspectiva, *la inestabilidad política y el conflicto social favorece sus objetivos*, retroalimentando así los efectos perniciosos del "bubble filter" y de la polarización que genera.

Podemos aventurar razonablemente que el resultado del referéndum sobre el Brexit o la elección de Donald Trump como Presidente de Estados Unidos, han mejorado las perspectivas de negocio de las grandes plataformas que gestionan las redes sociales y no porque Donald Trump sea un fanático de una de ellas, sino por la inestabilidad que ambos procesos electorales han generado en sus respectivos países. Esas plataformas ganan siempre: con el Brexit y con las interminables discusiones que genera en la red y que habrían sido previsiblemente menores si el resultado del referéndum hubiera sido distinto. Ganan también con la elección de Donald Trump y con los continuos debates que el nuevo Presidente de Estados Unidos está generando en su país y en el mundo, alterando las

ISSN 2279-7238

condiciones de desarrollo de la política de las Administraciones anteriores.

Por otro lado, los medios técnicos a disposición de las redes sociales a efectos de manipular a la opinión pública son extraordinarios y no tienen precedente en la historia de la Humanidad, como han evidenciado la intervención de Cambridge Analytica y Facebook en las elecciones presidenciales norteamericanas. Siempre ha habido *fake news* y propaganda política con instrumentos muy eficaces, como fueron en el siglo XX la radio y la televisión. Lo que diferencia a los medios actuales de los anteriores es que, a través de los perfiles elaborados mediante algoritmos y del envío personalizado de propaganda, se puede condicionar la opinión y el voto de manera extremadamente efectiva. Tanto que no depende del nivel de educación de lo destinatarios, y no solamente porque esa propaganda opere dentro de la "burbuja" previamente identificada de las preferencias políticas, sino porque actúa en un nivel más peligroso, en el de *la psicología de los usuarios de las redes sociales*, mediante técnicas que permiten utilizar miedos ocultos o inclinaciones de las que ni siquiera son conscientes, pero que las plataformas conocen mediante el análisis de su actividad en la Red.

Como podemos ver, el constitucionalismo de nuestro tiempo no está pasando por su mejor momento. Frente a la época dorada que supusieron las constituciones normativas, en los últimos años estamos experimentado un doble proceso de involución externa e interna que se refleja, en el ámbito externo en las limitaciones de la capacidad de acción no sólo del Estado nacional sino también de las instituciones supranacionales (que forman parte igualmente de la realidad constitucional) generada por la globalización. En el ámbito interno, tiene su manifestación más evidente en la configuración regresiva del espacio público que están provocando las redes sociales, respecto de los principios que inspiran el debate público y la actividad política en la Constitución normativa. Ambos procesos de involución, externo e interno, se alimentan recíprocamente, de manera que cuanto menor es la capacidad del Estado y de la Unión Europea para resolver los problemas sociales, mayor es el deterioro del debate público interno generado a través de las redes sociales. Pero, al mismo tiempo, cuanto mayor es el deterioro del espacio público interno, mayores son las dificultades que tiene el Estado para actuar de manera eficaz en el ejercicio de sus funciones constitucionales y la Unión Europea para ofrecer a la ciudadanía un proyecto serio de integración supranacional que sólo puede basarse ya en parámetros constitucionales.

5. Un constitucionalismo marginal y deslegitimado en el contexto global

En el nivel democrático del gobierno ordinario de una sociedad, los fenómenos de polarización, conflicto, sectarismo incluso, son hasta cierto punto manejables (solo hasta cierto punto, ciertamente), porque forman parte de los procesos de debate y decisión propios de la democracia pluralista. En el nivel constitucional, sin embargo, suponen una prueba de fuego para la existencia misma del constitucionalismo. Si la fragmentación del espacio público, la inestabilidad y el enfrentamiento entre sectores sociales no permite llegar a consensos constitucionales (ya sea para la aprobación de nuevas constituciones ya sea para

ISSN 2279-7238

la reforma de las existentes) estaríamos ante una creciente inoperancia y aislamiento del Derecho Constitucional respecto de la sociedad, que determinaría a medio plazo el fin de la Constitución tal y como la hemos conocido hasta ahora. Respecto del Derecho constitucional, las redes sociales avanzan también un *cambio de paradigma*, en el que no basta simplemente con pensar en la regulación de las redes para adaptarlas a las exigencias propias del constitucionalismo sino que, como en toda interacción dialéctica, es necesario plantearse también qué tenemos que cambiar en el Derecho Constitucional de nuestro tiempo para adaptarlo a las redes sociales y a los nuevos procesos comunicativos y sociales que generan.

La transformación de los patrones culturales que se está produciendo y el cambio de paradigma que se está generando va a afectar a la forma de entender el derecho constitucional que hemos tenido hasta ahora, lo que implica también una nueva concepción del espacio público y de los derechos y la democracia, determinada por el desarrollo tecnológico y comunicativo. Pero, al mismo tiempo, es necesario corregir los elementos disfuncionales en la configuración actual de las redes sociales y en su utilización por grandes plataformas y agentes globales, que es susceptible de provocar una involución democrática. Estamos ante una nueva frontera, cuyos contornos precisos no se han desvelado todavía y que se irá perfilando en los próximos años.

La coexistencia entre procesos constitucionales y redes sociales no es fácil, y podemos señalar ya algunas contradicciones importantes que son perceptibles en relación con el Derecho constitucional de las constituciones normativas:

1-Las constituciones normativas se basan en el *consenso fundamental* de la sociedad, articulado a través de procesos constituyentes en los que están representados todos los sectores sociales, que acuerdan un marco de convivencia común y lo actualizan igualmente por consenso mediante reformas y enmiendas constitucionales. Estos consensos son cada vez más difíciles de conseguir debido a la polarización creciente del espacio público, potenciada en gran medida por las redes sociales.

2-Las constituciones normativas tienen una vocación de *ordenación global de la sociedad*, regulando la totalidad de la acción del Estado y controlando el poder público para garantizar los derechos. Esa pretensión se sigue manteniendo, aunque el poder de los Estados miembros de la UE no tenga ya esa vocación de totalidad porque lo comparten con las instancias europeas (F. Balaguer, 2016). Sin embargo, las redes sociales parecen estar generando una fragmentación añadida del espacio público, con diversidad de intereses sectoriales, que dificultan una ordenación comprensiva del conjunto de la sociedad mediante instrumentos constitucionales.

3-Las constituciones normativas definen un marco de convivencia estable, *una programación en el tiempo* para las generaciones sucesivas. El factor tiempo es de gran importancia en el Derecho constitucional, como también lo es en las redes sociales, pero de manera contradictoria. En las redes sociales, la inmediatez en la respuesta, propia del proceso comunicativo que se configura a través de ellas, está generando procesos políticos en los que la planificación a medio o largo plazo no parece tener ninguna utilidad. Se requieren cada vez más respuestas directas e inmediatas que sirvan para resolver problemas que son complejos y están llenos de matices y exigirían una ordenación temporal distinta.

4-La mayor parte de las constituciones de los Estados miembros de la UE tienen

ISSN 2279-7238

una estructura normativa, lo que implica la utilización de técnicas e instrumentos de carácter jurídico para la realización de sus funciones a través de procesos formalizados que incorporan garantías jurídicas complejas. Esa complejidad puede ser tan difícil de comprender como operaciones matemáticas o procesos químicos sobre los que el debate científico está reservado a especialistas en la materia. Sin embargo, en el marco de una sociedad democrática no pueden limitarse los debates sobre la Constitución. Al contrario, la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales (P. Häberle, 1975) debe ser preservada. Pero el debate en las redes sociales parece estar orientándose cada vez más en un *sentido contradictorio con los propios valores constitucionales* de respeto a la dignidad y a los derechos (potenciando el racismo, la xenofobia y la misoginia, por ejemplo).

5-El radicalismo y la intolerancia que se generan en las redes, se están trasladando en gran medida al debate público fuera de las redes, lo que resulta todavía más problemático desde el punto de vista constitucional. Las redes parecen estar desarrollando *una función de reproducción cultural negativa* en la medida en que "educan" a amplios sectores de población en el enfrentamiento y en la crispación dentro y fuera de las redes. En el plano político, esas actitudes sociales negativas incrementan la agresividad en el espacio público, aumentando la dificultad para llegar a acuerdos entre los agentes políticos.

6-La creciente dependencia de los medios de comunicación tradicionales de las redes sociales es también un factor a considerar (G. Pitruzzela, 2017). Para poder competir en el mercado publicitario, los medios de comunicación parecen estar *adaptándose progresivamente al discurso de las redes* tanto en lo que se refiere a los contenidos (muchos de ellos superficiales, que banalizan los debates públicos) cuanto a la forma de presentarlos y manejarlos, en muchas ocasiones conectados no solo con las temáticas sino también con la forma en que se están abordando en las redes sociales.

7-Los partidos políticos parecen manifestar igualmente una dependencia creciente de las redes sociales en su actividad. Sus agendas están condicionadas por los debates que se generan en ellas y sus orientaciones dependen en gran medida de las polémicas que se plantean en las redes. Esto no sería en sí mismo disfuncional, porque expresaría un incremento de la participación política, si no fuera porque hay indicios para pensar que esos debates se introducen en las redes en muchas ocasiones por medio de estructuras organizadas y de agentes que quieren *orientarlos y priorizarlos* en función de intereses ocultos. Además, en este punto se está produciendo un riesgo de involución democrática con la intervención de esos agentes en los procesos electorales a favor de determinados partidos y opciones políticas.

Como podemos ver, la situación del constitucionalismo resulta cada vez más problemática en este contexto, determinado por las dos grandes crisis que ha experimentado en el siglo XXI. La Constitución deja de cumplir sus funciones y se desplaza hacia *un lugar marginal* en relación con los conflictos sociales y los procesos políticos, definidos ahora por otras claves, externas e internas, diferentes a las que habían impulsado la posición central de las constituciones normativas en la sociedad. Al mismo tiempo, su legitimidad se erosiona justamente por el hecho de que frente a la Constitución se oponen *la economía* como factor de legitimación y *el desarrollo tecnológico* como límite. En ambos casos se condicionan las políticas públicas, los derechos fundamentales y el marco constitucional.

ISSN 2279-7238

Las limitaciones a los derechos se pretenden justificar por la inevitabilidad de las premisas económicas de austeridad incondicionalmente aceptadas o por la imposibilidad de articular mecanismos técnicos para protegerlos frente a las redes sociales o a las grandes plataformas de Internet. *Una legitimidad más fuerte pretende alzarse frente al constitucionalismo*. Una legitimidad que está al servicio de los grandes intereses económicos globales.

6. Conclusiones. Relegitimar el constitucionalismo.

Las dos grandes crisis del constitucionalismo en el siglo XXI se reflejan en la dificultad del Derecho Constitucional para cumplir las funciones que históricamente le ha asignado el constitucionalismo y, en particular, la canalización de los conflictos sociales mediante la articulación del pluralismo y la generación de acuerdos políticos y consensos constitucionales. Las dificultades son objetivas y se manifiestan en la incapacidad del Estado para desarrollar políticas propias que permitan garantizar los derechos de la ciudadanía en un mundo globalizado, por un lado y, por otro lado, en la configuración progresivamente disgregadora de un espacio público en el que las redes sociales tienen un especial protagonismo en la conformación de la opinión pública, desplazando a los medios de comunicación tradicionales.

Ambos factores confluyen, interaccionan y se alimentan recíprocamente, de manera que la democracia pluralista se ve amenazada por las condiciones externas de la globalización, que reducen el círculo de las decisiones políticas posibles en el espacio público nacional y por las condiciones estructurales internas de la comunicación a través de las redes sociales, que dificultan un debate racional que facilite la adopción de acuerdos políticos y de consensos constitucionales. No es, desde luego, el final de la Constitución, pero el siglo XXI está resultando ser *un siglo progresivamente "aconstitucional"* por definirlo de alguna manera, y la Constitución normativa que hemos conocido durante la segunda mitad del siglo XX, esta siendo cada vez más ineficaz e inoperante debido a estos factores externos e internos.

La solución para relegitimar el constitucionalismo ya no está en manos del Estado y de la Constitución nacional sino que depende del contexto supranacional, esto es, de la capacidad que tenga la ciudadanía para constitucionalizar la Unión Europea y definir un ámbito de decisión europeo que pueda recuperar a nivel supranacional las funciones de la Constitución. Solamente la Unión Europea tiene la magnitud necesaria para hacer frente a la globalización, ampliando el circulo de las decisiones políticas (incluido el de los Estados miembros y de sus constituciones internas). Es también la Unión Europea la que puede adoptar medidas en el ámbito de las redes sociales que mitiguen los efectos de los discursos disgregadores que se vehiculan a través de ellas y que controlen el extraordinario poder que tienen ahora los proveedores de Internet. La integración supranacional europea, una vez que se configure de manera plenamente constitucional y democrática a través de un Estado federal europeo, será también el instrumento de recuperación de las funciones de la Constitución y de plena activación de la democracia pluralista, no sólo a nivel europeo sino también a nivel interno en los Estados miembros.

Cuestiones esenciales para la construcción europea se irán definiendo en los

ISSN 2279-7238

próximos años si tenemos en cuenta que las redes están potenciando el discurso nacionalista y xenófobo y orientando el debate en el espacio público europeo hacia los intereses nacionales, lo que obstaculiza un entendimiento abierto de la identidad nacional (F. Balaguer, 2017c) y dificulta la construcción de una identidad europea. La integración europea es absolutamente necesaria para hacer frente a la globalización y para controlar el poder de agentes que no encuentran ya en el Estado nacional un límite. El hecho de que las dos grandes crisis del constitucionalismo hayan sido también dos grandes crisis europeas evidencia que estamos en un momento crucial de la vida del proceso de integración europea y de la evolución del constitucionalismo, en el que *ambos proyectos civilizatorios deben converger para sobrevivir en el contexto global.*

Bibliografía

– Arjona Sánchez, Miguel, 2017. *La libertad de capitales en Europa*. Tesis Doctoral, Granada.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2011. "Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo", en *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Antonio Cantaro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 31-49.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2012a. "El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional", en *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 99-122.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2012b. "Crisi economica e crisi costituzionale in Europa". *KorEuropa*, n. 1/2012: https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco_Balaguer_Callejon_numerato.pdf

– Balaguer Callejón, Francisco, 2013a. "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 98, Mayo/Agosto 2013, pp. 91-107: https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39779/22466

– Balaguer Callejón, Francisco, 2013b "Una interpretación constitucional de la crisis económica", *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* Año 10, Número 19, Enero-Junio de 2013: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm

– Balaguer Callejón, Francisco, 2013c. "European Identity, Citizenship and the Model of Integration", en Alessandra Silveira, Mariana Canotilho and Pedro Madeira Froufe (eds.), *Citizenship and Solidarity in the European Union - from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, PIE - Peter Lang SA - Éditions scientifiques internationales, Bruxelles, 2013c.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2015a. "Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo", *La cittadinanza europea*, n 1/2015, pp. 39-62.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2015b. "Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización", en Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (Coordinadores), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, Tomo

ISSN 2279-7238

IV, Volumen 1, páginas 197-211.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2016. "European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform", en Rainer Arnold (Editor) *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Springer, pp. 15-25.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2017a. "Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna", en Fulco Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, pp. 85-112.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2017b"Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola", en *I Controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Alessandro Bernardi, Jovene Editore, Napoli, 2017, pp. 113-133.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2017c. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. *UNIO - EU Law Journal.* Vol. 3, N. 1, Janeiro 2017, pp. 10-24: http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%203/Corrigidos/francisco_balaguer_callejon.pdf

– Balaguer Callejón, Francisco, 2018a "Constitutional Courts under Pressure – New Challenges to Constitutional Adjudication. The Case of Spain", en *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*. Edited by Zoltán Szente, Fruzsina Gárdos-Orosz, Routledge, London and New York, pp. 164-184.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2018b. "La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo", en prensa, Milán.

– Balaguer Callejón, Francisco, 2018c. "Alcune lezioni della Brexit per il Diritto costituzionale europeo. Referendum e Social Network *versus* democracia pluralista", en prensa, *Liber Amicorum Silvio Gambino*.

– Bauman, Zygmunt, 2007. *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*. Polity Press, Cambridge,

– D'Atena, Antonio, 2018. Tensioni e sfide della democrazia. *Rivista AIC*, no 1/2018: http://www.rivistaaic.it/tensioni-e-sfide-della-democrazia.html

– Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom, 2017. "Is Social Media a Threat to Democracy?", 1 de Octubre de 2017, https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf

– De Cabo, Carlos, 2009. "Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador", *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* nº. 11, Enero-Junio de 2009.

– Ferguson, Niall, 2018. "Social networks are creating a global crisis of democracy", en: https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/

– Frosini, Tommaso Edoardo, 2017. "Internet e democrazia", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Anno XXXII Fasc. 4-5 – 2017, pp. 657-671.

– Gambino, Silvio, 2015. "Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale

ISSN 2279-7238

futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale" *KorEuropa*: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Gambino_Crisi-economica-e-Stato-sociale-1.pdf

– Grasso, Giorgio, 2016. "Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria", en Os*servatorio AIC*: http://www.osservatorioaic.it/le-parole-della-costituzione-e-la-crisi-economico-finanziaria.html

– Guillén López, Enrique, 2013. "La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 20, Julio-Diciembre de 2013.

– Häberle, Peter, 1975. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation". JuristenZeitung: 297-305.

– Manin, Bernard, 1997. *The principles of representative government*, Cambridge University Press.

– Nocito, Walter, 2015. "Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova" *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 15/2015

– Palano, Damiano, 2017. La bolla mortale della nuova democrazia. Il Foglio. 1 Maggio 2017. https://www.ilfoglio.it/politica/2017/05/01/news/la-bolla-mortale-della-nuova-democrazia-132173/

– Pariser, Eli, 2011. *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books.

– Pitruzzella, Giuseppe, 2017. La libertà di informazione nell'era di Internet In G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea.

– Pollicino, Oreste, 2017. La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet. In G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea.

– Raimondo Ansemino, Natalia; Reviglio, María Cecilia; Diviani, Ricardo, 2016. "Esfera pública y redes sociales en Internet: ¿Qué es lo nuevo en Facebook?" Revista Mediterránea de Comunicación, 7(1), 211-229.

– Rodrigues Canotilho, Mariana, 2015. "La crisis económica (y social) de los países en crisis". *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 23. Enero-Junio de 2015.

– Ruggeri, Antonio, 2016. "Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa" *Consulta On Line:* http://www.giurcost.org/studi/ruggeri59.pdf.

– Sánchez Barrilao, Juan Francisco, 2009. "Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, Julio-Diciembre de 2009.

– Sánchez Barrilao, Juan Francisco, 2016. El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Número 26: http://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/06_BARRILAO.htm

– Sánchez Barrilao, Juan Francisco, 2018. "El Internet en la era Trump: aproximación

ISSN 2279-7238

constitucional a una nueva realidad", en prensa.

– Schillaci, Angelo, 2014. "Crisis económica, participación y reformas de las administraciones públicas*", Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 11. Núm. 22. Julio-diciembre/2014, pp. 15-27 .

– Scott, Mark, 2018. Cambridge Analytica helped 'cheat' Brexit vote and US election, Politico, 29/3/2018: https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection- privacy-facebook/

– Schauer, Frederick, 2010. Facts and the First Amendment. UCLA Law Review. Volume 57 Issue 4: 897–919. https://www.uclalawreview.org/pdf/57-4-1.pdf

– Sunstein, Cass R., 2018. #Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media. Princeton University Press.

– Vecchio, Fausto, 2015. "Crisis económica y evolución de la Administración Pública en Europa". *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 23. Enero-Junio de 2015.

Resumen

Aun cuando la progresiva incorporación del constitucionalismo al plano internacional y global supongan avances civilizatorios parciales, lo cierto es que el siglo XXI está provocando una transformación esencial en las condiciones históricas que habían dado lugar su formación y desarrollo. La globalización ha generado un contexto caracterizado por la aceleración y la transformación permanente, tanto en el ámbito económico como en el tecnológico. Los cambios que se han producido en los casi dos decenios que llevamos del siglo XXI, han alterado sustancialmente el mundo que habíamos conocido hasta finales del siglo XX. Han aparecido nuevos agentes de poder global tanto públicos como privados que no están vinculados a los valores que inspiraron el constitucionalismo. En el caso de los públicos, porque se trata de Estados autoritarios en los que no existen estructuras democráticas o estas son muy débiles. En el de los privados porque han vinculado su actividad a la lógica exclusiva del beneficio económico, desvirtuando los valores democráticos que habían regido hasta fechas recientes el espacio público.

La creciente permeabilidad del Estado a los agentes globales que actúan en el plano financiero y comunicativo, ha determinado las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en este siglo XXI. Por un lado, la crisis financiera, que ha dado lugar a una externalización del poder estatal, sometido plenamente a las condiciones económicas que se han dictado desde fuera. Con motivo de la crisis, se ha intentado implantar una "interpretación económica de la Constitución" que ha debilitado los valores inspiradores del constitucionalismo. Por otro lado, la crisis democrática, que se ha manifestado a partir del Brexit y de las elecciones presidenciales norteamericanas, con la incidencia que han tenido las grandes agencias proveedoras de servicios en Internet sobre los procesos electorales, mediante el diseño tecnológico de propaganda masiva adaptada a las redes sociales. El Estado Nación se encuentra actualmente inerme frente a estos agentes globales de la especulación financiera en los mercados y de la manipulación publicitaria el

ISSN 2279-7238

espacio público (que tienen conexiones entre sí). El constitucionalismo de nuestra época solamente puede aspirar a una regulación global o, cuando menos, supranacional, efectiva.

Más allá de los efectos visibles de la intervención de estos nuevos poderes globales, se están generando algunos problema estructurales que pueden afectar a la esencia misma del constitucionalismo en su última fase de desarrollo hasta ahora, la representada por las constituciones normativas y la democracia pluralista. En el plano económico, se están minando las bases del Estado social y se están deteriorando sus raíces culturales. En el plano comunicativo, pese a la potencialidad participativa que tienen las redes sociales, se está generando un creciente aislamiento y encapsulamiento de la ciudadanía en grupos y un cambio de patrones de conducta en los partidos políticos y en los medios de comunicación, que dificultan cada vez más los procesos comunicativos reflexivos, orientados a la formación de consenso, que eran propios de la democracia pluralista. La segmentación y disgregación progresiva del espacio público se está viendo potenciada extraordinariamente por las redes sociales, ya que les resulta económicamente productiva a las grandes plataformas de Internet. La generación de inestabilidad política y de conflictos sociales virtuales a través de las redes incrementa sus ingresos publicitarios. La lógica economicista que se ha instalado en los grandes agentes globales está provocando un retroceso civilizatorio y una crisis existencial del constitucionalismo que hemos conocido hasta ahora.

Abstract

Even if the gradual incorporation of constitutionalism on the international and global level involves partial civilizing advances, the truth is that the 21st century is causing an essential transformation in the historical conditions that led to its formation and development. Globalization has generated a context characterized by acceleration and permanent transformation, both in the economic and technological fields. The changes that have taken place in the almost two decades of the 21st century have substantially altered the world that we had known until the end of the 20th century. New agents of global power, both public and private, which are not linked to the values that inspired constitutionalism, have emerged. In the case of the public powers, because they are authoritarian states which lack of democratic structures. In the private sector because they have linked their activity to the exclusive logic of economic benefit, distorting the democratic values that had ruled until recently the public sphere.

The increasing permeability of the State to the global agents that act in the financial and communicative plane, has determined the two great crises of the constitutionalism in front of the globalization in this 21st century. On the one hand, the financial crisis, which has led to an outsourcing of a state power fully subject to economic conditions that have been dictated from outside. On the occasion of the crisis, an attempt has been made to

ISSN 2279-7238

implement an "economic interpretation of the Constitution" that has weakened the inspiring values of constitutionalism. On the other hand, the democratic crisis, which has manifested itself from the Brexit and the US presidential elections, with the impact that the large Internet service provider agencies have had on the electoral processes, through the technological design of adapted mass propaganda to social networks. The Nation State is currently defenceless against these global agents (which have connections among themselves) of financial speculation in the markets and public space manipulation. The constitutionalism of our time can only aspire to a global or, at least, supranational regulation, to be effective.

Beyond the visible effects of the intervention of these new global powers, some structural problems are being generated that may affect the very essence of constitutionalism in its last phase of development until now, that represented by normative constitutions and pluralist democracy. At the economic level, the foundations of the social and democratic State of Law are being undermined and their cultural roots are deteriorating. On the communicative level, despite the participative potential of social networks, there is a growing isolation and encapsulation of citizenship in groups and a change in behaviour patterns in political parties and in the media, which make more and more difficult reflective communicative processes, oriented to the formation of consensus, which were typical of pluralist democracy. Social networks are extraordinarily enhancing the segmentation and progressive disintegration of the public space, since it is economically productive to the large Internet platforms. The generation of political instability and virtual social conflicts through networks increases their advertising revenues. The economist logic that has been installed in the great global agents is provoking a civilizing setback and an existential crisis of the constitutionalism that we have known up to now.

Palabras Clave

Constitucionalismo, crisis económica, redes sociales, integración europea, democracia.

Keywords

Constitutionalism, economic crisis, social networks, European integration, democracy.

ISSN 2279-7238

Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale [*]

di Paolo Ridola[**]

SOMMARIO: 1.- Alcuni chiarimenti preliminari sullo "stato costituzionale". 2.- Stato costituzionale e costituzionalismo. 3.- Lo stato costituzionale aperto o cooperativo. 4. Il futuro dello stato costituzionale

1. Alcuni chiarimenti preliminari sullo "stato costituzionale"

L'espressione *stato costituzionale* sintetizza l'insieme delle trasformazioni offerte dal costituzionalismo nelle democrazie pluralistiche, le quali hanno comportato la progressiva erosione degli schemi concettuali del giuspositivismo statualista. Con essa si indica pertanto, in un'accezione molto generale, il *modello* delle costituzioni delle democrazie pluralistiche, il quale ha avuto, da alcuni decenni a questa parte, una straordinaria capacità di propagazione su scala mondiale, anche per effetto di convenzioni internazionali, processi di integrazione sovranazionale e di recezione incrociata fra le costituzioni statali. E' anche affermazione corrente che con tale modello si sia affermata in modo compiuto la supremazia della costituzione, soprattutto grazie allo sviluppo su larga scala degli istituti del controllo di costituzionalità su larga scala e di un diritto giurisprudenziale vivente anche attraverso la sempre più fitta rete comunicativa del dialogo tra le corti. Ciò ha comportato, tra l'altro, la confluenza del dibattito sullo stato costituzionale con quello sul neocostituzionalismo. La stagione del "neocostituzionalismo" ha fatto balzare in primo piano, come ha rilevato Richard Bellamy, la tensione tra *legal* e *political constitutionalism*. Come comporre il disaccordo sui *substantive outcomes* che una società fondata sul pluralismo e sull'eguaglianza vorrebbe raggiungere? Affidandosi alle risorse del processo democratico o a quelle del *judicial process*? Ma la questione è al centro della storia del costituzionalismo inglese e di quello nordamericano, nei quali i due profili si intersecano in un arco lungo di tempo.

L'elaborazione della categoria dello stato costituzionale costituisce peraltro l'approdo di un travagliato, e più complesso, itinerario culturale, iniziato durante gli anni della Repubblica di Weimar, il quale ha comportato un radicale mutamento di prospettiva (dalla *Staatslehre* alla *Verfassungslehre*: dallo stato *alla* costituzione) nello studio degli assetti delle comunità politiche. Ciò vuol dire non soltanto che il modello indicato tende a trascendere

[*] Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018

[**] Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

l'organizzazione degli stati, ma soprattutto che, anche con riferimento all'esperienza di questi, la costituzione non si (im)pone più come l'espressione della sovranità dello stato e dei suoi limiti, e che in essa convivono e si coordinano nel pluralismo sfere distinte, quella privata, quella pubblica (riferita alle molteplici forme di organizzazione dell'opinione pubblica), ed infine, ma senza alcuna pretesa di esclusività, quella statale. Inoltre, il legame fra costituzione e pluralismo investe non soltanto i contenuti di quella (ad es., con il rilievo delle associazioni, dei partiti, delle organizzazioni degli interessi, di svariate manifestazioni della *sfera pubblica*), ma le dinamiche costituzionali e le modalità attraverso le quali si afferma il *valore* della costituzione: il pluralismo diviene, in breve, elemento qualificante dell'*effettività* della costituzione. Questa trasformazione ha investito anzitutto le dinamiche costituzionali, le quali hanno assunto un andamento spiccatamente *processuale*, che ha dato risalto alla *comunicazione* fra i molteplici soggetti che ad esse prendono parte, e che si manifesta tanto nella fase costituente (come dimostrano gran parte delle *transizioni* succedutesi negli ultimi tre decenni) che in quella dei mutamenti costituzionali che, infine, nella fase dell'adeguamento della costituzione in via interpretativa. L'adattamento delle dinamiche costituzionali ad un processo pubblico pluralistico ha reso pertanto meno netta la distinzione fra *foundations*, *transformations* e *interpretation* della costituzione (*B. Ackerman*), e dimostra che è essenzialmente sul terreno della capacità di sorreggere una <concordanza pratica> della complessità sociale che si misura, come su un permanente, evolutivo banco di prova, la supremazia della costituzione.

2. Stato costituzionale e costituzionalismo

Questi rapidi cenni di inquadramento storico del costituzionalismo sollevano con forza gli interrogativi concernenti l'impatto di trasformazioni profonde degli ordinamenti politici, quelle determinate dalla democrazia e dal pluralismo in particolare, sul nucleo storico-concettuale del costituzionalismo. A partire dal XX secolo si è infatti dissolto progressivamente il legame che aveva unito in modo indissolubile il complesso di congegni di garanzia e di protezione *contro* il potere sovrano, i quali riflettevano l'ideologia e l'impianto teorico del costituzionalismo, alle esigenze fondative dell'ordine e dell'egemonia borghesi, da un lato, e dall'altro alla costruzione del diritto pubblico dello stato nazione. Tale processo di dissolvimento si è compiuto in due tempi. In un primo tempo, dopo la fine della prima guerra mondiale, quando la società civile, con le sue articolazioni e con le sue linee di conflittualità, fece il suo ingresso nello scenario delle costituzioni europee: l'ampliamento del contenuto delle costituzioni, come strumento per inquadrare o imbrigliare le complesse dinamiche delle società pluralistiche, ed insieme la democratizzazione del processo politico ed il crescente rilievo delle forme di organizzazione politica delle masse, fanno balzare in primo piano la funzione di legittimazione delle costituzioni, la quale si allinea alla componente garantistica, che esse hanno ereditato dalla tradizione del costituzionalismo moderno, ma tende talvolta ad oscurarla. In un secondo tempo, allorchè la stessa istanza di

ISSN 2279-7238

limitazione del potere fuoriesce dagli orizzonti della statualità, per confrontarsi con la rete delle interdipendenze dello <stato costituzionale cooperativo> (*Häberle*) ,e con fenomeni di globalizzazione che hanno investito, oltre ai mercati, il campo dei diritti, la sfera della "comunicazione pubblica", la democrazia, a causa del venir meno della coincidenza fra spazio territoriale, ambito della sovranità statuale e dimensione della comunità politica.

Va osservato che dal rapporto con la complessità sociale sono uscite profondamente trasformate sia la concezione del *ruolo* della costituzione, non più riconducibile ai congegni di neutralizzazione presidiati dalla legalità formale, che quella della sua *supremazia* , non più inquadrabile nel paradigma dello *Stufenbau* kelseniano e di una disposizione esclusivamente gerarchica dell'ordinamento delle fonti normative. Ciò dipende dal fatto che le costituzioni del pluralismo contengono anzitutto grandi opzioni di principio, le quali rinviano ad una visione del diritto non riducibile né alla conformità ad uno schema legale (secondo l'approccio del giuspositivismo formalistico) né alla mera fattualità (secondol'approccio del giuspositivismo sociologico), ma definita dal paradigma dell'adeguatezza/ corrispondenza ad un quadro di valori materiali. La riflessione sulla funzione delle norme di principio nell'interpretazione ha messo in luce che al rapporto fra costituzione e pluralismo è intrinseca la compresenza di orientamenti e di *direttrici* di fondo, che, proprio in forza della loro struttura normativa, *aprono* l'interpretazione della costituzione, consentendo di *disvelare* i contenuti etico-valutativi e gli ideali di giustizia immanenti al testo. I *principi* costituzionali vanno apprezzati pertanto essenzialmente sul terreno loro intrinseca potenzialità espansiva (rispetto alle regole, applicabili invece secondo lo schema "tutto o niente": *Dworkin*) o su quello della *ottimizzazione* dei risultati, in quanto precetti che debbono guidare verso la massima approssimazione possibile all'obiettivo di conformare l'ordinamento a tutti i contenuti di valore della costituzione (*Alexy*). E la supremazia della costituzione si misura, pertanto, sullo spazio di gioco e sul raggio di azione *assiologici* che essa dispiega, piuttosto che sul piano di criteri formali di gerarchia normativa, e sul terreno dell'interpretazione piuttosto che su quello della corrispondenza astratta ad uno schema di conformità/difformità.

Ecco, io credo che la questione decisiva sia questa: in quanto le costituzioni sono costrette a misurarsi con la complessità sociale e con il pluralismo, ciò ha reso impraticabile la strada dei congegni di neutralizzazione elaborati dal liberalismo giuridico e peraltro ineludibile il ripensamento della tensione fra il diritto e la legalità. Una tensione –sottolineo ancora- per gran parte estranea alla storia del costituzionalismo. Voglio riferirmi non soltanto alle origini medievali del costituzionalismo inglese (all'idea della soggezione del sovrano ad un diritto radicato nella coscienza sociale e inteso come concretizzazione storica dei principi del diritto naturale: *Mc Ilwain, Tierney*). Ma voglio aggiungere che anche le radici dell'idea dello stato di diritto nel giusnaturalismo razionalista non ne separavano l'essenza da una teoria della giustizia e da un impianto valutativo, ed anzi la connotavano di elementi sostanziali prima che procedurali. Sono troppo note le ragioni storiche per le quali il liberalismo giuridico avrebbe finito per radicalizzare l'opposizione fra il diritto e la legge. Il

ISSN 2279-7238

punto è che il pluralismo ha scardinato sia un impianto di protezione dei diritti rimesso a congegni di neutralizzazione.

Su questo piano giocano evidentemente un ruolo decisivo le grandi opzioni di principio contenute nelle "costituzioni del pluralismo": esse sottendono una visione del diritto definita dal paradigma dell'adeguatezza/ corrispondenza ad un quadro di valori materiali. E dunque a scalzare la tesi che non vi sia alcun legame necessario fra diritto e morale, fra il diritto positivo e la giustizia, non ha contribuito soltanto la volontà di fare argine, dopo la fine della seconda guerra mondiale, al totalitarismo come male estremo della politica (penso alla formula di Radbruch), ma anche la necessità, imposta dal pluralismo, di caricare la costituzione di un inedito compito di unificazione politica, inedito perché operante sullo scenario di società caratterizzate dalla disomogeneità e attraversate dal conflitto (*Hesse*).

Non vi è dubbio che lo spostamento del giudizio sulla costituzionalità della legge dallo schema del raffronto fra oggetto e parametro a quello della corrispondenza/adeguatezza ai contenuti di valore della costituzione comporti il passaggio ad una visione *flessibile* dell'ordinamento giuridico nel suo insieme (che è poi, in funzione di pluralismo e reciproco riconoscimento, una risorsa virtuosa piuttosto che un avventuroso *Abschied* dalla normatività). Ma essa comporta anche (lo aveva rilevato, da un angolo visuale critico, Forsthoff sulla scia di suggestioni weberiane) una spinta verso la *materializzazione* dello stato di diritto. Una "materializzazione", anzitutto, affidata al ruolo di *principi* costituzionali, i quali sono lo strumento precipuo per raggiungere l'obiettivo di conformare l'ordinamento a tutti i contenuti di valore della costituzione Una "materializzazione", inoltre, il cui approdo finale sembra essere non quello della astratta sottoposizione della legge alla costituzionalità formale e materiale, ma quello che l'interpretazione e l'applicazione delle leggi debbono risultare, nel singolo caso, conformi ai contenuti materiali della costituzione. Si colgono qui, da un lato, la distanza di questo esito dallo schema kelseniano del controllo accentrato, ma anche ragioni profonde (proprio di cultura costituzionale, direi), che separano i *bilanciamenti* degli interessi della tradizione statunitense (radicati nelle dinamiche del controllo diffuso) dalle *ponderazioni* di derivazione tedesca, che –sotto questo aspetto- rappresentano lo sforzo più elaborato di calare nella griglia del controllo di tipo accentrato un'interpretazione della costituzione consapevole della varietà dei contenuti di valore che in essa convivono e della multidimensionalità dei diritti fondamentali che da quella discende.

Questo scenario si riflette anzitutto sulla struttura e la garanzia dei diritti fondamentali, in quanto esso ha visto emergere canoni di protezione dei diritti non riconducibili allo strumentario delle garanzie della tradizione dello stato di diritto. Tale strumentario si rivela infatti insufficiente, se non improduttivo, *perché* si tratta di canoni che vanno aldilà delle categorie elaborate nel quadro dello stato di diritto al fine di circoscrivere l'azione dei pubblici poteri: fissazione dello scopo (dell'interesse pubblico), parità di trattamento, principio di determinatezza della fattispecie, polarizzazione regola/eccezione, generalità e astrattezza della legge. O ancora *perché* il nuovo scenario costituzionale, entro cui si inscrive

ISSN 2279-7238

la protezione dei diritti fondamentali, impone di riconsiderare sotto una luce differente canoni di garanzia pure non sconosciuti allo stato di diritto di derivazione liberale, come il principio di proporzionalità o il divieto di atti arbitrari. Quanto al primo, perché lo scrutinio del rapporto fra mezzo e scopo non si situa più all'interno della relazione (di stampo statualistico) fra potere sovrano (ed in principio illimitato) e libertà individuale, ma lo trascende, aprendosi alla considerazione dei rapporti fra i diversi ambiti della società civile e della collisione fra i diritti dei privati. E quanto al divieto di arbitrio, perché esso, ancora una volta spiazzando lo schema dell'antagonismo fra atti d'imperio e soggetti privati, si carica di un contenuto positivo, indirizzato alla realizzazione delle sottostanti direttrici costituzionali di orientamento.

Occorre essere consapevoli che il nodo del pluralismo giochi, in questa vicenda, un ruolo davvero decisivo. Che si riflette sulla posizione della legge, sulla sua collocazione nel sistema delle fonti: giacchè l'intreccio –l'embricazione- di stato e società, che sembra il punto di approdo delle democrazie pluralistiche, ha trasformato la funzione ordinamentale della legge, chiamata non più solo a circoscrivere dall'esterno la sfera di libertà degli individui, ma divenuta strumento di regolazione delle dinamiche sociali. Ma uno strumento che, su questo terreno, subisce il restringimento degli spazi di manovra imposti dalla funzione direttiva dei principi costituzionali (la *dirigierende Verfassung*: *Lerche. Gomes Canotilho*). Le trasformazioni della funzione legislativa si rispecchiano dunque nelle nuove sembianze con cui si manifesta la supremazia della costituzione. E se l'antica supremazia della legge regredisce a spazio discrezionale, anche la costituzione non è più identificabile solo con un insieme di limitazioni dell'azione dei pubblici poteri, né con un insieme di garanzie di beni della vita innalzati –staticamente- al rango di una superiore forza normativa. Ma essa si configura come un complesso ordinamentale, il cui mantenimento nei confronti delle minacce del legislatore costituisce un *compito* permanente affidato dinamicamente all'interprete. Sotto questo aspetto, le operazioni di bilanciamento e di ponderazione prendono la distanza dall'approccio del normativismo. Una distanza che riguarda il piano della legge (sul quale lo spazio discrezionale è prevalso sull'antica onnipotenza), ma coinvolge a monte il piano della costituzione e della sua forza normativa.

Ciò ha comportato conseguenze rilevanti per quanto riguarda il ruolo e gli stili argomentativi delle corti costituzionali, che si sono manifestate su basi filosofiche ed in contesti differenti di cultura giuridica, ma rispecchiano in ogni caso trasformazioni profonde dell'interpretazione costituzionale. Si fa qui riferimento, per menzionare gli esempi più rilevanti, alla *reasonableness doctrine* (fondata sul bilanciamento degli *interessi* coinvolti), elaborata dalla Corte suprema statunitense, grazie alla quale lo scrutinio di costituzionalità si è aperto alla valutazione se la misura adottata sia *fair*, *intelligent*, *just*, o se, al contrario, essa risulti irragionevole, non appropriata, non necessaria. Si fa riferimento, per altro verso, al giudizio della ponderazione (*Abwägung)* dei differenti contenuti di valore incorporati dai principi costituzionali, effettuato dal Tribunale costituzionale tedesco. Attraverso di esso, il canone del divieto di atti arbitrari (*Willkürverbot)*, ereditato dalla

ISSN 2279-7238

tradizione del *Rechtsstaat* ottocentesco, si trasforma, caricandosi di una valenza positiva (di allineamento ai principi costituzionali), nelle diverse figure argomentative dell' *Übermaßverbot* (divieto di eccessività), in una scala di sfumature che dalla necessarietà (*Erforderlichkeit*) della misura scivola sul terreno della proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) e su quello della mera idoneità allo scopo (*Zwecktauglichkeit).*

Mi limito qui ad elencare in modo assolutamente sintetico gli approdi fondamentali della *Güterabwägung:* efficacia dei *Grundrechte* nei rapporti interprivati; superamento della concezione dei "limiti" dei diritti come "barriera" (*Schranke*) esterna contenitiva di sfere di libertà in principio illimitate (i limiti dei *Grundrechte* come limiti "immanenti", perché incardinati nel "sistema di valori" di cui il diritto è espressione: *Häberle*); apertura alla dimensione transnazionale dei diritti, inauguratasi con la Dichiarazione universale del 1948, poiché, secondo letture recenti (*Rensmann*), il richiamo alla *Wertordnung* ha operato anche come varco alla penetrazione nel sistema costituzionale di valori universali accolti nella Dichiarazione ed alla nascita di un *grenzüberschreitender Grundrechtskonstitutionalismus*). Più in generale, il richiamo alla *Wertordnung* ha operato come fattore di "potenziamento della *Geltungskraft* dei diritti fondamentali", i quali danno "impulsi" e "direttrici" a tutto l'assetto della comunità politica. Ritengo importante sottolineare questo punto. L'indirizzo che costruisce i *Grundrechte* come espressione di una *Wertordnung* non pone questo aspetto dei diritti in opposizione con il loro aspetto di tipo individuale. Esso si propone anzi, come è stato chiarito fin dalla sentenza *Lüth*, di estendere la forza di irradiazione (*Ausstrahlungskraft*) della centralità del soggetto nel sistema costituzionale.

Questo passaggio è decisivo per collocare in prospettiva storica le ragioni della trasformazione dei canoni argomentativi utilizzati dalle corti costituzionali per l'interpretazione dei diritti fondamentali. In alcuni miei lavori recenti, ho sostenuto, soprattutto grazie alle suggestioni dell'opera di Leo Strauss e, in Italia, di Matteucci, che è frutto quanto meno di una visione unilaterale (se non di un fraintendimento) ritenere il giuspositivismo statualistico come l'unico approdo coerente dell'eredità del costituzionalismo. E', questa, una visione del costituzionalismo nel cui orizzonte c'è Hobbes più che Locke, e che risente troppo a mio avviso della lettura molto radicale che del complesso itinerario storico del costituzionalismo ha dato Carl Schmitt. Questo indirizzo trascura, a mio avviso, la forte tensione etica e valutativa racchiusa nell'ideologia del costituzionalismo, cui gli esiti del liberalismo giuridico ottocentesco (e le ragioni di fondo del disegno di forte unificazione politica che lo ispirò) avrebbero impresso una torsione giuspositivistica sempre più marcata, rinserrando la garanzia dei diritti entro l'orizzonte della legalità, di un diritto *im-posto* dalla volontà del legislatore.

Al contrario (questa è la tesi di fondo che tento di argomentare), l'affermarsi di una giurisprudenza sui diritti fondamentali che fa ricorso a canoni di ragionevolezza (fondati sul bilanciamento degli *interessi* coinvolti) o sulla *Abwägung* dei differenti contenuti di valore incorporati dai principi costituzionali, segna un radicale distacco dalle rassicuranti neutralizzazioni della legalità formale, dal paradigma dello stato di diritto di derivazione

ISSN 2279-7238

liberale e dagli strumenti di garanzia che esso apprestava ai diritti: diritti *pubblici soggettivi*, non a caso, secondo il filone ricostruttivo del tardo liberalismo giuridico culminato con Jellinek, e non (o non ancora) diritti *fondamentali* , cioè diritti connotati da una funzione costitutiva dell'ordinamento costituzionale complessivo.

Nella dottrina statunitense è molto dibattuto se le operazioni di bilanciamento delle corti costituzionali abbiano compromesso il rapporto dei giudici con il testo costituzionale (*Scalia*). In quella tedesca, è stato discusso se le ponderazioni abbiano aperto il varco ad una "*tirannia dei valori*", con una conseguente regressione delle normatività della costituzione a mero "punto di vista delle operazioni di ponderazione" (*Forsthoff*), e si è aggiunto che tali operazioni soffocherebbero sotto il peso di una concezione onnipervasiva della costituzione gli spazi di autonomia del legislatore parlamentare e ne sacrificherebbero la legittimazione democratica a vantaggio di una vera e propria onnipotenza di giudici, sebbene poggiata sulla costituzione *(Böckenförde*). O se, al contrario, il passaggio ad una visione *flessibile* dell'ordinamento giuridico nel suo insieme sia funzione di pluralismo e reciproco riconoscimento, una risorsa virtuosa piuttosto che una avventurosa recessione della normatività. In ogni caso il dibattito dimostra che lo stato costituzionale si distacca dalle rassicuranti neutralizzazioni della legalità formale, dal paradigma dello stato di diritto di derivazione liberale e dagli strumenti di garanzia che esso apprestava.

Un'altra critica mossa allo "stato costituzionale dei bilanciamenti" ne denuncia l'impronta paternalistica. Secondo Isaiah Berlin, precursore di questo indirizzo, il sacrificio della libertà (negativa) individuale in nome di una "libertà più alta", che un qualche soggetto investito di una funzione "pedagogica" ci addita come tale. In breve, i rischi di un "dispotismo" dei più saggi, del tempio di Sarastro del *Flauto magico*, costituisce il maggiore pericolo delle operazioni di bilanciamento. Critiche alle quali non erano mancate risposte, provenienti da filoni differenti della cultura giuridica weimariana, che, con accentuazioni diverse, si era misurata con l'interrogativo se il piano costituzionale possa davvero essere indifferente ad un *Ineinander von Bindung und Freiheit*, che scolpisce il significato dei "valori" sociali. Ed invero, non sono essi che "orientano" il fluire dinamico del processo di integrazione, attraverso il quale le norme costituzionali "si attualizzano" (Rudolf Smend)? Non costituiscono essi fitta trama che consente alla costituzione di "organizzare" la libertà nella vita sociale (Hermann Heller)?

Più di recente, va segnalata la critica neoliberale delle ponderazioni (*Ladeur*, e prima *Schlinck*): un passaggio importante proprio per tornare ad un punto centrale della mia relazione, riguardante il rapporto fra valori, ponderazioni e pluralismo. Passaggio importante perché questo indirizzo ("neoliberale") finisce per imputare in sostanza ai bilanciamenti ed alle ponderazioni una funzione di blocco dei processi spontanei di autoorganizzazione della società. Sarebbe stato forse necessario operare alcune distinzioni: così, ad esempio, la critica mi appare più problematica ove riferita al ruolo del giudiziario nel sistema statunitense, molto fortemente raccordato con la società e storicamente più capace di interpretare direttamente il pluralismo sociale, e certo diversamente fondata

ISSN 2279-7238

rispetto alle ponderazioni che si muovono nel quadro di un ordinamento di valori materiali. Il punto di partenza è che un'accentuata formalizzazione dei diritti, da un lato, e la circostanza che i diritti non facciano sistema, ma esprimano solo garanzie puntuali di sfere di libertà, riescano meglio a liberare le spinte verso la ricerca di un assetto spontaneo della società, in continua evoluzione, inquadrato entro la cornice della legalità formale. In breve, i congegni di neutralizzazione apprestati dalla concezione giuspositivistica delle libertà negative offrirebbe spazi maggiori alle risorse del decentramento e dell'indeterminatezza dei rapporti svolgentisi nella società. Ho espresso qualche perplessità su questa critica neoliberale delle ponderazioni (*von Hayek, Leoni*). Perché sono convinto che la condizione di frammentazione degli interessi e di iperpluralismo propria delle società complesse non produca solo azioni coordinate di *reti* di organizzazione sociale, ma tensioni, conflitti, marginalità sociale. E che una democrazia pluralistica non può rinunciare ad un tessuto istituzionale capace di farsi carico di una funzione di *Ausgleich*, correttiva dello spontaneismo sociale, come garanzia di *libertà eguale* , ma anche come condizione irrinunciabile di *inclusione* in un processo libero ed aperto, che costituisce certo davvero l'anima di una società libera. Questa appunto mi sembra, in conclusione, la risorsa fondamentale dei bilanciamenti e delle ponderazioni in un quadro di costituzioni pluridimensionali e pluriorientate, alle quali non sembrano attagliarsi soluzioni interpretative oppositive ed esclusive (*aut-aut*), ma piuttosto la ricerca di prudenti concordanze e di contemperamenti.

In definitiva, lo stato costituzionale non ha comportato il mero trasferimento della legalità sul piano più alto della supremazia gerarchica della costituzione, ma un mutamento qualitativo rispetto allo stato di legislazione. E, secondo alcuni indirizzi di pensiero, tale mutamento qualitativo costituirebbe la nuova frontiera del costituzionalismo negli ordinamenti di democrazia pluralistica, la quale recupererebbe la forte tensione etica espressa dall'ideologia del costituzionalismo moderno, tensione che l'assorbimento di essa nel giuspositivismo statualistico aveva invece progressivamente oscurato. . Il passaggio allo stato costituzionale, in definitiva, avrebbe comportato la riformulazione del costituzionalismo in una dimensione aggiornata alle istanze delle società pluralistiche, poiché essa pone l'accento sul *contenuto di valore* della costituzione e potenzia il ruolo della giurisprudenza nel far valere tali contenuti anche *contro* l'azione del legislativo e dell'esecutivo.Laddove, al contrario, un approccio di tipo *legalistico*, costruito sul paradigma dello *stato di legislazione* tende a porre l'accento sulla centralità del legislatore ed a ridurre gli spazi di una giurisprudenza chiamata a dare voce ai contenuti materiali della costituzione.

3. Lo stato costituzionale aperto o cooperativo

Concludo con alcune considerazioni sullo scenario di interdipendenze transnazionali che condiziona in misura crescente lo sviluppo dello stato costituzionale. Segnalo, anzitutto, la tematizzazione häberliana della categoria del *kooperativer Verfassungsstaat*, sulla quale mi soffermo perché più larga e, soprattutto, più decisamente orientata dall'approccio

ISSN 2279-7238

rechtvergleichend. Ne segnalo i tratti essenziali (che lasciano intravvedere nuove aperture della sua opera verso l'approdo ad una *universale Verfassungslehre*. Häberle muove dalla risalente proposta teorica di una teoria costituzionale fondata sul "pensiero possibilista" anziché sul "pensiero delle alternative" e rielabora la concezione del costituzionalismo come dottrina dei limiti del potere (di quello "statale" e di quello "sociale"), ma con alcune importanti integrazioni e sottolineature: I. l' *Abschied* da un *präkonsitutioneller Staatsbegriff* proprio della tradizione culturale tedesca (di pensare lo stato "prima" della costituzione); II. il costituzionalismo come *kulturelle Errungeschaft*, e come conquista di una dimensione umana considerata nella sua interezza, *als Ganzes* (che colloca, sullo sfondo, il rinvio al *Menschenbild*); III. L'incompatibilità con il costituzionalismo degli approcci decisionistici, fondati su polarizzazioni *Freund/Feind*, critica che non ritengo possa essere tacciata di un eccesso di irenismo, perché essa è, probabilmente,l'unica risposta possibile, guardando alla storia e guardando agli assetti delle società pluralistiche.

Prospettive come quella accennata segnalano una tendenza all"apertura cosmopolitica del costituzionalismo Gli studi häberliani sul *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* sono da intendersi come come *Vorstufe* di una *universale Verfassungslehre*. Deriva di qui la complessità di un approccio fondato non sul monismo tra costituzioni statali e diritto internazionale, ma sulla loro integrazione materiale: *Völkerrecht im Verfassungsstaat* e viceversa *Verfassungsstaat im Völkerrecht*. Il che vuol dire coesistenza di elementi di un "diritto internazionale costituzionale" (che richiama principi basilari del costituzionalismo), e di clausole di apertura del diritto costituzionale statale all'integrazione materiale con il diritto internazionale e sovranazionale

Molteplici sono i fattori che hanno contribuito allo sviluppo dello stato costituzionale cooperativo: la crescita della comunicazione (e della contaminazione) tra culture giuridiche molto distanti per contesti storici e di insediamento nelle società; la tendenza alla generalizzazione di un patrimonio comune soprattutto in materia di diritti umani; lo sviluppo di organizzazioni sovranazionali e di sistemi macroregionali di protezione dei diritti; la imponente accelerazione della mole e dei tempi dei processi migratori, degli scambi culturali e del commercio giuridico su scala transanazionale; la fuoriuscita dalla disponibilità esclusiva degli stati di vasti e rilevanti plessi di regolazione; la maggiore predisposizione degli operatori del diritto a misurarsi con un quadro normativo che trascende i diritti nazionali; il rilievo crescente della comparazione e della comunicazione tra culture giuridiche negli itinerari della formazione universitaria. Il quadro di trasformazioni, che da tutto ciò emerge, sollecita per un verso al ripensamento di categorie e di stilemi argomentativi radicati nell'esperienza storica dello stato nazionale "introverso", e peraltro non consente di indulgere a semplicistiche generalizzazioni universalistiche, quasi che il profilarsi di uno "spazio giuridico globale" ci abbia proiettati in un clima di "fine della storia", dinanzi al quale al giurista non resti altra scelta che quella di una ricognizione acritica dell'esistente. Si delinea al contrario uno scenario di trasformazioni che da un lato è ben lungi dall'aver trovato approdi ed equilibri definitivi, e dall'altro lascia intravvedere sullo

ISSN 2279-7238

sfondo conflitti, aporie, nodi problematici, anzitutto quelli che attengono al ruolo perdurante della statualità in un contesto pur profondamente mutato ed alla effettività delle costituzioni. Singolare destino, invero, quello che sembra aver accompagnato la parabola teorica dello "stato costituzionale" a partire dalla seconda metà XX secolo, parabola sviluppatasi dapprima lungo il filo conduttore della "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico" e del superamento dello "stato legislativo" nel costituzionalismo e costretta poi a misurarsi con le sfide, se non di un diritto costituzionale cosmpolitico, della internazionalizzazione del diritto costituzionale.

Lo sviluppo dello stato costituzionale cooperativo ha comportato lo spostamento del baricentro dal piano della sovranità degli stati su quello della "esperienza vivente" di un diritto che risulta da un complesso gioco di interferenze e di migrazioni tra ordinamenti, il quale si sviluppa su più livelli, statuali e sovrastatuali, e nel quale opera una molteplicità di attori, che comprende i legislatori, i governi, i giudici, ma anche l'opinione pubblica nelle sue svariate articolazioni. Un fenomeno di "integrazione" costituzionale, dunque, che corrisponde all'idea di una democrazia autenticamente "repubblicana", la quale si affida al libero confronto delle forze in campo sul modo di intendere i valori fondativi di un *Gemeinwohl* prima che su formali regole procedurali. Ed invero focalizzare le prestazioni pluralistiche di una <società aperta> solo sul terreno di una interpretazione aperta della costituzione e dell'allargamento del circolo ermeneutico non deve indurre nel fraintendimento che si pervenga in questo modo a sacrificare alle risorse di pluralismo della costituzione la legittimazione democratica del sistema, e che la moltiplicazione degli interpreti della costituzione finisca per rendere così vischioso il processo democratico da comprometterne la imputabilità ad un *demos*. Si ripropone qui, nei suoi termini essenziali, la controversia fra concezioni assolute e concezioni pluralistiche della democrazia, tra *Volksdemokratie* e *Buergerdemokratie*. A sottovalutarne il significato profondo si trascura di prendere atto che una democrazia pluralistica è "costituita" da varietà di voci e di espressioni, da istanze partecipative e contropoteri diffusi e da una comunicazione pubblica aperta alla legittimazione di molteplici attori. E per chi assuma questo angolo visuale, la "società aperta degli interpreti" si presenta essa stessa come fattore di democrazia e non necessariamente di sfaldamento della legittimazione democratica del sistema costituzionale a vantaggio di *élites* di interpreti in diversa misura ed a vario titolo qualificati, i quali assumerebbero, sebbene non legittimati, l'egemonia del processo democratico. La "porosità" di questo derivante dalla struttura pluralistica della società, in sintesi, non sembra essere di ostacolo alla imputabilità delle decisioni ad un *demos*, ma la condizione stessa della legittimazione democratica ascritta ad un *demos* inclusivo.

Quello dello "stato costituzionale cooperativo" si profila davvero come un laboratorio di ricerca privilegiato per lo studio degli assetti costituzionali delle società pluralistiche contemporanee, nelle quali imponenti fenomeni di migrazione e di comunicazione fra culture hanno messo in crisi la corrispondenza fra la comunità politica e le compatte fisionomie identitarie dello stato nazione. Il problema investe anzitutto la questione della

ISSN 2279-7238

sovranità e della sua "crisi". Ed invero è affermazione ricorrente che la sovranità degli stati non rivesta più i connotati di una assoluta supremazia, ma si misuri con gli spazi di gioco di frammenti di sovranità di altre istituzioni che concorrono con essa. Ne sarebbe derivato un <ordinamento pluralistico> nell'ambito del quale più istituzioni non completamente sovrane concorrono nell'esercizio di poteri ritenuti tipico attributo della sovranità. E sebbene tale ordinamento si collochi nel quadro dei <sistemi giuridici> degli stati, esso avrebbero dato vita ad un assetto profondamente inedito, che non costituisce <una dimensione subordinata dei diritti degli stati> né <un semplice sottosistema del diritto internazionale> (*Mc Cormick*) Ne risulterebbe un quadro di <incroci reciproci> di poteri <autonomi>, che contrassegnerebbe la transizione all'era della <post-sovranità>, nella quale il plusvalore derivante dalla imputazione di poteri sovrani ad un *demos* si sarebbe dissolto nella distribuzione di competenze fra stati e organizzazioni sopranazionali. (*Grimm*) Va precisato che questo approccio merita di essere percorso con cautela, in primo luogo perchè esso sembra delineare fino ad ora una linea di tendenza più che una trasformazione compiuta, ed inoltre perchè gli esiti che esso prefigura non sono privi di interrogativi problematici, i quali riguardano non soltanto il complesso rapporto fra "postsovranità" e democrazia, ma anche le ripercussioni sulla intensità e sulla effettività della tutela dei diritti. E peraltro il quadro che ho sinteticamente riassunto si riflette in modo paradigmatico sui sistemi di protezione di questi. La dilatazione di essa su scala sopranazionale sembra per un verso una conseguenza imposta da questo scenario di trasformazioni, in quanto gli orizzonti della sovranità statale non sarebbero più sufficienti, da soli, ad assicurare risposte a domande di libertà provenienti da società la cui complessità trascende i confini tradizionali delle comunità di appartenenza. Per altro verso, la dimensione transnazionale della protezione dei diritti può operare, in modo sussidiario, come un ammortizzatore delle tensioni e dei conflitti più radicati sul terreno identitario. Cosicché le "concordanze pratiche" fra "istituzioni", sorrette in via sussidiaria da clausole di salvaguardia del maggior livello di protezione, sono in definitiva non solo il portato fisiologico di assetti di tutela dei diritti per i quali la transnazionalità opera come moltiplicatore della complessità, ma un argine alla deriva (patologica) della conflittualità sociale nella autocomprensione dei diritti.

Ciò conduce ad un ulteriore ordine di riflessioni, il quale muove dalla constatazione che la internazionalizzazione del diritto costituzionale ha investito non soltanto la questione della sovranità, ma ha trasformato altresì il ruolo e la forza normativa delle costituzioni. Il processo di trasformazione che ha comportato il passaggio da un "sistema" impermeabile di soggetti investiti della pienezza della sovranità ad un quadro di istituzioni "porose", investite di frammenti di poteri sovrani, trova corrispondenza nella transizione dalla supremazia della costituzione verso un assetto di "costituzioni parziali" tra loro raccordate non sul piano di un ordine gerarchico precostituito, ma su quello della armonizzazione dei rispettivi livelli di contenuto. Inoltre, la crescita delle interdipendenze su scala globale, mentre deriva anche dalla tendenza alla generalizzazione di un patrimonio comune di diritti umani, ha sottoposto a tensioni inedite non solo il raccordo fra la cittadinanza e gli spazi

ISSN 2279-7238

dello stato nazione, ma anche il nesso fra il raggio di azione dei diritti e la dimensione della statualità: un nesso che ha caratterizzato l'itinerario storico dei diritti fondamentali, sia che esso venga considerato dall'angolo visuale della pienezza di un potere sovrano che ne circoscrive il limite esterno, sia che esso venga riguardato dall'angolo visuale di fini fondamentali assunti a guida del sistema dei diritti ma inglobati in modo esclusivo in un quadro costituzionale comunque riferito all'identità dello stato nazione. Questo quadro sembra essere invero mutato profondamente, per l'effetto congiunto del venir meno della premessa dell'assolutezza della sovranità statale, sulla quale era imperniata la tradizione dello *Staatsrecht*, e per il marcato condizionamento della supremazia della costituzione, autentico pilastro fondativo della dottrina costituzionale del Novecento, i cui contenuti manifestano una porosità crescente ai "contesti" all'interno dei quali essa "vive", i quali trascendono oramai i confini degli stati. Sotto questo profilo, se è vero che l'ordinamento europeo dei diritti è in larga misura il prodotto di itinerari giurisprudenziali costruito attraverso il "dialogo" fra giudici nazionali e corti europee, nel quale svolge un ruolo sempre più incisivo la comunicazione delle tecniche argomentative e segnatamente delle operazioni di bilanciamento, sarebbe una conclusione parziale arrestarsi a segnalare la formazione di una *koinè* dell'argomentazione delle corti in Europa, senza tentare di scavare nelle ragioni profonde di essa, perché "comuni" sono anzitutto le esigenze pluralistiche rispetto alle quali i bilanciamenti sono risultati funzionali. Ed invero se essi, in una prima fase della loro storia, furono funzionali al fine di articolare l'interpretazione costituzionale, adeguandola agli scenari di un pluralismo inserito nel contesto identitario tendenzialmente esclusivo della comunità statale, ora hanno trasferito questo ruolo coessenziale a dinamiche pluralistiche sul piano più ampio delle interdipendenze dello stato costituzionale aperto, nel quale essi servono ad indirizzare la ulteriore disarticolazione del tessuto della società nel mutato scenario della comunicazione transnazionale.

4. Il futuro dello stato costituzionale

A conclusione del quadro tracciato, può apparire che il costituzionalismo abbia riportato, agli inizi del XXI secolo, una vittoria schiacciante, e che si delinei oramai un patrimonio costituzionale comune su scala mondiale. Esso ha ispirato le *transizion*i che hanno accompagnato in Europa, in Asia, in Africa e nell'America centromeridionale, con caratteri, in frangenti storici e contesti sociali e culturali differenti, la fuoriuscita dalle esperienze dello stato socialista, della colonizzazione, dello stato autoritario. Da almeno tre decenni a questa parte si è assistito alla diffusione su larga scala di un fenomeno imponente di *constitution making*, che ha interessato dapprima paesi europei usciti dall'esperienza delle dittature (Portogallo, Grecia, Spagna), ma anche società caratterizzate da forti ritardi nei processi di secolarizzazione, di modernizzazione e di sviluppo. E peraltro non è difficile constatare che la circolazione dei modelli costituzionali ha subito un'espansione ed una intensificazione sconosciute nel passato. Essa ha investito sopratutto il terreno dei diritti umani, sul quale è stato favorito e guidato da una fitta rete di interdipendenze costituita da

ISSN 2279-7238

convenzioni internazionali e regionali, dando origine, non solo in Europa (nell'area latinoamericana, in quella africana, nel mondo islamico, ad es.), ad assetti *multilivello* di protezione dei diritti fondamentali . Ma ha interessato altresì il terreno delle garanzie costituzionali e quello del federalismo, un campo, questo, forse più di altri condizionato da differenti contesti geografici e culturali. Ciò non deve indurre a conclusioni enfatiche. Non va trascurato che, nonostante la crescita delle interdipendenze che caratterizza la realtà odierna dello stato costituzionale, permangono conflitti, tensioni, situazioni di marginalità anche in aree geografiche che da ciò possono sembrare immuni. Così come è evidentemente illusorio ritenere che basti la diffusione su larga scala della giustizia costituzionale a dischiudere nuove frontiere al costituzionalismo. Assumendo una prospettiva comparatistica ampia, appare evidente che non tutte le costituzioni posseggono eguale forza normativa, eguale raggio di regolazione e di effettivo valore. Tutto ciò, così come in definitiva la supremazia di una costituzione, dipende da fattori extracostituzionali, quali quelli che derivano dai *contesti* storico-culturali, e precisamente dalla cultura politica, da prassi politiche e sociali consolidate, dai caratteri del tessuto sociale, dalle strutture economiche, da tradizioni culturali e religiose radicate.

Ciò non toglie che la costituzione continui a giocare un ruolo decisivo nel processo di integrazione di una comunità politica, in quanto essa rappresenta un fattore importante di cristallizzazione del processo attraverso cui un gruppo sociale si riconosce in una propria identità politica e culturale. Occorre aggiungere inoltre che le costituzioni definiscono lo spazio comunicativo e deliberativo di una comunità politica, non solo nel senso di fissare le regole (procedimentali) di questo spazio, ma più ancora perché, racchiudendo valori costitutivi di un gruppo sociale, alimentano fori di discussione, attraverso i quali esse soggiacciono costantemente ad un processo di *attualizzazione*, che è critico e riflessivo ad un tempo, da parte della società. Il rilievo della costituzione come fattore di un processo dinamico di integrazione del gruppo sociale è da alcuni decenni al centro del dibattito scientifico. Ma esso si è arricchito di profili di pregnante attualità. E' significativo che la discussione su temi scottanti delle società plurali contemporanee (dalla bioetica al contrasto dei fondamentalismi all'uso dei simboli identitari all'insegnamento religioso) chiami insistentemente in causa i contenuti di principio delle costituzioni. La costituzione è divenuta, in breve, il terreno sul quale i conflitti, ineliminabili dalle società pluralistiche vengono discussi, canalizzati, risolti o per lo meno divengono oggetto di decisioni operanti *medio tempore*. La centralità, che ciò ha comportato, dell'*interpretazione* della costituzione, e la crescita corrispondente degli strumenti della giustizia costituzionale, sebbene non prive di conseguenze problematiche sul versante della legittimazione democratica, non trovano più la loro giustificazione in un'astratta e formalistica costruzione piramidale e gerarchica dell'ordinamento, ma in una trasformazione profonda del ruolo e del contenuto delle costituzioni. Né appare risolutiva l'obiezione che, a conclusione di questo itinerario, l'efficacia normativa delle costituzioni si risolva per intero nella loro interpretazione da parte dei giudici costituzionali. Non va trascurato che, come dimostrano sia le esperienze più

ISSN 2279-7238

strutturate (negli Usa e in Germania, ad es.) che quelle più giovani, le decisioni delle corti costituzionali non maturano in un contesto autoreferenziale o separato dal pluralismo, ma rientrano in un *processo pubblico*, nell'ambito del quale esse si misurano con interlocutori istituzionali e sociali (la <società aperta degli interpreti della costituzione>) e sono condizionate da altre istituzioni politiche così come dal livello del consenso sociale sui contenuti della costituzione. La supremazia della costituzione garantita dal controllo di costituzionalità si è sviluppata nel quadro della tendenza alla razionalizzazione normativa dei processi di decisione pubblica nelle democrazie. Ma quanto più la costituzione si pone al centro della cultura politica di un gruppo sociale, tanto più assume rilievo il ruolo di interpretazione affidato alle corti costituzionali. Esso si svolge peraltro all'interno di un circuito, del quale il legislatore, le corti costituzionali, i giudici comuni e l'opinione pubblica sono attori dinamici, e nel quale si svolge dialetticamente il confronto fra la costituzione "praticata" nella sua quotidiana applicazione e le aspettative che in essa la società ripone.

La capacità di unificazione politica delle costituzioni nelle società pluralistiche incontra peraltro limiti penetranti. Sono, anzitutto, quelli che discendono dal passaggio dallo stato liberale di diritto allo stato sociale, una trasformazione che ha investito in pieno la capacità di *regolazione* del diritto costituzionale. L'impegno crescente dello stato in compiti di indirizzo, di pianificazione, di prevenzione e di prestazione ha trovato corrispondenza nell'accentuazione della funzione assiologica delle norme costituzionali. Ciò ha comportato l'espansione del raggio di azione dei principi costituzionali, i quali posseggono virtualità di orientamento in tutti gli ambiti della società, ma allo stesso tempo l'articolazione e la graduazione della "qualità" prescrittiva delle norme costituzionali. Occorre aggiungere che l'impegno dei poteri pubblici in compiti di prestazione e di benessere è condizionato dalla disponibilità di mezzi finanziari adeguati al raggiungimento degli obiettivi, e dunque da fattori sostanzialmente extragiuridici.

Infine, gli scenari di una società globalizzata hanno prodotto, da un lato, la dilatazione su larga scala dei processi di costituzionalizzazione, che tendono ad oltrepassare i confini degli stati nazione, e la formazione di un patrimonio costituzionale comune costituitosi attraverso fenomeni di recezione, di comunicazione e di integrazione fra culture costituzionali. Tali scenari lasciano peraltro intravvedere l'insufficienza di un <futuro della costituzione> interamente racchiuso nella tradizionale dimensione territoriale dello stato nazione. Ciò perché la capacità di intervento, di decisione e di orientamento degli stati soggiace in misura crescente a condizionamenti derivanti dai poteri economici privati operanti su scala globale, dallo sviluppo tecnologico, dalle interdipendenze internazionali. Ed il legame consolidato della costituzione con lo scenario dello stato nazionale viene sottoposto a tensioni inedite. Nuove tecnologie determinano trasformazioni irreversibili delle condizioni di vita, che impegnano il destino delle generazioni future e sfuggono alla capacità di orientamento dei principi costituzionali. Intrecci ed interdipendenze di natura politica ed economica hanno ristretto lo spazio di gioco dei poteri di regolazione statali, anche di quelli che si collocano al livello più alto della gerarchia interna delle fonti, e hanno

ISSN 2279-7238

trasferito ad organizzazioni internazionali e sopranazionali poteri di decisione e segmenti di sovranità. La globalizzazione dei mercati, la crescita degli scambi transnazionali nei campi dell'economia e delle tecnologie, il fenomeno dell'espansione del mercato interno aldilà delle barriere degli stati ed i processi di integrazione economica e monetaria creano anch'essi spazi di decisione che oltrepassano le barriere costituite dai principi del processo politico fissati dalle costituzioni nazionali. La divaricazione fra accresciute opportunità di comunicazione su scala planetaria e ispessimento di legature identitarie contrae gli spazi della funzione di integrazione delle costituzioni nazionali. Infine la mobilità delle popolazioni e l'apertura dei confini degli stati a estesi movimenti migratori, che gli stati medesimi riescono a stento a controllare e ad incanalare, hanno posto sfide imponenti all'impianto tradizionale delle garanzie e della titolarità dei diritti costituzionali.

Lo stato costituzionale "aperto" o "cooperativo" sembra trovarsi oggi dinanzi ad un'alternativa, che è decisiva per il futuro delle costituzioni. Queste debbono presidiare spazi di decisione e di orientamento riconducibili ad un nucleo indefettibile di sovranità territoriale degli stati, come condizione per non andare incontro ad una perdita di legittimazione. Ma allo stesso tempo esse debbono dare copertura al trasferimento di segmenti di sovranità a sedi di decisione non statuali o sopranazionali, come condizione per soddisfare la domanda di assetti politici adeguati alla nuova realtà di vincoli ed interdipendenze. Se si ha presente che la storia del costituzionalismo si è sviluppata sullo sfondo dello scenario dello stato nazionale e che essa è stata percorsa dalla tensione fra costituzione e sovranità, si delinea per il <futuro della costituzione> una vera e propria sfida. Non soltanto perché alle costituzioni si chiede di inquadrare dismissioni di sovranità per poter riuscire a preservare spazi indefettibili di statualità. Ma anche perchè esse possono conservare la funzione di strumenti essenziali di limitazione del potere, che percorre come un filo rosso la storia del costituzionalismo, solo a condizione che i processi di costituzionalizzazione trascendano oramai i confini degli stati. Sembra essere questa la scommessa per poter sostenere il confronto con gli imponenti blocchi di potere transnazionali dinanzi ai quali le costituzioni nazionali sono sempre più indifese.

ISSN 2279-7238

La Constitution a-t-elle un avenir?*

di Dominique Rousseau**

SOMMARIO: 1. La Constitution, instrument de la construction du citoyen – 2. La constitution, code d'accès à la démocratie - 3. La constitution, expression du droit commun des peuples

Le constitutionnalisme ne peut avoir un avenir que si la constitution a un avenir, que si elle n'est pas devenue obsolète, que si elle n'est pas une survivance des temps anciens.

Le propos ici soutenu est que, dans le contexte actuel, le constitutionnalisme qui vient est ou sera une réponse à la montée généralisée des populismes. Pour trois raisons : parce qu'il fera de la constitution l'instrument de construction des citoyens (1) ; parce qu'il fera de la constitution le code d'accès à la démocratie (2) ; et parce qu'il fera de la constitution, le droit commun des peuples (3).

1. La Constitution, instrument de la construction du citoyen.

A. La performativité civique de la constitution

Pour décaler la célèbre proposition de Simone de Beauvoir, « on ne nait pas citoyen, on le devient ». Et on le devient par le geste constituant. Dans la « réalité », les hommes sont pris dans leurs déterminations sociales – sexe, âge, profession, religion, revenus,… - ils sont pris dans leur être social situé, ce qui fait nécessairement apparaître les différences entre les hommes, les inégalités de fait dans la répartition du capital économique, culturel, symbolique,… Si les sociétés en restaient à ce moment-là, elles produiraient une représentation d'elles-mêmes où l'inégalité des conditions aurait la place centrale en ce qu'elle fonderait et le principe de regroupement des hommes et le fondement légitime des règles. Spontanément ou non, les hommes s'assembleraient en communautés dont le contours serait déterminé par leur situation sociale et qui, pour se protéger, pour se distinguer ou pour s'affirmer revendiqueraient l'énoncé de règles de droit spécifiques. Autrement dit, ce moment-là est celui du communautarisme où chaque groupe social défend son identité singulière parce que manque la scène où peut se penser l'égalité politique.

La constitution est, précisément, cette scène symbolique qui offre aux hommes la possibilité de « sortir » de leurs déterminations sociales, de ne plus se voir dans leurs différences sociales mais de se représenter comme des êtres de droit égaux entre eux. Le moment « Constitution » est ainsi, dans la construction d'une société, le moment qui permet

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018

** Professeur à Paris 1 Panthéon Sorbonne. Directeur de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne

ISSN 2279-7238

aux hommes de sortir du communautarisme « naturel » et de se percevoir dans une relation politique d'égalité. La force propre du droit, écrivait Pierre Bourdieu, est d'instituer, c'est-à-dire, de faire exister, de donner vie à ce qu'il nomme. Ainsi en est-il de la constitution qui nomme et en les nommant constitue – au sens premier du terme – le peuple. Là encore, le propos peut surprendre car il rompt avec le discours convenu. « Une constitution est le génie d'un peuple », « une constitution est l'acte par lequel un peuple exprime sa souveraineté », ces formules et quelques autres semblables offrent une représentation chronologique des rapports entre peuple et constitution : d'abord le peuple, ensuite la constitution. Ou encore, l'existence du peuple comme condition préalable de la constitution, comme cause de la constitution. Siéyès a consacré des pages célèbres de son « Qu'est-ce que le Tiers-Etat ? » à étudier « ce que l'on doit entendre par constitution politique d'une société et à remarquer ses justes rapports avec la nation elle-même ». Et, par de fortes sentences – « s'il lui (la nation) avait fallu attendre, pour devenir nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout » - il trace un enchaînement logique des choses où, « dans une première époque », la nation est, formée par le seul droit naturel, où, « dans une deuxième époque », la constitution nait de la volonté de la nation d'organiser « sa manière d'être », et où, « dans une troisième époque », les représentants exercent, par le vote des lois et dans le cadre de la constitution, la volonté de la Nation. « Si l'on sort de cette suite d'idées simples, écrit Siéyès, on ne peut tomber que d'absurdités en absurdités ».

Reconnaissant en Siéyès le père de la théorie du peuple sujet du pouvoir constituant, Carl Schmitt, dans son ouvrage « La théorie de la constitution », réactualise et renforces les idées de l'abbé en considérant que si le peuple est le sujet du pouvoir constituant et si la constitution est l'acte du peuple capable d'agir politiquement, « il faut que le peuple soit existant et présupposé comme unité politique ». La notion de « peuple » n'est sans doute pas la même chez Siéyès et chez Schmitt ; elle est renvoyée à une origine et une homogénéité ethnique chez le second, au droit naturel chez le premier. Mais, les deux discours expriment cette même idée du peuple, quelle que soit son identité, au-dessus et avant la constitution. Il faut convenir que cette représentation savante des rapports entre peuple et constitution a l'immense mérite de «faire vrai» en faisant spontanément écho au langage ordinaire qui présente généralement le peuple comme l'auteur de la constitution. L'efficacité des deux discours, savant et ordinaire, produit ainsi une vérité d'évidence, de bon sens, une « illusion bien fondée » selon la formule de Durkheim, qui renforce le système et qu'il parait évidement absurde de discuter a déjà prévenu Siéyès.

Et pourtant, il n'est pas interdit de déconstruire cette représentation et de soutenir que le « génie de la constitution c'est le peuple » ou, plus exactement encore, que « le génie du processus constituant c'est le peuple ». Le peuple, en effet, n'est ni une donnée immédiate de la conscience, ni une donnée naturelle ; il n'est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le peuple est une création artificielle, très précisément il est créé par le droit et plus précisément encore par la constitution. Il faut

ISSN 2279-7238

relire Ciceron qui, dans La République, distingue et oppose la foule (multitudo), réunion sans forme d'individus, et le peuple (populus) qui, écrit-il, « ne se constitue que si sa cohésion est maintenue par un accord sur le droit »[937]. Le peuple n'est pas seulement une association d'individus, il est une association *politique* et c'est le génie d'une constitution de transformer une association primaire d'individus en association politique de citoyens. L'histoire de la formation des peuples est, en effet, celle d'un processus continu et souvent conflictuel d'intégration d'individus, de groupes, de communautés au départ étrangers les uns aux autres et qui, par l'action du droit et des institutions que la constitution établit, vont se trouver liés par des questions communes à débattre et à résoudre, par des règles communes, par des services communs qui, à leur tour, vont développer un sentiment de solidarité qui constitue le peuple politique.

Cette représentation constitutionnelle du peuple est parfois comprise comme une crainte voire, pour reprendre le titre de l'ouvrage de Jacques Rancière, une haine de la démocratie en ce qu'elle dénierait toute place au « peuple de tout le monde et de n'importe qui »[938]. Dans l'histoire et dans les philosophies politiques, cette compréhension a-juridique sinon anti-juridique du peuple n'a pourtant jamais ouvert les chemins de la démocratie. Car si le peuple ne se construit pas par « un accord sur le droit » comme le dit Cicéron, sur quel lien symbolique va-t-il se constituer ? Par un accord sur le sang ? Par un accord sur la race ? Par un accord sur la religion – le peuple juif, le peuple musulman, le peuple chrétien, … ? Par un accord sur la personne du chef-incarnation-du-peuple. La critique de la représentation chez Schmitt[939], par exemple, débouche sur une « démocratie » où le peuple, pour exister, doit être absorbé dans la personne du Chef. L'identité du peuple se fabrique par la fusion-disparition du peuple dans le corps du Prince qui *est* le Peuple.

B. La double identité constitutionnelle du citoyen

Au contraire, la fabrication constitutionnelle du peuple implique une double figure du peuple, celle du peuple-corps-politique et celle du peuple-tout-un-chacun, différence où se joue précisément la possibilité d'une relation démocratique par la nécessité d'un mode d'élaboration délibératif de la volonté générale : dès lors qu'elle n'est pas dans le corps du Prince-peuple, elle doit se construire par un échange entre les « deux peuples »[940], c'est-à-dire, par du politique. La constitution, en effet, ne produit pas seulement le peuple comme « concept juridique » ; elle produit aussi le peuple comme personnes physiques concrètes. La Déclaration de 1789 ne s'adresse pas à une abstraction ou au corps social mais « aux membres du corps social ». Les droits déclarés le sont pour « chaque homme », « tous les citoyens », « les membres de la société » : « l'exercice des droits naturels de *chaque homme*, pose l'article 4, n'a de bornes que celles qui assurent aux *autres membres de la Société* la

[937] Ciceron, La République, Gallimard, p.45.
[938] Jacques Rancière, La haine de la démocratie, La Fabrique, 2005.
[939] Voir par ex., Carl Schmitt, Parlementarisme et démocratie, Seuil, 1988 ; Théorie de la constitution, PUF, 1993.
[940] Qu'il soit permis de renvoyer à mon séminaire « Constitution et démocratie » dans le cadre du cours de Pierre Rosanvallon, Collège de France, avril 2008.

ISSN 2279-7238

jouissance de ces mêmes droits » ; « *tous les citoyens* ont le droit de concourir *personnellement* ou par leurs représentants » à la formation de la loi, affirme l'article 6 qui poursuit en affirmant que « tous les citoyens » sont égaux aux yeux de la loi ; « *nul homme* ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi » - article 7 – et « *nul* ne doit être inquiété pour ses opinions » - article 10 ; « *tout citoyen*, dit encore l'article 11, peut donc parler, écrire et imprimer librement ». En termes clairs, le peuple que la Déclaration met sur la scène politique est « tout un chacun » ; c'est à « tout un chacun » que la Déclaration donne des droits – concourir à la formation de la loi, parler et écrire librement, … - et c'est par ces droits que « tout un chacun » devient citoyen. Et les déclarations de droits ultérieures renforcent cette logique politique « individuelle » en connectant « tout un chacun » avec sa réalité vécue, avec son environnement social, avec sa singularité. Le préambule de 1946 donne à la *femme* des droits égaux à ceux de l'homme – alinéa 3 -, au *travailleur* le droit de participer à la gestion de son entreprise – alinéa 8 -, à l'*enfant*, la *mère* et les *vieux travailleurs* le droit à la protection de la santé – alinéa 11 –, à l'*enfant* et à l'*adulte* le droit à l'instruction et à la culture – alinéa 13. Ici, ce n'est pas l'individu abstrait que construit la constitution mais l'individu concret, pris dans sa situation sexuelle, professionnelle, générationnelle,… Continuant cette logique, la charte de l'environnement de 2004 prend l'individu dans son milieu naturel : « *chacun* a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » - article 1er -, « *toute personne* a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » - article 2 -, « *toute personne* a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » - article 7.

Le peuple se construit et se définit donc par les droits que la constitution énonce au profit des êtres physiques concrets. Et ce mode de construction fait que le peuple n'est jamais clos sur lui-même, fondé une fois pour toutes et définitivement ; il reste toujours ouvert, il est un peuple continu en ce que la « liste » des droits qui le constituent s'allonge et se modifie sans cesse. Contrairement à une idée reçue, la constitution n'est pas un texte mort, arrêté au moment où il a été rédigé ; elle est un acte vivant, un espace ouvert à la création continue de droits[941].

2. La constitution, code d'accès à la démocratie

A. Les droits constitutionnels, droits de rapports

Dans certains milieux intellectuels et politiques, de droite mais aussi de gauche, il est très tendance de critiquer les droits constitutionnels. Il serait la cause de tous les maux : l'économie de marché qu'il légitimerait, la dissolution des liens sociaux qu'il provoquerait, l'individualisme qu'il sacraliserait, la déchéance de nationalité qu'il empêcherait, l'état

[941] Qu'il soit permis de renvoyer à Dominique Rousseau, Une résurrection, la notion de constitution, RDP, 1990, p.5.

ISSN 2279-7238

d'urgence qu'il condamnerait, … Et partout en Europe, les gouvernements s'en prennent au droit et à ceux qui le portent, les magistrats. La Pologne réduit la compétence des juges constitutionnels, la Hongrie remet en cause le principe d'indépendance de la Justice, le Royaume-Uni manifeste sa volonté de ne pas appliquer les décisions de la Cour de Strasbourg et la France adopte des lois qui marginalisent sans cesse l'autorité judiciaire. « Le droit, le droit, le droit ! Si le politique veut, le droit ne doit-il pas s'incliner ! Le droit n'est-il pas là pour fournir au politique les moyens d'accomplir sa volonté ! » Certains le pensent. Malheureusement. Car le droit, et en particulier la constitution est, disait Benjamin Constant, « la garantie de la liberté d'un peuple ». Quand des hommes s'assemblent, cette réunion produit toujours la nécessité de règles qui fondent leur vie commune et organisent leurs rapports ; qui, pour reprendre l'article 2 de la Déclaration de 1789, les constituent en « association politique ». Et, dans les sociétés contemporaines, sauf à faire revivre Dieu, la Nature ou toute autre figure de la transcendance, le droit est le seul médium laïc où enraciner les règles d'intégration sociale, où fonder la démocratie.

Il n'est pas de société sans règles. Et, pour reprendre la problématique de Marcel Gauchet, quand ces sociétés sortent de la religion et, plus généralement, de toute forme de transcendance où enraciner les règles d'intégration politique, le seul médium laïc qui reste pour « faire société », pour assurer le maintien, la maîtrise et le destin du collectif, c'est-à-dire, du politique et de l'histoire, c'est le droit. Dans les sociétés post-métaphysiques, sans droit pas de politique et pas d'histoire. Seulement le vide et l'anomie. Les droits de l'homme n'étouffent ni la politique ni l'histoire. Ils ouvrent, au contraire sur du politique car ils mettent les hommes en relation les uns avec les autres – liberté d'aller et venir, liberté d'expression, … - pour construire les règles et ils ouvrent sur l'histoire car ils sont toujours devant nous, à découvrir et à réaliser : l'égalité proclamée en 1789, le logement proclamé en 1946, l'environnement sain proclamé en 2004 restent toujours des droits à-venir et non des droits finis sous prétexte qu'ils auraient été proclamés en 1789, 1946 et 2004.

Les droits constitutionnels ne sont pas des libertés « fermées » mais des « libertés de rapport », selon l'expression de Claude Lefort[942]. Lorsque l'article 6 de la Déclaration de 1789 reconnait aux citoyens le droit de concourir à la formation de la loi, il invite les citoyens à entrer en relation les uns avec les autres pour définir la volonté générale ; lorsque l'article 4 définit la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, il invite les individus à prendre en considération l'existence et les droits de l'autre ; lorsque l'article 11 proclame la liberté de communication des pensées et des opinions, il invite moins l'individu à se replier sur lui-même qu'à s'ouvrir aux autres, à se mettre en rapport avec les autres hommes. En d'autres termes, la Déclaration de 1789 fait éclater le système fermé des ordres de l'Ancien Régime et lui substitue un système ouvert. Ce qu'inaugurent les droits de l'homme n'est pas la constitution d'un espace privé dans lequel serait enfermé et s'enfermerait chaque individu mais la création d'un espace public dans lequel le corps et les

[942] Claude Lefort, Droits de l'homme et Politique, in Libre 7, Payot, 1980.

ISSN 2279-7238

idées de chaque homme pouvant circuler librement se confrontent nécessairement aux corps et aux idées des autres.

La distinction démocratique est précisément dans cette interrogation continue sur les droits de l'homme. Les régimes totalitaires comme les régimes démocratiques « fonctionnent » sans doute au droit ; mais, alors que les premiers refusent, par principe, toute discussion sur le droit dont ils s'affirment seuls détenteurs légitimes, les seconds acceptent, par principe, la légitimité du débat sur les droits. La spécificité de la démocratie est de laisser la question des droits toujours ouverte puisque sa logique est de ne reconnaitre aucun pouvoir, aucune autorité dont la légitimité ne puisse être discutée ; et, au centre de cette discussion, constamment, l'interrogation sur les revendications qui peuvent être qualifiées ou non de droits de l'Homme.

« Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, écrit Camus, la révolte joue le même rôle que le cogito dans l'ordre de la pensée : elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lien commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes »[943]. Les droits de l'Homme sont tous issus de la révolte et, en ce sens, ils portent le souci de tous les hommes, ils sont le lieu commun de tous les hommes, ils signent la solidarité de tous les hommes. Et ils sont la part sans laquelle l'individu démocratique ne peut être et donc ne pourrait être la démocratie continue. **Les droits de l'Homme sont donc le code de la démocratie continue**.

Il est sans doute difficile de penser ou concevoir que l'institutionnalisation des droits constitutionnels, que la reconnaissance dans une constitution des droits de l'homme soit une nécessité politique de la démocratie. Difficile à penser car institution et démocratie forment une alliance de mots a priori contradictoires. Institution fait signe vers cadre, ordre, contrainte, immobilisme ; démocratie vers débordement, désordre, liberté, mouvement. Une institution ne peut être que « totalitaire » - la famille, l'armée, la prison, … - et par conséquent la démocratie ne peut être que « anti-institutionnelle ». « Calle » ou « Instituciones », la rue ou les institutions, ce dilemme fut au centre du Congrès de Podemos de février 2017 et de l'opposition entre Inigo Errejon défendant le combat politique au sein du Parlement et Pablo Iglesias privilégiant les mouvements sociaux. Derrière sans doute le conflit des égos, la discussion est sérieuse. Aucune société, en effet, ne peut exister sans institutions. Elles sont les charpentes qui font tenir debout les sociétés ; sans elles, elles s'effondrent. La société, référent de la démocratie continue, est, pour parler comme Bergson, un jaillissement continu de vie et d'énergie, un flux continu d'actes multiples et désordonnés. Laissés à eux-mêmes ce jaillissement d'énergies retombe et ce flux désordonné engendre le chaos. D'où l'importance pour maintenir ces énergies, pour empêcher qu'elles retombent ou qu'elles s'auto-détruisent des institutions qui sont les instruments permettant à ces flux de vie de continuer à vivre en harmonie. En d'autres termes, les institutions viennent « du bas ». Elles apparaissent lorsque l'expérience des activités humaines sur d'autres hommes et/ou sur l'environnement conduit les hommes à

[943] Albert Camus, L'Homme révolté, La Pléiade, 2008, p. 79.

ISSN 2279-7238

soumettre leurs activités à des règles et donc à imaginer les espaces et lieux de leur formation et de leur réalisation. Les institutions ne sont donc pas figées ni ne dépendent de principes a priori ; leur nombre, leurs fonctions, leurs formes, leurs finalités sont simplement le fruit de l'expérience, c'est-à-dire, de l'identification par le débat public de l'intérêt commun d'une activité humaine et de la nécessité de la réglementer ; en conséquence, elles évoluent, changent, disparaissent ou apparaissent en fonction de la capacité des hommes à identifier une activité humaine comme étant d'intérêt commun. Le maintien ou non d'une institution écrit John Dewey « est quelque chose qui doit être déterminée de manière critique et expérimentale »[944]. C'est pourquoi, le lanceur d'alerte civique doit bénéficier d'une protection constitutionnelle car il est celui qui, par sa critique publique, met les institutions sous la surveillance continue des citoyens et les oblige à se réformer.

Attaquer le droit c'est attaquer la démocratie. Ce n'est pas le suffrage universel, ni les sondages, ni le référendum qui « agacent » les politiques. C'est le Droit. Et les juges. Dans son ouvrage, « L'invention du droit dans l'Occident », Aldo Schiavone montre avec justesse qu'à Rome le droit a été inventé en se séparant progressivement de la morale et de la religion, qu'il s'est inventé comme objet autonome par rapport à la religion, au politique et à la morale grâce aux magistrats. C'est lorsqu'il y a eu un corps de juristes qui a pensé les problèmes de la société en termes juridiques et non plus en terme moral, religieux ou politique que le droit est né, par la constitution d'un corps de magistrats comme producteurs du droit. Entre le droit et la démocratie, il y a donc un lien nécessaire.

B. Les droits constitutionnels, droits de l'écart démocratique

Le principe de représentation est généralement pensé sur le mode de la fusion des représentés dans le corps des représentants. Mais, grâce aux droits constitutionnels, il peut aussi se penser sur le mode l'écart. La représentation met en scène deux corps, celui des représentés et celui des représentants, chacun jouissant d'un espace et de prérogatives propres. Au moment où elle met en place le principe de représentation, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 reconnait l'existence du corps des citoyens et son impossible absorption par et dans le corps des représentants et la nécessité pour le premier de bénéficier d'une autonomie. Ainsi, le premier acte des représentants du peuple français est de reconnaitre que tous les membres du corps social possèdent des droits naturels, inaliénables et sacrés dont l'exposé préalable et public, dans une déclaration solennelle, a pour fonction explicite de constituer une limite à leur action. Le corps des citoyens est posé comme existant indépendamment du corps des représentants et défini par un ensemble de droits ; et, parmi eux, la libre communication des pensées et des opinions qualifiée de « droit le plus précieux de l'homme ». En reconnaissant dans l'article 11 de la Déclaration du 26 août 1789 que tout citoyen peut parler, écrire et imprimer librement, les représentants admettent bien que les citoyens peuvent s'exprimer non pas par eux comme le dit Siéyès mais en dehors d'eux, voire contre eux.

[944] John Dewey, Le Public et ses problèmes, Léo Scheer, 2003, p. 103.

ISSN 2279-7238

Aux représentants, la tâche de statuer avec l'aménagement d'un espace et de prérogatives dédiés ; aux représentés, la tâche de réclamer, de contrôler. Voilà cette division des tâches que la représentation met en action dès les premiers mots de la Déclaration de 1789 : « Les Représentants du peuple français ont résolus d'exposer les droits naturels de l'Homme afin *que les actes du pouvoir exécutif et ceux du pouvoir législatif, pouvant être à chaque instant comparés* avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les *réclamations des citoyens*, fondés désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous».

Le principe de représentation pose clairement l'écart entre le corps des citoyens et celui des représentants et ne cherche nullement à cacher, masquer ou nier cet écart. Le problème politique est que les révolutionnaires n'ont pas su ou pu construire l'espace et les moyens permettant aux citoyens d'accomplir leur tâche et ainsi de maintenir l'écart. Condorcet et Hérault de Séchelles ont sans doute proposé et défendu en 1793 un projet de constitution qui prévoit au profit des citoyens « un moyen légal de réclamer »[945]. A côté du Corps législatif, ils instaurent une institution de contrôle de la représentation qu'il dénomme « jury national » - que certains députés renommeront…Conseil constitutionnel ! – et qui a pour fonction de censurer les actes des représentants aux droits reconnus aux citoyens. Mais ce projet sera repoussé par les Montagnards affirmant avec Robespierre qu'il est nul besoin de donner au peuple un moyen légal de réclamer contre les lois oppressives puisqu'il dispose d'un droit naturel à l'insurrection contre les tyrannies : « assujettir à des formes légales la résistance à l'oppression est le dernier raffinement de la tyrannie » déclare ainsi Robespierre[946].

Il faudra attendre la constitution de 1958 qui crée le Conseil constitutionnel et plus encore la décision de 1971 qui intègre les Déclarations des droits parmi les normes de référence du contrôle des lois, la révision de 1974 qui donne à soixante députés ou sénateurs le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel et surtout la reconnaissance en 2008 du droit pour tout justiciable de contester la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée pour que soit institutionnalisé ce « moyen légal de réclamer » que souhaitait Condorcet. Et que s'ouvre ainsi, difficilement tant la représentation-fusion est dans les têtes, la compréhension de la représentation comme écart. Cette compréhension est, en effet, la conséquence nécessaire du contrôle de constitutionnalité. Dans chaque décision du Conseil constitutionnel, se joue la même scène : les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la constitution. Ce qui implique non seulement la reconnaissance de deux espaces distincts porteurs de deux volontés normatives potentiellement contradictoires – celle de la loi et celle de la constitution - mais encore l'irréductibilité de ces deux espaces, l'impossibilité de leur fusion. Avant ou sans l'existence et le développement d'un contrôle de constitutionnalité, l'activité

[945] Rapport de Condorcet, 15 février 1793, A.P., t. LVIII, p.583 ; proposition Hérault de Séchelles, 24 juin 1793, A.P., t. LXVII, p.139.
[946] A.P., t. LXIII, p.199.

ISSN 2279-7238

législative des représentants est directement imputée à la volonté du peuple sans que celui-ci puisse réclamer puisque, par définition, il n'existe pas de manière séparée et indépendante, il ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par les représentants. Avec le contrôle de constitutionnalité, les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté du peuple mais la fusion des deux volontés n'est plus mécanique : par l'espace des droits fondamentaux qu'il construit et qui dessine l'espace de la représentation autonome du corps des citoyens, le juge constitutionnel est toujours en position de montrer – « au vu de la constitution, est-il écrit dans les visas de chaque décision – et, le cas échéant, de sanctionner l'écart entre les exigences constitutionnelles et leurs traductions législatives par les représentants. En « montrant » ainsi que les deux espaces peuvent ne pas coïncider et que, dans l'hypothèse d'un conflit, celui des citoyens l'emporte sur celui des représentants, le juge constitutionnel interdit aux représentants de prétendre qu'ils sont le souverain et dévoile leur position de simples délégués pouvant toujours être rappelés au respect des droits des citoyens.

D'une certaine manière, le Conseil constitutionnel met la représentation en représentation ou, plus exactement, il déconstruit le système de justifications en dévoilant l'illusion que constitue l'identification du peuple à ses représentants. Il montre l'écart que constitue en pratique la représentation et il empêche que cet écart soit dénié ; il le maintient, le fait voir et le fait vivre en comparant les actes du pouvoir aux droits des citoyens.

Contrairement à une présentation encore prisonnière de l'idée de représentation-fusion, le contrôle de constitutionnalité n'est pas l'introduction d'un élément « libéral » ou « aristocratique » dans la démocratie. Il est l'élément qui accomplit le projet de la représentation démocratique en instituant un système politique reposant sur deux structures, l'institution qui permet aux représentants de voter la loi – le Parlement – et l'institution qui permet aux citoyens de réclamer contre la loi sur le fondement de la constitution – la juridiction constitutionnelle. La qualité démocratique du système dépend alors de l'organisation de ces deux espaces institutionnels et de leur articulation[947].

3. La constitution, expression du droit commun des peuples

A. La société, objet de la constitution

Traditionnellement, il est admis que l'objet de la constitution est l'Etat. Or, non, l'objet de la constitution c'est la société. Le contentieux constitutionnel révèle la constitution comme acte de la société. Ce glissement est également la conséquence logique du contrôle de constitutionnalité. Parce que le juge constitutionnel est saisi de lois relatives à la famille (le Pacs), au travailleur (les 35 heures), au consommateur (le conseil de la concurrence), au malade (Sécurité sociale), aux étudiants (Université), au téléspectateur (concentration des entreprises de presse), à l'administré, il est, en effet, nécessairement conduit à poser ce que

[947] D'où l'importance, en France, d'une réforme profonde du Conseil constitutionnel, voir infra., p. ?

ISSN 2279-7238

le doyen Vedel appelait « les bases constitutionnelles » des activités sociales et privées des individus et non plus seulement les bases constitutionnelles de l'activité des hommes politiques. La constitution n'est donc plus constitution de l'État, mais constitution de la société, puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la constitution ; ce qui, dans le langage juridique, se traduit par les expressions « constitutionnalisation » du droit civil, du droit du travail, du droit social, du droit commercial, du droit administratif, du droit pénal, etc., c'est-à-dire, par l'idée que toutes les branches du droit, et pas seulement le droit politique, trouvent leurs principes dans la constitution.

Au demeurant, que la constitution soit l'acte qui informe – au sens philosophique du terme – la société n'est une rupture qu'au regard de l'habitude prise de penser la constitution comme acte organisant les pouvoirs publics, le Code civil, dont Jean Carbonnier disait qu'il était la véritable constitution de la France, se réservant la société. Car, au regard de la Déclaration de 1789, cette conception « sociétale » de la constitution est moins une rupture qu'une continuité. En effet, selon l'article 16 de cette Déclaration, l'objet de la constitution n'est pas l'État mais la société : « toute société, énonce l'article 16, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». « Toute société », donc, et non pas « tout État » ! Quand Montesquieu imagine la constitution idéale, il part d'une analyse de la société, d'une analyse des « puissances sociales » – noblesse, bourgeoisie, etc. – et recherche une structure de pouvoir exprimant la structure sociale ; quand Rousseau rédige son projet de constitution pour la Corse, il prend explicitement pour base et objectif de son travail la structuration du corps social corse. Cette conception de la constitution-expression de la société s'est effacée lorsque s'est imposée, tout au long du XIXe siècle, l'idée qu'elle était seulement le statut particulier des gouvernants ; elle réapparaît logiquement aujourd'hui avec l'émergence et le développement de la justice constitutionnelle qui contribue à déployer la constitution sur l'ensemble des activités sociales.

Indirectement mais nécessairement, cette conception « sociétale » de la constitution emporte aussi des effets sur le domaine d'application de la séparation des pouvoirs. Tant que l'objet de la constitution est réduit à l'État, l'exigence de séparation posée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne porte que sur les pouvoirs d'État : les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Mais si la constitution a pour champ la société, l'exigence de séparation s'applique à tous les pouvoirs à l'œuvre dans la société : les pouvoirs économique, médiatique, religieux,… Et la constitution doit donc se saisir de ces pouvoirs, de ces tiers-pouvoirs qui, pour faire écho à la célèbre brochure de Siéyès à la veille de la Révolution, sont tout dans le fonctionnement d'une société, rien jusqu'à présent dans l'ordre constitutionnel et doivent y devenir quelque chose. Que, par exemple, la constitution prenne en charge le « quatrième pouvoir » et pose les principes de nature à garantir pour les citoyens son indépendance par rapport aux pouvoirs politique et économique ; qu'elle

ISSN 2279-7238

donne, par exemple, à un Conseil économique et social transformé les moyens de faire participer la société civile organisé à la formation de la volonté générale.

La forme « Etat » est, aujourd'hui, décalé. Non sous les coups d'une main volontairement destructrice mais par le mouvement du monde. L'Etat n'est pas la forme « naturelle » de l'organisation politique des sociétés ; d'autres formes ont existé – Cités, Empires, … - d'autres formes existeront[948]. Le temps de la forme « Etat » a correspondu à celui où l'état des forces productives et le succès de la reproduction socio-économique avaient besoin de stabiliser une population dans un cadre territorial plus vaste et plus homogène que celui des féodalités médiévales. Ce temps est passé et si la forme « Etat » est toujours là, elle l'est comme mythe ou comme un fantôme qui s'agite encore mais qui a perdu tous les attributs d'Etre vivant. Le principe de souveraineté est « moribond »[949] ; il a été inventé à la fin du Moyen-Age comme l'arme idéologique devant servir aux princes des différents pays d'Europe à légitimer leur revendication de pouvoir contre le Pape et l'Empereur. Si Jean Bodin l'a théorisé comme principe d'indépendance des Etats modernes, il n'est pas un produit de la Raison pure mais de l'expérience et des circonstances politiques de la Renaissance. Ce temps-là est fini. La souveraineté économique ne veut plus rien dire quand les grands contrats internationaux opèrent des transferts de technologie et que les produits ne sont plus fabriqués par et dans un seul pays mais à partir de composants venant de tous les continents. La souveraineté nationale ne veut plus rien dire quand les barrières commerciales sont abolies entre les Etats comme elles l'ont été autrefois entre les provinces de l'Etat et que les communications tendent à universaliser les consciences. La souveraineté du travail ne veut plus rien dire quand l'évolution conduit à remplacer la force du travail humain d'abord par les machines - XIXème siècle - puis par les robots - XXIème siècle.

La constitution, qui a pour espace de référence la société, ne peut se fonder sur le principe de souveraineté qui a toujours été et est encore l'instrument de légitimité de la puissance de l'Etat sur son peuple. Benjamin Constant notait déjà le danger de la souveraineté pour la démocratie : si le principe de la souveraineté du peuple ne peut être contesté, « il est nécessaire, il est urgent, insistait-il, d'en bien concevoir la nature et d'en bien déterminer l'étendue car si l'on attribue à la souveraineté une latitude qu'elle ne doit pas avoir*, la liberté peut être perdue malgré ce principe, ou même* ***par*** *ce principe* »[950].

B. Le monde, horizon de la constitution

En s'adressant à la société, la constitution s'adresse aussi aux individus qui la composent et participe ainsi, dans un moment particulier de l'histoire politique, à la construction de leur identité. La question politique aujourd'hui n'est pas, en effet, la question de l'individu

[948] Voir par exemple, Pierre Clastres, « La Société contre État », Paris, Éditions de Minuit, 1974.
12. Monique Chemille-Gendreau, Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? RDP, 2014, p. ?; « De la guerre à la communauté universelle. Entre droit et politique », Paris, Fayard, 2013 ; Gérard Mairet, « Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne », Paris, Gallimard, Folio Essais, 1997.
[950] Benjamin Constant, Principes de politique, Hachette, Pluriel, 2006.

ISSN 2279-7238

ni même celle d'une société qui serait faite d'individus « fluides ». Le capitalisme, avec sa mystique de l'intérêt individuel, ses mécanismes d'individualisation des contrats de travail et son droit de propriété, a sans doute façonné ce processus individualiste, mais le socialisme ne l'a pas contrarié puisque, selon Marx lui-même, la société concrète à venir serait celle « où le libre épanouissement de chacun est la condition du libre épanouissement de tous ». Si donc le processus social et historique est celui d'une société d'individus, la question politique est celle de l'organisation de cette fluidité sociale, de la mise en cohérence de cette fluidité pour qu'elle ne produise pas une société chaotique, de l'instrument permettant de construire du commun, de la généralité dans cette société fluide. Or, cette question est, aujourd'hui, sans réponse. Ou, plus exactement, les réponses d'autrefois ne « fonctionnent » plus : Dieu, la Nation, l'État, les classes sociales qui ont donné aux individus un sentiment d'appartenance commune – à la communauté chrétienne, à la communauté nationale, à la communauté socio-professionnelle – ne sont plus les opérateurs efficaces du sens commun des individus. Dans cette configuration historique, la constitution, telle qu'elle s'est renouvelée sous l'effet du contrôle de constitutionnalité, peut être cet instrument commun aux individus dans lequel ils puissent se reconnaître dans leur particularité, leur rythme propre mais aussi dans les valeurs partagées, ces valeurs constitutionnelles communes qu'Habermas appelle « patriotisme constitutionnel ». Véritable miroir magique, la constitution s'offre comme texte laïc, comme ensemble de principes partagés, comme lieu où l'individu moderne « désenchanté » peut reconstruire une identité commune. Travailleur, consommateur, électeur, parent, propriétaire, croyant, libre penseur, etc., toutes ces qualités, tous ces rythmes de vie se trouvent précipités – au sens chimique du terme – dans l'être de droit, dans le sujet de droit que l'individu rencontre dans la constitution. Si les individus sont devenus fluides, la constitution est ce texte qui les empêche de flotter en leur donnant un point fixe où toutes leurs activités peuvent être articulées. Où elles peuvent aussi être réfléchies, discutées, critiquées, jugées. Et ouvrir sur l'horizon d'une constitution mondiale.

Depuis plusieurs années en effet, chacun s'interroge sur la pertinence des principes qui ont constitué le droit constitutionnel : l'Etat-nation, la souveraineté, les frontières, la hiérarchie des sources et des normes, l'individu, l'interne et l'externe, … Tout « ce qui allait de soi » est mis en doute et les constitutionnalistes s'interrogent sur l'identité de leur discipline, replongent dans son histoire et se demandent si sa continuation n'implique pas une révolution paradigmatique. Interrogation passionnante en ce qu'elle met en discussion une des conditions de possibilité d'un futur éventuel droit constitutionnel international : s'il doit y avoir une constitution mondiale ou globale, cela passera par le canal des standards constitutionnels mondiaux.

Pour qu'il y ait standard constitutionnel mondial, il faut qu'il y ait un espace constitutionnel mondial. Dans le paradigme classique du droit constitutionnel et du droit international tout entier structuré autour des principes Etat et Souveraineté, il est souvent soutenu que cet espace n'est pas pensable. A tort. Car, sans avoir besoin de changer de

ISSN 2279-7238

paradigme, en restant à l'intérieur du régime classique d'intelligibilité constitutionnelle et internationale, il est permis de poser l'hypothèse d'un espace constitutionnel mondial. Les trois éléments habituellement retenus par les juristes pour identifier un ordre juridique sont, en effet, présents : un territoire (la planète), un peuple (l'humanité) et un pouvoir légitime sur ce territoire à l'endroit de cette humanité (l'ONU et ses institutions dont la Cour internationale de Justice). Dans cet espace constitutionnel mondial, des standards constitutionnels mondiaux peuvent ainsi émerger de la connexion des réseaux constitutionnels auxquels participent de multiples acteurs, publics, associatifs et privés.

Trop souvent, les rapports entre droit constitutionnel et droit international se referment sur le dilemme « constitutionnalisation du droit international » ou « internationalisation du droit constitutionnel ». Cette présentation n'est pas ou n'est plus pertinente dans le conjoncture présente. La question, aujourd'hui, est celle de l'émergence d'une mise en harmonie du chaos global. Il y a eu le temps où le droit a mis en ordre le chaos local ; puis un temps où il a cherché à construire les relations entre les différentes mises en ordre locales (c'est le temps des rapports de systèmes) ; vient aujourd'hui le temps où le droit pense global et donc ne pense plus en termes « interne » « externe » mais en termes d'ordre du global. Et s'il est vrai que la constitution est l'instrument de la mise en ordre juridique du chaos, la mise en ordre juridique du global se fait dans le vocabulaire constitutionnel. Pour le dire tout net, s'il y a un ordre juridique global, il y a constitution globale ou monisme constitutionnel.

Et sur cette idée d'une constitution mondiale, prend corps le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale. Le contenu normatif du droit constitutionnel international suppose à son tour que les juristes peuvent identifier et décliner les normes internationales à contenu constitutionnel et les normes constitutionnelles à vocation internationale. Les normes provenant du droit constitutionnel touchent au moins trois grands axes : les droits de la personne, l'État de droit, et la démocratie. Il y a lieu alors de se demander dans quelle mesure et comment ces trois axes se reproduisent en droit international, donnant ainsi un droit constitutionnel international ou internationalisé.

xxx

Ce constitutionnalisme est une réponse aux populismes. Il met en scène les citoyens et non les « gens » ; il garantit l'écart entre les représentants et les représentés et non la fusion ; et il se construit pas la connexion des réseaux constitutionnels et non le repli identitaire.

ISSN 2279-7238

Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali*

di Maria Rosaria Ferrarese*

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo post-moderno e le nuove sfide - 2. Costituzioni nazionali e poteri - 3. Come stanno oggi le cose? - 4. Costituzionalismo e nuovi poteri - 5. Chi "dice" i poteri nel mondo globale? Capacità e impotenza del costituzionalismo puntiforme

1. Il costituzionalismo post-moderno e le nuove sfide

Cosa c'è dopo le costituzioni nazionali? Lungo il fenomeno del costituzionalismo, che ha una lunghissima storia (M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza 2009), la nascita delle costituzioni statali segnò una discontinuità importante, specialmente in termini di positività della "legge superiore". Veniva così incarnata una concezione gerarchica dell'ordinamento giuridico, che insediava i testi costituzionali nello scranno più alto. Tuttavia, quella concezione gerarchica, specialmente negli stati dell' Europa continentale, non era priva di ambiguità, in quanto conviveva con una concezione della dimensione costituzionale affidata prevalentemente alla legislazione, che finiva per attribuire al documento costituzionale una forza minore di quella che gli sarebbe toccata (M.R. Ferrarese, *Dal verbo legislativo a chi dice l'«ultima parola»,* Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2011).

Ad ogni modo, le carte costituzionali, con appendice di relative corti, fino agli ultimi decenni del 900, erano un lusso che si potevano permettere soprattutto gli stati occidentali retti da regimi democratici, mentre, per il resto del mondo, il problema non si poneva in termini espliciti, o c'era un costituzionalismo affidato alle tradizioni costituzionali, nonché ad alcune protezioni tipiche del diritto internazionale. Rispetto a questo assetto, gli ultimi decenni del 900, con il loro scivolamento verso la globalizzazione, hanno segnato varie importanti novità, a partire dalla consistente crescita del numero delle costituzioni nazionali, che ormai interessano quasi tutti gli stati esistenti nel mondo (Cassese, *In nome del popolo o in nome della Costituzione*? IRPA, 2010).

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Cagliari

ISSN 2279-7238

Al contempo, tuttavia, oggi siamo di fronte ad un'altra importante discontinuità: quella tra le costituzioni nazionali ed il costituzionalismo attuale, che attraversa il globo con sembianze del tutto rinnovate rispetto al passato. Infatti, mentre la sensibilità su temi di natura costituzionale si è estesa enormemente a livello globale, spesso indotta da pressioni internazionali insite in un multilateralismo che ha promosso congiuntamente una *ratio* economica sempre più invasiva e alcuni contrappesi in termini di procedure democratiche e di rispetto dei diritti umani (A. Marchesi, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Franco Angeli, Milano 2016), il centro di gravità del diritto costituzionale ha subito significativi spostamenti.

In primo luogo, quel centro di gravità si è spostato dai temi relativi all'ingegneria (costituzionale) degli stati verso i temi della protezione di diritti e delle minoranze. Lungo questo passaggio, ferma restando l'importanza di valori e principi "dello Stato costituzionale democratico, che devono continuare ad essere una vera e propria *stella polare*" (F. Lanchester, *La stella polare del costituzionalismo*, Nomos, 1/2018, p. 3), si può leggere chiaramente anche una nuova linea di tendenza dal pubblico al privato, nonché altre criticità che sembrano insidiare il costituzionalismo nella sua forma moderna (G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza 2013) . Ad esempio, il tema della separazione dei poteri, che era centrale nella ingegneria statale, perde rilevanza nella dimensione sovranazionale (a partire dall'Europa), e soprattutto in quella transnazionale, dove appare del tutto assente.

Strettamente correlato a questo primo cambiamento vi è stato anche un secondo significativo spostamento del diritto costituzionale a livello globale, che non è più riconoscibile in un centro di gravità consolidato, ed assume piuttosto un carattere composito, diversificato, diffuso e decentrato, con ovvii riverberi anche sulle costituzioni statali (A. Somek, *Oxford University Press, 2008)*. Il costituzionalismo attuale non è più identificabile in un insieme di fonti e documenti precisamente gerarchizzati e vive piuttosto, per così dire, camminando su tante gambe e nutrendosi di varie fonti, con esiti talora imprevedibili, come sono specialmente quelli di carattere giurisprudenziale. In tal senso, il costituzionalismo attuale può essere caratterizzato come un costituzionalismo "puntiforme", nel senso che è composto da una miriade di punti diversi, di diversa grandezza, che possono rimanere disgiunti o possono essere variamente congiunti tra loro, disegnando percorsi non sempre rettilinei ed omogenei. La grandezza dei punti, così come la loro congiungibilità, dipende da vari fattori. Ad esempio, le costituzioni nazionali, così come le sentenze delle corti costituzionali sono punti più o meno grandi a seconda dell'importanza e del prestigio delle une e delle altre. Ma poi vi sono i trattati internazionali (si pensi al nostro Trattato di Lisbona che incorpora la Carta di Nizza), le pronunce di corti non costituzionali su questioni di rilievo costituzionale, le organizzazioni internazionali che perseguono fini di di natura costituzionale, le costituzioni tracciate dai privati, nonché varie presenze.

ISSN 2279-7238

E' vero, d'altra parte che, di fronte a tanta frammentazione e diversificazione di soggetti e di percorsi, sono in atto innegabili ed importanti processi di convergenza verso comuni valori costituzionali, specie da parte delle costituzioni nazionali (D. Davis, A. Richter, C. Saunders (a cura di), *An inquiry into the existence of global values. Through the lens of comparative constitutional law*, Hart 2017). Ma questa convergenza convive con un andamento delle dinamiche costituzionali di tipo maculare, con pieni e vuoti, continuità e discontinuità. Al contempo, emerge un cammino contraddittorio, di potenziamento del raggio di azione del costituzionalismo odierno, che si estende nello spazio, ma anche di sua difficoltà nel fare fronte efficacemente ai cambiamenti nell'assetto dei poteri del mondo globalizzato.

Ridisegnare la mappa dei poteri appare pertanto un compito cruciale, in un contesto di loro radicale riconfigurazione, alla quale stiamo assistendo. Oggi non siamo solo di fronte alla composizione di una nuova geopolitica, che registra uno spostamento verso il Pacifico, ma assistiamo anche all'emergere di nuove forme di potere con inediti protagonisti e presenze, in un quadro peraltro ancora instabile e variabile. Ciò induce inevitabilmente a porre il tema del costituzionalismo prossimo venturo e dei suoi compiti in correlazione con le nuove configurazioni assunte dal potere nel mondo globalizzato.

Gli stati sono certamente soggetti ancora molto importanti e probabilmente sono «ancora la macchina di governo più potente» (Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Mulino 2016, p. 48). Ma accanto ad essi, si sono solidificate altre configurazioni di potere sempre più significative. Da un lato, parti significative dei poteri statali sono scivolate in organizzazioni internazionali sempre più potenti, che ormai possono essere considerate espressioni di un vero "potere globale" (L. Casini, *Potere globale*, Mulino 2018; S. Cassese, *The Global Polity*, Global Law Press, Sevilla 2012). Dall'altro, si sono affermate numerose espressioni di potere privato, che svolgono non poche funzioni che un tempo si sarebbero dette di natura pubblica. Questi poteri privati, alcuni dei quali sono talora denominati "private authorities", sono emersi specialmente nella sfera economica ed in alcune professionalità altamente specialistiche, cosiddette tecnocratiche.

I poteri economici a dimensione globale appartengono innanzitutto a possenti *corporations*, che non solo possono affrancarsi facilmente dai poteri statali, ad esempio intraprendendo le vie della delocalizzazioni, ma spesso sono nella posizione di condizionarli significativamente, anche grazie ad una accresciuta potenza economica. Basti richiamare, sotto tale profilo, quanto osservato da Guido Rossi: "all'inizio di questo secolo, tra le cento maggiori economie mondiali compaiono cinquantun gruppi societari multinazionali e solo quarantanove Stati"[951]. I poteri tecnocratici svolgono svariate funzioni che un tempo erano affidate alla politica ed hanno forme e misure variabili di visibilità democratica e spesso sono del tutto invisibili e irresponsabili.

2. Costituzioni nazionali e poteri

[951] Rossi 2008, cit., 17.

ISSN 2279-7238

Le costituzioni moderne scritte, nate nell'alveo degli stati, trattano di valori, di istituzioni, di diritti, di principi, di interessi, di organizzazione, di conflitti. Al contempo, vi è un'altra presenza che è centrale nelle costituzioni. Le costituzioni parlano anche di poteri. Anzi si potrebbe dire che i poteri sono i naturali interlocutori dei testi costituzionali, che nascono proprio per arginare e contenere soprattutto i poteri statali.

Il rapporto con il potere è al cuore stesso del costituzionalismo e delle costituzioni. Specialmente quando parliamo di costituzioni moderne scritte, ci riferiamo a ordinamenti o testi giuridici peculiari, non solo per la loro posizione eminente nella scala gerarchica del diritto, ma anche e soprattutto perché fissano regole e principi che hanno una precisa "destinazione d'uso": stabilire i limiti generali per l'assunzione e per l'esercizio dei poteri, una sorta di strumentario per tracciare i loro confini, in modo che non diventino lesivi di diritti fondamentali dei cittadini. Così facendo, quelle costituzioni "nominano" i poteri, li identificano nelle loro forme pubbliche e private, li rendono visibili agli occhi dei cittadini ed interloquiscono con essi.

Vi è di più: le costituzioni nazionali scritte, oltre a fissare le linee generali della reciproca articolazione tra i vari poteri, fungono in qualche modo, anche da repertori presuntivamente completi degli stessi. In proposito, è significativo che negli Stati Uniti si usi l'espressione "enumerated powers", per indicare gli specifici poteri attribuiti al Congresso, contenuti all'Articolo 1, Sezione 8 del testo costituzionale. La precisa enumerazione da parte dei *framers* era rivolta a rassicurare che il governo federale non si ponesse in forme eccedenti ed oppressive e riguardasse solo specifiche attività, come l'esazione delle tasse, la costituzione di un esecito e di una marina, ecc.

Le costituzioni moderne ovviamente interloquiscono soprattutto con i poteri pubblici detenuti dagli stati che vengono sottoposti a particolare scrutinio ed a precisi limiti. Ma se questo è il loro compito primario, esse non mancano di rendere visibili e di regolamentare (in forma generale) anche le varie altre possibili espressioni di potere (politico, istituzionale, economico e sociale) e modi e limiti per il loro esercizio. Tra l'altro, identificano anche i poteri di natura privata, ad esempio in termini di "proprietà privata", o di gruppi e organizzazioni di vario genere, che possano confliggere con diritti e libertà. Esse offrono insomma una sorta di sommaria tavola sinottica dei vari poteri, delineata nell'ambito di una presunzione di piena conoscenza del loro quadro e nella consapevolezza di poterli articolare e limitare in accordo con un piano politico.

In questa presunzione che le costituzioni moderne potessero includere nel proprio sguardo tutti i poteri e le forme che essi possono assumere, si può scorgere un riflesso illuminista, una ispirazione che si pone nell'alveo di quella degli Enciclopedisti francesi, che vollero comporre un "dizionario ragionato e completo delle scienze, delle arti e dei mestieri", nell'intento di infondere anche un nuovo modo di ragionare. Quella

ISSN 2279-7238

"presunzione di completezza" era figlia di una precisa condizione storica, poichè derivava chiaramente dal radicamento nello Stato moderno e dalle specifiche condizioni che lo caratterizzavano anche sul piano internazionale. Infatti, lo stato-nazione, da una parte, come osserva Grimm "was (thus) assumed in the constitution" (p. 15), e diventava misura della vigenza della stessa costituzione, e dall'altra, a livello internazionale, poiché gli stati erano "padroni dei trattati", le sfide di natura costituzionale nei loro confronti erano pressocché inesistenti.

Le moderne costituzioni sono state spesso identificate come dei progetti "a lungo termine", destinati a permanere anche e soprattutto al sopraggiungere di qualche tentazione o tempesta avversa. L'immagine delle costituzioni assimilate ad Ulisse incatenato all'albero maestro della nave, per non cedere al richiamo delle "sirene", è fin troppo nota. Con quella immagine, J. Elster (*Ulisse e le sirene. Indagini sulla razinalità e l'irrazionalità*, 2005) ha legato indissolubilmente la funzione essenziale delle costituzioni ad un progetto di razionalità collettiva, che si inscrive nella tradizione illuminista. Le costituzioni scritte della modernità sono espressioni di uno spirito illuminista, perché esprimono fiducia nell'idea che "il reale possa essere modellato da un atto di volontà *politica*, e cioè da un atto della *ragione* finalizzato al governo della *polis*" (M. Luciani, Osservatorio sulle fonti, 1/2013, p. 2).

Al contempo, si determinava un contesto in cui le costituzioni, in quanto "limitate e universali" (Grimm), ossia localizzate nel territorio statale, ma con possibilità di intervento in tutte le aree, potevano disegnare ed articolare un quadro abbastanza esaustivo delle forme di potere esistenti. Anche se le presunzioni delle teorie, specie di quelle giuridiche, eccedono sempre il piano della realtà, in linea generale si può convenire che la presunzione di completezza fosse giustificata, fermo restando che l'operazione di "identificare" e "nominare" i poteri è sempre un'operazione discrezionale, che dipende dalla visione politica di chi li nomina e li identifica. Basterà pensare in proposito al dibattito sulla proprietà privata.

Se questa era la situazione delle costituzioni nazionali che identificavano i poteri e li rendevano visibili nelle loro forme pubbliche e private, ci si può chiedere quale interlocuzione vi sia tra il costituzionalismo post-illuminista ed il nuovo assetto dei poteri oggi esistente. La tesi che si può sostenere è che quella funzione essenziale svolta dalle Costituzioni moderne, di censimento per grandi linee dei vari poteri, alla luce delle possibili "minacce" che essi configurano per diritti e libertà, nonché di reciproca articolazione tra gli stessi, resti oggi in gran parte inevasa. Il costituzionalismo "puntiforme", multipolare e decentrato, appare insieme inevitabile nel contesto attuale, ma incapace di svolgere tale funzione. Il venir meno di tale funzione costituisca una differenza essenziale del costituzionalismo attuale, che non è sufficientemente attrezzato per leggere la realtà dei poteri in forma sinottica.

ISSN 2279-7238

D'altra parte, gli stati sono oggi, per così dire, impigliati essi stessi in vario modo nella rete dei poteri globali. Sia perché, oggi, come sappiamo, le organizzazioni internazionali, che sono numerose e potenti, spesso sono in grado di condizionare gli stati, nel bene e nel male, anche sul piano costituzionale. Sia perché gli stati hanno perso in gran parte quella condizione di sovranità territoriale che avevano nel passato, che permetteva loro di limitare e domare gli altri poteri, specie quelli economici privati. Questi erano sottomessi agli stati ed alle loro opzioni regolative: se mai, queste opzioni erano diversamente modellate, già a partire dalle regole costituzionali, in accordo con il contesto politico e la tradizione più o meno liberale, dei vari paesi. I poteri privati non erano insomma nella condizione di sottrarsi ai condizionamenti statali, e potevano solo battersi nella lotta politica e culturale. Il cambiamento tecnologico, oltre che le politiche liberalizzatrici degli anni 80 e 90, hanno poi determinato il rovesciamento di quella subalternità.

3. Come stanno oggi le cose?

Per misurare la differenza che oggi si produce sul terreno dei limiti costituzionali alle varie forme di potere, che possono variamente condizionare le nostre vite e i nostri diritti, occorre considerare la configurazione "puntiforme" dell'attuale costituzionalismo: un costituzionalismo che non è più ancorato in maniera quasi esclusiva alle costituzioni nazionali, e ad una concezione rigorosamente gerarchica delle fonti, e si nutre di fonti molteplici e variabili. Siamo insomma in un contesto costituzionale dal carattere tendenzialmente instabile e talvolta erratico nelle sue acquisizioni: un contesto costituzionale che si può caratterizzare come post-statale, post-moderno e post-illuminista.

L'attuale costituzionalismo si presenta come un costituzionalismo post-statale, in quanto non coincide più con i testi costituzionali propri dei vari stati. Anche se oggi vi è un fronte cosiddetto "sovranista" che avanza, e che potrebbe avere effetti anche sul piano costituzionale, è difficile retrocedere da una situazione in cui, come osserva Haberle, il costituzionalismo è collocato "nello spazio", e non più solo nel territorio statale. Come tale, l'odierno costituzionalismo è geograficamente esteso e diffuso, ma semanticamente talvolta errante, se non erratico. Così, mentre si verifica un allungamento del suo raggio di azione, fino al punto che si può parlare di "world constitutionalism" (B. Ackermann, *The Rise of World Constitutionalism*, Virginia Law Review, vol. 83, 1997), la tela del diritto costituzionale è attraversata da buchi e strappi, che spesso derivano dal riferimento a fonti di varia natura: fonti scritte e non scritte, nazionali e internazionali, sovranazionali e transnazionali, pubbliche e private, tra le quali si possono dare discontinuità e persino occasioni di conflitto e rotte di collisione, con conseguenti andirivieni e varie "saghe" ([952]).

[952] Si è parlato di "saga", ad esempio, in riferimento alle sentenze Taricco 1 e 2 (Si veda A. Natale, *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, Questione giustizia, 7 dicembre 2017.

ISSN 2279-7238

D'altra parte, alla mappa del diritto costituzionale dei vari stati non succede una mappa di carattere chiaramente internazionalistico, ossia segnata dagli accordi internazionali tra gli stati o dalle pronunce delle varie corti internazionali. La dimensione costituzionale post-statale può insomma essere di carattere sovranazione, come accade specialmente nel caso europeo, o anche di carattere transnazionale. Anzi la nascita di un costituzionalismo transnazionale (N. Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism,* Cambridge University Press, Cambridge 2009; JR Yeh- Wen-Cheng Chang, *The emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges, and Solutions*, Penn State International Law Review, vol. 27/1, 2008) pone anche nuove questioni di carattere metodologico per la ricerca (P. Zumbansen, *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order,* Comparative Research in Law & Political Economy*,* Research Paper No. 24/2011).

I diritti umani, che costituiscono una parte significativa del diritto costituzionale post-statuale, sono una dimostrazione significativa del carattere spaziale incerto del diritto costituzionale post-statuale. Essi infatti non sono contenibili e proteggibili entro i confini del territorio statale, ed anzi possono entrare in rotta di collisione con gli stati, quando questi si rendano responsabili della loro lesione. Ma essi non sono vincolati neanche alla dimensione propriamente internazionale e possono interessare sia il piano del diritto sovranazionale che quello del diritto transnazionale.

Il costituzionalismo attuale ha inoltre caratteri post-moderni, perché implica un contesto di generale dispersione e parcellizzazione del tessuto costituzionale e si pone come un *puzzle* che accosta elementi di diversa natura (J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?* Michigan Law Review, vol. 90(7), 1992). Ciò significa che le costituzioni nazionali, diventate ormai "parziali", come sottolinea Haberle, sono solo alcuni dei pezzi del *puzzle*, e che molteplici altri nuovi "insediamenti costituzionali ", come efficacemente li chiama Neil Walker (*The idea of constitutional pluralism*, EUI Working Paper LAW 2002/1), di varia specie e di diversa affidabilità, concorrono alla sua composizione, in un contesto di estremo pluralismo e vatrietà.

Infine, l'attuale costituzionalismo può essere definto post-illuminista", poiché non risponde più ad un progetto unitario e coeso tracciato dall'alto, da cosiddetti "Padri costituenti" o da élites "illuminate", che assumono di avere una visione razionale e completa delle dinamiche politiche, sociali, economiche, religiose, ecc. e di poterle comporre in un quadro di regole ragionato ed armonico. Esso si affida spesso piuttosto a impulsi estemporanei derivanti da situazioni di fatto e circostanze imprevedibili. Siamo dunque in un costituzionalismo che non sta più in una cornice teorica unitaria, che non sia quella del pluralismo, e le cui varie espressioni possono prosperare dal basso, piuttosto che dall'alto, alimentandosi di impulsi e forze costituenti di vario tipo.

ISSN 2279-7238

Il carattere estemporaneo trova una conferma particolarmente efficace specie nel caso del cosiddetto "societal constitutionalism" di D. Sciulli (*Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1992), o delle cosiddette Costituzioni "civili" prospettate da G. Teubner (*La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili,* Armando Editore, Roma). Una parte dell'attuale costituzionalismo puntiforme, in assenza di altri strumenti a misura delle nuove esigenze economiche e politiche, difficilmente contenibili nei recinti tradizionali del diritto costituzionale, si affida alle cosiddette "costituzioni civili": atti privati corrispondenti ad una sorta di "autodenuncia" di alcuni poteri privati, che tracciano essi stessi delle linee di *self-restraint*, che li rendano più affidabili. Le costituzioni "civili", che rappresentano il risultato della volontà costituente di soggetti privati di varia natura, rafforzano la frammentazione dell'universo costituzionale, testimoniando anche nuove forme di incontro tra costituzionalismo e privatizzazione. In termini luhmanniani si tratta di vari sottosistemi sociali che costituiscono i propri riferimenti costituzionali in forma "autoreferenziale" ed autonoma, portando alle estreme conseguenze una concezione di autonomia giuridica di stampo privatistico (H. Muir Watt*, Party Autonomy in Global Context. An international lawyers's take on the political economy of a self-constituting regime*, in P. Monateri (a cura di), *Comparative Contract Law,* Edward Elgar Publ., Cheltenham, UK - Northampton, Mass, USA 2017).

4. Costituzionalismo e nuovi poteri

Naturalmente, la messa a fuoco del costituzionalismo attuale richiede di andare oltre una descrizione in termini di "post", chiedendosi in che rapporto esso si ponga rispetto a poteri vecchi e nuovi e quanto sia in grado di identificarli e di limitarli. Finora il crescente peso del costituzionalismo ha funzionato soprattutto a favore della limitazione dei pubblici poteri: un compito essenziale, che tuttavia paradossalmente interessa soprattutto le democrazie occidentali, sempre bisognose di mende costituzionali, ma che lo sono meno delle democrazie cosiddette "illiberali", che sono in crescita nel mondo e purtroppo anche sul suolo europeo. Di fronte alle nuove sfide che i regimi autoritari pongono al costituzionalismo sovranazionale e globale, questo appare spesso impotente.

Tuttavia, al di là del contenimento dei poteri statali, vi sono altri compiti che attendono il costituzionalismo prossimo venturo. Innanzi tutto quel compito di "dire i poteri", che era così centrale nelle costituzioni nazionali, e che assume un valore ancor più pronunciato che nel passato nel contesto globalizzato attuale, in cui l'assetto dei poteri è profondamente mutato, e si sono insediati poteri di nuovo tipo rispetto agli stati, il cui peso si avverte anche sull'esercizio della democrazia.

Il rinnovamento del quadro dei poteri ha riguardato entrambi gli emisferi pubblico e privato. Da una parte, infatti, vi è una ricchissima costellazione di regole e decisioni pubbliche che provengono da soggetti ed organizzazioni internazionali che si pongono "oltre lo stato", e che incidono significativamente non solo sulla vita sociale ed economica,

ISSN 2279-7238

ma anche sugli assetti delle nostre democrazie. Dall'altra parte, si sono affermate varie forme di potere privato, a livello nazionale e soprattutto transnazionale, che sono anch'esse in grado di condizionare significativamente vari aspetti della vita e dell'economia politica delle attuali società, o di imporre striscianti ridefinizioni dei valori costituzionali, o revisioni della distinzione pubblico/privato (Ferrarese, *Il puzzle della privatizzazione giuridica*, ESI, 2017). L'affermazione di questi poteri, che operano su scala globale, e che assumono spesso il volto di "private authorities", tema su cui, specialmente in ambito anglosassone, è fiorita una notevole letteratura ([953]), è avvenuta, osserva Pinelli, "senza prestare attenzione all'assenza di contrappesi politici" (C. Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato*, Costituzionalismi.it, Fasc. 1/2016, p. 188).

Inoltre, è cambiata significativamente anche la logica di distribuzione del potere. Questa, per un verso, ha seguito una logica di polverizzazione, abbandonando l'esclusività delle postazioni ufficiali e insediandosi in svariati luoghi e processi della società, lungo nuove strade, ancora in via di decifrazione, che tradiscono la tendenza ad una certa "microfosica del potere" preconizzata da Foucault. Le nuove tecnologie informatiche svolgono un ruolo in questa dinamica di polverizzazione, per esempio alimentando una certa facilitazione nell'esercitare ruoli di "sorveglianza" democratica (P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia,* Castelvecchi, Roma 2012).

Per un altro verso, tuttavia, la distribuzione ha assecondato l'opposta tendenza ad una notevole concentrazione di potere in alcune sedi, spesso non pubbliche e specialmente di natura economica. Per quanto abusato, il caso delle società di *rating*, altrimenti dette le "big five" del settore della revisione contabile, è sempre un ottimo esempio: per quanto esse siano state sottoposte ad una più severa regolamentazione, detengono ancora un potere di portata globale che interroga anche il diritto costituzionale (C. Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato*, Costituzionalismi.it, Fasc. 1/2016). Del resto, nel "supercapitalismo" (Reich, *Supercapitalismo*, 2014) in cui viviamo, oltre alla finanza, domina la presenza delle grandi imprese tecnologiche. Anche in questo caso si parla di "big five dell'hi-tech", ossia Apple, Google, Microsoft, Amazon e Facebook. Un mondo apparenteme lontano dal diritto costituzionale, ma che invece, come Rodotà ha tempestivamente mostrato, pone quesiti e problemi nuovi anche al diritto costituzionale (*Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli,* Laterza 2014; *Tecnopolitica*, Laterza 1997). Il caso Facebook, con il saccheggio da parte di Cambridge Analytica della privacy di 50 milioni di cittadini americani, e non solo, è la punta di un iceberg colossale che vaga minacciosamente nelle acque del costituzionalismo globale, e che riguarda la raccolta delle informazioni e l'uso dei dati, i cosiddetti "big data": una questione centrale nella palestra dei diritti, che

[953] Si vedano, tra l'altro, A. C. Cutler, V. Haufler, T. Porter, *Private Authority and International Affairs*, New York 1999, e id., *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy,* Cambridge, 2003. Inoltre S. Sassen, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2006, 194-195 (tr. it., *Territori, autorità, diritti: assemblaggi dal Medio Evo all'età globale*, Milano 2008. Inoltre P. Zumbansen, G. Handl e J. Zekoll (a cura di), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden, Brill, 2012.

ISSN 2279-7238

riguarda il mondo intero, e che va innanzitutto identificata nella sua essenza costituzionale (N.M. Richards, *Why Data Privacy Law Is (Mostly) Constitutional*, *William & Mary Law Review*, vol. 56/4, 2015).

Il confronto del 10 aprile tra Zuckemberg e i membri del Congresso americano ha assunto il valore di un confronto simbolico tra il potere pubblico, ormai indebolito e ridotto, e i nuovi poteri tecnologici, che stentano ad essere considerati come tali in un contesto sociologico profondamente mutato. Basti pensare che i *social media* sono oggi percepiti, specie dalle nuove generazioni, come un luogo di incontro essenziale, a cui difficilmente sarebbero disposte a riunciare, così come i protagonisti dell'universo tecnologico appaiono delle figure quasi mitiche (è emblematico il caso di Steve Jobs), piuttosto che come i detentori di nuove forme di potere che possono essere minacciose per alcuni diritti.

5. Chi "dice" i poteri nel mondo globale? Capacità e impotenza del costituzionalismo puntiforme

Di fronte alla profonda mutazione del quadro dei poteri, naturalmente sarebbe ingenuo aspettarsi una sorta di costituzione mondiale che possa offrire un repertorio delle forme più minacciose di potere e ipotizzare le difese costituzionali adeguate, stabilendo limiti o controlimiti. Né questa funzione può essere svolta dalle costituzioni nazionali esistenti, ridotte a "costituzioni parziali", che hanno una visuale e un raggio di azione limitati al territorio statale.

L'attuale costituzionalismo sembra scarsamente attrezzato per svolgere la funzione di "dire i poteri", proprio per il suo carattere "puntiforme" e per la sua tendenza alla "dispersione" di funzioni costituzionali (M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Mulino 2002, p. 110 e ss.). Il suo carattere polimorfo e composito, che gli permette di agire sotto diverse forme e sembianze e con una strumentazione variegata, è adatto per fronteggiare qui e lì delle sfide specifiche, anche impegnative e diffuse, ma non per acquisire una progettualità complessiva di largo respiro. La sua parcellizzazione, i suoi tanti punti operativi (le costituzioni nazionali, sia quelle storiche, sia quelle più recenti, le *new comers* in campo costituzionale, che talvolta contengono innovazioni significative (come nel caso della costituzione sudafricana), i tanti nuovi "insediamenti costituzionali", pubblici e privati, che rispondono a nuovi bisogni costituzionali, potenziano le capacità di risposte costituzionali, ma non una visione coesa delle aree problematiche.

D'altra parte, si verificano nuovi contatti e nuove commistioni che innovano la stessa concezione del diritto costituzionale come settore specifico e distinto da altri settori giuridici. Così, ad esempio, il diritto internazionale si fa portatore di istanze costituzionali, con esiti significativi e talora controversi (A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, n. 1,

ISSN 2279-7238

Pluralism, Direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law, "International Journal of Constitutional Law", vol. 6, issue 3-4, 2008), così come il diritto amministrativo globale allestisce procedure e percorsi che rispondono a bisogni di natura costituzionale (S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publ. 2017).

Si può parlare insomma di un costituzionalismo che include vari "percorsi costituzionali", che stanno al di là della stesura di testi costituzionali e delle pronunce dei giudici costituzionali, di itinerari inconsueti e innovativi, che rispondono ad una ratio di tipo costituzionale, anche se con esiti vari e talora controversi. Forse questa evoluzione può essere vista in continuità con la tradizione del costituzionalismo americano e non a caso, nel suo ultimo libro, B. Ackerman (*We the People,* vol. 3, *The Civil Rights Revolution*, the Belknap Press of Harvard University Press, 2014) insiste sulla importanza, anche negli Stati Uniti, dove la Corte Suprema gode di significativi vantaggi istituzionali e di una forte tradizione, di un intero e complesso ambiente giuridico in cui vari aspetti e soggetti contribuiscono alla realizzazione di esisti costituzionali significativi.

Ora, la disomogenea trama costituzionale attuale appare arricchita dalla pluralità di materiali diversi e dai molteplici nuovi "insediamenti costituzionali", ma al contempo poco adatta ad una visione panottica dei poteri mondiali e delle minacce per i diritti che essi prospettano. Da una parte si può assumere, secondo la lezione di Stefano Rodotà, che "i diritti fondamentali si presentano come l'unico strumento giuridico impugnabile nei confronti dei poteri che davvero non incarnano alcuna logica democratica" (*Il diritto di avere diritti*, Laterza 2012, p. 58). Dall'altra, proprio il porsi del costituzionalismo attuale essenzialmente nei termini di un "costituzionalismo dei diritti" (G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, 2017), è causa anche di alcune debolezze, innanzi tutto a causa del gigantismo dei poteri economici e finanziari globali. Inoltre, i processi globali comportano una incessante azione di riscrittura del «catalogo dei diritti», di ridefinizione degli stessi, in un campo di azione attraversato da conflitti e da continue tensioni, che sottopongono a stress il quadro costituzionale, già provato da varie lacerazioni.

Di fronte a questi rischi, il costituzionalismo dei diritti si pone sì come l'unico "contropotere", ma un contropotere non del tutto appropriato per affrontare la sfida costituzionale proveniente specie dai poteri globali. D'altra parte, fare i conti con questi poteri non è operazione semplice, già a livello conoscitivo. Siamo infatti di fronte ad una platea di poteri che sono spesso largamente invisibili agli occhi della pubblica opinione. La generale invisibilità di alcuni poteri traspare talora in ombrose minacce, come quelle che si nascondono nell'espressione "reazione dei mercati", che sentiamo pronunciare spesso da osservatori ed analisti finanziari: un'espressione che sembra annunciare quasi una vendetta dell'economia contro i "colpi di testa" della politica e delle sue dinamiche democratiche, in una economia politica trainata da soggetti spesso anonimi e specialmente da interessi

ISSN 2279-7238

finanziari (M. R. Ferrarese, *Promesse mancate*, Il Mulino 2017). Così, paradossalmente, mentre le lesioni costituzionali inferte dagli stati, che sono i poteri più visibili, cadono più facilmente sotto lo sguardo della pubblica opinione, quelle inferte da altri poteri meno visibili o addirittura invisibili, pubblici e privati, e soprattutto da questi ultimi, vengono poco o affatto considerate e di rado messe sotto accusa.

ISSN 2279-7238

Il costituzionalismo come progetto della scienza*

di Peter Häberle**

SOMMARIO: Premessa – I. Forme di vita costituzionali e la loro intensa connessione effettuale politica e giuridica - 1. Lo stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo – 2. Comunità costituzionali regionali, transnazionali come secondo potere politico, ossia come categoria giuridica del costituzionalismo – 3. Fattori costituzionali nel diritto internazionale come diritto costituzionale dell'umanità – II. Gli attori nel contesto del costituzionalismo – III. Metodi di lavoro, in particolare delle scienza intorno al costituzionalismo – IV. Lo sviluppo del costituzionalismo in Africa – V. Prospettiva

PREMESSA

Prima di tutto un ringraziamento particolare ai colleghi *F. Lanchester* e *F. Balaguer*. Il primo è "spiritus rector Romanus" del seminario odierno, il secondo, *F. Balaguer*, esattamente un anno fa, ha regalato al nostro gruppo giorni indimenticabili a Granada. Lo stesso dicasi, con grato ricordo, dei colleghi *D. Rousseau, A. Viala* e *S. Pinon* per il seminario tenutosi a Monpellier due anni fa. Tutti i relatori e tutti i presenti oggi costituiscono assieme una parte della repubblica universale degli studiosi all'insegna del costituzionalismo. Lavorano sulla "costituzione nel discorso mondiale" (*Verfassung im Diskurs der Welt*, 1999), ovvero nel "mondo dello stato costituzionale" (*Welt des Verfassungsstaates*, 2004), per citare i titoli di due scritti redatti, nel passato, in mio onore. Siamo alla ricerca dei passi da compiere sul sentiero dello studio universale della costituzione. I relatori hanno trattato in maniera efficace il passato, il presente e il futuro del costituzionalismo. A me non rimangono che poche integrazioni episodiche, considerando pure che non vivo più nell'"autunno del medioevo" ma nell'"inverno dell'antichità" - anche nella Roma di oggi. Sino ad oggi, Roma, assieme ad Gerusalemme, Atene, Firenze e Bologna è – fino ad oggi - un simbolo della spiritualità dell'Europa. Alla prossima generazione è chiesto di dare continuità a

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Università di Bayreuth.

ISSN 2279-7238

questa molteplice cultura (inclusa la cultura del diritto); fortunatamente a questo convegno sono presenti anche colleghi giovani: è vivo dunque il contratto generazionale scientifico.

I. Forme di vita costituzionali e la loro intensa connessione effettuale politica e giuridica

Preliminarmente *quattro* caratteristiche guida per il primo approccio: il costituzionalismo si interessa di *alti valori,* anzi di *massimi valori* come i diritti umani, la pace, la giustizia, le strutture dello stato di diritto, la solidarietà, il bene comune, la sicurezza e la cooperazione. Il costituzionalismo opera come fondazione e al contempo come esaltazione di un intero ordinamento giuridico, è lecito parlare di "compenetrazione" (su tale punto v. anche *D. Sciulli*, *Theory of Societal Constitutionalism*, 1992; *N. Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in: *Modern Law Review* 65 (2002), p. 317 e segg.). Inoltre: il costituzionalismo nella *forma del diritto* è variamente differenziato, configurato e strutturato sul piano materiale e processuale - anche per limitare il potere, per prevenire guerre civili e per creare pace. Inoltre è impostato per *durare* e pertanto istituzionalizzato; in ultimo il costituzionalismo, oggi, è efficace a livello nazionale, regionale e universale, quindi localizzato *nello spazio*. Allo spazio ora si aggiunge il tempo, per parafrasare eccezionalmente *Richard Wagner*. Il costituzionalismo come cultura è *storicamente diventato* – faticosamente – quello che è, come è evidente anzitutto negli anni 1776, 1787, 1789, 1848 in Nordamerica e in Europa nonché nella costituzionalizzazione dell'America latina del diciannovesimo secolo. Dopo il 1945 il costituzionalismo si sviluppa in parte anche in Africa e in Asia. L'America latina è oggi, nel nostro gruppo, rappresentata da insigni colleghi come *D.G. Belaunde* dal Perù, *G. Mendes* dal Brasile, *D. Valades* dal Messico. Il costituzionalismo è attualmente vissuto su scala mondiale, nonostante le numerose crisi nazionali, regionali e internazionali, e si spera che sia all'ordine del giorno anche in futuro. Molte questioni sono state esaminate dalle eccellenti relazioni. Alcuni, certo, parlano criticamente di "ipercostituzionalizzazione" (su tale concetto v. *N. Fischer*, *Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff. Zugleich eine Kritik der Hyperkonstitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts*, 2006), anzitutto con uno sguardo sull'UE, oppure parlano di "decostituzionalizzazione" (v. *F. Wollenschläger*, *Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation*, in *Review of European Administrative Law* 10 (2017), p. 7 e ss.).

Di seguito saranno trattate *tre* forme di vita del costituzionalismo nei loro *tre* ambiti culturali nonché la loro intensa connessione effettuale nella divisione del lavoro sul piano politico e giuridico. Preliminarmente vorrei respingere il diffuso concetto di "multilevel constitutionalism" (v. ad es. *I. Pernice*) con la sua discutibile rappresentazione gerarchica: gli "elementi costituzionali" nel diritto internazionale (ispirati ai lavori del costituzionalista statunitense *B. Ackermann* , su cui *M. Kotzur*,

ISSN 2279-7238

Konstitutionelle Momente? Gedanken über den Wandel im Völkerrecht, in: A. v. Arnauld (a cura di), *Völkerrechtsgeschichte(n). Historische Narrative und Konzepte im Wandel,* 2017, p. 100 e segg.) non sono da collocare "sopra", e il diritto costituzionale regionale e nazionale non è "sotto", si tratta piuttosto di rapporti complementari diversificati (in breve: complementarità e cooperazione) – tutto ciò a servizio della pace nazionale, regionale e internazionale. Il costituzionalismo rende la società una società aperta, donando impulsi, spazi e garanzie al pluralismo di idee e interessi. E il concetto di "costituzione" dovrà essere liberato dal suo focus - molto tedesco - sullo Stato. Il diritto privato e il diritto penale, nonostante "la prevalenza della costituzione", hanno le loro proprie peculiarità e verità giuridiche.

1) Lo stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo

Lo Stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo, proposta teoretica nonché ideale scientifico sin dal 1978, con i suoi tipici contenuti, le sue tipiche funzioni e procedure di separazione dei poteri (per la Germania: art. 1, 20 e 92 GG), trae vita in particolare dal terzo potere indipendente quale "ultimo" garante dei diritti fondamentali. Nello stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo c'è di stato soltanto quanto stabilisce la costituzione, per cogliere un'espressione di *R. Smend* e *A. Arndt*. Il costituzionalismo tedesco del diciannovesimo secolo era diverso proprio su questo punto (si pensi a temi come: sovranità dei principi, principio monarchico, potere dello Stato precostituito e omnicomprensivo, diritti fondamentali posteriormente resi limitanti, ceti, parlamenti). Oggi lo stato costituzionale, impegnato in numerose reti di cooperazione, viene sin da principio pensato come democrazia dei cittadini nello s*tato di diritto*. I cittadini "si danno" la propria costituzione, come stabiliscono esplicitamente alcune nuove costituzioni regionali della Germania dell'est. La garanzia della dignità dell'uomo di cui all'art. 1 GG non è disponibile per la democrazia pluralistica – costituisce un limite alla sovranità del popolo, la quale, come tale, sarà da mettere in discussione. La democrazia pluralista è la *conseguenza* organizzatoria della dignità umana. Certo, non possiamo prescindere dal fatto che in alcuni paesi lo stato costituzionale tende verso strutture autoritarie (esempi di oggi sono la Turchia, probabilmente anche l'Ungheria, l'Egitto e specialmente il Venezuela socialista). Lo stato costituzionale cooperativo, oggi, vive la propria costituzione soltanto come costituzione *parziale*. Nel 2001 l'autore di questo intervento ha proposto per la Germania e per altri paesi dell'UE il concetto delle "costituzioni parziali nazionali" che poi vengono in parte integrate, in parte sovrapposte, in parte cumulate attraverso le costituzioni parziali del diritto costituzionale europeo (su tutto ciò v. *P. Häberle/M. Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8a ed., 2016). Elementi ponte verso il diritto internazionale vengono costruiti dallo stato costituzionale cooperativo, ovvero dal principio della "favore per il diritto internazionale"

ISSN 2279-7238

(*Völkerrechtsfreundlichkeit*, secondo BVerfG) e, con occhio rivolto verso l'Europa, anche dal "favore per il diritto europeo" (*Europarechtsfreundlichkeit*). In anticipo *W. v. Simson* parlava del "condizionamento sovrastatale dello Stato". Oggi lo Stato costituzionale cooperativo aperto al mondo è condizionato dalle costituzioni parziali del diritto internazionale o del diritto costituzionale europeo.

Un cenno particolare meritano le *organizzazioni non governative*: per esse, finora, manca una teoria costituzionale (v. però *M. Hempel*, *Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen*, 1999). Le loro attività stanno a dimostrare l'apertura del costituzionalismo nazionale, regionale e internazionale. Le ONG sono attive sul piano nazionale, regionale e/o internazionale. Alcuni esempi: quello classico della Croce rossa internazionale, ai nostri giorni Medici senza frontiere, Reporter senza confini, organizzazioni di aiuto umanitario come Malteser Hilfsdienst, Amnesty international, Greenpeace, Weißhelme e oxfam, Transparency international, Robin Wood, WWF, Human rights watch. È necessario differenziare secondo le strutture, i compiti e i limiti. Le ONG, da valutare essenzialmente in modo positivo, sul piano teorico si collocano nella "società civile", così definita anche nelle costituzioni più recenti (come evoluzione della distinzione tra Stato e società a partire da *Hegel*) – qui si colloca il classico volontariato. Nell'insieme si presenta qui un ampio terreno di ricerca che riguarda direttamente il costituzionalismo. Gli Stati autoritari infatti tendono a tenere al guinzaglio, a vietare o tuttavia limitare le ONG (come avviene ad es. in Russia, Ungheria, Egitto) poiché esse creano una sfera pubblica particolare. Un altro cenno merita quella crisi dello stato costituzionale, ovvero della democrazia, che nel dibattito viene chiamato "*populismo*" (v. anche F. Wielenga/F. Hartleb, *Populismus in der modernen Demokratie*, 2011). Mi rifiuto di cedere il termine "populus" al populismo. Pensiamo a *Cicerone*: "res publica, res populi", oppure al "senatus populusque romanus". Pensiamo al noto "we, the people" presente in molte costituzioni. Pensiamo al motto sul Reichstag a Berlino: "Al popolo tedesco" (Dem deutschen Volk). Pensiamo al terzo potere, che in molti paesi già opera in modo costituzionalmente esplicito "nel nome del popolo". Per ora, possiamo caratterizzare il populismo come segue: è ostile alle istituzioni, antipluralista, antiparlamentare e antielitario, prende le mosse dalla finzione di una omogenea volontà popolare.

2) Comunità costituzionali regionali, transnazionali come secondo potere politico, ossia come categoria giuridica del costituzionalismo

nche qui è necessario considerare le quattro caratteristiche menzionate in principio. Come esempi, tutti formati soltanto *dopo* il 1945, possiamo citare l'UE, il Consiglio d'Europa l'apparato europeo,

ISSN 2279-7238

il Mercosur, la OAS e l'Unione africana. Il Consiglio d'Europa purtroppo rimane spesso all'ombra dell'UE, sebbene l'EMRK quale "living instrument" costituisse un elemento centrale della "costituzione dell'Europa" (in breve: europeizzazione come costituzionalizzazione). È utile qui ricordare tanto la ricognizione di un „diritto costituzionale europeo comune" (*gemeineuropäisches Verfassungsrecht* 1991) quanto gli articoli sull'Europa contenuti nelle costituzioni nazionali nonché in alcuni statuti regionali italiani e spagnoli (in breve: "diritto costituzionale europeo nazionale"). Numerosi studi sottolineano, a ragione, la particolare intensità e densità del carattere associativo dell'UE, usando termini come "unione di stati", "unione costituzionale" oppure "comunità costituzionale" (una mia proposta teorica). In parte, ad es. nell'UE, sono riconoscibili forme originarie della divisione dei poteri. E' assai evidente il costante avanzare di tribunali costituzionali europei o internazionali. A mio avviso oggi la questione non è più quella del "più all'Europa", ad es. in forma di un'unione bancaria o di un'unione dei trasferimenti. Piuttosto occorre rinnovare l'attenzione al principio della sussidiarietà formulato, nella storia del pensiero, dalla dottrina sociale cattolica. Nella crisi odierna torna in rilievo la vecchia e nota idea di un'Europa "a diverse velocità" o "di geometria variabile". Considerando le molte crisi, l'UE ha tutte le ragioni per richiamarsi alla sua ricca eredità culturale (sulla quinta crisi dell'UE v. il mio omonimo contributo in *Percorsi constituzionali*, 2015, p. 319 e segg.). La proposta del presidente dello stato francese *Macron* di fondare 20 università europee merita grande plauso.

Ora una parola franca sul disastro della *Brexit* (*P. J. J. Welfens*, *Brexit aus Versehen. Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU*, 2017): l'uscita della Gran Bretagna dalla comunità costituzionale regionale dell'UE, una grande disgrazia anche dal punto di vista delle scienze culturali, dovrebbe rimanere un caso di eccezione. La Gran Bretagna dal canto suo coltiva l'illusione di una "global Britain", dimenticando che l'impero britannico oggi rimane soltanto l'ombra di se stesso. Riuscirà una Brexit cooperativa? Rimarrà in piedi almeno una cooperazione sulla sicurezza e un'unione doganale tra la Gran Bretagna e l'UE? La Brexit ha, forse, spinto alla solidarietà i rimanenti 27 Stati membri? Vi prego di consentirmi questa provocazione, nata nel dolore di perdere una grande cultura ("la scienza del diritto europeo come scienza della cultura", *Europarechtswissenschaft als Kulturwissenschaft*, 2016). Si pensi al comprovato pragmatismo e alle esperienze maturate dalla Gran Bretagna quale potenza mondiale di un tempo. Ribadisco qui che le mie quattro caratteristiche per l'approccio scientifico al costituzionalismo rimangano valide anche nelle comunità regionali transnazionali: valori alti, massimi valori come fondamento e al contempo esaltazione e compenetrazione dell'ordinamento giuridico, forma giuridicamente consolidata, stabilità di

ISSN 2279-7238

principio "istituzionale", nonché, sul piano spaziale, validità nazionale, regionale, universale. Tutto ciò vuole e deve servire alla pace su tutti i fronti, nei tre ambiti culturali menzionati.

3) Fattori costituzionali nel diritto internazionale come diritto costituzionale dell'umanità

La costituzionalizzazione del diritto internazionale è oggi un concetto onnipresente. Soprattutto *M. Kotzur* ha concretamente elaborato lo "stato di diritto nel diritto internazionale" (*Rechtsstaat im Völkerrecht*, in *Festschrift für E. Klein,* 2013, p. 797 e ss.). Ricordo inoltre la mia propria dottrina delle "costituzioni parziali": sono costituzioni *parziali* la Carta della Nazioni Unite (1945), le convenzioni di Ginevra (1907), Aja (1945) e Vienna (1961/69), lo Statuto romano della Corte penale internazionale (1998/2002) e la forma organizzativa dei tribunali delle Nazioni Unite. Lo stesso vale per la Convenzione internazionale sul diritto del mare quale "costituzione dei mari" (1982) così come per le Convenzioni sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite e per i principi fondamentali del diritto (v. gli studi preliminari di chi scrive, tra cui *Gedächtnisschrift für R. Barranco Vela,* volume 1 2014, p. 45 e ss.). Si pensi inoltre al diritto dello spazio nei testi specialistici nonché al "diritto nazionale di costituzionale mondiale", ossia testi che nell'ambito dello stato costituzionale trattano la pace nel mondo, i diritti dell'uomo, l'umanità (ad es. nel preambolo e negli artt. 1 e 2 GG nonché - assai frequenti sul piano sia cantonale e federale - in Svizzera). Le mie quattro categorie per il concetto di "costituzionalismo" qui calzano tutte. Tuttavia, purtroppo, assistiamo a delle uscite, tra cui l'uscita degli USA dall'UNESCO o dall'accordo di Parigi sulla tutela dell'ambiente. Una convenzione dell'ONU sul divieto delle così dette armi automatiche è desiderata per il futuro. Merita attenzione l'incoraggiante diffondersi dei tribunali costituzionali internazionali (v. anche *A. v. Bogdandy/I. Venzke*, *In wessen Namen? - Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014).

Molti temi migrano, interamente o parzialmente, dal diritto costituzionale nazionale al diritto internazionale e ai suoi ordinamenti parziali. Ne sono esempi i due patti sui diritti dell'uomo del 1976 (inclusi i protocolli): codificati nello spirito dei grandi testi del 1776, 1789 etc. e di molti cataloghi nazionali dei diritti dell'uomo, in tempi recenti costituiscono tessere del mosaico dello stato di diritto e, considerando il crescente numero dei tribunali internazionali, anche elementi di divisione dei poteri (l'indipendenza dei giudici). Costituzioni parziali in tal senso sono soprattutto la Carata delle Nazioni Unite (1945) e le molteplici convenzioni ONU. Inoltre sono da menzionare le Convenzioni contro la discriminazione razziale (1966) e contro la tortura (1984), la Convenzione suo diritti dei bambini (1989), la Convezione sui diritti dei disabili (2006) nonché gli statuti delle corti internazionali come la Corte internazionale di giustizia dell'Aja (1945) e il Tribunale internazionale del diritto del mare di Amburgo.

ISSN 2279-7238

Specificamente nel diritto internazionale si parla di "costituzioni parziali" per i seguenti motivi: fattualmente e giuridicamente sono contratti di lunga durata, simili alle costituzioni; inoltre gioca un ruolo la vincolatività giuridica nello spazio. È evidente la rilevanza, l'elevata valenza dei temi, sostenuti dall'opinione pubblica mondiale, trattati dalla Convenzione contro il genocidio (1948), dalla Convenzione sulla protezione della specie (1973), dal diritto umanitario internazionale o dal diritto internazionale dell'ambiente (1979/85/87/92/97). Si tratta di alti testi sui valori di orientamento, su ideali come la giustizia, la pace nel mondo, gli interessi dell'umanità, la dignità dell'uomo, che in parte provengono dal diritto costituzionale nazionale. Si pensi inoltre agli elementi di stato di diritto e stato sociale presenti nello status di diritto internazionale dei rifugiati (1951/67) nonché – accanto al diritto internazionale vincolante – ai principi generali del diritto internazionale, tra cui ad es. il principio della buona fede, espressamente ancorato in alcuni documenti di diritto internazionale (ad es. l'art. 2 comma 2 dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945 o l'art. 31 comma 1 dell'Accordo di Vienna sul diritto dei contratti (1961)) e tradizionalmente noto sin dalle grandi codificazioni di diritto privato dei vecchi stati nazionali. Si tratta di norme costituzionali anche poiché intese a limitare ogni tipo di potere nel rispettivo ambito o spazio. Essere "stimolo e barriera", era uno degli elementi nella visione costituzionale di *R.Smend*. Ciò, analogamente, vale anche per molti principi del diritto internazionale, e vale per l'interpretazione di costituzione come "norma e compito" di *U. Scheuners*. Ciò significa, ora: il diritto internazionale come norma e come compito – fino alla "politica del diritto internazionale", affidata a un largo numero di attori, tra cui commissioni di giuristi fino alla "International Law Commission".

E' degna di nota l'osmosi tra le costituzioni parziali del diritto internazionale e le costituzioni parziali nazionali. Osserviamo una concatenazione di principi giuridici, un dare e prendere tra lo stato costituzionale cooperativo aperto al mondo e il diritto internazionale. Si pensi, da un lato e dall'altro, a ai diritti dei bambini, al divieto della schiavitù, alla tutela della diversità delle specie e alle clausole sul patrimonio culturale. Constatiamo una relativizzazione del classico schema fuori-dentro. Il tradizionale pensiero separatistico è superato. Si colloca in questo contesto la scoperta del diritto internazionale soggettivo (*A.Peters*).

Un pensiero specifico deve essere dedicato alla generale *connessione effettuale politica e giuridica* tra le tre forme di vita costituzionale, avvero tra i tre ambiti culturali. Esistono intense interconnessioni, interazioni e processi osmotici, anche rimandi e aggiornamenti nonché migrazioni e aggiornamenti tra lo stato costituzionale cooperativo da un lato e le comunità costituzionali regionali e transnazionali oppure la comunità internazionale degli stati dall'altro (tema del 1978: "permeabilità"). Osserviamo azioni reciproche e processi di trasferimento per quanto riguarda i

ISSN 2279-7238

testi, le sentenze e anche le politiche. L'idea dei diritti umani è "migrata" dal contesto nazionale a quello internazionale. I diritti fondamentali dell'UE fanno riferimento a vari modelli nazionali e alle loro *verità* costituzionale, e a loro volta si ripercuotono sulle costituzioni nazionali. Lo stresso vale per la loro forma originaria della suddivisone dei poteri, ossia la cosiddetta parità istituzionale nell'UE. A livello del diritto internazionale costituzionalizzato osserviamo folti elenchi di compiti che traggono vita dalle forme originarie e dai modelli delle costituzioni nazionali. Un elemento di democrazia si evidenzia perfino nelle Nazioni Unite (Assemblea generale, Consiglio per i diritti dell'uomo dell'ONU a Ginevra), e tanto più nell'EU come parlamento europeo. Il processo di produzione e recezione giuridica tra le tre forme menzionate di vita o i tre ambiti culturali costituzionali diviene particolarmente evidente se guardiamo il *terzo* potere. I tribunali internazionali e il loro avanzare come veicolo di costituzionalizzazione del diritto internazionale non possono che essere apprezzati. Già si parla di "dialogo" tra le corti costituzionali (v. anche *A. Voßkuhle*, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund,* NVwZ 2010, p. 1 e ss.). Decisioni particolari da parte dei giudici saranno in tale contesto utili a lungo termine come "metodi alternativi di giudizio". Diviene possibile una giurisprudenza universale, anzitutto nei metodi interpretativi. È anche in atto la discussione se nei tribunali internazionali debbano essere chiamati anche giudici nazionali. A mio avviso: si.

Un breve commento, purtroppo, richiedono anche le *crisi* e le *sfide* del costituzionalismo in tutti e tre gli ambiti di vita strutturati giuridicamente (o ambiti culturali). Occorre ricordare il terrorismo internazionale, le crisi finanziarie globali, l'economizzazione traboccante non solo nel capitalismo finanziario, il palese mutamento climatico, il ritorno del nazionalismo esaltato e aggressivo, l'internet come spazio franco esterno al diritto e allo stato, la corruzione strabordante, i paradisi fiscali internazionali, il diffuso aumento di "fake news" e messaggi di odio, il cosiddetto Stato islamico, le guerra, le carestie, gli attacchi cibernetici, i flussi migratori, il potenziamento astronomico di spese militari e non ultimo i tentativi illegali di secessione come in Catalogna, le pericolose "società parallele" che mettono a rischio la convivenza pacifica (ad es. la giustizia parallela dell'islam in Germania, i ghetti in Danimarca). Il costituzionalismo qui si trova di fronte a compiti enormi, sia politici che economici, si pensi anche al necessario contenimento dei mercati entro la loro funzione esclusivamente *strumentale,* certamente non fine a se stessa. Per non parlare degli spostamenti di potere geopolitico tra USA, Russia e Cina. Soltanto con uno "spirito rivolto al mondo" (*Weltgeist*) saremo in grado di contemplare tale scenario nel suo insieme. Noi stessi possiamo soltanto procedere passo per passo, elaborando caute riforme, tra cui ad es. la chiara

ISSN 2279-7238

distinzione tra richiedenti asilo e migranti nell'UE. L'aumento dei partiti euroscettici nel nostro continente valga come appunto negativo.

II. Gli attori nel contesto del costituzionalismo

Passiamo ora agli "attori" nella mia struttura teorica del costituzionalismo, ovvero alle persone pensanti e le istituzioni e gli organi operanti. Storicamente, il primo posto spetta agli stati nazionali divenuti nel corso della storia stati costituzionali. Meritano esplicita menzione come attori in tali processi di crescita del costituzionalismo i politici provenienti dai singoli stati, dalle comunità costituzionali regionali e transnazionali nonché dal palcoscenico internazionale. Un attore importante è l'ONU, inclusi i suoi organi e impiegati, sebbene il Consiglio di sicurezza a New York sia spesso bloccato. A livello nazionale emergono quelli attori che hanno operato come "padri e madri" della loro costituzione. Cito qui i Federalist Papers per la formazione degli Stati Uniti e i membri del Consiglio parlamentare di Bonn per il Grundgesetz tedesco del 1949, tra cui *Carlo Schmid* e *T. Heuß*. Per l'Europa possiamo citare gli autori italiani del manifesto di Ventotene (1945) e i grandi politici nella costruzione europea come *A. De Gasperi*, *Ch. De Gaulle*, *Jean Monnet* e *H. Kohl*, anche *W. Hallstein* e *J. Delors*. Pensiamo inoltre quei grandi uomini di stato che hanno condotto i loro popoli nella libertà costituita, nella società aperta e dunque nel costituzionalismo: *V. Havel* nella Repubblica ceca e *N. Mandela* in Sudafrica, precedentemente *S. Bolivar* nell'America Latina. Ora tuttavia sono centrali i *costituzionalisti,* ovvero quelle personalità che attraverso il loro pensiero, creando "testi classici nella vita costituzionale" (1981), hanno avviato e mantenuto in piedi lo stato costituzionale. Cito *J. Locke, Montesquieu, Rousseau*, *Tocqueville* ma anche *Kant,* in parte *Hegel,* infine *H. Jonas* (principio della responsabilità) e per la Germania i classici di Weimar. Nel senso del mio elenco di attori occorre citare inoltre, ma non per ultimo, la figura del giudice internazionale nella veste di giurista costituzionale. Il terzo potere, considerando la sua indipendenza e i sui specifici metodi, non può che essere apprezzato per i suoi contributi al costituzionalismo (si pensi a Lussemburgo, Strasburgo, Costa Rica). Negli USA il terzo potere attualmente appare come ultima tutela contro il Presidente *Trump*. Il terzo potere come attore del costituzionalismo è oggi messo in pericolo in Turchia e probabilmente anche in Polonia (dove - partendo, guarda caso, dal diritto processuale costituzionale - si violano i diritti fondamentali dell'UE sulla divisione dei poteri). Una nuova sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europa del 2018 sull'indipendenza del giudice e sull'obbligo di una tutela giuridica effettiva include tali principi nelle "tradizioni costituzionali comuni" agli stati membri.

ISSN 2279-7238

Il *pluralismo degli attori* è una caratteristica delle dinamiche di scambio tra le costituzioni parziali. Attori sono, tra gli altri, i singoli stati, le ONG, le corti nazionali, i tribunali internazionali come i tribunali dell'ONU secondo il modello dell'indipendenza del terzo potere all'interno dello stato, gli stati, le organizzazioni internazionali e infine persino i cittadini nella rivendicazione e realizzazione delle loro libertà fondamentali e dei loro diritti sociali (a livello nazionale o sovranazionale). Si arriva dunque a uno spalleggiamento tra i numerosi diritti costituzionali nonché tribunali costituzionali nazionali e il diritto internazionale. Non per ultimo è da citare la scienza: "i più capaci internazionalisti delle diverse nazioni" (cfr. art. 38 comma 1 lettera d Statuto della Corte internazionale del 1945) così come le comunità scientifiche nazionali e sovranazionali sono a lungo termine da considerare attori, facendo parte della repubblica universale degli eruditi.

Con queste tesi sull'intreccio tra costituzioni parziali nazionali, regionali e internazionali si intende favorire unicamente un costituzionalismo universale, non un diritto mondiale o perfino di uno stato mondiale. Soltanto episodicamente si dovrebbe usare il concetto di "cultura giuridica universale", ad es. in contesti riguardanti la Convenzione sulla tutela dell'eredità culturale mondiale (1972), la molteplicità di forme espressive culturali (2005), anche la convenzione UNESCO sull'eredità culturale immateriale (2003/13), l'abrogazione della pena di morte (1989) e da tempo la lotta contro la pirateria.

Sulla disciplina della "politica costituzionale" in tutti e tre gli ambiti di lavoro del costituzionalismo dobbiamo qui limitarci a un accenno, utile come collegamento alla parte III: Metodi di lavoro, in particolare quello scientifico.

III. Metodi di lavoro, in particolare delle scienza intorno al costituzionalismo

Le seguenti considerazioni riguarderanno esclusivamente il *costituzionalista* (erudito e giudice della corte costituzionale), figura oggi attiva e richiesta in tutto il mondo. Sarebbero da discutere in separata sede i metodi di lavoro dei restanti attori da me menzionati nel contesto del costituzionalismo, tra cui il modo di lavorare dei politici, che si pongono a servizio della politica costituzionale, oppure le attività degli economisti, degli storici, dei politologi e degli studiosi delle scienze naturali attivi come consulenti. Per quanto riguarda i costituzionalisti va detto che sono coinvolti nello sviluppo di "giurisprudenza universale". Dando per lo meno uno sguardo sintetico ai *metodi* con cui lavora e si disciplina – necessita una *metodologia settoriale* in quanto ad es. il diritto penale richiede un modo di lavorare profondamente diverso rispetto al diritto costituzionale (sulla

ISSN 2279-7238

questione v. anche *A. Jakab*, European Constitutional Language, 2016). Il *costituzionalista* (*der Verfassungsjurist*) – nazionale, regionale o universale che sia - oggi dovrebbe lavorare seguendo i seguenti metodi: la comparazione costituzionale quale "quinto" metodo interpretativo (1989); il paradigma dei livelli testuali per indagare sui processi mondiali di produzione e recepimento dei testi costituzionali nonché sulla loro trasfigurazione, il loro "aggiornamento" (con riguardo alla *realtà* costituzionale, v. ad es. la Costituzione federale svizzera 1999) e le estrapolazioni; la comparazione costituzionale contestuale, iniziata nel 1979 e successivamente sviluppata da me in un intervento a Roma nel 2005 con la parola chiave "comparazione costituzionale come scienza del contesto". Si pensi soprattutto ai contesti culturali, si faccia riferimento alla nota espressione "unless context otherwise requires", frequente nelle più recenti costituzioni e semplificabile nelle formule "interpretare attraverso pensieri aggiunti" o "illuminare i nessi". Per ragioni di tempo bastino questi accenni. Di nuovo si dovrebbe tener presente che la nostra scienza rappresenta soltanto *uno* tra tanti attori laddove si tratta di sviluppare ulteriormente lo stato costituzionale e le sue declinazioni regionali e globali nei tre diversi ambiti culturali. La Svizzera, negli studi preliminari alla revisione totale della costituzione federale durante gli anni 80 e 90, ha svolto un lavoro esemplare con numerose alternative testuali.

IV. Lo sviluppo del costituzionalismo in Africa

L'Africa quale continente con i suoi 55 stati singoli è di recente entrata nel focus sia delle scienze sia della politica. Si ricordi la controversia sugli "stati di provenienza" in Africa, dai quali l'Europa vorrebbe limitare la migrazione (l'Italia soffre particolarmente della mancanza di solidarietà europea). Degna di nota è l'iniziativa del presidente della Repubblica francese *Macron* riguardo alla restituzione dei beni culturali sottratti in epoche precedenti dalle potenze coloniali, l'intento di riportare l'eredità culturale africana dagli musei europei nel paesi di origine. *Macron* nel 2018 ha iniziato in tal senso uno specifico programma EU con il motto: la zona del Sahel come "luogo della cultura". La ex potenze coloniali europee hanno tutti i e le ragioni per avvertire una cattiva coscienza. Si dovrà attendere per vedere come sfruttamento e dolore, povertà e fame nei paesi africani potranno ridursi con l'aiuto dell'Europa. Probabilmente il compito richiederà molto tempo, tuttavia è incoraggiante l'esistenza già oggi in Africa di numerosi luoghi dichiarati Patrimonio dell'umanità. È degna di nota la vistosa presenza in Africa della Cina, la quale per ragioni geopolitiche finanzia infrastrutture come porti (Dschibuti), ferrovie, etc. (la Cina, fatto alquanto doloroso per noi, ha anche acquistato il porto di Pireo). Tutto ciò illustra lo sfondo geopolitico per

ISSN 2279-7238

il costituzionalismo africano a cui ora accenneremo. Certamente passerà ancora del tempo prima che in Africa si formi una "cultura costituzionale" trasversale nel senso della mia proposta del 1982 (la costituzione del Sudafrica del 1996 rappresenta un testo particolarmente esemplare).

Si sta delineando tuttavia l'inizio di una *costituzionalizzazione dell'Africa*, formato da apprezzabili costituzioni nazionali e unioni regionali come l'Unione africana e la Comunità degli stati dell'Africa occidentale (dotata perfino di una corte costituzionale) – una "opinione pubblica africana" sembra già esistere. Pur potendo presentare – anche qui - soltanto una selezione tra i più creativi livelli testuali tratti dalle costituzioni nazionali, emerge una notevole creatività in molti testi del Sudafrica (1996), del Kenya (2010), dell'Angola (2010) e della Tunisia (2014). Emergono inoltre, come nel resto del mondo, dei fecondi processi di scambio. Il grande motto "cultura della pace" ad es. appare prima in Slovenia (1991), poi in Umbria (2005) nonché in alcuni testi del regionalismo spagnolo, successivamente in un paese dell'America latina e infine nella costituzione del Sud Sudan (2011). È lecito parlare di una "società aperta dei costituenti" a livello mondiale. Possiamo elencare una serie di ambiti di vita costituzionale ai quali i costituenti africani stanno dando notevoli contributi, tanto da poter già parlare di un costituzionalismo africano, di cui fa parte la Carta di Banjul dei diritti dell'uomo e dei popoli africani (1986).

Un campo particolarmente fertile è quello dei preamboli costituzionali. Costruiscono un'importante narrazione del paese. Ciò nobilita il preambolo quale cuore centrale del costituzionalismo sul piano sia formale sia di contenuto. I preamboli, dal punto di vista delle scienze culturali, assomigliano ai prologhi nella poesia o ai preludi nella musica, tanto che non di rado meritano il predicato di "evento testuale". Con un linguaggio vicino ai cittadini ma solenne delineano la storia del paese, affrontano il presente e progettano con parole di grande spessore il futuro costituzionale. Messi tutti assieme tali preamboli formano pressappoco un'antologia africana e delle costituzioni. Vengono delineati i valori fondamentali del rispettivo costituzionale sui quali il cittadino dovrà letteralmente sintonizzarsi. Di seguito alcuni esempi: la costituzione del Mali (1992) fa riferimento alle "tradizioni dell' eroica lotta" parlando di "democrazia pluralistica" nonché di "molteplicità culturale e linguistica" e promozione della pace. Il preambolo del Malawi (1994) si professa per l'unità di tutti gli uomini e relazioni internazionali pacifiche. Il preambolo della Nigeria (1999) apre con l'espressione "we, the people" e si dedica alla "solidarietà intra-africana", a un buon lavoro governativo nonché al benessere di tutti gli uomini nel paese (la Nigeria vanta la cultura Nok preistorica e recentemente riscoperta). Fruttuosa da ogni punto di vista, la costituzione dell'Angola (2010) parla di resistenza contro "l'occupazione coloniale", ricorda la "saggezza della storia comune e delle culture", si vede ispirata dai "migliori insegnamenti della tradizione africana – il sostrato

ISSN 2279-7238

base della cultura e identità dell'Angolia" e improntato da una "cultura della tolleranza". Viene garantita tanto la dignità dell'uomo quanto la divisone e limitazione dei poteri e il sistema dell'economia di mercato. Infine si vede obbligata all'"eredità per le future generazioni". Il preambolo del Sud Sudan (2011) inizia con "we, the people", promette "la lunga e eroica lotta per giustizia, libertà, uguaglianza e dignità" e rivendica sostenibilità per le risorse naturali nella prospettiva delle generazioni presenti e future "nello spirito dell'Islam e dell'amore per il bene e per il paese ". Quale idealismo!

Una parole sul catalogo dei diritti fondamentali: qui si trovano accanto ai classici diritti fondamentali temi nuovi, ad es. la tutela dei giovani, degli anziani e dei disabili; nel contesto dei limiti dei diritti fondamentali e delle particolari regole di interpretazione emerge perfino la garanzia del contenuto essenziale (Wesensgehalt) dei diritti fondamentali. Si rivelano frequenti i temi cultura e educazione – qui viene in mente la mia vecchia idea della "costituzione come obiettivo educativo". Molto viene disposto sotto forma di mandato costituente, ma si trovano anche organi e istituzioni del tutto nuovi, tra cui le commissioni per i diritti dell'uomo o le commissioni per altri ambiti di vita quali i media e la lotta contro la corruzione. I diritti di partecipazione sono normati come se fosse scontato. Infine è degno di nota la preoccupazione circa il *pacifico cambio di potere* tra i presidenti di stato, cosa che malgrado i testi costituzionali nella realtà costituzionale spesso riesce soltanto sotto pressione o non riesce affatto, basti pensare ai più recenti esempi del Sudafrica o dello Zimbabwe.

L'Africa dunque può vantarsi di essere un'"officina", un laboratorio per nuovi temi e figure - ovvero nuovi testi costituzionali - del costituzionalismo. Certo: la discrepanza tra *diritto* costituzionale e *verità* costituzionale è spesso assai dolorosa – e sarà per quello che ancora non esiste un "diritto costituzionale comune africano". La forza normativa della costituzione (*K. Hesse*) non è ovunque amata e vissuta. Probabilmente in Africa le condizioni socioeconomiche appropriate per il costituzionalismo sono ancora poco sviluppate (lavoro, formazione, istruzione, salute, pace, un minimo di benessere, infrastrutture). Tuttavia l'Africa dovrebbe avere un futuro costituzionale, nonostante non sia rara la minaccia di strutture autoritarie (v. ad es. *A. Kemmerer* che in un "editoriale" per il blog costituzionale avanza la questione se esista un "costituzionalismo del sud globale"; reperibile sul sito https://verfassungsblog.de/quergelesen-gibt-es-einen-konstitutionalismus-globalen-suedens/). Proprio la comunità scientifica nazionale italiana, come presente qui a Roma, potrebbe in virtù della sua vicinanza geografica all'Africa attivarsi in modo particolarmente autentico offrendo aiuto sul posto.

ISSN 2279-7238

V. Prospettiva

Noi, come servitori del diritto, dobbiamo anche chiamare per nome i frequenti dolorosi "limiti" della nostra scienza. L'ottimismo scientifico oggi non ha vita facile, malgrado la speciale motivazione insita nel costituzionalismo quale servizio per la pace dell'umanità (il diritto internazionale come "diritto costituzionale dell'umanità", in esso ha le sue radici il "diritto ai diritti" nel senso di *Hannah Arendt*). Dobbiamo fare di tutto affinché il costituzionalismo rimanga attraente per gli uomini. Teniamo presente la scienza come eterna ricerca della verità nel senso di *W. von Humboldt* – e qui possiamo tracciare un parallelo con il servizio alla verità del terzo potere. Detto nelle parole del Grundgesetz: la libertà scientifica e il compito della giurisprudenza vanno di pari passo (art. 5 commi 3 e 92 GG) – la ricerca della verità dà l'impronta al costituzionalismo. La vitalità del costituzionalismo si conferma in considerazione delle nuove "commissioni delle verità" create in paesi dal Sudafrica fino alla Tunisia – e la ricerca della verità, o per lo meno veridicità, dovrebbe essere anche la massima di tutti i politici. Il costituzionalismo non dovrà certo divenire un "concetto tutto fare", avendo anch'esso dei limiti e delle crisi: limiti nella forma delle alterne vicende del mandato parlamentare di costruzione politica, nella forma del diritto semplice e nella forma dei cosiddetti tribunali specializzati; crisi, come mostrato, in abbondanza. Il costituzionalismo nell'insieme dei suoi tre ambiti culturali è una scienza della pace, è una parola di speranza e come tale deve essere pronto alla riforma e rimanere responsabile, deve essere progetto che con il cambiamento diventa (può diventare) realtà.

ISSN 2279-7238

Il test di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea in spagna*

Augusto Aguilar Calahorro**

SOMMARIO: 1. Introduzione: la Carta e il principio di attribuzione – 2. La Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno – 3. L'evoluzione della dottrina della Corte di giustizia avente ad oggetto "quando applicare il diritto dell'Unione" dell'articolo 51.1 CDFUE: il Test di competenza – 4. La corretta applicazione del Test da parte della giurisdizione ordinaria spagnola – 5. Conclusioni

1. Introduzione: la Carta e il principio di attribuzione.

È indubbio che l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) nel 2009 ha dato un importante impulso alla costituzionalizzazione materiale dell'Unione, nella struttura della "Comunità di Diritto Sovranazionale", ora limitata ad un corpo di diritti e libertà fondamentali[954].

Tuttavia, la sua efficiacia, nell'arco di questi nove anni, ha confermato le critiche suscitate dopo la sua impropria inclusione nel Trattato costituzionale, quando si verificò una battuta di arresto secondo la dottrina più ottimista, la quale definì la Carta come il «convitato di pietra»[955] del Trattato costituzionale. La causa principale delle critiche, che continuano ancora oggi, furono le cc.dd. "clausole orizzontali" previste nelle disposizioni generali del Titolo VII. Queste clausole

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018

** Profesor de derecho constitucional de la Universidad de Granada

954 Ad esempio, dopo la sua proclamazione, Carrillo Salcedo, J.A. (2001), Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista de derecho comunitario*, 9, p. 7, sostiene che questo documento facilita la fissazione dei criteri per valutare la legittimità dell'azione dei poteri pubblici nell'Unione.

955 Cruz Villalón, P. (2005), La Carta, o el convidado de piedra. (Aproximación a la Parte II del proyecto de Tratado/Constitución para Europa), in C. ClosaMonterio e N. Fernández Sola (Coords.), *La Constitución de la Unión Europea,* pp. 185-197, critica che l'introduzione nella Costituzione europea della Carta determinò un processo di giuridificazione e costituzionalizzazione molto «più apparente che reale». Nonostante ciò, Cruz Villalón attribuisce attualmente tutta la rilevanza che ha l'esistenza di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: «insomma, la comunità costituzionale europea incontra oggi una parte fondamentale della sua complessa struttura in un non meno complesso documento presieduto da un titolo comunque poco equivoco: "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". Una norma giuridica dotata del massimo rango nell'ordinamento giuridico dell'Unione». Si veda ID (2017) El valor de posición de la Carta de derechos fundamentales en la Comunión Constitucional Europea, *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017, pp. 85-101.

ISSN 2279-7238

disinnescarono, se non il suo «valore» materiale, la sua forza formale per vincolare il potere pubblico. I principali ostacoli per l'efficacia della Carta sono i seguenti:

A. In primo luogo, i diritti fondamentali come limiti all'esercizio del potere pubblico sovranazionale sono indeboliti dall'incisiva differenza, stabilita dall'art. 52.5, tra principi e diritti.

Questa differenza è stata determinata dall'insistenza di Stati come Regno Unito, Danimarca e Olanda, contrari all'introduzione dei diritti sociali mediante disposizioni aventi efficiacia diretta, azionabili davanti ai giudici[956]. La differenza sostanziale risiede nella circostanza che i principi "devono essere osservati", invece di essere rispettati; devono "applicarsi tramite atti legislativi e esecutivi (adottati dall'Unione in ragione delle sue competenze e dagli Stati membri solamente in applicazione del diritto dell'Unione)" e "assumono rilevanza per i giudici solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo", senza che diano adito a "pretese dirette per azioni positive delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri"[957]

Se questa iniziale distinzione è in linea con le tradizioni costituzionali comuni (si veda l'articolo 53.3 della Costituzione spagnola) tuttavia non specifica né nel testo né nelle spiegazioni che accompagnano la Carta quali disposizioni possono definirsi principi e quali sono i diritti. Mostra a titolo esemplificativo solo alcuni esempi, osservando che in alcune disposizioni possono confluire allo stesso tempo principi e diritti e, a maggior ragione, che alcune disposizioni rubricate con il titolo di principio possono essere effettivamente considerate diritti e viceversa. L'incertezza sulla portata dei principi gioca a sfavore dell'efficacia di tutti i diritti della Carta[958].

B. In secondo luogo, si ribadisce come un mantra che la Carta non amplia l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione oltre le competenze dell'Unione, né crea nessuna competenza o nuovo obiettivo per l'Unione, né modifica le competenze e gli obiettivi definiti nei Trattati (51.2 CDFUE e 6.3 TUE)[959]. Ciò significa che la positivizzazione della Carta rimane al margine della distribuzione delle competenze fissata dai Trattati. I diritti fondamentali non riflettono, com'è tipico della loro

[956] Ad esempio, Lord Goldsmith, QC (2001), A Charter of rights, freedoms and principles, *Common Market Law Review*, 38, pp. 1206 e ss.
[957] Si tratta delle spiegazioni relative all'art. 52.5 della Carta.
[958] Si veda per questa critica J. Krommendijk, J. (2015), Principled silence or mere silence on principles? The role of the European Charters Principles in the case law of the Court of Justice, *European Constitutional Law Review* (ECLR), 11, pp. 321-356.
[959] Come evidenziano le spiegazioni della CDFUE, «Si tratta di menzionare esplicitamente ciò che si riferisce logicamente al principio di sussidiarietà e al fatto che l'Unione solo dispone di competenze per attribuzione. I diritti fondamentali tutelati nell'Unione sono effettivi solo nell'ambito delle competenze che stabiliscono i Trattati. Di conseguenza, l'obbligo delle istituzioni dell'Unione, con riferimento alla seconda parte del paragrafo 1, di promuovere i principi stabiliti solo si può produrre all'interno dei limiti delle citate competenze».

ISSN 2279-7238

natura, la forma di esercizio del potere pubblico, i loro contorni e limiti, dovendosi avere riguardo al riparto di competenze del testo dei Trattati dell'Unione per comprendere la vera efficacia e portata dei diritti della Carta (cioè, in quale modo limitano l'esercizio del potere e fino a quale punto).

A mio parere, ciò comporta ulteriori conseguenze che possono essere solo richiamate in questa sede.

In primo luogo, il carattere funzionale delle competenze dell'Unione complica la realizzazione della portata dei diritti perché, come indicano i Trattati e la stessa Carta, essa dovrà collocarsi nel contesto dinamico del principio di sussidiarietà (con la complessità che ciò comporta in virtù dei Protocolli annessi al Trattato), e allo stesso tempo nell'ambito dell'eventuale continuo dialogo tra le Corti costituzionali nella sua versione di "ultra vires review"[960] che può condizionare l'interpretazione iniziale della Corte di giustizia dell'Unione europea o l'interpretazione uniforme di ciascuna disposizione. Come ha specificato Cruz Villalón, la Carta «si colloca così in una zona giuridicamente "trasparente", per così dire, attraverso la quale i contenuti che veramente contano in materia di diritti e libertà circolano liberamente. La conclusione di tutto ciò è che la Carta è un documento derivato, "riflesso", senza luce propria, che si limita a rispecchiare o lasciar passare la luce che le proiettano altri astri del firmamento dei diritti»[961].

In secondo luogo, ci sono situazioni nelle quali le stesse Istituzioni, nella sua applicazione, eludono il limite dei diritti in ragione del falso fondamento della mancanza di competenze nella materia. Si veda ad esempio la Sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite *Ledra e altri* del 20 settembre 2016 nella quale la Corte ammette il ricorso per cassazione nei confronti delle decisioni del Tribunale generale stabilendo che la Carta non è applicabile alle azioni della Commissione e della BCE nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità (MES) per la mancanza di competenza in questo ambito, esterno all'ordinamento europeo[962]. Una decisione che è stata modificata ma segnala il problema di vincolare assolutamente i diritti alle competenze dei Trattati.

---

[960] Vedere le Sentenze del Tribunale costituzionale tedesco 06.07.2010 (2 bvr 2661/06, Honeywell).

[961] Cruz Villalón (2005), cit., 1.

[962] «Inoltre occorre sottolineare che, per quanto gli Stati membri non attuino il diritto dell'Unione nell'ambito del Trattato MES, cosicché la Carta non gli si applica in tale quadro, la Carta si applica nondimeno alle istituzioni dell'Unione, compreso quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione. Del resto, la Commissione è tenuta a garantire che il Memorandum sia compatibile con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta». Paragrafo 67 della SCGUE, 20 settembre 2016, Cause riunite, C-8/15 P *LedraAdvertising/Commissione e BCE*, C-9/15 P *Elefttheriou e altri/Commissione e BCE* e C-10/15 P *Theophilou/Commissione e BCE* e Cause riunite C-105/15 P *Mallis e Malli/Commissione e BCE,* C-106/15 P *TameioPronoiasProsopikouTrapezisKyprou/Commisssione e BCE*, C-107/15 P *Chatzithoma/Commissione e BCE*, C-108/15 P *Chatziioannou/Commissione e BCE* e C-109/15 P *Nikolaou/Comisssione e BCE*.

ISSN 2279-7238

C. In relazione con il principio di attribuzione e il complesso equilibrio nell'applicazione della Carta, l'articolo 51.1 CDFUE finisce per evidenziare le difficoltà di efficacia dei diritti nell'Unione. I diritti devono rispettare il riparto di competenza che risulta, inoltre, dal diritto derivato dell'Unione. "Le disposizioni della presente Carta si applicano […] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". La Carta limita il potere pubblico delle Istituzioni dell'Unione, ma anche quello degli Stati membri quando questi agiscono come meri "agenti dell'Unione". In questa affermazione si presenta la "bifunzionalità"[963] della Carta, che si rivolge allo stesso tempo all'Unione e agli Stati membri. In questo ambito si spiega con tutta la sua portata la clausola del principio di attribuzione per competenza. La CDFUE, avente "lo stesso valore giuridico dei Trattati", comporta lo stesso impegno degli Stati nei confronti del Diritto originario, limita e vincola l'azione di questi all'interno del riparto di competenza tra l'Unione e gli Stati membri.

È in questo ambito che la Carta affronta tutti i problemi della sua efficacia nella cornice delle relazioni tra ordinamenti. In questo ambito incominciano i veri dubbi e la complessità sull'efficacia della Carta dei diritti fondamentali.

I problemi sulla capacità della Carta di limitare il potere pubblico si concentrano precisamente in questo spazio nel quale i poteri pubblici degli Stati membri sono quelli che agiscono e, pertanto, occorre valutare se lo fanno nel quadro giuridico dei Trattati o delle loro Costituzioni. Nel primo caso, i limiti all'azione del potere saranno determinati dal contenuto dei diritti della Carta[964]. Nel secondo caso, saranno determinati dal contenuto dei diritti fondamentali della Costituzione, e questi possono non coincidere con quelli. Per questo motivo, è imprescindibile delimitare l'ambito delle competenze dell'Unione e degli Stati prima di attribuire efficacia di un tipo o di un altro alla Carta, e ciò richiede di nuovo un "dibattito" preliminare sui limiti e controlimiti che comporta la sottoscrizione dei Trattati. Pertanto, non è sufficiente l'articolo 51.1 CDFUE per delimitare l'efficacia della Carta, che dovrà dedursi da un'analisi *case by case*.

Per concludere questo primo paragrafo, occorre evidenziare da quanto esposto un'idea essenziale. L'efficacia della CDFUE ruota intorno all'idea preliminare della sfera di competenza. L'efficacia

963 P. Cruz Villalón (2017), cit. 1.

964 Si potrebbe affermare che la protezione dei diritti nell'ambito dell'Unione non dipende esclusivamente dal valore della Carta. Fortunatamente, in questo caso, il combinato di garanzie di diritti che determina l'articolo 6 ruota su tre livelli di diritti: quelli della Carta, quelli dei principi generali del diritto dell'Unione (sulla base delle tradizioni costituzionali comuni) e, allo stesso tempo, quello derivante dall'adesione alla Convenzione europea dei diritti umani. Un esempio è quello dei diritti derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sui principi generali del diritto dell'Unione, tra i quali è stato segnalato che tutte le misure limitative delle libertà fondamentali dei Trattati impone un atto di esecuzione del diritto europeo e deve adeguarsi con i diritti fondamentali dell'Unione: SCGUE, 18 giugno 1990, causa *ERT*, C-260/89. Tuttavia, cercheremo di lasciare al margine la questione, non meno importante, della gerarchia esistente tra i diritti della Carta e i principi generali del diritto dell'Unione.

ISSN 2279-7238

dei diritti della Carta come limite al potere si colloca nell'ambito del dibattito sulla attribuzione della competenza attribuita all'Unione dagli Stati, e in conseguenza, su ciò che è stato affidato e ciò che può essere affidato. Un dibattito connesso con quello eterno relativo alla "*Kompetenz-Kompetenz*" e ai limiti delle identità nazionali.

Il problema principale nell'applicazione della Carta è, per usare le parole del Tribunale costituzionale spagnolo (TC), «la garanzia dell'esistenza degli Stati e delle loro strutture fondamentali, così come i loro valori, principi e diritti fondamentali, che in nessun caso potrebbero diventare irriconoscibili dopo il fenomeno della cessione dell'esercizio delle competenze all'organizzazione sovranazionale»[965]. Questa visione è il superamento del classico dialogo tra i giudici intorno al primato del diritto europeo. La Carta dei diritti fondamentali, invece di rappresentare una limitazione e un vincolo per il potere, costituisce un dibattito sullo stesso potere nell'Unione.

Effettivamente, l'applicazione della Carta e la sua efficacia risiede nella medesima ragione dell'esercizio del potere dell'Unione o, in altri termini, nella legittimità dell'Unione europea e del suo diritto. Per questo motivo, non deve meravigliare che la Carta si sia convertita in uno strumento di legittimazione del diritto derivato. In altri termini: la Carta, nella prassi giurisprudenziale, costituisce uno strumento di interpretazione del principio di attribuzione per competenza e del margine di discrezionalità degli Stati nell'ambito europeo. Ciò assume una rilevanza speciale nell'ambito della direttiva: i diritti della Carta, nel nostro Stato, sono gli strumenti ermeneutici sul significato e sulla portata delle direttive europee.

2. La Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno.

Dalla STC 28/1991 del 14 febbraio, il TC è stato molto prudente sul controllo dei diritti nell'ambito europeo. Per dare effettività al principio del primato la sua dottrina iniziale ha affermato la natura "infracostituzionale" del conflitto tra gli atti nazionali e il diritto europeo. Conformemente alla dottrina citata «[non] spetta al Tribunale costituzionale controllare la conformità dell'attività dei poteri pubblici nazionali al diritto comunitario europeo. Questo controllo compete agli organi della

[965] Decisione del TC 1/2004, 13 dicembre 2004, FJ3. In un passaggio precedente ha statuito nel FJ2 della decisione: «Questi limiti materiali, non accolti espressamente nel precetto costituzionale, ma che implicitamente derivano dalla Costituzione e dal significato essenziale del medesimo precetto, si traducono nel rispetto della sovranità dello Stato, delle nostre strutture costituzionali basiche e del sistema di valori e principi fondamentali consacrati nella nostra Costituzione, nella quale i diritti fondamentali acquisiscono un significato sostanziale (art. 10.1 CE)».

ISSN 2279-7238

giurisdizione ordinaria, in quanto esecutori dell'ordinamento comunitario e, se del caso, alla Corte di giustizia delle Comunità Europee attraverso il ricorso per inadempimento»[966].

In questo modo il TC ha negato sistematicamente la sua competenza a conoscere la possibile violazione dei diritti fondamentali nella cornice del diritto europeo, sia nell'ambito del diritto derivato sia nell'ambito dell'attuazione da parte dei poteri pubblici nell'applicazione o nell'esecuzione del diritto europeo. Raramente ha ammesso ricorsi *de amparo* nella materia che si sono limitati a controllare, dal punto di vista del riparto di competenza, l'impostazione della questione pregiudiziale[967] o il carattere vincolante delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dell'Unione europea[968].

Il TC si è pronunciato in modo concreto sull'articolo 51 CDFUE almeno in due occasioni: nella DTC 1/2004 e nella causa *Melloni*.

Nel 2004[969] il TC si è pronunciato sommariamente sulle conseguenze dei rapporti dei giudici nazionali con la Carta nei casi in cui "applicano il diritto dell'Unione". Nella sua risposta, il TC avrebbe distinto due possibili stadi nell'applicazione della Carta[970]:

- in primo luogo il giudice dovrebbe concedere ai precetti della Carta efficacia diretta e primato sul diritto interno quando si tratta di un caso nel quale si "applica il diritto dell'Unione", in virtù dell'articolo 93 CE, articolo mediante il quale la Spagna ha ratificato gli originari Trattati dell'Unione europea e ha adottato l'*acquis* comunitario.

- In secondo luogo, quando il giudice non applica in senso stretto il diritto dell'Unione nel caso concreto, dovrebbe concedere anche valore ermeneutico alla Carta per opera del disposto dell'art.

[966] SSTC 372/1993, FJ 8; 265/1994, FJ 2; 147/1996, FJ. 3; 45/1996, FJ 5; 202/1996, FJ 12, «non spetta al Tribunale costituzionale controllare la conformità dell'attività dei poteri pubblici nazionali al diritto comunitario europeo. Questo controllo compete agli organi della giurisdizione ordinaria, in quanto esecutori dell'ordinamento comunitario e, se del caso, alla Corte di giustizia delle Comunità Europee per il tramite del ricorso per inadempimento».
[967] In concreto la STC 27/2013, 11 febbraio 2013. STC 58/2004, 19 aprile 2004. Ugualmente SSTC 194/2006, 19 giugno 2006, 78/2010, 20 ottobre 2010, e 27/2013, 11 febbraio 2013. STC 145/2012, 2 luglio 2012. Nella STC 194/2006, 19 giugno 2006, confermò questa idea suggerendo che il ruolo che appartiene al TC è «verificare se il giudice ordinario si adegua o no al sistema legalmente previsto per il controllo delle leggi (...) e non [gli] compete risolvere se esista o non la presunta contraddizione di quella a beneficio di questa, ma solo ed esclusivamente, se il giudice spagnolo ha adottato la sua decisione disapplicativa nell'ambito della sua giurisdizione, cioè nel processo con tutte le garanzie».
[968] STC 145/2012, 2 luglio 2012, causa Iberdrola.
[969] Vedere la Dichiarazione del Tribunale costituzionale (DTC) 1/2004, 13 dicembre, paragrafo 6.
[970] Questa doppia dimensione della Carta è stata confermata mediante la Legge organica 1/2008 del 30 luglio 2008 con la quale si autorizza la ratifica della Spagna del Trattato di Lisbona. Mediante l'articolo 93 CE si introduce nel nostro ordinamento giuridico la CDFUE, con la speciale efficacia che questa disposizione affida al diritto europeo nell'ambito interno: primato applicativo.

ISSN 2279-7238

10.2 CE[971], elevando la Carta a modello per l'interpretazione de «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce»[972].

In relazione al possibile conflitto tra il livello di tutela costituzionale e quello della Carta il TC fu conciso. Non è possibile affrontare astrattamente futuri conflitti in casi concreti, ma «chiaramente si segnala che la Carta è concepita, in ogni caso, come una tutela minima, sulla quale può svilupparsi il contenuto di ciascun diritto e libertà fino a raggiungere il livello di contenuto assicurato in ogni caso dal diritto interno»[973]. E in caso di conflitto «le autorità nazionali [non] lasciano di essere sottoposte all'ordinamento interno quando agiscono adempiendo obbligazioni previste [in virtù della ratifica dei Trattati europei…], poiché anche in questi casi continuano ad essere potere pubblico che è sottoposto alla Costituzione»[974]. Pertanto, «l'applicazione da parte del giudice nazionale, come del giudice europeo, dei diritti fondamentali della Carta dovrà suppore, quasi senza eccezioni, l'applicazione simultanea del correlativo diritto fondamentale nazionale»[975].

In altri termini, il TC stabilisce che (a) il livello di garanzia dipenderà dall'applicazione della CDFUE in base all'art. 93 o in base all'articolo 10.2, dovendo in primo luogo arrendersi al primato e assumendo nel secondo caso carattere ermeneutico. Tuttavia dato che la Carta è una garanzia minima, (b) in ogni caso il parametro costituzionale dovrebbe essere applicato.

Nonostante questo sforzo giurisprudenziale, nella prima questione pregiudiziale sollevata dal TC davanti alla Corte di giustizia[976], nel primo conflitto concreto sull'efficacia della Carta nella causa cosiddetta *Melloni*[977], la Corte di giustizia rifiutò questa impostazione[978]: se si autorizza in linea

[971] Ai sensi dell'art. 10.2 della CE: «Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpretano in conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna».

[972] DTC 1/2004, FJ 7: «Pertanto il dubbio che in questa sede può esaminarsi è quello relativo all'eventuale contraddizione con la Costituzione di una Carta di diritti che, per opera del disposto dell'art. 10.2 CE, dovrebbe elevarsi, dopo la sua integrazione nell'Ordinamento spagnolo, in modello per l'interpretazione de «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce»; ciò è chiaro senza pregiudizio del suo valore in quanto diritto dell'Unione, integrato nel nostro ordinamento ex art. 93 CE».

[973] Idem.

[974] Si veda la STC APESCO, 22 marzo 1991, 64/1991, paragrafo 8 della esposizione dei motivi.

[975] DTC 1/2004, FJ 7.

[976] ATC 86/2011, 9 giugno.

[977] Causa *Melloni*, sentenza della Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11.

[978] Una questione spinosa senza dubbio mediante la quale il Tribunale costituzionale si univa alle Corte costituzionali europee alle perplessità sollecitate dall'"armonizzazione" della Decisione quadro del 2002 in ambito penale e alle relative contraddizioni con i principi di eguaglianza e legalità penale. Si può avere riguardo alle Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 12 settembre 2006, causa C-303/05 *Leden van de Ministerraad*, paragrafi 4-8: «Per risolvere tale dilemma dobbiamo esaminare con determinazione il ruolo dei diritti fondamentali in un ambito tanto sensibile come quello della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La sfida non è da poco, considerato che in alcuni Stati membri la trasposizione della decisione quadro non ha avuto luogo poiché avrebbe pregiudicato alcuni diritti dei cittadini».

ISSN 2279-7238

generale alla circostanza che «uno Stato membro applichi lo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando sia più elevato di quello previsto dalla Carta […si…] svilirebbe il principio del primato del diritto dell'Unione, poiché permetterebbe ad uno Stato membro di porre ostacoli all'applicazione di atti del diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, se non rispetteranno i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di questo Stato»[979].

Successivamente nella sentenza della Corte di giustizia *Åkeberg Fransson* è maturata questa idea. L'applicazione del diritto europeo da parte dei poteri pubblici nazionali non si esaurisce nella mera esecuzione ma anche nell'attuazione normativa delle norme europee per la relativa applicazione. E qui incominceranno a spiegarsi le differenti sfumature dell'articolo 51.1 CDFUE, i diversi aspetti della relazione dei poteri pubblici nazionali con la Carta "quando applicano il diritto dell'Unione"[980].

Afferma la Corte di giustizia dell'Unione europea «in una situazione nella quale l'azione degli Stati membri non è totalmente determinata dal diritto dell'Unione, le autorità e i tribunali nazionali continuano ad essere nella facoltà di adottare standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali, sempre che questa applicazione non leda il livello di protezione previsto dalla Carta, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»[981].

In altri termini, quando il diritto europeo interviene con forza "armonizzante" e occupa tutto lo spazio normativo (nella cornice delle sue competenze concorrenti) il livello di garanzia dei diritti sarà esclusivamente quello della Carta, il quale se fosse inferiore a quello delle Costituzioni nazionali dovrebbe applicarsi con precedenza. Se invece, il diritto europeo permettesse un margine di discrezionalità agli Stati per lo sviluppo del diritto europeo (come nell'ipotesi delle direttive o delle decisioni quadro) allora gli Stati potrebbero imporre il livello di garanzia più elevato delle loro Costituzioni.

---

[979] FF.JJ 56 e 57 de la STJ *Melloni,* cit. Chiaramente nella sentenza della Corte di giustizia UE, *Hans ÅkerbergFransson*, C- 617/10, 26 febbraio 2013: «In secondo luogo, per quanto riguarda le conseguenze che deve dedurre un giudice nazionale in caso di conflitto tra le disposizioni del suo diritto interno e i diritti garantiti dalla Carta, secondo la giurisprudenza consolidata, l'organo giurisdizionale nazionale incaricato di applicare, nella cornice della sua competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione è obbligato a garantire la piena efficacia di queste norme lasciando inapplicata di ufficio, in caso di necessità, qualsiasi disposizione contraria alla legislazione nazionale, anche successiva, senza sollecitare o attendere la sua preliminare abrogazione dal legislatore o mediante qualsiasi altro procedimento».

[980] Sarmiento, D. (2013), Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe", *Common Market Law Review*, 50, pp. 1267-1304. Anche Carmona Contreras, A. (2016) El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, pp. 20-21.

[981] STJUE C- 617/10, 26 febbraio 2013, causa *Hans ÅkerbergFransson*, par. 29

ISSN 2279-7238

Le conclusioni che potrebbero derivare da questo dialogo sono due[982]:

A. L'atteggiamento più radicale della Corte di giustizia comporterà che il TC si ripieghi immediatamente verso una posizione di conflitto con il diritto europeo. A favore del valore meramente ermeneutico della CDFUE, prescindendo dalla sua inclusione per il tramite dell'articolo 93 CE della Legge organica 1/2008 del 30 luglio.

La risposta alla causa *Melloni* data dalla Corte di giustizia ha provocato, senza dubbio, una radicalizzazione delle posizioni del TC con riferimento alla Carta. Nella sentenza nella quale il TC risolve definitivamente la causa come organo *a quo*[983], ha mostrato il totale malcontento per le posizioni della Corte di giustizia. Così, non solo ha ricordato la dottrina dei controlimiti[984], cioè che il Tribunale costituzionale è il garante ultimo dei diritti fondamentali in Spagna e potrebbe arrogarsi in caso di rottura il controllo del diritto derivato europeo; ma ha infine scelto, a suo rischio e pericolo, di concedere alla Carta nel caso concreto una natura meramente ermeneutica *ex* art. 10.2 CE[985], equiparando la CDFUE a qualsiasi Trattato internazionale; benché la Corte di giustizia chiarisca che la questione rientra nell'ambito delle competenze normative dell'Unione europea.

In questo senso, il TC afferma che nemmeno l'esecuzione di un Euro-ordine (basato sulla Decisione Quadro 2009/299/JAI) è motivo sufficiente perché il TC applichi la Carta come parametro unico di tutela dei diritti. Il giudice costituzionale sembra esonerato dall'efficacia diretta e dal primato della Carta quando applica il diritto dell'Unione[986]. Il TC utilizzerà la Carta

[982] Dialogo nel quale deve tenersi conto della sentenza del Tribunale costituzionale tedesco, BverfG 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, Solange III; e la risposta da parte della Corte di giustizia nella sentenza del 5 aprile 2016, nelle cause C-404/15 e 659/15 PPU *Aranyosi e Căldăraru*, nella quale si ammette che la Decisione quadro 2009/299/JAI del Consiglio, 26 febbraio 2009, permette alle autorità giudiziali di esecuzione «controllare, in maniera concreta e precisamente, se esistono ragioni serie e fondate per credere che la persona oggetto di un ordine di detenzione europeo emesso a seguito dell'esercizio di azioni penali o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà rischierà, in ragione delle sue condizioni di reclusione in questo Stato membro, un pericolo di trattamento inumano o degradante, nel significato dell'articolo 4 della Carta dei Diritti Umani dell'Unione Europea, nel caso in cui sia consegnato a detto Stato membro» e per tale motivo potrà «differire la sua decisione sulla consegna della persona della quale si tratta finchè ottenga l'informazione complementare» e «[s]e l'esistenza di questo pericolo non possa escludersi in un termine ragionevole, la menzionata autorità dovrà decidere se porre fine al procedimento di consegna».

[983] Questione risolta infine dal TC nella STC 26/2014, 13 febbraio 2014.

[984] I controlimiti spagnoli si materializzarono nel rispetto delle strutture costituzionali basiche nazionali tra le quali si trovano i diritti fondamentali e che furono espressi nella DTC 1/2004, 13 dicembre, FJ 3, e di nuovo nel FJ 3 della STC 26/2014.

[985] In particolare il TC afferma nel FJ 4: «il canone di controllo che dobbiamo applicare per enunciare la costituzionalità de [...l'Euro-ordine...] deve essere integrato dai trattati e accordi internazionali sulla protezione dei diritti fondamentali e le libertà pubbliche ratificate dalla Spagna. Tra tali trattati abbiamo tanto la Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e le libertà fondamentali (CEDU) come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si costituiscono, così, insieme con l'interpretazione che delle stesse si fanno portatori gli organi di garanzia previsti dagli stessi trattati e accordi internazionali, in elementi essenziali al momento dell'interpretazione del contenuto assoluto del diritto riconosciuto dall'art. 24.2 CE».

[986] Benché potremmo affermare che il TC disattende la sentenza della Corte di giustizia è certo che soddisfa infine i suoi postulati e dichiara la costituzionalità dell'Euro-ordine dando luogo ad un mutamento "volontario" nella sua

ISSN 2279-7238

essenzialmente con valore ermeneutico, integrandola nell'ambito interno attraverso l'articolo 10.2 CE[987]; quindi la Carta e il suo primato sono destinati alla "selezione della norma applicabile al caso" che compete esclusivamente al giudice nazionale.

B. Il dibattito sull'efficacia della Carta, a margine di altre questioni come il livello di tutela applicabile, tornerà a concentrarsi sul principio di attribuzione delle competenze. Il margine di discrezionalità lasciato agli Stati mediante le direttive europee o le decisioni quadro saranno il contesto essenziale nel quale si svilupperà il dibattito sull'efficacia della Carta e la sua applicazione. Ne deriverà la questione della limitazione del potere, propria delle Carte dei diritti, della sua dimensione politico costituzionale (a causa del suo carattere di legittimazione del diritto) verso una questione tecnico giuridica relativa alla precisione, alla chiarezza e al carattere incondizionato dei termini delle direttive, che comporterà una utilizzazione della Carta come parametro di interpretazione della direttiva come fonte: innanzitutto perché l'interpretazione conforme sarà il principio generale da applicare per evitare il conflitto tra livelli di tutela, la soluzione più immediata al conflitto di potere; e in secondo luogo perché il margine di apprezzamento lasciato allo Stato nel diritto derivato (decisione quadro o direttiva) dipenderà dall'applicazione diretta della Carta o del livello interno di tutela costituzionale.

L'atteggiamento della Corte di giustizia nella decisione *ÅkerbergFransson* andrà a discapito del valore della Carta e della sua efficacia, poiché essendo il nucleo della questione, ora, nella maggiore o minore discrezionalità lasciata allo Stato per lo sviluppo e l'esecuzione del diritto derivato europeo, la *ratio decidendi* avrà ad oggetto il classico dibattito relativo all'efficacia delle direttive (chiarezza, precisione e carattere incondizionato, efficiacia orizzontale, effetti dell'esclusione e reazioni triangolari…), essendo il nucleo della decisione il testo letterale delle direttive e la Carta un mero strumento di principi interpretativi. Allo stesso tempo, il ripiegamento del TC dopo *Melloni* sarà l'incentivo definitivo perché i giudici leggano la Carta con un valore meramente ermeneutico e con lo "stesso valore giuridico dei Trattati" sovranazionali.

3. L'evoluzione della dottrina della Corte di giustizia avente ad oggetto "quando applicare il diritto dell'Unione" dell'articolo 51.1 CDFUE: il Test di competenza.

dottrina. Si veda il FJ 4 della STC 26/2014: «Così dobbiamo affermare ora, modificando, pertanto, la dottrina consolidata dalla STC 91/2000…».

[987] Si veda ad esempio il voto particolare concorrente che formula la magistrada Adela Asúa Batarrita nella sentenza *Melloni*: «Tuttavia, la Sentenza approvata dalla maggioranza [...] si pone in linea con la nostra giurisprudenza precedente, la quale aveva ribadito che il diritto comunitario non integra il canone di costituzionalità, che questo Tribunale non ha come obiettivo garantire l'applicazione del diritto comunitario, e che il diritto comunitario sarebbe rilevante solo dalla prospettiva dell'art. 10.2 CE, cioé in relazione con l'interpretazione della portata dei diritti fondamentali costituzionali».

ISSN 2279-7238

Dalle sentenze *Melloni, ÅkerbergFransson, Julián Hernandez*[988] *o Torralbo Marcos*[989] si può tracciare uno schema o test di applicabilità della Carta che orienti i poteri pubblici quando applicano il diritto europeo e individui se il livello di protezione dei diritti deve essere in ogni caso quello costituzionale o quello europeo. Si può osservare che, infine, la Corte di giustizia permette e quasi adotta la soluzione di utilizzare la Carta come strumento di interpretazione del diritto derivato, invece che in chiave di canone di validità e gerarchia o efficacia diretta concentrata nel suo valore per i cittadini.

L'inizio dell'applicazione da parte del giudice europeo della Carta si verifica nel momento chiave della richiesta di tutela del diritto da parte degli individui. Non è nemmeno necessario che le parti in causa richiamino la Carta, potendo il giudice applicare di ufficio un controllo di comunitarietà delle norme richiamate pur trattandosi di una materia puramente nazionale, momento nel quale la Carta può entrare nel funzionamento *ex oficio*[990]. Inoltre è indifferente richiamare direttamente il diritto nazionale o europeo poiché la natura del giudice nazionale come giudice europeo impone che questo sia vincolato nello stesso ambito territoriale e temporale da due ordinamenti autonomi integrati con parametri di validità distinti e criteri di efficacia propri (primato, interpretazione conforme…).

Per "applicazione del diritto europeo" deve intendersi tanto il momento nel quale i poteri pubblici si comportano come meri agenti di esecuzione (nel caso della amministrazione pubblica o il giudice nell'ambito della esecuzione dell'ordine europeo di detenzione e consegna) quanto il momento nel quale recepiscono la normativa comunitaria, adottando norme interne richieste dal diritto europeo[991].

In questo ambito il giudice nazionale[992] esercita la sua funzione come giudice europeo e giudice nazionale sottoposto ai principi di interpretazione e efficacia di entrambi gli ordinamenti. Il suo lavoro, inoltre, non è quello di controllare la validità delle norme di uno o dell'altro ordinamento ma quello di decidere quali disposizioni sono applicabili al caso concreto mediante principi di applicazione (primato o gerarchia secondo i casi) ma mai giudicando della validità di una o dell'altra norma, essendoci organi che monopolizzano questa funzione. E nel suo lavoro di selezione delle

[988] Corte di giustizia UE, 10 luglio 2014, C-198/13, causa *Julián Hernandez*.
[989] Corte di giustizia UE, 27 marzo 2014, C-265/13, causa *Torralbo Marcos*.
[990] É il caso del controllo di abusività delle clausole di un contratto in difesa dei consumatori.
[991] De Witte, B. (1999), The past and future role of the European Court of Justice in the Protection of Human rights. In P. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press: 859 e ss.
[992] Prescindiamo dalle amministrazioni, la cui sottoposizione al principio di efficacia diretta e del primato rimane assicurato – Corte di giustizia UE, 22 giugno 1989, C-103/88, Costanzo – ma dove la problematica finale rimarrà nelle mani del contenzioso giudiziale.

ISSN 2279-7238

disposizioni applicabili al caso dispone di due sistemi e strumenti di efficacia delle norme in questione.

Per questo motivo, i criteri espressi dalla Corte di giustizia, nonostante chiariscano e qualifichino il criterio *Melloni*, affrontano importanti perplessità nelle quali potremmo richiamare il test di applicazione della Carta. Riassumiamo questo test con i passaggi che il giudice dovrebbe affrontare per certificare se sta applicando il diritto europeo e pertanto sottoporlo al livello di protezione della Carta:

A) Non ci deve essere un'analisi sulla competenza come punto di partenza: nonostante la Carta dei diritti esprima chiaramente che è sottoposta al principio di attribuzione per competenza, il giudice nazionale come giudice europeo non deve svolgere un'analisi sulla competenza in partenza[993]. È inoltre irrilevante, poiché come afferma la Corte di giustizia "il solo fatto che una misura nazionale si ponga in relazione con un ambito nel quale l'Unione dispone di competenze non può integrarla nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e provocare per lo stesso motivo l'applicabilità della Carta"[994].

B) Può incidere anche sulle competenze proprie degli Stati: nella SCGUE *ERT*[995] del 1999, è stato statuito che qualsiasi misura nazionale che determina un'eccezione ad alcune delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato dovrebbe essere ricompresa nell'ambito di applicazione del diritto europeo. É stato affermato altresì che "una situazione che è stata regolata mediante normative che sono a priori di competenza degli Stati membri può essere «intrinsecamente [connessa] con la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione, che osta a che il diritto di ingresso e di soggiorno sia negato ai suddetti cittadini [di un paese terzo] nello Stato membro in cui risiede il cittadino dell'Unione, al fine di non pregiudicare tale libertà»[996]". L'effetto utile dei Trattati

[993] Bustos Gisbert, R (2017), La aplicación de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, pp. 333-359.
[994] Si vedano in questo senso le sentenze della Corte di giustizia UE, *Gueye e Salmerón Sánchez*, C-483/09 e C-1/10, parr. 55, 69 e 70, e *Pringle*, C-370/12, parr. 104, 105, 180 e 181.
[995] SCG, 18 luglio 1999, causa *ERT*, C-260/89.
[996] Causa *Iida*, C-40/11, la CGUE ha dichiarato dal 1992 che, per esempio, "i diritti di circolazione e di stabilimento conferito al cittadino dell'Unione dai Trattati «non possono produrre appieno i loro effetti se il suddetto cittadino può essere dissuaso dall'esercitarli dagli ostacoli frapposti, nel suo paese d'origine, all'entrata e al soggiorno del suo coniuge. Per questo motivo il coniuge di un cittadino comunitario che si sia avvalso di tali diritti deve disporre, quando suo marito (o sua moglie) ritorna nel proprio paese d'origine, almeno degli stessi diritti di entrata e di soggiorno che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) scegliesse di entrare e soggiornare in un altro Stato membro (sentenza del 7 luglio 1992, *Singh*, C-370/90). Allo stesso modo, nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. Trstenjak nella causa *Coman*, parr. 25 e ss., si afferma che "È dunque ormai un dato acquisito che, «quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante, (...) si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, l'efficacia pratica dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE impone che la vita familiare che detto cittadino abbia condotto nello Stato membro ospitante possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla

ISSN 2279-7238

permette l'applicazione della Carta, anche a situazioni che rimangono al margine delle competenze dell'Unione. Fuori da queste che indirettamente potrebbero impedire la sua reale efficacia la limitazione delle libertà fondamentali dell'Unione ammette il test dell'"effetto utile".

C) L'atto nazionale deve promanare direttamente dalla norma europea: per comprendere che una misura nazionale è un atto di esecuzione o applicazione del diritto europeo è necessario che emani direttamente o si rivolga essenzialmente ad applicare il diritto europeo. Una breve sintesi può osservarsi nella SCGUE *Julián Hernández*: «per stabilire se una misura nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare, inter alia, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa»[997]. In altri termini:

c.1) Vi deve essere una normativa specifica del diritto dell'Unione nella materia o una normativa che possa porsi in relazione con l'atto nazionale.

c.2) La relazione significa un "vincolo di connessione" tra un atto del diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione[998].

c.3) Questo vincolo di relazione non deve essere qualsiasi ma deve avere un grado superiore alla prossimità delle materie considerate o all'incidenza indiretta di una di quelle con l'altra[999].

D) É imprescindibile analizzare le finalità della norma nazionale e europea: devono avere la medesima finalità. La misura nazionale e la norma europea devono perseguire lo stesso fine. Tuttavia una relazione di una competenza da parte dell'altra non è sufficiente. Ciò significa che:

---

concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di un paese terzo. Difatti, in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato, tale cittadino dell'Unione sarebbe dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede [la] cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, a causa della circostanza che egli non ha la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare con i propri stretti congiunti sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante»".

997 Si veda il paragrafp 37 della SCG.

998 Paragrafo 34 della SCG *Julián Hernandez*.

999 La SCG *Julián Hernandez* avrebbe stabilito un'eccezione alla decisione ERT e all'effetto utile: "nemmeno in base all'articolo 19 TFUE [non discriminazione] potrebbe il giudice integrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, per effetto dell'applicazione dei diritti fondamentali come principi generali del diritto dell'Unione, una misura nazionale che non costituisce parte delle misure adottate che si basano in questo articolo. In altri termini, lo sviluppo deve essere diretto e richiesto dalla norma europea. Si vedano in questo senso le sentenze *Bartsch*, C-427/06, paragrafo 18; *Kücükdeveci*, C-555/07, paragrafo 25, e *Römer*, C-147/08, paragrafo 61.

ISSN 2279-7238

d.1) la misura europea deve avere la finalità di regolare l'oggetto di questo caso concreto che si affronta, anche se la UE ha competenza nella materia deve avere la volontà di regolare questo caso concreto: ciò conduce ad una volontà di *preemption* o di occupazione totale dell'oggetto della competenza.

d.2) La misura nazionale deve avere la finalità di applicare questa norma europea concreta[1000].

Al momento possiamo trarre un paio di conclusioni da queste "precisazioni" contraddittorie. (1) La questione si riconduce ad un'analisi *case by case*. All'analisi casistica propria di un ordinamento dinamico di integrazione, dato che il test è tanto specifico che richiede un esame caso per caso. (2) D'altro lato, nè tutte le disposizioni del Trattato né tutte quelle della Carta potranno essere da sole utilizzate come parametri di selezione della norma applicabile dal giudice o come criteri di validità. La differenza tra la natura di principi e diritti della Carta e le indicazioni nella sentenza *Julián Hernández* indicano che perché il giudice "applichi il diritto dell'Unione" nel senso dell'articolo 51.1 CDFUE deve avere un'attuazione legislativa, diritto derivato. Solo nel caso in cui vi siano disposizioni dotate di chiarezza, precisione e di carattere incondizionato queste saranno sufficienti da sole per risolvere il caso, requisito che se non è superato dall'articolo 19 TFUE difficilmente sarà superato da altre disposizioni del diritto originario.

Ciò ci conduce a pensare che l'ambito naturale del controllo di applicazione della Carta è quello delle direttive poiché in questo ambito si materializza il principio di attribuzione nel margine di discrezionalità, gli atti di esecuzione e applicazione diretta, e si può accertare se un atto normativo europeo e uno nazionale hanno una medesima finalità.

In questo caso (se consideriamo che il potere pubblico nazionale applica il diritto europeo solo nella cornice logica della direttiva) il test di applicazione della Carta non è nemmeno immediatamente positivo, ma richiede di continuare con l'analisi del seguente esame:

E. L'applicazione della Carta come limite del potere pubblico nazionale impone che la disposizione della direttiva concreta non debba permettere margine di apprezzamento allo Stato:

e.1) La direttiva o la decisione quadro deve uniformare le condizioni di esecuzione, vale a dire che l'azione degli Stati è, o pretende di essere, totalmente determinata dal diritto dell'Unione.

[1000] SCG *Torralbo Marcos*, cit., paragrafo 31 e ss.

ISSN 2279-7238

e.2) La direttiva deve imporre agli Stati una obbligazione specifica concernente la situazione oggetto della causa principale[1001].

F. Sebbene permetta un certo margine di apprezzamento, l'apprezzamento concreto dello Stato realizzato attraverso l'atto di esecuzione non può ledere il primato, l'efficacia o l'unità del diritto europeo.

f.1) La Carta si applica quando un'autorità nazionale esercita una facoltà discrezionale che le è stata conferita in virtù della legislazione dell'Unione[1002].

Come si osserva i requisiti per determinare che il giudice nazionale si colloca nella sfera dell'articolo 51.1 CDFUE non sono in assoluto generalizzabili ma nemmeno semplici. Tutto ciò ridonda in una minore efficacia della Carta poiché la maggior parte degli atti di applicazione del diritto europeo impone l'esecuzione da parte del potere pubblico nazionale e permette un certo margine di apprezzamento. Il minimo, come avverte la CGUE, è infine che si deduca in maniera chiara dalla CDFUE o dalla giurisprudenza un diritto soggettivo concreto.

4. La corretta applicazione del Test da parte della giurisdizione ordinaria spagnola.

La conseguenza immediata del complesso Test di applicazione della Carta è che la efficacia dei diritti risponde infine ad un'analisi sulle direttive di attuazione del diritto originario. La Carta rimane relegata così ad un'attuazione normativa in forma di direttiva. Pertanto, il suo obiettivo è convertirsi in criterio ermeneutico delle direttive, finalità auspicata ed incoraggiata da parte del Tribunale costituzionale.

Ci sono molteplici esempi chiari nella giurisprudenza ordinaria nazionale. In rarissime occasioni si invoca la contraddizione dell'atto di esecuzione nazionale solo di fronte a un diritto della Carta. Quasi per regola generale si invocano e si studiano i margini di apprezzamento lasciati da questa in virtù della Carta.

Si vedano ad esempio le sentenze riguardanti la causa ASNEF[1003]. In essi diverse banche dati che contenevano l'identità di inadempienti e che servivano alle autorità bancarie presentarono ricorso amministrativo avente ad oggetto diversi articoli del Decreto Real 1720/2007, regolamento di attuazione della direttiva 95/46 di protezione dei dati personali. I singoli sostenevano che il decreto

[1001] SCG *Julián Hernandez*, paragrafo 35. Anche SSCG *Maurin*, C-144/95, paragrafi 11 e 12, e *Siragusa*, paragrafi 26 e 27.
[1002] Indicazioni della Commissione, Rapport 2013 sull'applicazione della CDFUE.
[1003] Le sentenze della CGUE del 24 novembre 2011, nella causa *ASNEF* (C-468/10 e C-469/10).

ISSN 2279-7238

aggiungeva ai requisiti del trattamento dei dati senza consenso del titolare qualcos'altro che non appariva nella direttiva: i dati consistono in fonti accessibili al pubblico. Secondo il Tribunale Supremo spagnolo questa restrizione costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei dati di carattere personale che sarebbe unicamente compatibile con la direttiva 95/46 se venisse richiesta per l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali del titolare dei dati: per la Carta. La risposta da parte della CGUE è che il margine di apprezzamento del quale dispongono gli Stati membri in virtù della direttiva può utilizzarsi unicamente se permette un equilibrio tra la libertà di circolazione dei dati personali e la tutela del diritto alla privacy, qualcosa che non permette il Regolamento[1004]. Sorprende che, dopo la decisione della CGUE, il TS adotti questa dottrina nella sentenza 2040/2014 del 21 maggio, causa Equifax, in relazione con i requisiti della Legge Organica di Protezione dei Dati, sostenendo che si dovrebbero bilanciare i diritti in questione, ma utilizza lo strumento dell'articolo 10.2: «non è possibile che per regolamento si stabiliscano restrizioni che sviliscono i diritti riconosciuti a coloro che sono interessati dalla LOPD nell'attuazione dell'art. 18.4 della Costituzione. Le norme del RPD devono interpretarsi in modo tale da rispettare il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali come risulta dalla sua disciplina costituzionale, convenzionale internazionale, comunitaria e legale, dato che le norme regolamentari devono essere interpretate e applicate secondo i precetti e principi costituzionali, conformi all'interpretazione degli stessi che risulta dalle risoluzioni dettate dal Tribunale costituzionale, fino al punto che se per via interpretativa non potrebbe affermarsi la conformità di dette norme regolamentari con la Costituzione, la Convenzione, la direttiva e la LOPD non potranno essere applicate».

La CGUE avvalla in qualche modo questo carattere interpretativo della Carta al momento di apprezzare il corretto recepimento della direttiva, per esempio, nella SCG *Promusicae*: «Di conseguenza, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario»[1005].

[1004] Il paragrafo 43 stabilisce che «inoltre, spetta agli Stati membri, al momento di adattare il loro ordinamento giuridico alla direttiva 95/46 fornire un'interpretazione di questa che le permetta di garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti e le libertà fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».
[1005] Paragrafo 68, causa *Promusicae*, SCG, 29 gennaio 2008, C-275/06.

ISSN 2279-7238

Inoltre, è stato utilizzato come meccanismo concreto di applicazione diretta della direttiva, ad esempio, per stabilire in quale misura le direttive sulle clausole abusive e diritti dei consumatori nell'ambito ipotecario impongono al giudice una revisione di ufficio dei contratti ipotecari senza ascoltare le parti. Paradigmatica è l'applicazione che fa il Tribunale Supremo spagnolo nella STS 241/2013, 9 maggio, al momento di dichiarare la nullità di ufficio di tali clausole: «ciò che è determinante è che nell'ipotesi nella quale il giudice nazionale, dopo avere apprezzato inizialmente che una clausola è ricompresa nell'ambito di applicazione della direttiva, comprova, dopo una valutazione effettuata di ufficio, che detta clausola presenta un carattere abusivo, e prima del suo annullamento dovrà ascoltare le parti a tutela del diritto al contraddittorio della Carta».

Questi sono alcuni degli esempi della tradizionale applicazione della Carta nell'ordinamento spagnolo[1006] ma consentono di dedurre, a priori, che i giudici ordinari in Spagna fanno coincidere l'applicazione della Carta con l'applicazione del diritto dell'Unione europea, ancorchè in sostanza si concentrano nel valore interpretativo della Carta su quelle norme europee (essenzialmente direttive) che sollevano dubbi in ambiti della sua efficacia o della sua applicazione diretta. In questo senso la Carta si converte, come auspica la Corte di giustizia, in strumento ausiliare di efficacia diretta del diritto europeo e del suo primato. O come ambito di demarcazione della volontà del legislatore europeo, del suo recepimento in ambito nazionale e della sua esecuzione.

Tuttavia l'identificazione dell'efficacia della Carta con la determinazione del margine di apprezzamento lasciato agli Stati è pregiudizievole e controproducente. La confusione tra efficacia del diritto europeo e il valore della Carta comporta che in materie molto sensibili alla sovranità statale (come è il potere sanzionatorio nell'ambito penale, e specialmente in materia di terrorismo) entrano in gioco le perplessità che il TC sollevò nella causa *Melloni* e i limiti all'efficacia del diritto europeo (controlimiti) che evocò in quella stessa occasione.

Nel caso della causa Picabea, la STS 874/2014 del 27 gennaio 2015, ci riferiamo ad una situazione che si ripete da molto tempo. Membri del gruppo terrorista ETA sono restituiti dalla giustizia francese alla Spagna dopo aver espiato le pene del carcere per associazione terrorista. In Spagna, questi sono stati condannati a loro volta alla pena del carcere e i condannati richiedono la concentrazione delle pene in virtù della decisione quadro 2008/675/JAI di luglio 2008, relativa alla considerazione delle risoluzioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in ragione di

[1006] Per un'analisi più concreta della giurisprudenza ordinaria spagnolo relativamente all'applicazione della Carta rinvio a Aguilar Calahorro, A., e Pinon, S. (2017), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européennesaisie par les juges en Europe. Le cas de l'Espagne, en L. Burgorgue-Larsen (Dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne saisie par les juges en Europe,* Cahiers européens, n.10, Editions A. Pedone, Paris, pp. 277-303.

ISSN 2279-7238

un nuovo processo penale. Il TS concedeva la concentrazione delle pene private di libertà imposte dalla Francia con le pene stabilite in Spagna[1007]. In questo modo aveva deciso dato che asseriva che lo Stato spagnolo non aveva recepito ancora la decisione quadro, applicando così la dottrina *Pupino*[1008]. Tuttavia, in questa causa il TS decide di modificare la regola che si stava applicando e respinge la concentrazione delle pene, per considerare che la decisione quadro è stata già implementata e il legislatore spagnolo ha utilizzato il margine di discrezionalità che la norma europea gli consente[1009].

La questione chiave ha ad oggetto il dubbio sollevato da alcuni magistrati del TS sull'interpretazione dell'articolo 49.3 della CDFUE relativamente al principio di retroattività della pena più favorevole. Una parte dei magistrati ritengono che dovrebbe essere sollevata la questione pregiudiziale davanti alla CGUE e applicare il contenuto del diritto previsto nella Carta. Al contrario, la maggioranza del TS decide di non rinviare la questione e applicare la nuova Legge organica anche riconoscendo che questa è frutto dell'applicazione della decisione quadro e prefigurando con questo anche una violazione della Carta europea[1010].

5. Conclusioni.

La prima conclusione che possiamo ricavare è che l'interpretazione data dalla giustizia europea e ordinaria all'articolo 51.1 andrà a detrimento del valore della Carta e della sua efficacia poiché essendo il nucleo della questione, tuttora, nella maggiore o minore discrezionalità lasciata allo Stato per l'attuazione ed esecuzione del diritto derivato europeo, la *ratio decidendi* si colloca nel classico dibattito sull'efficacia delle direttive (chiarezza, precisione e carattere incondizionato, efficacia

[1007] Vedere le SSTS 388/2014, 7 maggio; e 922/2013, 2 diciembre: «con riferimento alle condanne ancora in esecuzione, non solo nulla impedisce la rettificazione del criterio fino ad ora applicato per sostituirlo con un altro più favorevole al reo nel senso che è stato indicato dalla menzionata sentenza della Corte EDU, ma che risulta obbligato in quanto non è possibile mantenere una situazione di privazione della libertà basandosi su un criterio che, in circostanze simili a quelle contemplate nella sentenza della Corte EDU, lede diritti riconosciuti dalla Convenzione europea». Sulla stessa linea, tra le altre, la STS 1000/2013, de 7 de febrero.

[1008] SCG, 16 giugno 2005, causa *Maria Pupino*, C-105/03.

[1009] «Come indica questa risoluzione, in questo momento operiamo in assenza di norme interne che "regolano espressamente la materia di una forma rigorosa", ciò che si collegava con interpretazione delle norme vigenti (la sentenza cita nel suo testo gli artt. 988 LECRIM e 76 CP) in maniera più possibile conferme con la decisione quadro, Tuttavia al momento attuale già abbiamo una legislazione nazionale che regola espressamente la materia, com'è la la Legge Organica 7/2014, 12 novembre, sullo scambio di informazioni di precedenti penali e considerazione di risoluzioni giudiziali penali nell'Unione europea [...] Mediante questa Legge Organica si recepisce nel diritto spagnolo (disposizione finale terza) la decisione quadro 2008/675/JAI, 24 luglio 2008».

[1010] Come il medesimo TS riconosce nel FJ 5.3: «É vero, piaccia o non piaccia, che la conseguenza pratica, con frequenza siano solo considerazioni peggiorative per il reo, come custodia cautelare, recidività, ponderazione della pena, etc».

ISSN 2279-7238

orizzontale, effetti di esclusione e relazioni triangolari…), essendo il nucleo della decisione il testo letterale delle direttive e la Carta un mero strumento di principi interpretativi.

Quando si applica la Carta come criterio ermeneutico (10.2 CE) vi sarà una maggiore mancanza di protezione poiché l'efficacia della Carta resta alla fine nelle mani della necessità che ha il giudice nell'interpretazione della direttiva concreta. Tuttavia in questo ambito acquisisce rilievo l'idea della questione pregiudiziale "a questi effetti, quando gli organi giurisdizionali nazionali devono interpretare le disposizioni della Carta hanno la possibilità e, nel loro caso, l'obbligo di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia in base all'art. 267 TFUE". Se il giudice non solleva la questione pregiudiziale "il cittadino avrà poche possibilità molto limitate di tutelare i suoi diritti"[1011] perché l'analisi della questione dovrebbe concentrarsi non sulla necessità di ricavare il margine di discrezionalità lasciato allo Stato dalla direttiva, ma il livello di tutela applicabile e le sue possibili conseguenze sull'effetto utile del diritto europeo.

Questo atteggiamento permette di ricavare una seconda conclusione. Si tende a comprendere la Carta come mero vincolo da attuare dal legislatore europeo, come principi rettori. L'efficacia della Carta si confonde con la questione della competenza e del margine di discrezionalità (quando è stata disciplinata una materia dall'UE, quanto resta del margine di discrezionalità…) questioni che si riconducono nel diritto europeo alla teoria generale sull'efficacia diretta delle direttive (chiarezza, precisione, carattere incondizionato, margine di apprezzamento…). Limitare il potere della Carta dei diritti fondamentali a queso scenario svilisce la sua efficacia poiché la riduce alle poche possibilità di efficacia verticale delle direttive e le priva, in linea generale, di effetti verticali (si veda la causa prima commentata, ASNEF).

Da ultimo, condurre l'efficacia della Carta al dibattito sull'effetto diretto annulla la propria idea dei diritti poiché, come avverte la dottrina l'efficacia diretta può a volte coincidere con la creazione di diritti soggettivi, ma non è sempre il caso[1012]. Esistono nuove forme di efficacia delle direttive ogni volta più uniformi, come l'efficacia con effetti di esclusione, incidentale o in relazioni triangolari, nella quale non appare nessun diritto soggettivo[1013]. E ciò permette di scartare il discorso giurisdizionale dei diritti su una entelechia.

[1011] R. Bustos Gisbert, cit., p. 351.

[1012] Prechal, S. (1995), *Directives in European Community law: A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*. Clarendon Press, Oxford: «direct effect may and often coincide with creation of Rights, but this is not always necessarily the case», p. 129.

[1013] Per tutti, le parole dell'Avv. Gen. Ruiz Jarabo nelle Conclusioni formulate nella causa *Arcor*, 1° aprile 2008, C-152,154/07: "Nonostante, gli anni non siano riusciti a mettere a tacere le voci a favore del riconoscimento dell'effetto diretto orizzontale come quello dell'avvocato generale Lenz nelle sue conclusioni nella causa Faccini Dori,

ISSN 2279-7238

Questa approssimazione all'applicazione della Carta costruita sulla cornice dell'efficacia diretta del diritto derivato europeo richiede la necessaria avvertenza che fece a sua volta il giudice Pescatore: «abbiamo in riserva un adagio che afferma: Ubiiusibiremedium [che…] riflette il pensiero giuridico più moderno, secondo il quale il fenomeno fondamentale è il diritto materiale, anche se i meccanismi processuali hanno solo un carattere strumentale in relazione con la sostanza del diritto. È la differenza, secondo la sistematica tedesca, […] tra […] il pensiero nelle categorie del diritto materiale con il pensiero nelle categorie dei rimedi processuali. L'idea è che la funzione del processo giudiziale è consolidare e non condizionare la vigenza del diritto materiale. Dobbiamo stare attenti allora che non si cambi il nostro adagio in un: Ubiremediumibius, ciò che caratterizza l'atteggiamento fondamentale di common law, dal quale apparentemente dall'esistenza di un diritto soggettivo si deduce l'esistenza dell'*action*, e non viceversa[1014]».

appoggiandosi a sua volta sugli argomenti sviluppati precedentemente dagli avvocati generali Van Gerven e Jacobs. Alleggia sugli autori il sentimento di un'opportunità persa, nonostante la Corte di giustizia non esitò ad applicare la sua dottrina quando la direttiva si ripercuote sui diritti dei singoli, estranei alla relazione verticale, suggerendo cosi la teoria delle relazioni triangolari". Vedere paragrafi 100 e 101.

[1014] Pescatore, P. (1996) La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional, *Revista de Instituciones Europeas*, 23, 1, pp. 7-32.

ISSN 2279-7238

La crisi "esistenziale" dell'Unione Europea
Tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*

di Laura Frosina**

SOMMARIO - 1. La crisi identitaria dell'Unione europea e i segnali dell'involuzione costituzionale e democratica. 2 La "perversione della democrazia" e la "fuga dal diritto dell'Ue". 2.1. Il protagonismo decisionale del Consiglio europeo e la tendenza alla sua de-istituzionalizzazione. 2.2. Le riforme della *governance* economico-finanziaria tra iper-tecnocrazia e antidemocraticità. 3. Le spinte centrifughe: la Brexit, i populismi e i sovranismi. 3.1. Un'ulteriore minaccia disgregativa: i secessionismi e lo spettro di un'Europa delle "piccole patrie". 4. Prospettive di riforma: quali scenari possibili entro il 2025?

1. La crisi identitaria dell'Unione europea e i segnali dell'involuzione costituzionale e democratica

L'Unione europea attraversa una fase particolarmente critica in cui i problemi della Brexit, dei sovranismi e dei populismi, evidenziano non soltanto un sentimento di generale disaffezione verso il progetto europeo, ma possono essere interpretati come il segnale di una sua crisi esistenziale più profonda. Crisi descritta in questi termini dallo stesso Jean Claude Juncker nel discorso sullo stato dell'Unione pronunciato nel 2016 al Parlamento europeo[1015], dinanzi allo scenario straordinariamente critico e destabilizzante generato dall'inaspettata vittoria del *Leave* nel referendum sulla Brexit.

La crisi dell'Unione è legata, *in primis*, alla sua incerta natura giuridica, che in questi ultimi anni non sembra aver trovato una connotazione più identificativa [1016] nonostante gli importanti cambiamenti giuridico-istituzionali introdotti dal Trattato di Lisbona[1017]. Nell'ultimo decennio non soltanto non si è prodotta l'auspicata evoluzione costituzionale, che risultava legata per lo più all'entrata in vigore del

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa", che si terrà a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore a contratto di Processi di democratizzazione nell'ambito del Corso di laurea in Scienze dello Sviluppo e della Cooperazione internazionale dell'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

[1015] Per un'analisi del quale si rinvia al testo integrale *State of the Union 2016 by J. C. Juncker*, *14 September 2016,* consultabile sul sito della Commissione europea.

[1016] Sulla natura ibrida dell'Unione si rinvia, in particolare, alle considerazioni di G. Amato espresse nella tavola rotonda conclusiva "*Unione europea e cooperazione interparlamentare: un dibattito"* del Convegno PRIN 2010-2011, *Parlamenti nazionali e Unione europea nella* governance *multilivello* (Roma, 28 gennaio 2016), i cui atti sono pubblicati in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 1, 2016, che insiste sulla qualità "ermafrodita" dell'Unione europea derivante dalla commistione tra il diritto internazionale e quelli che egli definisce "geni di diritto costituzionale".

[1017] F. Bassanini, G. Tiberi (cur.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010, 2° ed.; P. Bilancia, M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009; A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009; S. Gozi, *Il Governo dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2011.

ISSN 2279-7238

Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa, ma si è registrata un'involuzione costituzionale e democratica che ha interessato tanto l'Unione europea quanto gli Stati membri.

La *governance* europea, lungi dall'avvicinarsi a un sistema di *government*, e tantomeno a un modello di governo costituzionale e democratico, ha subito piuttosto, un processo involutivo che si è compiuto prevalentemente con un ulteriore rafforzamento della dimensione intergovernativa e un fenomeno più generale di *fuga* dal diritto dell'Unione[1018]. Queste dinamiche involutive sono state generate in parte dalla necessità di affrontare situazioni emergenziali legate alla crisi economico-finanziaria, alla crisi migratoria e ai problemi di sicurezza internazionale, che sono esplosi in forma per certi versi inaspettata e soprattutto, con una certa irruenza nel contesto europeo.

Il processo di involuzione costituzionale e democratica non ha riguardato soltanto l'Unione ma si è registrato anche all'interno degli Stati membri, riflettendo in un certo modo alcuni aspetti degenerativi del processo di integrazione europea, con un generale indebolimento della democrazia rappresentativa, un ridimensionamento del *welfare*, nonché con un fenomeno di ricentralizzazione nei rapporti centro/periferia all'interno degli Stati membri decentrati[1019].

Il progressivo intensificarsi delle influenze e delle interdipendenze tra il diritto costituzionale degli Stati membri e il diritto dell'Unione, che i fenomeni descritti hanno contribuito a realizzare, ha portato a un'interazione sempre più stretta tra gli ordinamenti e le rispettive dinamiche politiche e costituzionali[1020], rafforzando la natura ibrida dell'Unione e spingendo una parte sempre più ampia della dottrina a insistere sulla sua dimensione multilivello, integrata, pluralista e composita[1021]. Queste

---

[1018] Sulla fuga dal diritto dell'Unione si v. G. Martinico, *La fuga dai Trattati. Primo studio sull'elusione del diritto come tecnica di integrazione*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2016, 375 ss. Su questi aspetti si rinvia, in particolare, a E. Cannizzaro, *Disintegration Through Law?* in *European Papers*, vol.1, n. 1, 2016, 3-6, che si sofferma sugli effetti destabilizzanti per l'Unione europea risultanti da un utilizzo improprio degli strumenti normativi previsti dal diritto internazionale. Insistono sul rafforzamento degli esecutivi, parlando di direttorio e di federalismo degli esecutivi, nonché sul diritto europeo dell'emergenza, G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno europeo o incubo?*, Roma, Fazi, 2014, 19 ss. Su questi temi v., più approfonditamente, S. Fabbrini, *Which European Union? Europe after the Euro Crisis*, Cambridge, University Press, 2015, 15 ss.; Id., *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2017, *passim*, che si sofferma sul malfunzionamento della *governance* intergovernativa e sulle asimmetrie e gerarchie di potere tra i governi nazionali da questa prodotte.

[1019] Si rinvia alle riflessioni più approfondite di F. Balaguer Callejón, *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello,* anticipazioni al convegno PRIN 2010-2011, *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello* (Roma, 28 gennaio 2016), in *Nomos-leattualitaneldiritto.it,* 2016.

[1020] Solo per fare un esempio che dia l'idea della portata del fenomeno sopradescritto, si pensi al coordinamento sempre più stringente delle politiche economiche e di bilancio che avviene tra gli Stati membri nell'ambito del semestre europeo. Per una descrizione articolata del semestre europeo si rinvia, in particolare, a R. Dickmann, *Le regole della* governance *economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it,* n. 4, 2012; Id., *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013.

[1021] Nell'ultimo ventennio si è assistito a una produzione sconfinata di tesi dottrinali che hanno offerto letture in chiave pluralista dell'Unione, rielaborando categorie giuridiche esistenti o individuando nuovi schemi dogmatici. In questa sede mi limito a ricordarne solo alcune, e in particolare, la nota e fortunata formula del *multilevel constitutionalism* elaborata all'indomani del Trattato di Amsterdam da I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European*

ISSN 2279-7238

elaborazioni teoriche, pur essendo profondamente divergenti tanto a livello concettuale che lessicale, aspirano a declinare in positivo l'originalità e la complessità giuridica dell'Unione europea, superando le tradizionali categorie dogmatiche legate alla statualità. In questa particolare fase del processo di integrazione, segnata da incessanti cambiamenti e diverse incognite riguardanti finanche i confini territoriali dell'Ue, si prestano quindi -forse più di altre- a cogliere le peculiarità di una realtà in costante divenire e priva di una connotazione giuridica specifica.

Queste sintetiche considerazioni introduttive intendono evidenziare come la crisi europea sia esplosa in tutta la sua problematicità e multiformità in questi anni in cui l'Unione europea ha rafforzato la sua caratterizzazione informale, intergovernativa e asimmetrica, proprio per affrontare le nuove e plurime sfide poste tanto su scala globale che locale [1022]. L'annoso problema del *deficit* democratico, che da sempre ha accompagnato l'evoluzione del processo di integrazione, lungi dall'aver trovato una forma di risoluzione o attenuazione nel contesto post-Lisbona, sembra essersi piuttosto intensificato e arricchito di nuovi contenuti[1023].

Constitution-Making revisited? in *Common Market Law Review,* n. 36, 1999, e in seguito ulteriormente approfondita in Id., *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *Columbia Journal of European Law,* 2009, n. 3, 349 ss., che ha teorizzato l'esistenza di un sistema costituzionale *"integrato"* dal livello costituzionale statale e dal livello costituzionale europeo, dalla cui interazione trae origine una federazione costituzionale che risulta priva del carattere di statualità e in cui viene valorizzata la dimensione processuale e dinamica del processo di integrazione. Un'altra lettura che sottolinea le interconnessioni tra ordinamenti "in chiave di integrazione e compenetrazione di tipo costituzionale" è quella proposta da A. Manzella, *Lo Stato comunitario,* in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, 273. Nella direzione di una "forma di Stato integrata" si è espresso F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005. Molte sono poi le teorie riconducibili al *constitutional pluralism* che applicano la nozione di pluralismo costituzionale all'Unione europea, prendendo le mosse dalle elaborazioni concettuali di N. MacCormick, in *Market Law Review*, n. 1, 1993. Per una ricostruzione delle stesse si rinvia a M. Avbelj and J. Komarek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012; J. Klemen, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Un'altra serie di interpretazioni teoriche insistono sulla natura composita dell'Unione europea, come, ad esempio, G. Della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari-Roma, Laterza, 2003, che parla dell'Unione europea nei termini di "un ordinamento pubblico composito" a cui non sono applicabili gli istituti e le categorie tipici degli ordinamenti statali ed internazionali.
Tra gli Autori che sostengono in particolare la natura composita della Costituzione dell'Unione europea si rinvia, tra i tanti, a F. M. Besselink Leonard, A *Composite European Constitution*, European Law Publishing, 2007, che ha parlato di una "mutual dependence of the legal and constitutional orders involved, which together might be said to form the composit constitutional order of Europe, a compact in which the one cannot do without the other". In questa direzione v., in particolare, nella dottrina italiana N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'Ue: le diverse letture possibili,* in *Rivista AIC*, n. 3, 2014; A. Manzella-N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni,* Torino, Giappichelli, 2014.

[1022] Sullo sviluppo delle crisi multiple nel post Lisbona v. S. Fabbrini, *Sdoppiamento*…, *op. cit.,* 11. Sottolinea inoltre l'assenza di "anticorpi democratici" dell'Unione europea F. Balaguer Callejón, *Il modello europeo di integrazione e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali*, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, Giuffrè, 2015, 695 ss.
[1023] In questa direzione si rinvia, in particolare, a N. Lupo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'Ue…, supra. cit.*, che si sofferma su questi aspetti della democrazia europea evidenziando come il rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo e la previsione della elezione parlamentare del Presidente della

ISSN 2279-7238

2. La "perversione della democrazia" e la "fuga dal diritto della Ue"

I cambiamenti intervenuti nella dinamica istituzionale europea più recente hanno contribuito ad alimentare quel fenomeno descritto da Joseph Weiler con i termini di "perversione della democrazia"[1024], intesa sia come supremazia dell'esecutivo della Ue sul legislativo nella produzione normativa, sia come possibilità per gli esecutivi nazionali di assumere decisioni scarsamente trasparenti sottraendosi al controllo degli elettorati nazionali.

Infatti, nonostante il Trattato di Lisbona abbia introdotto una serie di innovazioni migliorative sulla qualità della democrazia, rivolte principalmente a valorizzare la democrazia rappresentativa e parlamentare, e in misura minore la democrazia partecipativa e di prossimità, non sembra sia riuscito a conseguire degli avanzamenti sufficienti e adeguati in questa direzione[1025]. Il Trattato dei Parlamenti[1026], così entusiasticamente definito all'indomani della sua approvazione, ha contribuito sicuramente ad avanzare verso la costruzione di un sistema parlamentare "integrato", definito euronazionale da una parte della dottrina[1027]. Un sistema che ha puntato, da un lato, sul rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo, e dall'altro, su un coinvolgimento più stretto dei Parlamenti nazionali negli ingranaggi istituzionali e procedurali europei [1028]. Le novità introdotte sul versante della parlamentarizzazione hanno attribuito, infatti, al Parlamento europeo più ampi poteri in materia di bilancio,

Commissione non siano stati in tal senso risolutivi. L'A. sottolinea, a tal proposito, l'esistenza non tanto di un *deficit* quanto di una disconnessione democratica tra le istituzioni sovranazionali e le forme di controllo operanti a livello nazionale. Sul concetto di "disconnessione democratica" v., più di recente, S. Benvenuti, *L'europeizzazione dei parlamenti nazionali. Prospettive dall'Europa centro-orientale (Slovenia, Ungheria, Croazia),* Padova, Cedam, 2017, 29 ss.

[1024] J. Weiler, U. Haltern, F. Mayer, *European Democracy and Its Critique,* in J. Hayward (eds.), *The Crisis of Representation in Europe,* Frank Cass, 1995.

[1025] V. C. Pinelli, *Il deficit democratico e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare* n. 4, 2008, 925; P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 323 ss.

[1026] *Risoluzione del Parlamento europeo sullo sviluppo delle relazioni tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali* 2008/2120 INI, 7-5-2009

[1027] A. Manzella-N. Lupo (a cura di), *op. cit., passim*

[1028] Sul ruolo assegnato ai Parlamenti nazionali dal Trattato di Lisbona esiste una ampia letteratura. Si rinvia in particolare a P. Caretti, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2010; S. De Bellis, *L'interazione fra i Parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2010, 609 ss.; L. Gianniti, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in F. Bassanini, G. Tiberi (cur.), *op. cit.*, 171 ss; F. Bruno, *Stati membri e Unione europea,* Torino, Giappichelli, 2012, 40 ss; M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea,* in *Dig. disc. pubbl.*, V, Agg., Torino, 2012; C. Hefftler, et al. (eds), *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union, Palgrave*, 2015; N. Lupo and C. Fasone (eds), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Hart Publishing, 2016; D. Jancic, *National Parliaments after the Lisbon Treaty and the Euro Crisis*, Oxford University press, 2017; A. Jonsson Cornell, and M. Goldoni (eds), *National and Regional Parliaments in the EU-Legislative Procedure Post Lisbon.*, Hart Publishing, 2017. In particolare, nell'ambito della procedura di allarme preventivo, cfr. P. Kiiver, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, n. 1, 2008, 77-83; P. Bilancia, L'early warning system *nella prassi dello spazio pubblico europeo,* in F. Lanchester (cur.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella* governance *multilivello*, Milano, Giuffrè, 2016, 48.

ISSN 2279-7238

nell'ambito del processo legislativo, e in quello di controllo sulla Commissione europea, e hanno assegnato, altresì, ai Parlamenti nazionali un'inedita visibilità europea quali principali custodi della sussidiarietà e quali coprotagonisti istituzionali di un sistema di cooperazione interparlamentare rinforzato [1029].

A distanza di nove anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tuttavia, non sembra che tali miglioramenti siano stati funzionali a costituire un fattore di riequilibrio istituzionale nella *governance* europea, o un "contrappeso democratico" valido a quel fenomeno definito dalla dottrina come "trasformazione intergovernativa"[1030], ovvero come "straripante intergovernativo" [1031]. In questi anni si sono registrati, infatti, alcuni cambiamenti che hanno portato a un ulteriore consolidamento dell'esecutivo *frammentato* della Ue e della dimensione intergovernativa tanto nel quadro istituzionale dell'Unione[1032] , quanto in quello della rinnovata *governance* economico-finanziaria. Lo spostamento del baricentro decisionale negli organi intergovernativi ha contribuito a determinare maggiori gerarchie di potere e asimmetrie nelle relazioni tra Stati, con effetti di ulteriore indebolimento della democrazia sovranazionale europea.

2.1. Il protagonismo decisionale del Consiglio europeo e la tendenza alla sua de-istituzionalizzazione

Per quanto concerne l'assetto istituzionale dell'Ue, non si può fare a meno di notare lo sbilanciamento di potere registrato a favore del Consiglio europeo, che in questi anni ha acquisito un ruolo preminente divenendo il centro politico del sistema europeo, il vero organo di governo collegiale dell'Unione[1033]. Lungi dal definire esclusivamente gli orientamenti politici dell'Unione come previsto dai Trattati, il Consiglio europeo è riuscito a estendere e ad approfondire notevolmente il suo raggio di azione in vari ambiti. Lo dimostrano emblematicamente l'incremento delle sue riunioni e l'influenza diretta che è riuscito a esercitare sul potere esecutivo e legislativo e, nello specifico, sui lavori della Commissione e del Parlamento europeo. Il protagonismo acquisito *de facto* dal Consiglio europeo nella gestione delle più importanti dinamiche politiche e istituzionali, anche e soprattutto di natura emergenziale, ha portato tuttavia a un fenomeno involutivo attestato da un ricorso

[1029] Si consenta il rinvio a L. Frosina, *Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione europea. A proposito di conferenze interparlamentari ed early warning system*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3, 2016

[1030] S. Fabbrini, *Sdoppiamento…,* cit., p. 15

[1031] L' espressione è di A. Manzella *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista AIC,* n. 1, 2015, 2 ss.

[1032] Cfr. D. Curtin, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *The Modern Law Review*, n. 77, 2014, 1-32; F. J. Maria Portilla, *¿Hace falta más Europea? Integración política vs. cooperación intergubernamental,* in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2016, 467.

[1033] Da ultimo parla di governo collegiale d'Europa S. Fabbrini, *Perché il Consiglio europeo non riesce più a decidere,* in *il Sole 24 ore,* 1 luglio 2018.

ISSN 2279-7238

sempre più intenso "all'informalità, all'atipicità e a soluzioni intergovernative di carattere extra-ordinamentale" [1034]. Il profilarsi di tendenze simili evidenzia una pericolosa "fuga dal diritto e dal quadro istituzionale dell'Unione" [1035], che può essere considerata come una delle vie di uscita a quel fenomeno di "implosione intergovernativa" evidenziato dalla dottrina[1036]. Negli ultimi anni il Consiglio europeo ha fatto ricorso più insistentemente a un approccio simile principalmente per gestire i problemi ingenerati tanto dalla crisi economico-finanziaria, quanto da quella migratoria, così come dal processo di recesso del Regno Unito.

La scelta di ricorrere a soluzioni normative extraordinamentali è stata compiuta, dapprima, per arginare la crisi economica e finanziaria mediante il coordinamento del processo che ha portato all'adozione dei due accordi intergovernativi, di natura complementare, sui quali è stata rifondata la *governance* europea dei conti pubblici, ovverosia il *Trattato sul Meccanismo europeo di Stabilità* (c.d. Trattato MES)[1037] e il *Trattato sul coordinamento, la stabilità, e la* governance *dell'Unione economica e monetaria*, (c.d. Trattato *Fiscal Compact*)[1038].

Una vicenda più recente, che sintetizza emblematicamente la tendenza a ricorrere a canali e fonti di natura informale, è quella che ha portato all'approvazione della c.d. Dichiarazione UE-Turchia, nell'ambito di una riunione svoltasi informalmente il 18 marzo 2016 tra i Capi di Stato e di governo e la controparte turca, in seguito e a margine del Consiglio europeo di febbraio. La Dichiarazione, accordo di controversa natura giuridica e oggetto di distinte interpretazioni dottrinali[1039], è stata giudicata dalle istituzioni europee un atto sostanzialmente vincolante adottato dagli Stati membri

[1034] In questi termini si v. C. Tovo, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione*, in SIDIBlog, 8 maggio 2017, che si sofferma su questi aspetti in maniera più approfondita.

[1035] Ibidem.

[1036] Parla espressamente di implosione intergovernativa S. Fabbrini, *Sdoppiamento*…, cit., 15 ss., sottolineando le debolezze strutturali e funzionali del sistema di *governance* intergovernativa.

[1037] Nella riunione del Consiglio europeo del 28 e 29 ottobre 2010 i capi di stato e di governo degli Stati membri hanno concordato di istituire un meccanismo permanente di gestione della crisi per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso. Per la sua istituzione è stata necessaria una previa modifica del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), attraverso la procedura di revisione semplificata di cui all'art. 48, par 6, che ha portato ad aggiungere un terzo paragrafo all'articolo 136 del seguente tenore: "gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità".

[1038] Si tratta -come noto- di due Trattati strettamente complementari perché, a partire dal 1° marzo 2013, l'assistenza finanziaria nell'ambito del nuovo Meccanismo europeo è condizionata dalla ratifica del Trattato sul Fiscal Compact. Su questi temi esiste un'ampia letteratura. In questa sede ci si limita a rinviare a F. Fabbrini, *Il Fiscal Compact: un primo commento*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, 434; R. Cisotta, A. Viterbo, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 17, 2012, 323; G. Rivosecchi, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità e il Fiscal Compact tra Karlsruhe e Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2014, 425 ss; M. F. Cucchiara, *Fiscal Compact e meccanismo europeo di stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?,* in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2015, 91.

[1039] Cfr. E. Cannizzaro, cit.; G. Fernández Arribas, *The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?,* in *European Papers*, vol. 2, n.1, 2017, 303.

ISSN 2279-7238

riuniti in sede di Consiglio europeo che non risulta imputabile all'istituzione in quanto tale[1040].

Nella direzione della piena informalità si inscrivono anche le vicende legate al processo di negoziazione della Brexit. Quest'ultimo si è snodato attraverso una serie di riunioni e consultazioni informali, svoltesi separatamente o a margine di Consigli europei, e diverse dichiarazioni contenenti norme di condotta e direttive procedurali vincolanti per gli Stati relative alle modalità di adozione e ai contenuti dell'accordo di recesso (v., ad esempio, la dichiarazione del 29 giugno 2016 e la dichiarazione del 15 dicembre 2016)[1041].

Infine, un episodio emblematico della tendenza del Consiglio europeo a ricorrere a soluzioni di carattere extraistituzionale è legata alle conclusioni approvate in seguito alla rielezione del Presidente Donald Tusk nel marzo 2017. In quell'occasione la Polonia, governata a maggioranza assoluta dai nazional conservatori del PIS, Diritto e Giustizia, e fortemente contraria al rinnovo del mandato dell'ex premier polacco, si è opposta fino all'ultimo alla sua riconferma, minacciando di porre il proprio veto sulle conclusioni del Consiglio europeo. Quest'ultimo ha trovato una soluzione alternativa per l'approvazione delle sue conclusioni, che sono state adottate formalmente come conclusioni del Presidente del Consiglio europeo e non dell'istituzione in quanto tale[1042] . Per la prima volta uno Stato membro ha posto il suo veto rompendo la prassi del consenso unanime nel processo deliberativo del Consiglio europeo e certificando ulteriormente la crisi del metodo intergovernativo.

Il ruolo decisionale chiave acquisito dal Consiglio europeo, anche attraverso l'utilizzo di strumenti informali, ha condotto a una sorta di regressione istituzionale nell'Ue, accertata anche dall'assenza di alcuna procedura di *accountability* o da qualche forma di controllo democratico nei confronti di tale istituzione. Per questa ragione, com'è stato osservato da Jürgen Habermas, questa specie di "federalismo esecutivo", "di un Consiglio europeo che si è autoinvestito di autorità, può essere considerato un modello di esercizio post-democratico del potere[1043].

2.2. Le riforme della governance economico-finanziaria tra iper-tecnocrazia e antidemocraticità

[1040] Su tale dichiarazione si veda *l'ordinanza NF c. Consiglio europeo (causa T. 192716 punto 71)* del Tribunale del 28 febbraio 2017

[1041] Sulle quali, più approfonditamente, C. Tovo, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi:…,* cit., *passim.*

[1042] Nelle conclusioni del Presidente del Consiglio europeo del 9 marzo 2017 si precisa quanto segue: Il Consiglio europeo ha deliberato sul documento allegato, che ha ricevuto il sostegno di 27 membri del Consiglio europeo ma non ha ottenuto il consenso per ragioni indipendenti dal merito. I riferimenti al Consiglio europeo nel documento allegato non dovrebbero essere interpretati come un'approvazione formale da parte del Consiglio europeo in quanto istituzione.

[1043] J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

ISSN 2279-7238

Nel secondo ambito indicato, quello della *governance* economico- finanziaria, va osservato come siano state approvate diverse riforme, al di fuori delle procedure di revisione dei Trattati, che hanno dato progressivamente vita a un sistema pluralistico di organi, relazioni e meccanismi decisionali della zona euro, di natura prevalentemente intergovernativa, sganciati -in parte o in tutto- dai circuiti democratici-rappresentativi[1044].

In particolare, alcune di queste riforme sono particolarmente esplicative del fenomeno involutivo descritto e dei problemi di democraticità e solidarietà conseguenti per il processo di integrazione. In questa direzione si orienta, ad esempio, il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità sopracitato (TMES), accordo intergovernativo che ha istituito un'organizzazione intergovernativa di diritto internazionale pubblico per fornire assistenza finanziaria agli Stati membri in gravi difficoltà finanziarie al fine di salvaguardare la stabilità della zona euro. Il MES è strutturato principalmente in un Consiglio dei governatori composto dai Ministri delle Finanze degli Stati dell'area euro (a cui il Commissario europeo competente, così come il Presidente della Banca Centrale Europea, possono partecipare come osservatori), e assume generalmente le sue decisioni "di comune accordo" in forza di un sistema che assegna a ciascuno Stato un voto ponderato in base al contributo finanziario versato [1045]. L'articolazione strutturale e le modalità di funzionamento del MES evidenziano, quindi, una struttura fortemente intergovernativa e asimmetrica. In questi anni il MES è intervenuto ampiamente a sostegno di diversi Paesi in gravi difficoltà finanziarie, imponendo loro il rispetto di condizioni estremamente rigorose e piani di aggiustamento macroeconomico contenenti misure di austerità fortemente impopolari [1046].

[1044] Sulle riforme della *governance* economica esiste una vasta letteratura. In questa sede si limita a richiamare alcuni contributi E. Raffiotta, *Il governo multilivello dell'economia*, Bologna, University press, 2013; P. Bilancia, *Il Governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014; M. Benvenuti, *Le misure anticrisi adottate dall'Unione europea: uno sguardo d'insieme (tra continuità delle scelte istituzionali, integrazione negativa e decostituzionalizzazione del diritto sovranazionale),* in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén Lopez, J. F. Sánchez Barrilao (a cura di), *The impact of the economic crisis on the Eu institutions and Member States*, Navarra, Aranzadi, 2015; A. Canepa, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC* n. 1, 2015; F. Fabbrini, *Economic Governance in Europe. Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges,* Oxford, Oxford University Press, 2016.

[1045] A. Pisaneschi, *L'Esm, le condizionalità, i "memorandum of understanding". Un nuovo diritto europeo fuori dell'Europa*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2016, 511 e ss.; L. Gianniti, *La riforma del meccanismo europeo di stabilità. Un nodo critico nello sviluppo del processo di integrazione europe*a, 2017, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n. 2, 2017, il quale evidenzia, in particolare, come per ogni decisione sia necessaria "la presenza di un quorum di due terzi dei membri aventi diritto di voto che rappresentino almeno i due terzi del diritto di voto" e come il diritto di voto sia suddiviso sulla base del contributo percentuale di ciascuno Stato al fondo. Le decisioni sono prese "di comune accordo", salvo in caso di urgenza in cui è possibile ricorrere a procedure di urgenza con un voto a maggioranza qualificata pari all'85%. Queste regole – come sottolinea l'A.- assegnano agli Stati il cui contributo supera il 15% la facoltà di bloccare simili decisioni.

[1046] L'articolo 12 del Trattato fa riferimento esplicito a "...condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto", condizioni "che possono spaziare da un programma di correzioni macroeconomiche, al rispetto costante di condizioni di ammissibilità predefinite". Inoltre nel preambolo del Trattato si chiarisce che la concessione

ISSN 2279-7238

Un'altra riforma di portata simile è quella relativa al *Trattato sul coordinamento, la stabilità, e la* governance *dell'Unione economica e monetaria*, c.d. *Fiscal Compact*, altro accordo intergovernativo sul quale si fonda la nuova *governance* europea dei conti pubblici, rivolto a promuovere la solidarietà e la responsabilità di bilancio all'interno dell'Unione economica e monetaria. Il *Fiscal Compact,* oggetto di ampie polemiche e contestazioni, ha ridimensionato drasticamente la sovranità statale e parlamentare in materia di bilancio, imponendo agli Stati membri un processo riformistico per introdurre all'interno dei rispettivi ordinamenti la *golden rule* sul pareggio, preferibilmente attraverso fonti di rango costituzionale.

Nella direzione dell'intergovernamentalismo si orientano anche i vertici euro, c.d. *Eurosummit*, riunioni dei capi di stato e di governo della zona euro e del presidente della Commissione, in cui vengono definiti importanti orientamenti strategici sulla politica economica della zona euro. Le riunioni del vertice euro sono state formalizzate dal Trattato sul *Fiscal Compact*, che ne ha previsto lo svolgimento due volte l'anno, e sono state regolate in modo più specifico dal regolamento interno del 2013; innovazioni normative, queste ultime, che gli hanno permesso di acquistare competenze decisionali sempre maggiori.

Un altro importante processo riformistico che ha sollevato problemi di legittimità democratica è quello riguardante l'Unione bancaria, nel cui ambito sono state assegnate ad autorità slegate dai circuiti democratici-rappresentativi competenze decisionali con rilevanti implicazioni politiche[1047]. In tale ambito, ad esempio, la Banca Centrale Europea ha acquisito una centralità maggiore, in linea con un processo di revisione ed *enlargment of functions* che ha interessato l'istituzione in questi anni, generando non pochi problemi di compatibilità con i suoi caratteri di apoliticità e neutralità[1048].

Non si può, infine, non evidenziare un generale fenomeno di deparlamentarizzazione risultante dalla scarsa partecipazione dei Parlamenti nazionali ai circuiti decisionali della rinnovata *governance* dei conti pubblici. Se da un lato è vero

di assistenza finanziaria nell'ambito del MES è subordinata alla ratifica del *Fiscal Compact* e, in particolare, al rispetto del nucleo centrale delle regole previste all'articolo 3, paragrafo 2, che rappresenta quindi la condizionalità essenziale.

[1047] Per una ricostruzione del processo di riforma dell'Unione bancaria si rinvia ai contributi più recenti di M. P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, Pacini giuridica, 2016; R. Ibrido, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2017

[1048] In questi ultimi anni la BCE, per contenere gli effetti della crisi finanziaria e dei debiti sovrani, è intervenuta spesso attraverso operazioni straordinarie di natura non convenzionale, come ad esempio tramite le *Outrights monetary transaction*, che nella nota sentenza *OMT I* sono state ritenute dalla Corte di Giustizia compatibili con il diritto dell'Unione europea. Inoltre la BCE ha svolto una funzione consultiva agli Stati debitori per la definizione dei piani di salvataggio e inviato loro raccomandazioni in materia di politica economica. Su questi temi, tra i tanti contributi, cfr. E. Mostacci, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2015, 221; L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso "decisivo",* in *Rivista AIC*, n. 2, 2016; F. Capriglione, *Unione monetaria e ruolo della BCE. Unione bancaria europea, SSM, SRM,* in M. Pellegrini (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, 534 ; F. Fabbrini, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 2016, 659; R. Ibrido*, Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *Federalismi.it*, n.5, 2017; A. Zei, *La politica monetaria della BCE di nuovo al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 2, 2017

ISSN 2279-7238

che sono stati previsti diversi strumenti di *accountability*, quali, il Dialogo Economico, il Dialogo Monetario, il Dialogo Bancario, che attribuiscono in diverso modo al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali un complesso di diritti di informazione e poteri di controllo-verifica. Dall'altro lato, però, tali strumenti di controllo democratico sono frammentati all'interno di procedure distinte e presentano un'efficacia limitata anche per l'assenza di adeguate forme di coordinamento e raccordo interparlamentare.

In conclusione, dunque, va sottolineato come il nuovo modello di *governance* dei conti pubblici sia prevalentemente fondato su soluzioni normative formalmente esterne all'ordinamento dell'Unione[1049], sia caratterizzato da organi di natura tecnico-burocratica che operano al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione, e, infine, da una spiccata tendenza alla deparlamentarizzazione e da profonde carenze democratiche[1050]. I difetti di questo modello sono quindi talmente evidenti e i benefici economici talmente impercettibili, da renderlo una delle principali ragioni che ha contribuito ad alimentare un clima di sfiducia generale nei riguardi del processo di integrazione europea.

3. Le spinte centrifughe: la Brexit, i sovranismi e i populismi

Le dinamiche involutive cui si è fatto cenno hanno portato all'emersione di nuove problematiche, tensioni conflittuali e democratiche, riconducibili prevalentemente alla Brexit, al rafforzamento dei populismi e dei sovranismi, che hanno posto nuove linee divisorie e minacce disgregative all'interno dell'Unione. Non si tratta di fenomeni nuovi in senso assoluto ma di problemi che si sono manifestati con maggior dirompenza in questa fase, in cui è accresciuto un sentimento di sfiducia generale verso un'Unione considerata incapace di garantire il benessere economico e sociale e di rispondere alle principali sfide dell'immigrazione e del terrorismo.

La richiesta di recesso del Regno Unito e il conseguente processo di *exit* dall'Unione europea, la c.d. Brexit, rappresenta sicuramente il fenomeno di maggiore portata disgregativa e uno degli eventi costituzionali più dirompenti della storia britannica, che si è imposto, infatti, al centro dell'agenda politica europea e della scena politica nazionale, lasciando aperte molte incognite sulle sue possibili conseguenze

[1049] Soluzioni normative giudicate, tra l'altro, pienamente compatibili con il diritto europeo nella nota sentenza *Pringle* del 27 novembre 2012 (C-370/12), in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata a favore della compatibilità dei Trattati sul *Mes* e *Fiscal Compact* con il diritto dell'Unione europea. Per un commento a tale sentenza si veda E. Longo, *Ue-La sentenza nella causa C-370/12, Pringle. La Corte di giustizia si pronuncia a favore della validità della modifica dell'art. 136 TFUE e della compatibilità con il diritto dell'Unione del Trattato che istituisce un meccanismo europeo di stabilità*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2013.

[1050] Per questa ragione si è aperto un ampio dibattito sulla necessità di democratizzare l'eurozona attraverso l'approvazione di un nuovo Trattato internazionale, già etichettato con la sigla T-DEM, partendo dalla proposta formulata nel volume di S. Hennette, T. Piketty, G. Sacriste, A. Vauchez, *Democratizzare l'Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell'Europa*, *La nave di Teseo,* 2017.

ISSN 2279-7238

giuridiche, economiche e finanziarie, e sui rapporti futuri che si instaureranno tra l'Ue e il Regno Unito[1051]. La scelta separatista compiuta per via referendaria dal Regno Unito nel giugno 2016, che condurrà all'uscita il 29 marzo 2019[1052], ha destabilizzato profondamente l'Unione e rischia di produrre un pericoloso effetto domino negli Stati più euroscettici con potenziali effetti di disgregazione e rottura di equilibri consolidati all'interno dell'Unione. Se da un lato la Brexit ha rappresentato un evento ampiamente traumatico e divisivo, dall'altro, però, è servita a stimolare una riflessione critica e a rilanciare il progetto europeo, sdoganando completamente l'idea di un'Europa asimmetrica e più integrata in settori differenziati. Un'Europa, ad esempio, fondata su un utilizzo più esteso delle cooperazioni rafforzate, com'è accaduto di recente con l'istituzione della cooperazione strutturata permanente nel settore della difesa e della sicurezza (c.d. PESCO)[1053].

Oltre alla richiesta di recesso del Regno Unito, l'Unione europea ha dovuto fare i conti con la nuova ondata dei partiti nazional-populisti e anti-europeisti che hanno registrato un trend crescente nelle elezioni svoltesi tanto a livello europeo che

[1051] Esiste una letteratura molto vasta sul tema. In questa sede mi limito a richiamare G. Baldini (a cura di), *La Gran Bretagna dopo la Brexit,* Bologna, Il Mulino, 2016; G. Caravale, *La "faglia" della Brexit*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n. 2, 2016; C. Martinelli (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Maggioli Editori 2017, Id., *L'isola e il continente: un matrimonio di interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC,* n.1, 2017; N. Da Costa Cabral, J. R. Gonçalves, N. C. Rodrugues, *After Brexit. Consequences for the European Union*, Palgrave Macmillan, 2017.

[1052] Come noto, la Brexit, che è stata definita dalla dottrina "uno degli eventi costituzionali più significativi dall'epoca della restaurazione del 1660", ha sollevato nell'ordinamento britannico una serie di questioni costituzionali estremamente complesse e delicate e, soprattutto, un ampio dibattito politico tra i sostenitori di una *hard brexit* e una *soft Brexit*. Dopo le sentenze Miller della *High Court* e della Corte Suprema (su cui si v. G. Caravale, *Sovranità parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the Constitutional case of the century"*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3, 2016, Id., *Dalla sentenza Miller allo scioglimento della Camera dei Comuni,* in *Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n. 1, 2017), che hanno imposto l'autorizzazione preventiva del parlamento per avviare la procedura di recesso, il Governo May ha presentato in Parlamento *l'European Union (Notification of Withdrawal) Bill* che è stato approvato il 16 marzo. Il 29 marzo il Governo May ha trasmesso al Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk, la lettera di notifica della volontà del Regno di uscire dall'Unione che ha dato inizio al termine dei due anni di negoziati allo scadere dei quali tale ipotesi si concretizzerà. Finora si è conclusa la prima fase dei negoziati ed è stata avviata la seconda. L'8 dicembre 2017 è stato raggiunto il primo accordo "*Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*". Con questo accordo si è raggiunto un compromesso su tre questioni fondamentali che possono sintetizzarsi nella decisione di non introdurre una frontiera rigida tra l'Irlanda e l'Irlanda del Nord, nell'impegno di garantire i diritti dei cittadini europei residenti nel Regno Unito e di quelli britannici residenti in Europa, e, infine, nella decisione di restituire da parte del Regno all'Unione circa 60 miliardi di euro, con l'impegno di continuare a versare il contributo economico fino al 2020. Il conseguimento di tale accordo ha consentito il passaggio alla seconda fase dei negoziati in cui si è raggiunto un accordo con cui si è stabilito che il periodo di transizione *post Brexit* durerà fino al 31 dicembre 2020, e che in questa fase il Regno continuerà a rimanere all'interno del mercato unico e ad applicare la normativa europea senza partecipare al procedimento di formazione della stessa. L'accordo di marzo è sicuramente un traguardo importante nell'avanzamento delle trattative anche se rimangono diverse questioni insolute, prima tra tutte la questione del confine nord irlandese.

[1053] L'11 dicembre 2017 il Consiglio degli Affari esteri, composto dai Ministri degli affari esteri, ha adottato una decisione con cui ha formalizzato la nascita della cooperazione strutturata permanente, o PESCO, con la partecipazione di 25 Stati membri che hanno firmato una notifica congiunta. Con questa decisione si definiscono, *in primis*, un elenco di impegni comuni ambiziosi, tra i quali quello di aumentare periodicamente e in termini reali i bilanci per la difesa, e si stabilisce un modello di *governance* generale della PESCO nonché l'approvazione di specifici progetti. Ai fini della attivazione di questa cooperazione rafforzata, la Brexit è stata un elemento determinante perché il Regno Unito aveva da sempre ostacolato forme di cooperazione nel settore della difesa.

ISSN 2279-7238

nazionale. L'incremento di tali partiti, sia in termini quantitativi che di consenso elettorale, imputabile in linea generale al crescente scontento sociale, al declino dei partiti tradizionali e alla crisi della rappresentanza politica [1054], rappresenta un fenomeno largamente diffuso che si è sviluppato in forma ed entità diversa nelle singole realtà statali. In alcuni casi, come ad esempio Fidesz in Ungheria, il PiS Diritto e Giustizia in Polonia, il Partito della Libertà FPÖ in Austria, il Movimento Cinque Stelle e la Lega in Italia, i partiti hanno ottenuto un pieno e talvolta inaspettato successo elettorale riuscendo ad affermarsi da soli, o in coalizione, al governo degli Stati. In altri casi sono riusciti a incrementare il proprio consenso elettorale e la propria rappresentanza parlamentare, come ad esempio *Podemos* in Spagna o *Alternative für Deutschland* in Germania, giocando un ruolo importante sull'andamento della politica nazionale [1055]. Non si può fare a meno di sottolineare che il rafforzamento complessivo di questa variegata tipologia di partiti, benché ideologicamente molto distanti gli uni dagli altri e con posizioni profondamente divergenti sui temi dell'Europa e dell'euro, costituisca una seria minaccia alla coesione dell'Unione, soprattutto in vista delle prossime elezioni del Parlamento europeo nel 2019.

A tal proposito, va osservato come una seria minaccia provenga, in particolare, da un gruppo di paesi dell'Europa orientale, il c.d. asse di Visegrad[1056], alleanza composta da Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia, che sfidano l'Europa e il costituzionalismo europeo sul piano dei valori democratici, dei diritti e, più in generale, sul rispetto dello Stato di diritto. In questa direzione si orientano, ad esempio, la nuova Costituzione ungherese del 2011 e le successive revisioni [1057], nonché le riforme legislative sull'ordinamento giudiziario approvate in Polonia sul finire del 2017.

La Costituzione ungherese del 2011, come è stato sottolineato da ampia parte della dottrina, evidenzia "un pericoloso ritorno della retorica sovranista", un forte euroscetticismo e la volontà di porre un freno alla piena integrazione europea dell'Ungheria[1058] . L'involuzione costituzionale dell'ordinamento ungherese è stata

[1054] Sottolinea come la responsabilità della crescita dei populismi sia da ricercare nella incapacità delle altre forze di contrastarli politicamente. M. Luciani, *Il futuro dell'Europa. Note a margine*, in *Anticipazioni Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n.2, 2018.

[1055] Su questi temi si v N. Urbinati, *The populist Phenomenon*, *Raisons politiques*, n. 51, 2013, 137-154; e Id., P. Blokker, M. Anselmi (a cura di), *La sfida populista*, Milano, Feltrinelli, 2018. Di recente v. G. Ferraiuolo, *Rappresentanza e populismo,* in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, che evidenzia le difficoltà legate alla definizione del populismo e la sua attitudine ad essere "un concetto vago, un'etichetta vuota che si presta ai più svariati utilizzi, primo tra tutti quello strumentale della dequalificazione dell'avversario politico".

[1056] Così denominato per via dell'omonima città ungherese dove nel 1991 si svolse un importante vertice tra Cecoslovacchia, Polonia e Ungheria. Questi Paesi hanno stretto negli anni un'intesa sempre più ampia su vari temi che vanno dall'economia alla sicurezza, e, soprattutto, hanno fatto fronte comune contro il sistema di accoglienza dei migranti adottato dalla Ue.

[1057] Per tutti, v. G. F. Ferrari, *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino, Giappichelli, 2012; F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora alla crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, Cedam, 2013.

[1058] Sottolinea questi aspetti F. Vecchio, *Il populismo ungherese tra economia e costituzione*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, *Special Issue* 2015, che si riferisce, in particolare, al quarto emendamento che ha previsto simbolicamente l'adozione di

ISSN 2279-7238

oggetto di ampie contestazioni e dure reazioni, tanto a livello internazionale che europeo, non soltanto per la direzione nettamente antieuropeista, ma anche e soprattutto per il contenuto antidemocratico e illiberale delle riforme approvate, frutto di un'azione ipermaggioritaria e unilaterale della maggioranza ultraconservatrice al governo dal 2010[1059]. Per tali ragioni di recente il Parlamento europeo, nella plenaria del 12 settembre 2018, ha approvato una risoluzione con cui ha richiesto l'attivazione della procedura di cui all'art. 7 del Trattato sull'Unione europea[1060], paragrafo 1, chiedendo al Consiglio di verificare l'esistenza di un rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori fondanti l'Ue [1061]. La risoluzione ripercorre a tal fine tutte le tappe della "degenerazione illiberale" ungherese attestanti un pericolo di violazione sistematica dei valori democratici europei [1062]. L'accertamento di tale violazione potrebbe condurre, a conclusione della procedura contemplata dall'art. 7 del TUE, all'applicazione di sanzioni di vario tipo per lo Stato membro interessato che si spingono fino alla sospensione del diritto di voto del rappresentante di governo in seno al Consiglio.

Per quanto concerne la Polonia, invece, le leggi di riforma della Corte Suprema e del Consiglio nazionale della magistratura sono state severamente criticate perché

nuove imposte per far fronte alle sanzioni irrogate dai giudici europei, e alle disposizioni che prevedono che per la introduzione dell'euro sia necessaria una modifica della Costituzione.

[1059] Nel 2010 il *Partito Democristiano* (KDNP) e *l'Alleanza dei Giovani Democratici* (FIDESZ) hanno costituito un governo di coalizione di centro destra guidata da Victor Orbán, riuscendo a conquistare due terzi dei seggi in Parlamento, maggioranza necessaria per adottare una nuova Costituzione o emendarla senza il consenso dell'opposizione parlamentare. Su questi temi G. Massa Gallerano, *Ungheria. La (contro) riforma costituzionale*, in *Civitas europa*, n. 1, 2013, 203.

[1060] La procedura di cui all'articolo 7 del TUE si articola sostanzialmente in un meccanismo di accertamento preventivo e sanzionatorio e in due forme procedurali. In *primis* prevede che, su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, a maggioranza di 4/5 dei suoi membri, e previa approvazione del Parlamento europeo, possa constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori dell'Unione di cui all'articolo 2, ascoltando previamente lo Stato membro interessato e invitandolo eventualmente a seguire delle raccomandazioni. In seconda istanza prevede che il Consiglio europeo, dopo aver invitato lo Stato membro a presentare osservazioni, possa constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente attraverso una deliberazione adottata all'unanimità, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea, e previa approvazione del Parlamento europeo. Qualora sia stata constatata tale violazione, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, potrà successivamente adottare misure sanzionatorie decidendo, per esempio, di sospendere alcuni dei diritti dello Stato membro risultanti dall'applicazione dei Trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio.

[1061] La risoluzione specifica che le preoccupazioni del Parlamento si riferiscono, in particolare; al funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale; all'indipendenza della magistratura e di altre istituzioni e ai diritti dei giudici; alla corruzione e ai conflitti di interesse; alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati; alla libertà di espressione; alla libertà accademica; alla libertà di religione; alla libertà di associazione; al diritto alla parità di trattamento; ai diritti delle persone appartenenti a minoranze, compresi i rom e gli ebrei, e alla protezione dalle dichiarazioni di odio contro tali minoranze; ai diritti fondamentali dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati; ai diritti economici e sociali. Alla risoluzione è stata allegata la proposta di decisione del Consiglio in merito alla constatazione, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione. Sui contenuti di tale risoluzione e soprattutto, in senso critico, sulle modalità di calcolo dei suffragi espressi nella votazione parlamentare v. C. Curti Gialdino, *Il Parlamento attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*, 18, 2018.

[1062] Per una sintetica ricostruzione di tali tappe e, soprattutto, per un' analisi dei presupposti ideologici di tali riforme si rinvia ad A. Di Gregorio, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile,* in *Dpce.it*, del 17 settembre 2018.

ISSN 2279-7238

hanno condotto a un'indebita interferenza del potere esecutivo e legislativo nella composizione e nel funzionamento del potere giudiziario e a una conseguente politicizzazione di tali organi [1063]. Sono state considerate da più parti, tanto in dottrina che a livello politico-istituzionale, ampiamente lesive del principio di separazione dei poteri e un passo significativo verso una trasformazione in senso illiberale della democrazia polacca[1064]. Per tali ragioni, prima ancora dell'Ungheria, è stata attivata nei confronti della Polonia -su richiesta della Commissione europea- la procedura contemplata dall'articolo 7, par. 1, del TUE, per accertare l'esistenza di un evidente rischio di grave violazione della *rule of law* e dei valori fondanti l'Ue[1065].

Gli avvenimenti e i fenomeni sinteticamente descritti, di natura profondamente conflittuale e divisiva, mettono in luce le correlazioni sempre più strette e la rigida condizionalità tra le politiche europee e le dinamiche politiche e costituzionali in alcuni Stati membri. La confusione tra le distinte responsabilità e prerogative tra il livello europeo e nazionale, alimentata da un sistema di *governance* intergovernativa, così come il ridimensionamento della sovranità nazionale non controbilanciato da un'accresciuta sovranità europea, hanno sicuramente contribuito a sviluppare i populismi e i sovranismi. Il successo diffuso e inaspettato di partiti populisti, così come il sopravanzare di alcune logiche e politiche sovraniste, sono stati indubbiamente incentivati dalle impopolari politiche portate avanti dalle istituzioni europee negli ultimi anni e dalla disaffezione verso un'Europa con una identità sempre più annacquata. Tali politiche hanno fomentato un sentimento di crescente ostilità

[1063] La riforma del Consiglio Nazionale della Magistratura prevede che sia il *Sejm* (in prima votazione a maggioranza di 3/5, e in seconda, a maggioranza semplice) a eleggere i 15 componenti, affidando così alla maggioranza politica la facoltà di scegliere la quasi totalità dei membri dell'organo, considerando che la Costituzione prevede che quattro giudici laici siano eletti dalla Dieta e due dal Senato. Per quanto riguarda la Corte Suprema, i criteri di selezione dei nuovi giudici non sono stati modificati, anche se aumenterà il livello di politicizzazione perché i suoi membri continueranno a essere nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura nella sua rinnovata composizione. Inoltre un'ingerenza politica molto forte potrà essere esercitata dal Presidente della Repubblica, a cui viene conferita la facoltà di concedere un prolungamento del mandato dei giudici a rischio di decadenza per un periodo di tre anni con criteri largamente discrezionali. In argomento, su queste e le altre modifiche introdotte da tali riforme, v., più approfonditamente, J. Sawicki, *Portata a compimento la riforma governativa della Corte Suprema e dell'ordinamento giudiziario. La separazione del terzo potere appare ormai memoria del passato*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n. 3, 2017;

[1064] In questi termini v. Id., p. 1.

[1065] Il 20 dicembre 2017, lo stesso giorno in cui sono state approvate tali riforme, il vicepresidente della Commissione europea incaricato delle questioni legate allo Stato di diritto, Frans Timmermans, ha annunciato l'attivazione della procedura di cui all'articolo 7 del TUE, denunciando un rischio di grave violazione dei valori dell'Ue, in particolare del principio della separazione tra il potere legislativo e giudiziario, principio cardine dello Stato di diritto.
Nel marzo 2018 il Parlamento europeo ha dato la sua approvazione per proseguire l'attivazione della procedura volta a verificare la sussistenza del rischio di grave violazione dello Stato di diritto da parte della Polonia. E' stata addotta come motivazione prevalente per l'attivazione e il prosieguo di tale procedura che la legislazione di riforma polacca amplia sistematicamente la possibilità per i poteri legislativo ed esecutivo di interferire nella composizione e nel funzionamento del potere giudiziario. In particolare è stata richiesta una revisione delle previsioni normative riguardanti l'anticipato pensionamento dei giudici, i poteri discrezionali del Presidente relativi alla durata dei giudici, la riapertura di giudizi conclusi da anni attraverso l'appello straordinario, lo statuto dei membri del Consiglio Nazionale della Magistratura, le attribuzioni del Ministero della giustizia in materia di organizzazione giudiziaria. Su questi e altri aspetti v. S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2018, 300

ISSN 2279-7238

verso la tecnocrazia europea, le politiche di *austerity* e la gestione del problema migratorio, stimolando un fenomeno di pericoloso ritorno alla chiusura e alla retorica nazionalistica. Ciò ha contribuito allo sviluppo di una situazione per certi versi paradossale che si manifesta con una tendenza a una crescente europeizzazione dei temi cruciali del dibattito pubblico nazionale, così come dei programmi e delle politiche dei partiti politici statali, nonostante prevalga un atteggiamento critico e oppositivo chiaramente orientato in una direzione tutta antieuropea. Questa correlazione sempre più stringente si evince emblematicamente dagli effetti della Brexit sulla politica interna del Regno Unito, dove, ad esempio, la divisione tra *Brexiters* e *Remainers,* così come quella tra i sostenitori di una *Hard Brexit* e di una *Soft Brexit*, si sta sovrapponendo sempre più alle logiche di appartenenza partitica in seno al Parlamento di *Westminister*.

3.1. Un'ulteriore minaccia disgregativa: i secessionismi e lo spettro di un'Europa delle "piccole patrie"

Infine un'altra minaccia alla solidità territoriale dell'Unione e all'intero processo di integrazione europea proviene dalla proliferazione dei secessionismi, che pongono potenziali rischi di dissoluzione degli Stati nazionali ed eventuali problemi di adesione delle nuove entità costituitesi a seguito di un processo disgregativo [1066]. Dalla Scozia all'Irlanda del Nord, dalla Catalogna alla Baviera, dalla Corsica alle Fiandre, i movimenti indipendentisti si stanno diffondendo a macchia di leopardo nel vecchio continente, emergendo indistintamente tanto in Stati federali che regionali, e avanzando talvolta rivendicazioni radicali e finanche al di fuori della legalità costituzionale, com' è accaduto di recente in Catalogna[1067]. In linea generale le ragioni che hanno incentivato lo sviluppo di questi movimenti separatisti vanno ricercate nella crisi economica e finanziaria e nei costi ingenerati da tale crisi soprattutto alle entità sub-statali economicamente più prospere, così come nell'indebolimento dei principi di leale collaborazione e di solidarietà all'interno degli Stati composti. Inoltre vanno individuate nel progressivo venir meno della coincidenza tra Stato e nazione in un'epoca in cui i fenomeni della globalizzazione e delle migrazioni contribuiscono a formare società sempre più complesse connotate da un crescente pluralismo etnico,

[1066] Sul tema si rinvia ad A. Mastromarino, *Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, 639; A. Mastromarino e X. Pons Rafiols, *Processi di secessione e ordinamenti democratici dal punto di vista del diritto internazionale e comparato: introduzione,* in DPCE, n. 2, 2015; T. Cerruti, *Istanze indipendentiste nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015; C. Closa, *Secession from a member state and withdrawal from the European Union: troubled membership*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

[1067] Sulla questione catalana sia consentito il rinvio a L. Frosina*, La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l'applicazione dell'articolo 155 Cost.*, in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3, 2017

ISSN 2279-7238

culturale, e linguistico, in cui, appunto, viene meno l'identificazione tra nazione, popolo e Stato all'interno di un dato territorio[1068].

Va evidenziato come i fenomeni secessionisti contemporanei non siano antieuropeisti, anzi, al contrario, riconoscano pienamente i vantaggi della loro appartenenza all'Unione, e spesso trovino nell'integrazione europea un incentivo e un rifugio per avanzare le proprie pretese separatiste rispetto allo Stato di appartenenza, per rivendicare la creazione di un nuovo Stato indipendente ma nella cornice più sicura e rassicurante dell'Unione europea.

L'Unione europea, dal canto suo, mantiene un atteggiamento di sostanziale neutralità nei confronti dei fenomeni di secessione, considerandoli, in maniera simile a quanto fa il diritto internazionale, come un problema interno agli Stati membri. Dimostra, tuttavia, un *favor* per la preservazione della loro integrità territoriale, in quanto promuove il rispetto dell'identità nazionale e della struttura fondamentale politica e costituzionale degli Stati membri nonché la salvaguardia della loro integrità territoriale (art. 4. 2 TUE). E' possibile che in futuro l'Ue sia costretta a modificare quest'atteggiamento di sostanziale neutralità dinanzi all'eventuale sopravanzare di taluni fenomeni secessionisti e alla creazione di nuovi Stati indipendenti che facciano richiesta di ingresso. L'eventuale successo di qualche rivendicazione secessionista potrebbe innescare un pericoloso fenomeno emulativo in altri Stati membri, obbligando l'Unione a cambiare approccio per gestire un problema di portata crescente, pervenendo, ad esempio, finanche alla previa definizione dei requisiti minimi per giudicare l'ammissibilità delle richieste di ingresso dei nuovi Stati[1069].

Questo cambio di approccio potrebbe essere funzionale ad arginare l'avanzamento di istanze secessioniste e scongiurare, così, il rischio di una involuzione verso un'Europa delle "piccole patrie", che- come è stato sottolineato dalla dottrina- risulterebbe completamente inadeguata a porsi come attore globale nel contesto geopolitico internazionale[1070].

4. Prospettive di riforma: quali scenari possibili entro il 2025?

La parabola discendente seguita dal processo di integrazione europea in questi anni ha spinto a riavviare il dibattito sulle riforme che ha portato all'approvazione del Libro Bianco sul futuro dell'Europa da parte della Commissione europea il 1 marzo 2017, insieme ad altri documenti di riflessione sulla gestione della globalizzazione e sulla dimensione sociale dell'Unione europea. Il libro Bianco ha acquisito un'importanza fondamentale non tanto per i cinque scenari delineati sul futuro dell'Europa, che puntano principalmente a migliorarne il funzionamento senza prevedere un restyling

[1068] C. Margiotta, *Sulla (im)possibilità della secessione. Per una legalità "liminale",* in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee* n. 2, 2017.
[1069] Sul tema si rinvia a C. Fasone, *Secession and the Ambiguous Place of Regions Under Eu Law*, in C. Closa, *op. cit.,* 48 ss.
[1070] B. Caravita, *La Catalogna di fronte all'Europa*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2017.

ISSN 2279-7238

strutturale [1071], ma perché è divenuto il punto di partenza di un dibattito più ampio, avviato tanto a livello statale che sovranazionale, per concordare le tappe che dovranno condurre – o traghettare- l'Unione a 27 al 2025. Le soluzioni prospettate nel Libro Bianco, benché criticate in quanto prive di un'idea progettuale di fondo[1072], hanno fatto da apripista a una nuova fase di rilancio del progetto europeo, formalmente avviata con la Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017 firmata in occasione del 60°anniversario dei Trattati di Roma[1073].

Uno slancio maggiore si è riscontrato già nel discorso sullo stato dell'Unione del 2017 pronunciato da Juncker, che ha esposto il suo personale "sesto scenario", individuando in un'Unione più unita, forte e democratica, l'obiettivo da raggiungere entro il 2025. Lo scenario delineato dal presidente della Commissione europea si fonda prevalentemente su un'Unione più unita sul piano dei valori, articolata attorno ai tre principi cardine della libertà, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto; un'Unione più forte, strutturata soprattutto su un mercato unico più forte e un'Unione economia e monetaria più efficiente; ed infine su un'Unione più democratica, caratterizzata da nuove norme sul finanziamento dei partititi politici e delle fondazioni, dalla presentazione delle liste transnazionali per le elezioni al Parlamento europeo, e dalla unificazione delle cariche di presidente della Commissione europea e di presidente del Consiglio europeo. Una visione di Europa lievemente più ambiziosa, dunque, quella prospettata da Juncker, che ha già trovato un primo riscontro pragmatico nella tabella di marcia e nel pacchetto di misure presentate nel dicembre 2017 dalla Commissione europea per l'approfondimento dell'Unione economica e monetaria[1074]. Si tratta di un pacchetto di misure concrete, da realizzare entro i 18 mesi successivi, con cui si intende dare attuazione al modello di *governance* delineato nella relazione dei 5 presidenti del giugno 2015 e nei documenti di riflessione sull'approfondimento dell'Unione economica e monetaria e sul futuro delle finanze dell'Ue adottati nella primavera 2017[1075]. Le quattro principali iniziative incluse nel pacchetto sono rivolte

[1071] V. *Libro Bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*. I cinque scenari delineati si riferiscono a diverse ipotesi di miglioramento funzionale del processo di integrazione europea legate principalmente al mantenimento dello status quo, alla valorizzazione del mercato unico, all'Europa a diverse velocità, alla semplificazione e ad una maggiore efficienza funzionale, e ad una implementazione del processo di integrazione europea. I cinque scenari sono sintetizzati con queste formule: Avanti così; solo il mercato unico; chi vuole di più faccia di più; fare meno in modo più efficiente; fare molto di più insieme. Su questi e altri aspetti si v. J. Luther, *Il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista,* in *Anticipazioni Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n. 2, 2018.

[1072] Parla di "possibile retromarcia del processo di integrazione" J. F. Sánchez Barrilao, *Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale,* in *Anticipazioni Convegno "Passato, Presente e Futuro del costituzionalismo e dell'Europa"* in *Anticipazioni Nomos-leattualitaneldiritto.it,* n. 2, 2018

[1073] Dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea. La dichiarazione di Roma

[1074] Si rinvia al documento di sintesi che illustra la *road map* elaborata per l'approfondimento dell'Unione economica e monetaria A roadmap for deepening Europe's Economic and Monetary Union

[1075] Sulla relazione dei cinque presidenti sia consentito il rinvio a L. Frosina, *Le riforme della "governance" europea e le incertezze legate al completamento dell'Unione economica e monetaria,* in F. Balaguer Callejón, M, Azpitare Sánchez, E. Guillén López, J. F. Sánchez Barrilano, *The reform of the Economic Governance in the European Union and the progress of the political integration,* Navarra, Aranzadi, 2017, 66 ss.

ISSN 2279-7238

a istituire un Fondo monetario europeo (FME), una vera e propria istituzione dell'Ue che ricalchi l'architettura istituzionale e finanziaria del MES; a incorporare il *Fiscal Compact* nell'ordinamento giuridico dell'Unione; a introdurre nuovi strumenti di bilancio atti a garantire la stabilità della zona euro nel quadro dell'Unione; a istituire la nuova carica di Ministro europeo dell'Economia e delle Finanze che possa fungere da vicepresidente della Commissione e da presidente dell'Eurogruppo. In definitiva, un complesso di riforme che si inscrivono nel più ampio processo di completamento dell'UEM entro il 2025, rafforzandone l'unità, l'efficienza e la responsabilità democratica, e conciliando solidarietà e responsabilità a tutti i livelli.

Un contributo decisivo al dibattito sul futuro dell'UE e al rilancio del processo di integrazione è stato poi dato dal Presidente della V Repubblica Francese, Emmanuel Macron, che ha chiarito la sua visione di Europa principalmente nell'ambito dei discorsi pronunciati alla Sorbona nel 2017 e al Parlamento europeo nel 2018, in cui ha parlato espressamente della necessità di rifondare un'Europa sovrana, unita e democratica. Il Presidente francese si è fatto promotore di una serie di proposte ambiziose per compiere un processo di modernizzazione, democratizzazione e rinnovamento giuridico-istituzionale giudicato indispensabile e improcrastinabile[1076]. Il disegno riformista di Macron insiste sul completamento dell'Unione bancaria e sulla necessità di un'Unione economica e monetaria rafforzata e meno intergovernativa, fondata su un bilancio comune della zona euro e su nuove strutture europee (come il Fondo Monetario europeo, e un esecutivo competente guidato dal Ministro europeo dell'Economia e delle Finanze) che funzionino sotto un controllo democratico e parlamentare più stretto a livello di eurozona.

I progetti riformistici rivolti a rafforzare l'Unione economica e monetaria, al di là delle convergenze e divergenze tra le differenti proposte avanzate, incontrano una serie di ostacoli che si frappongono alla loro realizzazione. Una delle principali resistenze è stata espressa finora da un gruppo di Paesi dell'Europa settentrionale, composto da Danimarca, Finlandia, Svezia, Irlanda, Estonia, Lettonia e Lituania e guidato dall'Olanda, che hanno deciso di fare fronte comune per opporsi all'asse

[1076] Nel discorso alla Sorbona ha enunciato le *six clés* per compiere questo processo di rifondazione europea. La prima è la sicurezza, per il rafforzamento della quale propone di istituire una forza di intervento comune, un budget di difesa comune e una strategia di difesa condivisa. La seconda chiave si riferisce alla necessità di rispondere alla sfida migratoria attraverso la creazione di uno spazio comune di frontiere, asilo e migrazioni, con particolare riferimento alla creazione di un ufficio europeo per le domande d'asilo. La terza priorità riguarda invece un rinnovamento della politica estera che si focalizzi sul Mediterraneo e sull'Africa. La quarta priorità coincide invece con un modello di sviluppo sostenibile che garantisca una transizione ecologica e promuova una riforma della politica agricola comune e una sovranità alimentare europea. La quinta sfida riguarda il digitale e aspira a compiersi attraverso un processo di innovazione e regolamentazione, facendo particolare riferimento alla creazione di una Agenzia di innovazione e al rinnovamento dei sistemi di tassazione. Infine, la sesta chiave si riferisce alla trasformazione dell'Europa in una potenza economica e monetaria nel contesto mondiale con una zona euro forte ed efficace, un Ministro europeo delle Finanze e dell'Economia, una tassazione europea comune e un bilancio europeo condiviso. Queste tematiche sono state riprese anche nel discorso al Parlamento europeo, in cui il Presidente Macron ha parlato della necessità di "edificare una nuova sovranità europea per dare una risposta chiara agli europei", e rilanciare un'Europa più democratica che sia in grado di arginare gli "autoritarismi e le divisioni" che evidenziano -secondo il Presidente- l'emergere di una sorta di "guerra civile europea"

ISSN 2279-7238

franco-tedesco e all'introduzione di riforme di più vasta portata relative all'UEM. I Ministri delle Finanze di questi otto paesi hanno redatto un documento congiunto in cui si sono espressi in favore di impegni più rigorosi sui conti pubblici e interventi strutturali a livello nazionale, dichiarandosi disponibili a discutere di riforme limitate al completamento dell'Unione bancaria e alla modifica del Meccanismo europeo di stabilità, escludendo implicitamente quelle riforme di più vasto respiro legate al bilancio della zona euro o alla istituzione di un Ministro europeo delle Finanze.

Dal dibattito avviato in quest'ultima fase e dalle posizioni finora espresse, emergono quindi plurime visioni di Europa che, in linea generale, vedono contrapporsi un modello di integrazione più stretta ad uno più debole, e sottendono concezioni molto diverse sulle modalità di partecipazione al processo di integrazione sovranazionale. La presenza di visioni così distanti tra loro palesa l'esistenza di profonde divisioni e tensioni politiche, che sollevano non poche perplessità sulle possibilità concrete di creare delle premesse favorevoli per rilanciare in qualche modo il progetto europeo[1077].

Il Consiglio europeo del 28 e 29 giugno 2018 è stato ampiamente indicativo dell'andamento incerto, fluttuante e critico del processo in atto, e soprattutto del clima di generale conflittualità, ostativo -almeno per ora- al raggiungimento di qualsiasi compromesso riformistico che possa considerarsi realmente innovativo[1078]. Nel suo ambito, infatti, non si è discusso di riforme, di una nuova visione di Europa, contrariamente a quanto era stato preannunciato da mesi, ma prevalentemente della problematica migratoria, rispetto alla quale l'Italia ha posto diverse condizioni per pervenire -faticosamente- a un compromesso che ha permesso perlomeno di approvare le conclusioni all'unanimità[1079]. Più ai margini è rimasto, invece, il dibattito sulle proposte di riforma riguardanti l'Unione bancaria, l'Unione economica e monetaria, il MES, prospettate nei vari contributi nazionali e delineate, con particolare dettaglio, nell'ambito della Dichiarazione franco-tedesca di Meseberg del 19 giugno [1080]. Dalle conclusioni del Consiglio europeo e del summit dell'eurozona è emersa esclusivamente una comune volontà di approvare un pacchetto sul completamento dell'Unione bancaria entro dicembre e di procedere al rafforzamento del MES.

[1077] Cfr. i vari contributi dedicati alla crisi dell'Unione europea in *Una certa idea dell'Europa*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2016; *L'Europa della crisi: Quo vadis?* in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2015.

[1078] Sulla crisi identitaria dell'Unione e sull'impossibilità immediata di una nuova fase di costituzionalizzazione dell'Europa si v. M. Luciani, *op. cit.,* 9.

[1079] Sul Consiglio europeo del 28-29 giugno e sui risultati in materia di immigrazione si veda C. Curti Gialdino, "Avanti piano, quasi indietro*: considerazioni sui risultati del Consiglio europeo del 28-29 giugno in materia di immigrazione,* in *Federalismi.it*, n. 14, 2018.

[1080] La Dichiarazione ha sancito solennemente il faticoso compromesso politico raggiunto per l'edificazione di un'Europa più democratica, sovrana, unita e competitiva, fondata su una politica estera, di sicurezza e difesa comune, più coesa e integrata; una politica migratoria più efficace e basata, soprattutto, su un sistema comune europeo di asilo e su una vera polizia di frontiera europea; un'Unione economica e monetaria parzialmente rinnovata attraverso una revisione "sia pur contenuta" del ruolo e delle funzioni del MES, e la istituzione di un bilancio dell'eurozona per promuovere la competitività, la convergenza e la stabilizzazione nell'area euro a partire dal 2021.

ISSN 2279-7238

Le conclusioni del Consiglio europeo lasciano quindi intravedere molte incertezze per il futuro legate, in particolare, al superamento delle divisioni politiche, delle resistenze nazionaliste e delle alleanze in blocchi tra i vari Stati, nonché alla capacità dell'asse franco-tedesco, o di un direttorio più ampio di Stati, di assumere un'eventuale leadership in un'Europa fortemente divisa. Infine, rimane la grande incognita della direzione che l'Europa deciderà di intraprendere.

Il grado di sviluppo raggiunto dal processo di integrazione europea dimostra come l'Europa sia arrivata, oggi più che mai, a un crocevia e debba decidere quale strada percorrere per compiere quel *salto di qualità* ispirato a parametri autenticamente democratici, necessario -specie in questa fase- non soltanto per progredire ma soprattutto per non implodere[1081].

[1081] In questa direzione si v. F. Lanchester, I*ntroduzione*, in Id. (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea,* Milano, Giuffrè, 2016, 3 ss.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista*

di Jörg Luther*

SOMMARIO: 1. Le speranze e le paure per il futuro: il futurismo non è passato – 2. L'ottimismo delle costituzioni: il futuro può essere costruito come "avvenire" in forme e fonti costituzionali – 3. La percezione istituzionale di scenari, tendenze di sviluppo e criticità del futuro dell'UE – 4. Le tendenze verso un'integrazione europea più differenziata e flessibile – 5. Le preoccupazioni per l'avvenire e per il destino degli stati costituzionali nell'Unione europea

1. Le speranze e le paure per il futuro: il futurismo non è passato

Nel 1909, un giovane laureato in giurisprudenza a Genova invoca sul Figaro le virtù dell'"amor del pericolo, l'abitudine all'energia e la temerità", inneggia alla bellezza della velocità, ma anche alla guerra contro come sola igiene del mondo, peraltro partendo dalla pulizia della Libia. Si incita al gesto distruttore dei libertari, al patriottismo, alle belle idee per cui si muore, alla distruzione di musei, biblioteche ed accademie d'ogni specie, alle maree multicolori o polifoniche delle rivoluzioni nelle capitali moderne, alla volontà di "liberare l'Italia dalla sua fetida cancrena di professori, d'archeologhi, di ciceroni e d'antiquarii". Fu ancora nell'epoca del costituzionalismo monarchico europeo che Filippo Tommaso Marinetti, autore di questo manifesto del futurismo, si preoccupa non solo dell'Italia, ma viene addirittura festeggiato a Parigi come la "Caffeina d'Europa". Non sono parole estranee allo spirito dei tempi. Si parla ancora di società del rischio e di Euratom, ma anche di sprechi energetici. Si parla di un'Europa a più velocità, nella quale i più veloci trainano gli altri. Si crede la terza guerra mondiale iniziata, si vorrebbero dei carabinieri in Libia, si adorano nuovi eroi libertari sessantottini e nuovi patriottismi, si celebrano nuove forme di sacrificio, si esaltano le rivoluzioni multiculturali nelle capitali europee, la rottamazione delle classi dirigenti e si promette il futur(ism)o della digitalizzazione.

Nella sua "democrazia futurista" del 1919, Marinetti irrideva l'idealismo della Lega delle Nazioni, "una specie di Paradiso terrestre, la mèta della umanità, opera di Wilson, un elegante professore di diritto che ha trovato non in trincea, ma nei suoi vecchi libri, la formula pacificatrice della guerra."[1082] Lo stesso poteva valere anche per la mazzinianana "lega internazionale dei popoli" e la "Giovine Europa" e per , l'idealismo degli "Stati Uniti

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università del Piemonte orientale.

[1082] F. T. Marinetti, Democrazia futurista : dinamismo politico, Milano : Facchi, 1919, https://www.liberliber.it/mediateca/libri/m/marinetti/democrazia_futurista/pdf/marinetti_democrazia_futurista.pdf

ISSN 2279-7238

d'Europa" di Cattaneo e dei socialisti ottocenteschi, variati e rilanciati contro la Mitteleuropa (Naumann 1911) dalla "Paneuropa" Couldenhove Kalergi (1923) dal programma socialdemocratico di Heidelberg (1925), dall'unione doganale europea e di una comunità economica europea accarezzata dagli industriali tedeschi nel 1926.[1083] Il Comitato di cooperazione economica europea (1947), il Consiglio d'Europa (1949), la Comunità economica europea e l'Unione europea sono poi stati generati nelle trincee della resistenza europea e da una sorta di partito d'azione europeo, col manifesto di Ventotene (1941) e altri progetti, anche conservatori, in opposizione alle visioni di un grande spazio e di una fortezza europea sotto egemonia germanica, che già nel 1938 cercava di saldare un'asse Roma-Berlino tra i due stati fuoriusciti dalla Lega delle Nazioni attraverso una "comunione di lavoro" per l'idea dell'unità dell'Europa.[1084] Al primo congresso romano del "Comitato per relazioni giuridiche italo-germanico", partecipò a fianco del relatore Friedrich Klausing lo stesso Walter Hallstein che già nel 1937 aveva partecipato come discussant ai lavori dell'Academia del diritto tedesco.[1085] Nel 1939, un suo discorso a Rostock si dedica al compito del futuro del nuovo Grossdeutschland in divenire di consolidarsi con strumenti giuridici, un precedente del concetto funzionalista della "comunità di diritto".[1086]

.

La democrazia futurista non poteva non essere nazionale e quindi ispirare l'odierno nazional-populismo degli antieuropei, ma potrebbe anche aver in qualche modo contagiato

[1083] Cf. in particolare i contributi di T. Heuss e R. Riedl in H. Heiman, Europäische Zollunion, Berlin 1926.
[1084] C. Costamagna, Il valore dell'asse Roma-Berlino, in Lo Stato 1938, 287ss.
[1085] Cf. V. Angeloni, in: Lo Stato 1938, 399. Ad A. Somma, I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino, Frankfurt 2005, 409s. sfuggono i contributi di Hallstein, grande conoscitore del diritto commerciale comparato, e il fatto che Hallstein prenderà nel 1941 a Francoforte il posto di Klausing, promosso a rettore dell'università di Praga. Una distanza critica percepisce F. Kübler in: Diestelkamp/Stolleis (eds): Juristen an der Universität Frankfurt a.M., Baden-Baden, 1989, 276; cf. anche M. Kilian, Walter Hallstein: Jurist und Europäer. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart NF 53 (2005), 371; e, con riferimento a un contatto con Gerstenmaier nel 1935 C. Malandrino, Tut etwas Tapferes e, Bologna 2005, 37; da ultimo M. Schönwald, Walter Hallstein: Ein Wegbereiter Europas, Stuttgart 2018.
[1086] Discorso del 23. 1. 1939 „Die Rechtseinheit Grossdeutschlands" (l'unità giuridica della Grande Germania), riprodotto, con commenti tendenziosi e traduzioni imprecise, in http://www.profit-over-life.org/books/books.php?book=54&pageID=9&expand=no : „Drei Aufgaben sind dem Rechtswahrer gestellt: er soll das Recht erkennen, er soll es anwenden und er soll es fortentwickeln. Den höchsten Rang unter diesen Aufgaben nimmt die dritte ein, da alles menschliche Tun unter dem Gesetz des Werdens steht: die Bemühung also nicht um das geltende, sondern um das künftige Recht, das Streben danach, nicht nur die bestehende Ordnung zu erhalten, sondern eine bessere zu finden, kurz die Arbeit der Rechtspolitik. (…) Wenn es richtig ist, dass ein Volk nicht nur durch die Gemeinsamkeit körperlicher Bedingungen – ererbter und durch die Umwelt bestimmter –, nicht nur durch die Gemeinsamkeit geschichtlicher Schicksale gebildet wird, sondern auch und vor allem durch die Gemeinsamkeit von Überzeugungen und Werturteilen – und das ist unzweifelhaft richtig –, so kann die Führung eines völkischen Staates, so kann also gerade der Nationalsozialismus zu allerletzt auf das Mittel des Rechtes verzichten, um jene Gemeinsamkeit zu sichern. Es ist das hervorragendste Erziehungsmittel, das der Gemeinschaft zu Gebote steht, denn es gibt wenig Dinge, deren Autorität im Menschenherzen so gefestigt ist wie der Glaube an Recht und Wahrheit." (Tre compiti sono posti al conservatore del diritto: egli deve riconoscere il diritto, applicarlo e svilupparlo. Il rango più alto tra questi compiti riveste il terzo perché ogni agire umano è soggetto alla legge del divenire: l'impegno quindi non per il diritto vigente, ma per quello futuro, la tendenza a non solo conservare l'ordinamento esistente, ma anche di trovarne uno migliore, in breve il lavoro della politica del diritto. (…) Se è vero che un popolo è costituito non da una comunanza di condizioni fisiche – ereditate e determinate dall'ambiente – e nemmeno da una comunanza di destini storici, ma anche da una comunanza di convinzioni e valori – e questo è indubbiamente corretto – la guida di uno stato etnico-popolare e quindi proprio del nazionalsocialismo non potrà affatto rinunciare allo strumento del diritto per assicurare tale comunanza. Si tratta dello strumento di educazione più eccellente a disposizione della comunità, perché vi sono poche cose la cui autorità è meno rafforzata nel cuore degli uomini che la fede nel diritto e nella verità. Ttrad. it. JL)

ISSN 2279-7238

il "funzionalismo tecnocratico ? Marinetti attaccava le burocrazie cretine, non i burocrati e giudici intelligenti. Si oppose alla "concezione tedesca pletorica" di una "grande Confederazione pacifista della vigliaccheria e del quieto vivere, retto da un'enorme burocrazia per archivizzare le diverse paure dei popoli". Sognava una nuova democrazia più concreta, definendo "la democrazia italiana come massa di individui geniali, divenuta perciò facilmente cosciente del suo diritto e naturalmente plasmatrice del suo divenire statale." Ma questo *genius loci* non potrebbe essere condivisa da tutta l'Europa, madre del capitalismo e della rivoluzione industriale, con masse di cittadini del "grande mercato" che con la tecnologia del diritto romano e l'ingegneria costituzionale plasmano anche il diritto federale in divenire dell'Unione europea ? Marinetti voterebbe contro: "L'orgoglio italiano non deve essere, non è imperialismo che spera imporre industrie, accaparrare commerci, inondare di prodotti agricoli. (…) L'Italia rappresenta nel mondo una specie di minoranza genialissima tutta costituita di individui superiori alla media umana per forza creatrice innovatrice improvvisatrice." Pertanto andava "liberata dal giogo della vecchia famiglia tradizionale, dal dogma dell'anzianità, dal parlamento, dal senato, dal papato e dalla monarchia", essendo "la chiave di volta del miglior assetto pubblico (…) il Decentramento".[1087]

A distanza di cento anni, a questo progetto costituzionale implicito hanno resistono ancora il parlamento, il senato e il papato, ma molto è cambiato proprio nell'Unione europea. Nella politica costituzionale italiana è a lungo riecheggiata l'idea futurista di un parlamento con un'equa partecipazione di industriali, di agricoltori, di ingegneri e di commercianti, con "un minimo di deputati avvocati (sempre opportunisti) e un minimo di deputati professori (sempre retrogradi)". Sembra cresciuta la volontà di abolire il senato e /o del passaggio a un "governo tecnico senza Parlamento" di giovani direttamente eletti dal popolo, con un presidenti giovane del Consiglio dei ministri. L'idea di un consiglio dei giovani, chiamato anche "eccitatorio" è coltivato non più tanto nei partiti politici, quanto nei nuovi riti di democrazia partecipativa a livello locale e di turismo scolastico parlamentare.

Gli amici di Marinetti hanno perso le loro guerre e le organizzazioni sovranazionali hanno preso il sopravvento, ma il futurismo non è tramontato. In parte sembra essersi addirittura trasformato in un'ideologia dell'eurocrazia e dei meccanismi della *governance* tecnocratica che promettono una realizzazione concreta dell'utopia federalista, in parte il suo vocabolario è stato ereditato da nuove forze politiche e nuove maggioranze di indignados, sovranisti ed identitaristi che propongono una nuova liberazione dell'Italia dall'Unione europea. La democrazia futurista resta quindi una parabola valida tanto per le speranze di una democrazia transnazionale delle minoranze europeiste, quanto per le speranze di nuove maggioranze antieuropeiste che si difendono dalla globalizzazione. .Gli irriducibili dell'euro-ottimismo sperano ancora nel divenire e nel futuro dell'integrazione

[1087] "Lo Stato si scinderà in Regioni che le Provincie ricostituiranno sulla base delle loro tradizioni storiche, economiche, politiche e burocratiche."

ISSN 2279-7238

europea. Gli euro-pessimisti sperano nella disintegrazione e in una crescente disunione europea. Per loro, "il futuro dell'integrazione europea" non deve avere luogo.

Eppure Marinetti farebbe notare soprattutto l'invecchiamento dell'Italia che è anche fattore di invecchiamento della non più tanto "nuova" Europa. Invecchiamento che porta a fare prevalere le paure sulle speranze. In fondo, il futuro sembra fare più paura alle parti che si contendono la politica europea. Da un lato sono le paure che si hanno dell'unione, dall'altro lato le paure che si hanno per l'unione. Si rischia di arrivare a un'alleanza paralizzante tra coloro che temono di essere strangolati da un'integrazione "sempre più stretta" e coloro che temono la disintegrazione e una crescente "disunione europea."

2. L'ottimismo delle costituzioni: il futuro può essere costruito come "avvenire" in forme e fonti costituzionali

Il giurista non deve certo farsi maestro né di profezie, lasciando ai sacerdoti lla parola di Dio e al Papa quel che è del Papa. Né può cimentarsi nelle utopie politiche, lasciando ai politici la direzione della nave e a Macron quel che è di Macron. Tuttavia deve tenere conto dei valori e degli indirizzi e deve studiare le previsioni normative che prospettano un ordine futuro prevedibile oltre che giusto in spazi concreti. Infatti, la previsione normativa consente una prognosi o proiezione di quelle che Aristotele distingueva in *futura necessaria* e *contingentia,,* cioè della tenuta di norme e fatti prodotti da comandi e divieti o da permessi. Il diritto "temporale" può servire a dare al futuro una forma diversa dal presente (*Zukunftsgestaltung*) sia tramite piani e programmi, sia tramite principi che si presentano come " inizi" e disegnano tendenze di sviluppo verso il futuro. Il diritto naturale classico aveva un valore di "politica del futuro" dell'umanità. Nel diritto moderno, la giurisdizione è il potere retrospettivo, l'amministrazione decide il presente contingente, ma il futuro è governato il più possibile dalla legislazione. Nel diritto contemporaneo si riconosce al diritto una funzione di tecnologia sociale, assoggettando il diritto alla politica e la politica al diritto attraverso la Costituzione. .

Il futuro comune di una *polis*, di una *civitas*, di uno Stato e di un'unione di Stati sono costruiti con strumenti di diritto pubblico che tendono a spersonalizzare ed istituzionalizzare i poteri, rendendoli più longevi delle persone umane che si compongono nel popolo, a proteggere beni ed interessi comuni per i posteri, a legittimare e limitare l'ordinamento giuridico attraverso ideali e valori comuni, con rappresentazioni simboliche. Le costituzioni odierne fanno precedere i diritti e gli obiettivi, assicurati per il futuro, e i poteri funzionalmente separati anche con competenze finalistiche, da preamboli e principi fondamentali comuni ad entrambi che pretendono di essere particolarmente durevoli. Servono non solo da registro dello "stato" dell'ordinamento al presente, ma anche da narrazione e memoria del passato e da prospetto e aspettativa di un futuro con trasformazioni possibili e suscettibile di ulteriori previsioni normative. Non diversamente dalla legge, anche la Costituzione non è eterna, ma essa vuole rendere possibile ed assicurare

ISSN 2279-7238

il futuro attraverso "mission statements", fornendo "strategic instruments of power" e fungendo da contratti sociali imperfetti, perché vuole essere accettata, come patto sociale e di soggezione, dalle generazioni future.[1088]

Nel costituzionalismo europeo si è iscritta un'aspettativa di progresso attraverso la realizzazione di ideali e pertanto nel secolo dei lumi si proiettano speranze nell"'avvenire" che nel tedesco settecentesco si traduce in *Zukunft*, quel che "avverrà" nel e col "tempo". Le scienze costituzionali, cioè le scienze più tradizionali del diritto costituzionale e quelle più giovani della politica costituzionale si occupano pertanto non solo del presente e del passato, si "pre-occupano" anche del futuro delle costituzioni e del costituzionalismo. Il futuro dei "posteri" e del "post-" (anche della postglobalizzazione) è terreno di scontro ma anche di incontro spirituale tra ottimisti e pessimisti, tra idealisti riformatori e realisti conservatori, terreno di competizione e conflitto, concertazione e conciliazione politica reale.

Nelle scritture possono prevalere l'ottimismo e l'idealismo, speranze di giustizia sociale, linguaggi laici,

ma anche il pessimismo antropologico e il realismo, timori di insicurezza, almeno nei preamboli anche

linguaggi più o meno religiosi. Prevale sempre una preoccupazione per la longevità (endurance) della stessa costituzione dei suoi equilibri, incluso l'equilibrio tra rigidità e flessibilità. Lo stesso tema del futuro ha una congiuntura notevole nelle scritture più recenti, ma non è affatto nuovo. Già la Bill of Rights del Regno Unito (1689) prospettava "effectuall Provision for the Setlement of the Religion Lawes and Liberties of this Kingdome soe that the same for the future might not be in danger againe of being subverted" e l'Act of Settlement (1701) "future Wellfare of these kingdoms".

Se le generazioni future costituiscono insieme a quelle passtate e presenti la "nazione", nel linguaggio ottocentesco il popolo che nasce e rinasce[1089], non meraviglia che anche nel novecento, la costituzione irlandese si preoccupava della "future acquisition of Irish nationality", quella danese dell'ordine futuro della successione monarchica. I preamboli delle costituzioni dell'Europa orientale evocano il "future of our homeland" (Polonia), il futuro della patria (Macedonia), il futuro del Kosovo o tout court una "responsability per il futuro" (Albania). L'Ungheria dichiara: "we trust in a jointly-shaped future" e crea un commissario parlamentare per le generazioni future. Nella Germania federale si era pensato invece a "futuri territori" frutto di riforme territoriali regionali (art. 29). La Charte de l'environment francese osa pensare invece a un "futuro dell'umanità".

Se si guarda alle scritture più recenti, questa preoccupazione per il futuro dell'umanità sembra anche condivisa dalle costituzioni che dichiarano oramai diffusamente una

[1088] Cfr. in particolare i contributi di J. King, Constitutions as Mission Statements, R. Hirschl, The Strategic Foundations of Constitutions e T. Ginsburg, Constitutions as Contract, Constitutions as Charters a in: D. Galligan, M. Versteig (eds.), Social and Political Foundations of Constitutions, Cambridge 2013, 73ss; 157ss e 182ss.

[1089] Sull'invenzione della Volksnation cf. H. Schulze, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, München 1994, 172ss.

ISSN 2279-7238

responsabilità verso o addirittura diritti delle "generazioni future", nel Consiglio d'Europa ad es. in Albania, Lettonia, Liechtenstein , Lussemburgo, Norvegia, Polonia, Russia, Svezia, Svizzera, Ungheria. Nelle costituzioni degli stati membri dell'Unione europea si è diffuso anche un principio di "sviluppo sostenibile" (Belgio, Francia, Grecia, Lettonia, Polonia, Portogallo, Svezia, Ungheria) ed "uso sostenibile delle risorse naturali" (Lituania). Le costituzioni degli Stati dell'Eurozona hanno introdotto clausole di sostenibilità del debito pubblico (ad es. Austria, Germania, Grecia, Italia, Spagna, Svezia, Ungheria).

Il futuro è costruito innanzitutto dalle leggi. Nella costituzione romeno le leggi possono essere confezionate "solo per il futuro", essendo ammesse solo leggi penali ed amministrative più favorevoli ai cittadini. Le leggi costituzionali svedesi hanno previsto "emendamenti futuri" e le stesse "revisioni" costituzionali disciplinate dai testi costituzionali non possono che unire giudizi retrospettivi a scelte prospettive. Anche la cd. "nachführende" revisione della Costituzione svizzera rinunciava solo "a innovazioni materiali di grande portata". La costituzione turca prevede esplicitamente delle leggi relative a "future institutions, organisations and agencies" (art. 177). Solo la costituzione tedesca ha osato a pensare una propria fine che comporti comunque una sostituzione e non una semplice abrogazione della stessa costituzione e intende garantire forse il futuro dello stesso costituzionalismo (art. 146).

Un forte richiamo al futuro è rappresentato non solo dalle disposizioni sugli obiettivi e compiti dello Stato e dell'istruzione pubblica, ma anche dalle clausole di sviluppo che si riferiscono anche al contesto globale. Al riguardo conviene ricordare innanzitutto che la costituzione italiana si preoccupa dello sviluppo della persona umana (art. 3) e della cultura (art. 9). L'art. 11 non parla di sviluppo, ma consente limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, promuovendo tutte le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. Si potrebbe parlare di un prospetto di sviluppo del diritto internazionale e si potrebbe sostenere che questo sviluppo ha legittimato non solo le missioni internazionali di pace dell'Italia, ma anche l'istituzione di giudici internazionali come mezzi per risolvere le controversie internazionali e garantire giustizia ai diritti.

La costituzione francese prospetta uno "sviluppo democratico" (preambolo) oltre lo sviluppo individuale e della famiglia (preambolo 46), ma anche uno sviluppo della Nuova Caledonia (art. 77) e della solidarietà e cooperazione tra stati e popoli (art. 87) . La legge fondamentale della Germania prometteva la riunificazione nel proprio preambolo e garantisce ora la propria partecipazione allo "sviluppo dell'Unione Europea" (art. 23). La costituzione dell'Olanda prospetta uno sviluppo sociale e culturale (art. 22) e uno sviluppo dell'ordinamento giuridico internazionale (art. 90). "Finland participates in international co-operation for the protection of peace and human rights and for the development of society." (Cap. 1, sez. 1). La costituzione greca parla dello sviluppo urbano (art. 12) e culturale (art. 15) e di vari strumenti di sviluppo economico e sociale, incluso una sorta di "masterplan". La costituzione portoghese fa un uso diffusissimo della parola "sviluppo",

ISSN 2279-7238

riconoscendo per prima il "diritto allo sviluppo" (art. 7) e stabilendo un obiettivo di "sviluppo armonioso dell'intero territorio" (art. 9). In quella spagnola prevale il libero sviluppo della persona, ma non manca la "libera ed effettiva partecipazione dei giovani allo sviluppo politico, sociale, economico e culturale (art. 48).

La costituzione dell'Ucraina garantisce infine "comprehensive development and functioning of the Ukrainian language in all spheres of social life throughout the entire territory of Ukraine", ma anche "free development, use and protection of Russian, and other languages of national minorities of Ukraine", "development of the Ukrainian nation, of its historical consciousness, traditions and culture, and also the development of the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of all indigenous peoples and national minorities of Ukraine" (art. 11).

Le clausole costituzionali dialogano inevitabilmente con le clausole pattizie internazionali. Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione che pretende di portare gli stati europei "into closer association" e una "further realisation" dei suoi principi e dei diritti umani (Statuto 1949). La Carta sociale europea si prefigge l'obiettivo di migliorare "standard of living" e "social well-being" delle popolazioni (1961).

Il preambolo del trattato di Lisbona sull'Unione europea invoca una "nuova tappa dell'integrazione europea" e il bisogno di "creare solide basi per l'edificazione dell'Europa futura". Gli Stati desiderano "to deepen the solidarity", "to enhance further the democratic and efficient functioning" e sono determinati a "promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile". Tuttavia, per "portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa" – cioè non semplicemente tra gli Stati - servono "ulteriori passi da compiere ai fini dello sviluppo dell'integrazione europea."

Sono problemi attuali controversi e obiettivi globali di azioni future dell'UE (art. 3) il controllo alle frontiere esterne, l'asilo e l'immigrazione, l'economia di mercato sociale fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale", la solidarietà tra le generazioni, la coesione economica, sociale e territoriale, lo sviluppo del patrimonio culturale europeo, l'unione monetaria, la pace, la sicurezza, lo sviluppo sostenibile, la solidarietà e il rispetto reciproco tra i popoli, commercio libero ed equo e l'eliminazione della povertà, inclusa la rigorosa osservanza e lo sviluppo del diritto internazionale. Sono note le caratteristiche finalistiche delle norme di competenza di cui al tratto sul funzionamento dell'Unione europea le quali, a norma dell'art. 48 TUE possono essere accresciute o ridotte in via di revisione ordinaria o semplificata.

3. La percezione istituzionale di scenari, tendenze di sviluppo e criticità del futuro dell'UE

Il libro bianco della commissione sul futuro dell'Europa, presentato insieme ad altri documenti di riflessione sulla gestione della globalizzazione e sulla dimensione sociale

ISSN 2279-7238

dell'Europa ai festeggiamenti dei 60 anni dell'Europa nel 2017, ha delineato alcune prospettive di sviluppi fattuali rilevanti. Si stima innanzitutto un calo demografico dal 6 % (2015) al 4 % (2060) e un forte invecchiamento della popolazione basta sulla crescita della longevità e una discesa della fertilità (età mediana 2030: 45 anni). A questo si aggiungono una riduzione dei nuclei famigliari, una discesa della quota UE del PIL mondiale da 25 a 20 % (2030) e un non quantificato "rischio che la generazione attuale di giovani adulti si ritrovi in condizioni economiche peggiori rispetto a quella dei genitori". Il documento non indica in che misura questi dati siano condizionabili dalle politiche dell'UE, né quali revisioni dei trattati potrebbero convenire per fare fronte alle nuove sfide, ma disegna cinque scenari del futuro possibili di una UE-27 con denominazioni tratte dal dibattito dei "think tanks" sulle crisi multipli dell'Europa[1090], non irrilevanti rispetto ai trattati vigenti e alle esigenze di un costituzionalismo senza trattato costituzionale dell'UE[1091]:

Scenario 1: Avanti così: nulla deve essere riprogrammato.

Scenario 2: Solo il mercato unico: contrazione delle funzioni e del bilancio.

Scenario 3: Chi vuole di più fa di più: "coalizioni di volenterosi" con effetti di asimmetria

Scenario 4: Fare meno in modo più efficiente: snellimento ed efficientamento delle funzioni

Scenario 5: Fare molto di più insieme: condividere maggiori poteri, risorse e processi decisionali UE

Non è questa la sede per discutere i dettagli e le possibilità di combinazione, ma va notato che le richieste della relazione dei cinque presidenti del 2015 tendono a vedersi relegate all'ultimo scenario e che non si affrontano alcuni rischi che derivano in parte dalle premesse di fatto, in parte da una perdita di fiducia diffusa anche nella tenuta del diritto dell'Unione europea che significativamente non emerge nei discorsi annuali del Presidente della Commissione sullo Stato dell'Unione. Questo vale innanzitutto per il rischio di maggiore deficit democratico che potrebbe derivare dallo sviluppo demografico in una società governata con maggioranze anche qualificate di anziani . Ma potrebbe valere anche per un rischio di deficit di legalità che si è manifestato sia nel funzionamento delle garanzie quali ad es. le procedure di infrazione e dei poteri di controllo dei governi nazionali sulle proprie amministrazioni, sia nei rischi di perforazione del primato del diritto UE, da parte di alcuni giudici costituzionali, in particolare di quelli della repubblica ceca, della Germania e dell'Italia.

In secondo luogo va osservato che gli scenari sono formulati in un linguaggio formalmente amministrativo, ma sostanzialmente politico e quindi non indifferenti per la

[1090] Cf. J. Luther, La dimension constitutionnelle des crises entre „Europe allemande" et „Europe italienne", in: F. Balaguer Callejón, S. Pinon, A. Viala (eds.), Le droit constituitionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe, Varenne 205, 191ss.

[1091] Cf. soltanto N. Walker, The Shifting Foundations of the European Union Constitution, in: D. Galligan, M. Versteig (eds.), Social and Political Foundations of Constitutions, Cambridge 2013, 656: "… the crisis may be won without the EU being compelled to revisit the kind of explicit constitutional approach (…). Conversely the crisis may be lost without the EU being able to successfully revive explicit documentary constitutionalism. Whether or not we have reached the end of the EU's constitutional beginnings, therefore, remains a moot point (…)."

ISSN 2279-7238

forma di Stato degli stati membri e le basi normative dell'Unione stessa. Infatti, sono valutabili alla luce dei valori fondamentali dell'Unione e delle costituzioni nazionali. Ad es., dal punto di vista della solidarietà potrebbe essere problematico lo scenario 2 e preferibile lo scenario 5, dal punto di vista dell'uguaglianza problematico lo scenario 3. Inoltre, gli scenari possono aver impatti differenziati sull'assetto delle competenze dell'UE e quindi richiedere in misura minore o maggiore una revisione dei trattati. Potrebbero incidere anche sulla forma di governo dell'UE, rafforzare o indebolire il ruolo delle sue istituzioni. Al riguardo va osservato che la tendenza in atto al rafforzamento della *intergouvernementalité* non ha giovato alla governabilità dell'UE, come dimostrano anche le funzioni di governo tecnico assunte dalla Banca centrale europea. A questa tendenza si aggiunge quella alla destabilizzazione dei governi degli stati membri, con crisi di governo magari temperate da recuperi dell'economia e con una crescita del consenso ai partiti euroscettici che potrebbero cambiare anche il paesaggio politico rappresentato nel parlamento europeo da eleggere nel 2019.

In ogni caso, una scelta politica razionale e responsabile tra gli scenari sembra ostacolata da alcune incertezze contingenti generate e dai problemi concreti dell'agenda politica dell'UE, in particolare a) dalla difficoltà di gestione dell'impatto della Brexit, b) dalla norma del fiscal compact che programma la sua trasformazione in diritto primario dell'UE, c) dalla violazione del principio di solidarietà nelle politiche migratorie (art. 80 TFUE) e dagli effetti di paralisi della rinegoziazione del norme attuative dell'accordo di Dublino, d) dalle tendenze al depotenziamento del potere giudiziario non solo in Ungheria e Polonia con le conseguenti difficoltà di procedimenti ex art. 7 TUE, e) delle incertezze per il debito pubblico dell'Italia, Stato *to big to fail.*[1092]

L'auto-programmazione del futuro dell'integrazione europea deve fare i conti non solo con fattori endogeni, ma anche con fattori esogeni di incertezza nel contesto globale. Questo vale già per le politiche congelate di allargamento e per le relazioni conflittuali con le potenze vicine della Turchia e della Russia, le capacità di *peace making* tra Ucraina e Russsia e nelle guerre del medio oriente, le difficoltà di armonizzazione delle politiche estere e della difesa nei confronti dell'Africa, il rischio di guerre commerciali con il governo Trump, il crescente impatto dei cambiamenti climatici e le sfide del terrorismo internazionale, dal Papa percepite come inizio di una terza guerra mondiale. Vale anche per le incertezze legate al futuro del Consiglio d'Europa e all'adesione dell'UE alla CEDU o al futuro della NATO. Più contingenze interferiscono nell'*agenda setting* delle istituzioni, più il futuro si sottrae all'esecuzione di programmi e si presta a soluzioni governative *ad hoc* che oscillano tra un istinto alla europeizzazione dei problemi da risolvere e a riflessi di preservazione della sovranità. Queste tendenze contraddittorie generano incertezze sul rendimento degli assetti della *multilevel governance* e dubbi sulla promessa di crescita culturale e politica che consente di concretizzare e mantenere l'obiettivo di un'unione "sempre più stretta dei popoli" per le generazioni future.

[1092] Cfr. soltanto A. Weber, Europäisches Rechtsdenken in der Krise ? Die öffentliche Verwaltung 2017, 741ss.

ISSN 2279-7238

Una prova di buona "volontà di unione" e di crescita culturale e politica ha offerto invece la dichiarazione del Consiglio di Roma del 10 marzo 2017: "*In the ten years to come we want a Union that is safe and secure, prosperous, competitive, sustainable and socially responsible, and with the will and capacity of playing a key role in the world and of shaping globalisation. We want a Union where citizens have new opportunities for cultural and social development and economic growth. We want a Union which remains open to those European countries that respect our values and are committed to promoting them.*" Nelle parole del president della Commissione un'unione più unita, più forte e più democratica è possibile, ma

l'Unione si potrà stringere ulteriormente solo se resterà aperta a chi può voler stringersi ad essa, una "Unione sempre più stretta dai cittadini" (*ever closer by the will of citizens, sans cesse plus étroite par volonté des citoyens*).

La storia del passato da fiducia, ma il futuro dell'integrazione europea disegnabile dalle istituzioni e dagli stati uniti nell'UE non può non fare i conti con le sue molteplici criticità e crisi. Forse non sono soltanto le crisi economiche e finanziarie, quanto piuttosto le criticità culturali a fare le paure maggiori. Tre sembrano le criticità e crisi che si sommano nel contesto globale. Da un lato si potrebbe parlare di una crisi dell'integrazione "interna" dei popoli attorno a valori in parte indeboliti che riguardano oltre ai valori costituzionali della tutela dei diritti e della democrazia in primis i valori della tolleranza e della solidarietà nella società europea. A questa si aggiunge la crisi dell'integrazione "esterna" dei migranti in questa società europea. L'integrazione interna e quella esterna si intrecciano soprattutto nelle politiche dell'istruzione e del lavoro, principali strumenti di integrazione. Inoltre si integrano nell'art. 80 TFUE, cioè in un principio di solidarietà e di equa responsabilità delle responsabilità tra gli Stati membri che va oltre la solidarietà straordinaria per terrore e calamità provocati dall'uomo (art. 222 TFUE). L'insieme degli atti che hanno data seguito all'accordo di Dublino, anche nel contesto della mancanza di partecipazione finanziaria alle cd. *proxy policies* hanno sostanzialmente disdetto. L'integrazione interna e quella esterna rischiano di non integrarsi più, di arrestarsi vicendevolmente e di rendere insostenibile lo "incrementalist narrative", specialmente se radicato nella volontà dei cittadini.

4. Le tendenze verso un'integrazione europea più differenziata e flessibile

La citata dichiarazione del sessantenario apre al terzo scenario, scenario per nulla nuovo a chi da anni osserva le idee e tendenze di sviluppo che delineano o desiderano un nocciolo duro, una *Kerneuropa,* e di una *Europe à la carte*, a più velocità e a geometrie variabili. La differenziazione e la flessibilità dell'integrazione sembrano una conseguenza fisiologica dell'allargamento e della ricerca di approfondimento dell'UE degli ultimi decenni: "*We will act together, at different paces and intensity where necessary, while moving in the same direction, as we have done in the past, in line with the Treaties and keeping the door open to those who want to join later.*"

La differenziazione praticata va oltre i rispetto della diversità culturale e linguistica (art. 3 (3) TUE) e delle identità nazionali (art. 4 (2) TUE), ma anche oltre gli strumenti classici

ISSN 2279-7238

delle riserve ai patti, delle opzioni lasciate dalle direttive e del metodo di coordinamento aperto. Era stata lanciata negli anni settanta da Ralf Dahrendorf e da Leo Tindemans con la formula: "gli stati che possono fare progressi hanno il dovere di compierli". Si ispira a modelli di sviluppo graduale che si prestano a situazioni dinamiche e transitorie. L'unione economica e monetaria, l'unione bancaria, gli accordi di Schengen e Dublino, la collaborazione rafforzata (art. 20 TUE) applicata a materie come divorzio e unioni civili, brevetti e tassazione delle transazioni finanziarie e la cooperazione strutturata permanente nella politica di sicurezza e di difesa comune (art. 46 TUE) formano un *acquis* di differenziazione interna. Anche il pilastro dei diritti sociali dell'Unione europea ha delle radici e origini in un meccanismo differenziato di cooperazione rafforzata sviluppatosi negli anni ottanta. Forme di differenziazione esistono anche nelle relazioni esterne, in particolare negli accordi bi- o multilaterali (es. EFTA, EEA) di buon vicinato (art. 8). La differenziazione si trova pertanto anche nelle clausole transitorie degli accordi di associazione dei nuovi membri dell'Unione e potrebbe essere anche utilizzata per l'accordo sulla BREXIT ex art. 50 TUE.

L'integrazione differenziata[1093] serviva in origine a continuare l'approfondimento di un'Unione in fase di allargamento. Non va confusa con il modello del cd. federalismo differenziato proposto in passato ad es. da Peter Pernthaler all'Austria che puntava su deleghe di esercizio di competenze da parte di singole regioni verso la federazione e viceversa della federazione verso singole regioni.[1094] Né va confusa con i modelli di regionalismo differenziato praticati attualmente ad es. in Spagna e prospettati in attuazione dell'art. 116 co. 3 della costituzione italiana, anche se nulla vieta di adeguare regionalismo differenziato e federalismo differenziati ai modelli di integrazione differenziata a livello europeo.

In ogni caso, la differenziazione non è necessariamente sinonimo di flessibilità, come dimostra la clausola di flessibilità costruttiva dell'Unione ex art. 352 TFUE. La differenziazione tende a una maggiore formalizzazione di regole concordate, la flessibilità può essere anche informale e conveniente, sconfinando in elasticità. Esempio di una "flessibilità" informale storica è quella in parte osannata, in parte maledetta dei criteri di convergenza di Maastricht. Una "flessibilità" nuova era invece l'obiettivo del premier inglese David Cameron che sin dal 2011 proponeva di dare all'Unione europea "the flexibility of a network, not the rigidity of a bloc", creando una alternativa tanto alla formula della "ever closer union", quanto alla stessa BREXIT. Si pensava a nuovi strumenti di *opting out* a favore di singoli stati o gruppi di stati membri che consentirebbe ad essi di negoziare *ad hoc* deroghe al diritto dell'UE per evitare l'applicazione dell'art. 50 TUE. Mentre la differenziazione sarebbe una dinamica almeno virtualmente temporanea e transitoria rispetto a una maggiore integrazione, la flessibilità tenderebbe a sostituirsi al refrain dell'ever closer, cioè tenderebbe essa stessa a diventare permanente.

[1093] Cf. J. Beutel, Differenzierte Integration in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, Berlin 2016.
[1094] P. Pernthaler, Lo stato federale differenziato, Bologna 1992, 51ss.

ISSN 2279-7238

A differenza delle forme classiche della differenziazione, la flessibilità non sarebbe un frutto di patti parasociali, ma di "patti in deroga" tra l'Unione e singoli stati della stessa che renderebbero gli stessi patti istitutivi dell'UE più flessibili, giustificando eccezioni dal principio federale dell'eguaglianza degli Stati anche senza il ricorso a invocazioni pericolose dell'"identità nazionale". La scienza politica distingue forme di flessibilità costruttive con opzioni di *opting in (Aufbauflexibilisierung*), aperte a tutti gli stati interni ed eventualmente anche stati esterni che intendono aderire, da forme di flessibilità distruttive (o decostruttive) con opzioni di *opting out (Abbauflexibilisierung)* che consentono un ri-trasferimento di competenze e una riduzione dell'*acquis* a tutti e forse anche a singoli stati membri con il procedimento di revisione semplificata (art. 48 co. 6 TUE).[1095] Per l'adesione graduale di nuovi membri e l'uscita graduali degli uscenti sono state escogitate anche nuove forme di *junior membership* (Dusan Reljic) e di *associate membership* (Andrew Duff) sul modello di quella prevista per il Consiglio d'Europa. Mentre le prime forme potrebbero servire ai candidati di adesione nei Balcani, le ultime potrebbero anche interessare paesi rimasti fuori come la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera e i micro-stati Andorra, Monaco, San Marino e Liechtenstein.

Thomas Giegerich ha giustamente avvertito che le tendenze di maggiore differenziazione e flessibilità incontrano dei limiti nei principi fondamentali di eguaglianza e di democrazia.[1096] Sul primo punto, le differenziazioni e la flessibilità possono essere strumenti di sviluppo, ma dovrebbero restare eccezioni dal principio di eguaglianza degli stati, ugualmente liberi di andare avanti nell'integrazione a patto che si creino alleanze inclusive a favore e non esclusive a spese degli altri membri dell'Unione. Le differenziazioni e le flessibilità non devono diversificare troppo gli status dei cittadini europei e cementare delle asimmetrie di potere nazionale.

Sul secondo punto, la maggiore differenziazione e la flessibilità non devono rendere la struttura a rete dell'Unione in-trasparente, incomprensibile e incomunicabile per i cittadini che integrano i vari popoli europei tra loro. Se nell'Unione devono stringersi i popoli, potrebbero consentire una regionalizzazione dell'UE attraverso forme di cooperazione in macroregioni ulteriori a quelle nordiche dei paesi Benelux e della Scandinavia, ad es. tra paesi dell'Europa orientale e tra i paesi mediterranei. Tuttavia non dovrebbero servire da pretesto alla formazione di rigide "unioni dentro" (o unioni contro) l'Unione. La democrazia nell'Unione non cresce se si rafforzano maggioranze regionali o "assi" di egemonia oligopolistica o di veto strutturale in grado di fare ostruzionismo ad ogni revisione dei trattati. Non guadagnerebbe nulla da una cabina di regia politica tra gli stati grandi – come avvenuto a marzo 2017 a Versailles tra Germania, Francia, Italia e Spagna –

[1095] Cf. W. Wessels, J. Wolters, Chancen und Risiken von Aufbau- und Abbauflexibilisierung: der europäische Rat vor einem Trilemma, Integration 2017, 89ss.

[1096] T. Giegerich, How to Reconcile the Forces of Enlargement and Consolidation in an „Ever Closer Union", in: T. Giegerich, D. Schmitt, S. Zeitzmann (eds.), Flexibility in the EU and Beyond, Baden-Baden 2017, 55ss. Successivamente anche A. Ott, B. De Witte (eds.) Between Flexibility and Disintegration. The Trajectoryof Differentiation in EU Law, London 2017; E. Pistoia, Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea, Bari 2018.

ISSN 2279-7238

né da una coalizione di vetoplayers come si accusa, a ragione o a torto, quella detta di Visegrad. Nell'Unione multinazionale "27+/-x", le maggioranze qualificate devono essere transnazionali e le minoranze nazionali devono essere protette, non governare.

Il futuro dell'integrazione europea può quindi essere più differenziato e più flessibile e dipende da scelte politiche sulle forme dell'Unione, ma anche da alcune norme di principio fondamentali per il diritto dell'Unione. L'Unione ha un futuro solo se differenziazione e flessibilità mantengono un equilibrio tra la certezza e la giustizia delle sue basi normative, tra la legittimazione e la limitazione dei suoi poteri. Nell'ottica internazionalistica e costituzionalistica, maggiori differenziazioni e flessibilità sembrano richiedere non solo specifici patti conformi alle norme non cedevoli dei trattati, ma anche una trasformazione dei patti "parasociali" esistenti in fonti del diritto primario dell'UE, cioè eventuali passerelle e procedure semplificate di revisione dei trattati. L'Unione europea non può permettersi uno "statuto" flessibile come quello costituzionale albertino, semmai maggiore elasticità nell'interpretazione dei propri statuti. Laddove la differenziazione e la flessibilità tocca i nodi normativi più durevoli, coperti da riserve di revisione con metodo convenzionale, le differenziazioni e flessibilità devono essere concordate nel pieno rispetto di tali riserve. Laddove invece riguardano norme di funzionamento va incoraggiata la semplificazione anche nell'interpretazione delle norme costituzionali nazionali che forse potrebbero legittimamente escludere anche dei referendum popolari al riguardo.

Il discorso del Presidente francese Macron del 26 settembre 2017 all'università della Sorbona ha dato sostegno esplicito al metodo delle integrazioni differenziate.[1097] Questo sostegno vale in particolare per l'unione economica e monetaria per la quale il discorso si è limitato ad accennare all'idea di un "ministro europeo delle Finanze", immaginabile anche solo come leader di un organismo di cooperazione inter-istituzionale permanente che potrebbe essere a) un Vice-Presidente del Consiglio che presiede il Consiglio europeo dei ministri delle finanze e, se possibile, in unione personale l'Eurogruppo (art. 236 lett. b) TFUE), b) il Commissario alla Programmazione finanziaria e al Bilancio che diventerebbe anche Primo Vice-Presidente della Commissione. Si tratterebbe di una conferenza che potrebbe crearsi con accordo inter-istituzionale all'inizio di ogni legislatura e della quale farebbe parte anche il presidente della commissione affari finanziari del parlamento europeo e, con diritto di sola parola il presidente della BCE e il presidente di una conferenza delle commissioni di bilancio dei paesi dell'eurogruppo. Il discorso della Sorbona taceva invece sulla rappresentanza parlamentare comune dell'Eurozona che invece potrebbe costituirsi come una sub-commissione del Parlamento europeo con riforma regolamentare[1098], associando con diritto di parola i presidenti delle commissioni finanze dei parlamenti europei o una presidenza di una loro conferenza interparlamentare.

[1097] "(…) le socle renforcé de l'Union européenne permettra des différenciations plus grandes. Et j'assume pleinement cette philosophie. L'Europe est déjà à plusieurs vitesses alors, n'ayons pas peur de le dire et de le vouloir !" http://international.blogs.ouest-france.fr/archive/2017/09/27/macron-sorbonne-europe-verbatim-18567.html

[1098] Cf. S. Verhelst, A Eurozone subcommittee in the European Parliament: high hopes, low results? European Policy Brief 31. Brussels, Egmont – Royal Institute for International Relations, 2014.

ISSN 2279-7238

Non tutte le differenziazioni e flessibilità sono ugualmente governabili. La materia più delicata al riguardo potrebbe essere quella delle politiche migratorie.[1099] Nella misura in cui il diritto all'asilo richiede eguaglianza delle garanzie, i potenziali di differenziazione e flessibilità delle politiche migratorie si restringono. Nulla vieterebbe tuttavia di negoziare delle regole che concedano ai popoli più timorosi in stati tradizionalmente più chiusi periodi transitori con opportunità di almeno parziale opting-out dall'accoglienza e dall'integrazione esterna.

5. Le preoccupazioni per l'avvenire e per il destino degli stati costituzionali nell'Unione europea

"*Il y a une souveraineté européenne à construire, et il y a la nécessité de la construir*e." Questo passo del discorso di Macron non va frainteso come dichiarazione di credo che si debba costituire uno stato federale, piuttosto come appello alla ragione di riconoscere una necessità di rendere più europea la sovranità dei popoli europei e di restituire la loro Unione ai cittadini europei. La sovranità europea dei popoli non si realizzerà necessariamente e rapidamente in Stati Uniti d'Europa, ma deve compiersi idealmente in un'Unione europea dei popoli. L'avvenire dell'Europa non è né il paradiso, né l'apocalisse, ma un insieme di necessità, realtà e possibilità.

Anche le necessità sono definite dalle politiche istituzionali che devono affrontare la molteplicità delle proposte e la sequenzialità delle dinamiche di costruzione di questa sovranità europea. Nelle elezioni europee del 2019, la competizione tra le varie politiche europee simbolizzate dalle candidature per la presidenza della commissione crescerà. Il presidente Macron propone di formare poi una Commissione a composizione ristretta a 15 membri, ma anche di eleggere una parte degli europarlamentari sulla base di liste transnazionali, utilizzando i 73 seggi che si renderebbero disponibili con la Brexit. Tuttavia, l'avvenire dell'Unione non dipende solo dalle elezioni europee, dipende molto anche dalle democrazie nazionali, in questo momento soprattutto dall'Italia. Queste democrazie non cresceranno solo nella rabbia e nella comicità con i referendum nazionali sull'Unione. La democrazia dell'Unione potrebbe invece crescere ove si ammettesse di accompagnare le elezioni da referendum consultativi transnazionali europei, ad es. proprio sulla ammissione di liste transnazionali alle elezioni successive.

Per l'avvenire dell'integrazione europea e per la sovranità dei popoli europei del post-Brexit potrebbe valere oramai una regola politica non scritta di "*simul stabunt, simul cadent*". La stabilità politica dell'Unione e quella dei sui stati membri sono interdipendenti o, se si vuole, hanno un destino comune.[1100] Se l'Unione resta in piedi, restano in piedi anche gli stati costituzionali europei. Se l'Unione (de-)cade, rischiano di (de-)cadere anche i suoi

[1099] N. El-Enany, The Perils of Differentiated Integration in the Field of Asylum, in: A. Ott and B. De Witte (eds.), Between Flexibility and Disintegration, London 2017, at: http://eprints.bbk.ac.uk/20655/1/20655.pdf

[1100] Cf. sulla natura bidirezionale delle clausole di omogeneità in tale contesto G. Delledonne, L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti, Napoli 2017, 272ss.

ISSN 2279-7238

popoli. La democrazia europea non potrà essere esclusivamente nazionale, né potrà essere esclusivamente sovranazionale. Deve poter crescere su tutti i livelli, anche a livello dell'Unione, senza abbandonare le acquisizioni dello stato di diritto e della comunità di diritto. Sempre più cittadini vorrebbero un'altra UE, minore o maggiore, ma difficilmente una nuova Convenzione troverebbe soluzioni idonee ad accrescerne il consenso. Nel contesto delle tendenze di frammentazione globale sembra affievolirsi tuttavia anche il consenso agli stati nazionali europei (Scozia e Catalunya *docent*) e perfino il patriottismo costituzionale. I nuovi populismi, infatti, lungi dall'amare l'Unione europea non rilanciano neppure l'amore dello Stato e della Costituzione, piuttosto rabbie attuali e paure per il futuro.

Il futuro dell'Unione europea non è quindi già passato, ma il suo avvenire o destino preoccupa il costituzionalista. Sono preoccupazioni spesso di breve, talora di medio e raramente di lungo termine che riguardano soprattutto la tenuta dei valori e degli obiettivi. Questo vale innanzitutto per la tutela dei diritti dell'uomo e delle minoranze, opposta alla perversione dei poteri nei regimi totalitari. Le speranze del nuovo millennio di aggiungere alle classiche libertà economiche di circolazione una missione o finalità meno neoliberale e di pervenire a un nuovo patto sociale europeo sembrano essersi affievolitesi da tempo in un "Ach, Europa" e in una egemonia tacita dell' "Europa tedesca". Eppure non va neppure trascurato ili fatto che i paesi dell'Europa orientale si siano sviluppate di più di quella occidentale e che si riconoscono le responsabilità della "Germania europea".

Le offensive referendarie euroscettiche fino a quello della Brexit hanno messo in dubbio il futuro stesso dell'Unione europea e anche il Consiglio d'Europa non naviga in acque tranquille. La Europapolitik sta cambiando la composizione dei parlamenti nazionali ed europei, ma il nuovo partito "più Europa" non ha superato la soglia di sbarramento alle ultime elezioni dell'Italia, l'ultimo paese il cui governo sembrava tenere alta la bandiera di una futura trasformazione dell'UE in uno Stato federale.

Se i costituzionalisti riflettono sul futuro dell'integrazione europea in un'ottica di politica costituzionale, non ripropongono una nuova costituzione pattizia europea, ma affrontano i problemi della costituzione materiale, cioè dell'insieme delle idee e forze che dominano o avversano l'Unione europea e i suoi popoli. Sono idee e forze operative sotto costituzioni che in parte autorizzano e limitano, in parte comandano e legittimano l'integrazione europea, essendo diventate non solo geograficamente ma anche politicamente "europee". La loro convergenza sembra aver dato luogo a un'unione costituzionale (*Verfassungsverbund*) (Ingolf Pernice) e a un blocco di fonti costituzionali ed internazionali rafforzate che includono anche, come costituzioni parziali (Peter Haeberle), lo statuto e la convenzione "madre" del Consiglio d'Europa nella forma della CEDU nonché i trattati dell'Unione europea, almeno nelle parti riservate al nuovo metodo convenzionale.

Parlando alcuni anni fa del futuro della costituzione dell'Europa, Dieter Grimm concludeva forse non senza una vena di ottimismo di scopo (*Zweckoptimismus*), che l'UE sarebbe anche senza una costituzione federale "il più progredito e vincente modello di un

ISSN 2279-7238

nuovo tipo di cooperazione tra stati nazionali forti e capaci di conservare la loro multiformità". [1101] L'integrazione avrebbe tuttavia prodotto alcune asimmetrie che sembrano minacciare tuttora gli equilibri costituzionali ed internazionali e essersi rafforzate, mentre l'UE sembra perdere smalto e consenso, appassionare meno del passato.

Questo vale innanzitutto per l'asimmetria tra competenze e responsabilità, asimmetria che non è stata rimediata dalle garanzie procedurali del principio di sussidiarietà, ma forse attenuata dalla *intergouvernementalité,* con una responsabilità duplice dei governi europei, sia costituzionale nei parlamenti nazionali e davanti alle cittadinanze nazionali, sia internazionale nei confronti delle altre istituzioni dell'UE, degli altri stati e della cittadinanza europea. Grimm non consigliava peraltro "più" costituzionalismo, ma una revisione dei titoli di competenza dell'Unione, almeno un catalogo di competenze negative – redatto forse in parte oggi dai giudici di Karlsruhe - e un ruolo più arbitrale della Corte di giustizia – incentivato forse dall'intensificazione delle forme di dialogo con le corti costituzionali e supreme. Il futuro dell'UE sarà quindi sempre di più nelle mani dei giudici costituzionali che non dei cittadini e politici ?

Non meno peserà sul futuro l'asimmetria tra diritti economici e diritti sociali e culturali, asimmetria cui vorrebbe fare fronte almeno in parte il pilastro dei diritti sociali dell'eurozona. La retorica della solidarietà di Lisbona, apparentemente gratuita, [1102] promette qualcosa di più, ma sembrano più cresciute che diminuite le distanze e diseguaglianze tra un nord più ricco e un sud più povero, tra stati più *winners* sul mercato che non vogliono un fisco europeo e stati più *loosers* che vorrebbero almeno gli *Eurobonds*, tra nord-est e sud-ovest di fronte ai flussi migratori, tra culture più laiche, che sperano nel multiculturalismo, e culture più credenti, che temono perdite di identità o di valori di orientamento. In ultima analisi, i valori della solidarietà e della tolleranza nella società europea sembrano ancora deboli o pretese troppo impegnative. In questa ottica, il futuro dell'UE sarà quindi sempre di più rimesso ai cittadini e condizionato dal contesto globale.

In conclusione, al costituzionalista non resta che avere fiducia nel bagaglio di esperienze del costituzionalismo e cercare un equilibrio tra il (neo-)realismo del paure e il (neo-) idealismo delle speranze cui serve anche un buon equilibrio tra ricerca scientifica e tecnologica, tra diritto e politica costituzionale. [1103] Il futuro dell'integrazione europea resterà inscindibilmente legato al futuro delle costituzioni europee, ma anche al futuro dell'ordine internazionale. Sarà innanzitutto un futuro di paure e di speranze per la pace, per la vivibilità della terra e per un minimo di progresso della civiltà. All'apocalisse delle due guerre mondiali, l'integrazione europea ha opposto un'ideale di pace perpetua senza muri, non ancora consolidata nei Balcani e compromessa in Ucraina e con missioni di pace ed azioni diplomatiche europee negli altri continenti finora solo parzialmente coronate da successo. Allo spettro della distruzione della terra, l'Unione europea ha opposto un ideale

[1101] D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung II, Berlin 2012, 240.
[1102] H. Brunkhorst, Das doppelte Gesicht Europas, Berlin 2014, 129.
[1103] Vf. P. Häberle, Konstitutionalismus als Projekt der Wissenshcaft (2018).

ISSN 2279-7238

di sostenibilità verde, con politiche ambientali tuttavia ancora troppo timide nei confronti dei veleni e dei mezzi di circolazione. Alle regressioni della civiltà e all'imbarbarimento del capitalismo generato dall'Europa, l'Europa continuerà ad opporre una esile ma intramontabile speranza di incivilimento e di progresso sociale. Non si potrà negare che il capitalismo è stata un'invenzione europea, ma quel che rende questo capitalismo "europeo" non potrà non essere un unione solidale di stati sociali.

ISSN 2279-7238

Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale *

di Juan Francisco Sánchez Barrilao**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La crisi dell'Unione Europea, la globalizzazione e il rischio di radicalizzazione sociale - 3. Fondamentalismo e identità in Europa – 4. Altri cambiamenti nella configurazione costituzionale dell'identità nel contesto della globalizzazione – 5. Il futuro dell'Unione Europea tra identità

1. Introduzione

Questo contributo intende analizzare, nell'ambito del dibattito sul futuro dell'Europa, il conflitto di identità che caratterizza il fenomeno della globalizzazione e la sua problematica proiezione costituzionale sul processo di integrazione europea[1104]. A tal fine, si considererà la concezione composta, plurale ed aperta, che hanno assunto sia il diritto costituzionale europeo[1105] sia le scienze sociali, al fine di comprendere maggiormente la realtà in cui il diritto costituzionale si trova oggi ad operare [1106]. Si tratta di una realtà complessa e in costante, tirannica e rapida trasformazione[1107], alla quale questa disciplina deve avvicinarsi il più rapidamente possibile per evitare l'effetto di uno sparo ("*un rebufo*") disastroso. Ciò produrrebbe un diritto costituzionale contingente e nell'ombra, che si limiterebbe a riprodurre la realtà, perdendo la sua dimensione normativa (sia a livello politico sia giuridico), la quale costituisce una garanzia per il pluralismo[1108].

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa*", che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Granada.

[1104] Queste idee erano già state esposte nel contributo presentato un anno fa al Convegno internazionale, che ebbe luogo a Granada in onore del Prof. Häberle, "*Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo*" (11 maggio 2017); e successivamente nell'intervento intitolato "*Integrismos, identidades e integración en Europa*", presentato alle Giornate "*Perspectivas actuales del proceso de integración europea*" (Zaragoza, 22 febbraio 2018). Questi interventi sono stati elaborati nell'ambito del progetto di ricerca "*Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*" (DER2016-77924-P), coordinato da Enrique Guillén López (2015/2019).

[1105] Per una prima approssimazione a questa concezione del diritto costituzionale si rinvia a Francisco BALAGUER CALLEJÓN, "Derecho constitucional e integración supranacional en el contexto de la globalización", in AA.VV. *Constitución y democracia. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral. III*, Editorial Universitarias/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/UNED, Madrid, 2012, in particolare pp. 3045-3049; e in termini simili v., Enrique GUILLÉN LÓPEZ, "Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un Derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo territorial al pluralismo ideológico", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, 2009, pp. 151 e ss.

[1106] V. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, "Constitución normativa y ciencia del derecho", in AA.VV. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico. I*, Tecnos, Madrid, 1997, in particolare pp. 106 e ss.

[1107] Arrivando a parlare di un "*tiempo fuera de sus goznes*": François OST, *El tiempo del Derecho*, María Guadalupe Benítez Toriello (trad.), Siglo XXI, México, 2005, pp. 264-278.

[1108] Sulla contingenza e su come il diritto costituzionale oggi agisca a *rebufo* di una realtà accellerata, si permetta il rinvio a Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, "El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la

ISSN 2279-7238

2. La crisi dell'Unione Europea, la globalizzazione e il rischio di radicalizzazione sociale

Interrogarci oggi sul futuro dell'integrazione europea richiede di analizzare la crisi che sta attraversando e i conflitti di identità, favoriti dalla globalizzazione[1109]. A questo proposito, si ricordi che nel 2017 la Commissione Europea, soprattutto dopo la *Brexit* (la crisi dei rifugiati provenienti dalla Siria e le tendenze nazionali-populiste della Polonia e dell'Ungheria, ecc.), ha promosso un dibattito sull'integrazione nel "Libro Bianco sul futuro dell'Europa e il cammino da seguire". In questo testo si prospettavano cinque scenari di discussione e si faceva riferimento ad una possibile retromarcia del processo di integrazione[1110]. A partire da questo documento, ne sono stati adottati altri cinque che lo hanno sviluppato ulteriormente, tra i quali è opportuno fare un cenno a quello relativo alla "direzione della globalizzazione". In quest'ultimo, la Commissione criticava la globalizzazione ed i suoi effetti negativi, considerandoli una delle principali cause della crisi[1111].

Al di là della semplicità e del carattere acritico dell'analisi realizzata in questo documento (la Commissione, infatti, non fa autocritica in nessun punto), è interessante osservare che, per la prima volta, l'Unione Europea considera il fenomeno della globalizzazione contraddittorio e complesso, per le sue conseguenze positive e negative. Verso la fine dello scorso secolo, la dottrina aveva già presentato la globalizzazione come un fenomeno caratterizzato non solo da molteplici ostacoli e da una pluralità di proiezioni (economiche, culturali, sociali, politiche, ecc.) ma anche di forze intrinseche contrapposte[1112]. Inoltre, il processo di standardizzazione economica, sociale e culturale, insito nella globalizzazione e che la definisce, produce a sua volta un effetto rimbalzo nel senso che sviluppa identità forti ed intense in contrasto con la più limitata omogeneizzazione che tale standardizzazione

---

inteligencia artificial como objeto constitucional", *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 2, 2016, pp. 225 e ss., in particolare pp. 233-234 e 255.

[1109] In questa linea, v. Manuel CASTELLS, "El talón de Aquiles: la identidad ambivalente de Europa", in AA.VV. *Las crisis de Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 2018, pp. 272 e ss. (questo testo è stato pubblicato successivamente all'elaborazione di queste pagine).

[1110] Di conseguenza, si può parlare anche di un'ammissione formale della crisi istituzionale da parte dell'UE. I cinque scenari sono: avanti così; solo il mercato unico; chi vuole di più, faccia di più; fare meno in modo più efficiente; fare molto di più insieme: in https://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe/white-paper-future-europe-five-scenarios_it (19/04/2018).

[1111] Si veda: https://ec.europa.eu/commission/publications/reflection-paper-harnessing-globalisation_es (19/04/2018). Altri documenti proposti per la riflessione sul futuro dell'Unione Europea sono: "*Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*", "*Documento de reflexión sobre la profundización de la Unión Económica y Monetaria*", "*Documento de reflexión sobre el futuro de la defensa europea*" e "*Documento de reflexión sobre el futuro de las finanzas de la UE*"; tutti in https://ec.europa.eu/commission/white-paper-future-europe/white-paper-future-europe-five-scenarios_es (19/04/2018).

[1112] *Cfr.* Anthony GIDDENS, *Un mundo desbocado*, Pedro Cifuentes Huertas (trad.), Taurus, Madrid, 2000, in particolare pp. 15-17, e 25-26. Sulla prima fase della globalizzazione sono di interesse anche le teorie di Id., *Consecuencias de la modernidad*, Ana Lizón Ramón (trad.), Alianza, Madrid, 1999.

ISSN 2279-7238

suppone. Tali processi di identificazione non costituiscono una reazione in sè alla globalizzazione ma fanno piuttosto parte di questo fenomeno[1113], soprattutto per l'assenza di protezione nei confronti di gran parte della popolazione che si trova, per così dire reclusa, nell'ambito locale e nell'incertezza[1114]. Ci troviamo, quindi, dinanzi ad una popolazione o a popolazioni o comunità che non si identificano con gli standard globalizzati ma con immagini collettive, che acquistano valore a livello locale e sono considerate una risposta alla dimensione globale[1115].

In questa linea, la Commissione Europea ha segnalato tra le "difficoltà" della globalizzazione i rischi di radicalizzazione, polarizzazione sociale, le minacce identitarie e i timori a questa incertezza[1116], che a loro volta alimenterebbero le retoriche populiste e nazionaliste, che stanno mettendo in discussione la fiducia e la legittimità dell'Unione in questi ultimi anni[1117]. Tali difficoltà favoriscono lo sviluppo dei diversi integralismi o fondamentalismi che, al di là delle loro dimensioni più radicali e violente (in particolare il terrorismo ma non solo, si pensi ad esempio ai delitti di odio), mettono in crisi l'idea di progresso costituzionale europeo elaborata in questi anni di integrazione[1118], che oggi è apertamente oggetto di discussione[1119].

3. Fondamentalismo e identità in Europa

Come siamo arrivati a questo punto? Senza pregiudizio di approssimazioni meramente ricostruttive della crisi dell'integrazione europea in questi anni[1120], è opportuno

---

1113 Allo stesso modo, in una prima fase della globalizzazione, *v.* Ulrich BECK, *¿Qué es la globalización? (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Rosa Borràs e Bernardo Moreno (trad.), Paidós, Barcelona, 1998.

1114 Senza pregiudizio di continuare ad insistere su questa idea, *cfr.* Zygmunt BAUMAN, *Tiempos líquidos (Vivir en una época de incertidumbre)*, 5ª ed., Carmen Corral (trad.), Tusquets Editores, Barcelona, 2015.

1115 Sull'identità come processo psichico (percezione) di appartenenza statale, v. Armin von BOGDANDY, "Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege data* y *lege ferenda*", Mariela Morales-Antoniazzi (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 75, 2005, pp. 13 e ss.

1116 "*En particular, en los países y regiones con elevados niveles de desempleo y exclusión, los costes económicos y sociales pueden ser elevados, y la marginación, en algunos casos, puede impulsar también la radicalización" ("Documento de reflexión sobre El encauzamiento de la globalización… cit.*, p. 9).

1117 "*Muchos ciudadanos consideran que la globalización constituye una amenaza directa para su identidad y sus tradiciones que va en detrimento de la diversidad cultural y de su modo de vida. Los ciudadanos temen no poder controlar su futuro y consideran que sus hijos tienen perspectivas peores que las suyas propias. Esto se debe a la percepción de que los gobiernos han perdido el control y no pueden o no quieren configurar la globalización y gestionar sus consecuencias de forma que beneficie a todos*" (*ibidem*; allo stesso tempo, v. "Libro blanco sobre el futuro de Europa… *cit.*, pp. 12 y 13). Di interesse, Adrián VÁZQUEZ FERNÁNDEZ, "El proceso de construcción de la Unión Europea: el desafío de los populismos", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 13, n. 1, 2014, pp. 135 e ss.

1118 V. Peter HÄBERLE, "Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate", Francisco Balaguer Callejón (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, 2012, in particolare pp. 425 e ss.

1119 Ad esempio, Albrecht WEBER, "¿Está en crisis el pensamiento jurídico europeo?", Miguel Azpitarte Sánchez (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 28, 2017, in http://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/04_WEBER.htm (12/04/2018).

1120 Ai fini di questa ricostruzione (tra gli altri), v. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO: "Globalizzazione, tecnología e Costituzione: verso una Democracia planetaria e un Diritto costituzionale comune?", Andrea Buratti (trad.), *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 3, 2002, pp. 169-184; "Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, 2009, pp. 115-150;

ISSN 2279-7238

ricordare che la dottrina già nel passato si era soffermata a riflettere su questioni, che, con il tempo[1121], sono risultate chiave in questa complessa deriva europea. Häberle, nel 1995, ci metteva in allerta sui pericoli dei fondamentalismi per il diritto costituzionale, a causa dell'intransigenza di alcune dottrine (politiche, religiose, economiche, ecc.), che affermavano l'intangibilità di determinati contenuti in contrasto con la concezione aperta e plurale della dimensione culturale ed integratrice del diritto costituzionale, il cui obiettivo è quello di configurare giuridicamente e di condividere una serie di valori, dalla democrazia pluralista alla dignità umana. Non si tratta, pertanto, di un mero conflitto giuridico-sostanziale tra il diritto costituzionale e i fondamentalismi di cui ci avvertiva Häberle più di venti anni fa ma, piuttosto, del rischio dei fondamentalismi per la convivenza e la cultura condivisa di valori a partire dai quali si è costruita un'identità nello Stato costituzionale e democratico di diritto[1122]. In questo senso, è opportuno osservare che per Häberle la Costituzione non è solo normatività come garanzia del pluralismo; la Costituzione è anche, soprattutto sulla base dell'opera di Smend (e naturalmente di Hesse), integrazione che ruota intorno ai valori culturalmente condivisi dai quali l'identità nasce e si afferma sotto forma di patriottismo costituzionale, il quale deve essere alimentato in modo progressivo, adeguato e conveniente come risposta di fronte ai fondamentalismi populisti[1123].

Non invano, Habermas, in relazione al processo di identificazione nazionalista, che ha avuto luogo in Germania dopo la caduta del muro di Berlino[1124], fornisce (in un evidente tentativo di esorcizzare i demoni del nazionalsocialismo) [1125] una forma innovativa di comprensione dell'identità, che legittima i sistemi giuridici e politici (come nel caso dello

"Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea", *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento Crítico*, n. 2, 2010, pp. 184 e ss.; "Europa entre crisis económica y crisis constitucional. Constitución, Derecho constitucional y globalización", in AA.VV. *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 371-382.; "La constitucionalización de la integración regional europea. ¡Más Europa!: de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión", *Estudios de Deusto*, vol. 60, n. 2, 2012, pp. 71-110; e "Constitucionalismo, (neo)crisis del Estado social e integración europea", in AA.VV. *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson / Istituto Italiano di Cultura, Madrid, 2017, pp. 143-157.

[1121] Essendo facile dal presente rispondere ai successi e ai fallimenti, c'è sempre chi dal passato ha saputo prevedere il futuro, comprendendo adeguatamente il proprio presente. A questo proposito, in modo illustrativo, v. Cass R. SUNSTEIN, *La última mitología (El mundo según Star Wars)*, Héctor Castells (trad.), Alpha Decay, Barcelona, 2017, pp. 51 e ss.

[1122] Peter HÄBERLE, "El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura", Xabier Arzoz Santiesteban (trad.), in *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, pp. 133 e ss.; su questa idea, *cfr.* anche Anthony GIDDENS, *Un mundo desbocado… cit.*, pp. 16, 26 e 60-62. In relazione al carattere culturale ed integrativo del diritto costituzionale, v. Peter HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Emilio Mikunda (trad.), Tecnos, Madrid, 2000.

[1123] *Cfr.* Peter HÄBERLE, "El fundamentalismo como desafío constitucional… *cit.*, in particolare p. 148. V. inoltre Jürgen HABERMAS, "Ciudadanía e identidad nacional", in *Facticidad y validez (Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso)*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 619 e ss. Tuttavia, sull'origine della nozione di "patriottismo costituzionale" prima di Habermas (con Dolf Sternberger), v. Juan Carlos VELASCO ARROYO, "Los contextos del patriotismo constitucional", *Cuadernos de Alzate*, n. 24, 2001, pp. 63 e ss.

[1124] A partire dalla tradizionale identità collettiva, che legittima gli Stati oltre il comune e condiviso senso della storia, della cultura, della lingua e della religione, dei suoi membri, e pertanto dello stesso popolo.

[1125] Jürgen HABERMAS, *Identidades nacionales y postnacionales*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

ISSN 2279-7238

Stato ma anche dell'Unione Europea in quel momento), basata su una serie di valori costituzionali condivisi. Si tratta di una nuova identità, che rompe la tradizionale funzione di conformazione tipica dei nazionalismi nell'età moderna, sviluppatasi a seguito del passaggio dagli Stati assoluti (in cui i sudditi semplicemente obbedivano) ai nuovi sistemi liberal democratici (in cui si presume che i cittadini sono liberi, e ai quali si richiede, quindi, l'adesione)[1126].

Conformemente a quanto affermato anche da Castells[1127], secondo cui le identità collettive sono sempre costruite (aspetto fondamentale per comprendere ed analizzare l'identità da e come oggetto del diritto costituzionale), si può parlare espressamente sia di identità legittimanti, in quanto dirette ad estendere e razionalizzare il potere mediante la ricerca dell'adesione dei suoi membri, sia, come contropartita, di identità di resistenza, in opposizione alle precedenti. A partire da tali posizioni, svalutate, stigmatizzate o emarginate dalla collettività, alcuni soggetti costruiscono trincee contro le prime. Naturalmente, le identità fondamentaliste possono porsi al servizio del potere (legittimandolo) o contro di questo (opponendosi o resistendo). Inoltre, in questo modo, si favorisce il riconoscimento non solo di una pluralità di identità interdipendenti ma di diversi spazi di potere, a partire dai quali tali identità interagiscono dialetticamente (regioni, Stati ed Unione)[1128].

Sulla base di tali considerazioni, in questi anni si è articolata un'identità legittimante da e per l'Unione Europea, un'identità che si è sviluppata insieme al processo di integrazione e si relaziona in modo dialogico con le identità costituzionali che legittimano gli Stati membri (in processo e in evoluzione). Questa idea di Unione non richiedeva un popolo europeo. Sebbene l'integrazione europea si sia costruita dal punto di vista politico, economico, giuridico e culturale al di là del *demos*, in realtà, lo ha fatto partire dalla ricerca dell'adesione collettiva ad un progetto comune, intorno a valori condivisi dagli europei. In questo modo, è evidente che il dibattito costituzionale sul popolo europeo (come sostengono Grimm ed Habermas) si relativizza[1129]. Lo stesso impianto costituzionale dell'Unione europea, malgrado non disponga di una Costituzione, alla fine, ha permesso di configurare, per lo meno, un'identità, attraverso cui cercare di legittimare l'azione e il potere dell'Unione dinanzi ai cittadini[1130]. Un'altra questione riguarda la maggior o minor capacità di coesione

[1126] *Cfr.*, ad esempio, Luis María DÍEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 72 e ss. Allo stesso modo di interesse (da una prospettiva più ampia), v. Mikhael ELBAZ e Denise HELLY, "Modernidad y postmodemidad de las identidades nacionales", Antonio de Gabriel (trad.), *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 7, 1996, pp. 72 e ss.

[1127] Manuel CASTELLS, *La era de la información (Vol. 2, El poder de la identidad),* Carmen Martínez Gimeno e Pablo de Lora (vers.), 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2003.

[1128] Su come le identità culturali e nazionaliste, come identità legittimanti, sono, a loro volta, fonti di differenze e, di conseguenza, di identità di resistenza, si rinvia a Grazia Alessandra SIINO, "L'Unione Europea e le sfide della globalizzazione e *deficit* democratico", in AA.VV. *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea… cit.*, pp. 67 e ss.

[1129] Dieter GRIMM, "Una costituzione per l'Europa?", e Jürgen HABERMAS, "Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm", entrambi in AA.VV. *Il futuro della costituzione*, Leonardo Ceppa *et alii* (trad.), Einauidi, Torino, 1996, pp. 339 e ss., e 369 e ss. (rispettivamente).

[1130] Mettendo in rilievo la funzione "performativa", che può realizzare una Costituzione europea per "promuovere le condizioni sociali e politiche che rendono possibile la creazione di un autentico spazio pubblico europeo", secondo il

ISSN 2279-7238

integrativa di questa identità europea a causa della debolezza emotiva di fronte alle altre identità, in particolare a quelle statali, sviluppatesi in un primo momento in modo collettivo ed omogeneo[1131], così come per quanto riguarda le identità di resistenza di tipo nazionalista o di altro tipo (di per sé, molto più sensibili).

A partire da questa prospettiva, si comprende come l'identità europea sia stata circoscritta ad un'identità costituzionale di valori condivisi (così, l'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea, dopo il Trattato di Lisbona), che interagisce in modo dialettico con le identità costituzionali degli Stati membri (attualmente, l'art. 4.2 del Trattato sull'Unione Europea). Tale processo deve essere considerato dal punto di vista dello sviluppo storico di un costituzionalismo condiviso tra l'Unione Europea e gli Stati, in virtù della comparazione e dell'integrazione (in conformità, di nuovo, con Häberle) [1132], come se dagli Stati si manifestassero limiti all'integrazione dovuti alle proprie specificità ed identità e al diverso grado di densità costituzionale raggiunto tra i loro rispettivi sistemi e quello europeo[1133].

Inoltre, non si possono trascurare due deficienze strutturali di questo processo storico, che, indubbiamente, ne hanno segnato l'ulteriore sviluppo e parte della crisi del processo di integrazione europea: da una parte la natura funzionale dell'integrazione al mercato e alle libertà comunitarie, la quale ha caratterizzato geneticamente l'Unione Europea [1134]; dall'altro, la maggior debolezza della dimensione democratica e sociale dell'integrazione europea rispetto a quella degli Stati[1135]. Da ciò derivano sia una certa preoccupazione dei cittadini nei confronti di un progetto europeo basato sulla garanzia e sulla promozione di un mercato unico e delle libertà comunitarie, sia una certa fragilità dell'identità europea nonostante sia considerata un elemento del patriottismo costituzionale e uno strumento di adesione degli europei (non invano l'integrazione si presenta come un nuovo spazio costituzionale, un nuovo custode dei diritti e dei limiti al potere statale)[1136].

---

pensiero di Habermas, *cfr.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, "El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 83, 2008, pp. 79 e 80. Sulla capacità del diritto costituzionale di configurare idee è di interesse anche Armin von BOGDANDY, "Identidad constitucional… *cit.*, pp. 18 e ss.

[1131] Per una distinzione tra identità forti e deboli in virtù dell'omogeneità che le caratterizza, v. Paolo RIDOLA, *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pp. 72 e ss.

[1132] *Cfr.* Peter HÄBERLE, "Derecho Constitucional Común Europeo", Emilio Mikunda Franco (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, n. 79, 1993, pp. 7 e ss.; e "Europa como comunidad constitucional en desarrollo", Francisco Balaguer Callejón (trad.). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, 2004, pp. 11 e ss.

[1133] Ad esempio, Pierre BON, "La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica", Alicia Martorell (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, 2014, pp. 167 e ss.

[1134] Così, *cfr.* Joseph H. H. WEILER, "Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio", Omar Bouazza Ariño (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 96, 2012, pp. 13 e ss.

[1135] José Luis MONEREO PÉREZ, "Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 21, 2014, pp. 143 e ss.

[1136] In relazione a questa idea, si rinvia ad Augusto AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, in particolare ai capitoli IV e V.

ISSN 2279-7238

D'altro canto, non vi è dubbio che la crisi economica degli ultimi anni non sia stata tanto la causa della situazione di incertezza, in cui si trova il processo di integrazione, ma piuttosto il catalizzatore dei difetti strutturali a cui si è accennato[1137]. Mi spiego.

La globalizzazione (soprattutto la sua dimensione più economica) ha imposto una rigida limitazione della capacità degli Stati, prevista nella Costituzione, di definire dal punto di vista politico e giuridico il governo delle loro rispettive comunità. È una conseguenza della globalizzazione che ha ridotto l'effettiva capacità degli Stati di proteggere i propri cittadini, attraverso lo sviluppo di opportune ed adeguate politiche pubbliche[1138]. Inoltre, non si può dimenticare che il progresso tecnologico è al tempo stesso il motore della globalizzazione, un ulteriore fattore di limitazione del potere pubblico, e la causa di nuovi rischi[1139]. Non stupisce, quindi, che la globalizzazione abbia prodotto contemporaneamente processi di integrazione sovranazionale (come quello europeo), per cercare di salvare questa situazione, e sentimenti condivisi di insicurezza verso l'incertezza che la pervade[1140], favorendo lo sviluppo di processi identitari fortemente reazionari (come afferma anche Castells), attraverso cui cercare spazi collettivi di difesa comune della cittadinanza di fronte alla globalizzazione[1141].

In questo contesto, al fine di configurare una cittadinanza europea a livello politico-giuridico, l'integrazione europea si è presentata come una risposta potenziale all'incapacità degli Stati membri di fronte alla globalizzazione. L'integrazione si è così sviluppata, articolando strumenti ed istituzioni proprie del diritto costituzionale, con cui cercare di compensare il deficit costituzionale prodottosi[1142]. Tuttavia, l'Unione europea non è riuscita ad assumere la frattura, che la globalizzazione ha creato negli Stati membri, pregiudicando la loro sovranità a causa del potere ceduto all'Unione. In modo simile, a livello interno, non pochi Stati si sono trovati immersi in processi di decentramento. Tutto ciò ha contribuito a deteriorare ulteriormente gli effetti della globalizzazione sugli Stati; un deterioramento complesso nei confronti del quale, tuttavia, non siamo riusciti a formulare un'adeguata risposta costituzionale.

A tutto ciò, si aggiunge (ora sì) la crisi economica e la scarsa gestione da parte dell'UE delle politiche sociali (poiché maggiormente impegnata nel controllo della spesa pubblica).

[1137] In questo senso, *v.* Agustín José MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, Eolas Ediciones, León, 2012.

[1138] Al riguardo, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, "Sobre la Constitución normativa y la globalización", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 7, 2004, pp. 241 e ss.

[1139] Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, "Sobre la Constitución normativa y la tecnología", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 8, 2005, pp. 257 e ss.

[1140] Ancora, di interesse, Zygmunt BAUMAN, *Comunidad (En busca de seguridad en un mundo hostil)*, Jesús Alborés (trad.), 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2006.

[1141] Manuel CASTELLS, *La era de la información (Vol. 2… cit.*, in particolare, pp. 101 e ss.

[1142] Su questo processo di costituzionalizzazione dell'integrazione, v., ad esempio, Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, "Del Derecho constitucional común europeo a la Constitución europea", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005, pp. 343 e ss.

ISSN 2279-7238

La perdita di legittimità davanti a gran parte della cittadinanza (in particolare, quella più colpita dalla crisi economica) indebolisce l'integrazione sia dal punto di vista politico sia sociale[1143].

Sono così apparsi nuovi fattori di incertezza per la cittadinanza a livello europeo, statale e regionale, così come nuovi processi identitari reazionari e difensivi, in particolare di tipo nazionalista (ma non solo), a tutti i livelli (sia verticale che orizzontale). Si tratta di processi identitari, che, mossi dal timore, dall'insicurezza, dal vittimismo, da sentimenti di emarginazione e dal rancore nei confronti degli altri, hanno messo in serio rischio la più relativa ed aperta identità che offre il patriottismo costituzionale come proposta per l'Europa (art. 2 TUE).

4. Altri cambiamenti nella configurazione costituzionale dell'identità nel contesto della globalizzazione

Inoltre, è opportuno considerare il nuovo tipo di società, in cui ci troviamo all'ombra della globalizzazione, il suo carattere digitale, dominato da internet e dalle reti sociali, che promuove in non pochi casi relazioni identitarie tra eguali (Han)[1144]. Ciò contribuisce alla distruzione delle basi sulle quali si è costruita delicatamente la funzione costituzionale dell'alterità (Habermas)[1145]. Inoltre, i tradizionali mezzi di comunicazione sono entrati in crisi a causa del fenomeno internet ed anche i poteri pubblici (statali ed europei) hanno perso gran parte della capacità comunicativa necessaria per controllare e promuovere identità legittimanti, così come per creare spazi pubblici a partire dai quali articolare il dibattito e la discussione plurale[1146]. Allo stesso tempo, si è interrotta la *post-verità* (come cultura della falsità pubblica e della disinformazione nella distorsione del dibattito pubblico), che, come un ariete di populismi integralisti ed escludenti[1147], tiene in scacco non solo l'agorà digitale che, ad ogni modo si sarebbe aperta con internet[1148], ma la stessa possibilità di dialogo e di incontro dialettico insita nell'identità comunicativa, la quale richiede un certo patriottismo costituzionale.

[1143] Francisco BALAGUER CALLEJÓN, "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 2013, pp. 91 e ss.
[1144] Byung-Chul HAN, *La expulsión de lo distinto (Percepción y comunicación en la sociedad actual)*, Alberto Ciria (trad.), Herder, Barcelona, 2017.
[1145] Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca (trad.), Paidós, Barcelona, 1999.
[1146] Manuel CASTELLS, *La era de la información (Vol. 2… cit.*, pp. 401 y ss. Dello stesso autore è di interesse anche "El poder de las redes", in *De la crisis económica a la crisis política (Una mirada crítica)*, La Vanguardia, Barcelona, 2016, pp. 140 e ss.
[1147] Ad esempio, Paul VALADIER, "La posverdad, peligro para la democracia", *Revista de Fomento Social*, n. 286, 2017, pp. 297 e ss.
[1148] V. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, "El futuro jurídico de Internet: Una aproximación constitucional a la neutralidad de la red", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 26, 2016, in particolare pp. 223 e ss.

ISSN 2279-7238

In aggiunta, questo nuovo tipo di società globalizzata dà luogo a nuove forme di contraddizioni. Si pensi al conflitto oggi esistente tra le élite che prosperano grazie alla globalizzazione e coloro che continuano ad essere vincolati alla dimensione locale[1149]. Si tratta di un conflitto così diverso da quello tradizionale "tra classi", il quale si trova delocalizzato e non può essere risolto mediante la tradizionale concezione dello Stato sociale (uno Stato territorialmente delimitato per definizione, oltre a trovarsi in grave crisi a causa della globalizzazione)[1150].

Tutto ciò ci permette di elaborare nuove prospettive per il diritto costituzionale che vanno oltre le riflessioni elaborate in queste pagine sul conflitto di identità in Europa e sulla sua crisi. Il diritto costituzionale si dovrebbe aprire ai conflitti identitari che produce la globalizzazione, riformulando le risposte finora offerte allo sviluppo delle identità legittimanti, come il rimedio e/o la prevenzione di fronte ad altre di resistenza. Si dovrebbe riflettere non solo sulle clausole identitarie ma sulla tolleranza ed il riconoscimento di margini di apprezzamento tra identità, sulla solidarietà e sulla resilienza, sullo Stato sociale, sul progresso democratico e sulla cittadinanza; e, come no, sarebbero necessarie più Europa e più Costituzione[1151].

5. Il futuro dell'Unione Europea tra identità

Pertanto, la costruzione costituzionale delle identità legittimanti, recepite in specifiche clausole identitarie, intende cercare l'adesione volontaria dei cittadini, rafforzando la legittimazione della comunità politica[1152]. Questo approccio è conforme all'art. 2 del TUE, il quale definisce i valori condivisi, in cui si identifica l'Unione, al fine di consolidare il patriottismo costituzionale europeo[1153]. Questa clausola identitaria, tuttavia, in linea con Zagrebelsky, è il riflesso di un passato comune piuttosto che di un autentico progetto innovativo ed appassionante, che aspiri all'adesione dei cittadini che si sentono europei[1154]. Non si tratta solo di concepire il destino dell'Unione come una mera necessità e una

[1149] *Cfr.* Zygmun BAUMAN, *La globalización (Consecuencias humanas)*, 2ª ed. (1ª reimp.), Daniel Zadunaisky (trad.), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2017.

[1150] Sulla crisi che produce la globalizzazione sullo Stato sociale, si rinvia a Carlos de CABO MARTÍN, "Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, 2009, pp. 17 e ss.

[1151] Altre questioni di interesse che, però, non sono analizzate in questo testo (non per la mancanza di interesse o di trascendenza ma per esigenze di contenimento) sono quelle concernenti l'educazione e la cultura: la prima, in relazione alla formazione di una cittadinanza non solo europea ma responsabile dinanzi alla nuova realtà digitale; la seconda in relazione allo sviluppo di nuove forme di espressione del dibattito pubblico, avuto riguardo all'impatto di internet e delle reti sociali.

[1152] Da questa prospettiva, v. Armin von BOGDANDY: "Noi Europei! Sul tentativo di costruzione di una identità europea nella costituzione di Giscard", *Rassegna parlamentare*, vol. 46, n. 4, 2004, pp. 895 e ss.; e "Identidad constitucional… *cit.*, in particolare pp. 22 e ss.

[1153] Così, Carlos CLOSA MONTERO, "Constitución y Democracia en la Unión Europea", in AA.VV. *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 29-31.

[1154] Gustavo ZAGREBELSKY, "La identidad europea", Juan Francisco Sánchez Barrilao (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, 2009, pp. 17 e ss.

ISSN 2279-7238

semplice conseguenza (presente e passato di fronte alla globalizzazione) ma di stimolare positivamente il futuro dell'integrazione, concepito come un autentico progetto condiviso (futuro e cittadini) [1155]. In questo modo, si può comprendere la limitata adesione costituzionale che attualmente produce in astratto l'art. 2 del TUE sulla cittadinanza, in particolare nei confronti di altre identità più intense e vicine, più sentite da alcuni che da altri [1156]. Per quanto riguarda l'attuale dibattito sulla *Brexit*, è opportuno riproporre un'identità europea più aperta a tutti e alle nuove sfide degli europei[1157]; un'identità che possa promuovere l'integrazione all'interno della società (appoggiandola, mediante l'adesione dei cittadini a nuovi e vecchi valori costituzionali), mantenendo comunque un certo livello di resistenza alla globalizzazione[1158].

A livello statale, poi, è opportuno che le Costituzioni, senza pregiudizio della definizione dei loro elementi fondamentali di fronte al diritto europeo, facciano riferimento alla volontà attiva di partecipare all'integrazione europea come fattore di progresso costituzionale interno (ed anche identitario)[1159], affinché il patriottismo costituzionale definito a livello statale ed europeo non sia solo compatibile ma anche complementare. Da lì, la ricerca di una configurazione costituzionale statale ed europea di diverse identità ed origine capaci, sebbene dialetticamente, di arricchire il patriottismo costituzionale di fronte ai fondamentalismi[1160]. Al contrario, è estremamente pericoloso che gli Stati concepiscano

[1155] Non invano l'attuale processo di costituzionalizzazione dell'Unione, da una parte, risponde all'esigenza di recepire a livello costituzionale l'integrazione di fronte agli effetti di questo processo sul diritto costituzionale degli Stati membri (al fine di raggiungere una certa equiparazione tra gli uni e gli altri), piuttosto che ad un'autentica aspirazione costituzionale al riguardo (di interesse, v. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, "La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, 2007, pp. 11 e ss.). Dall'altro, si tratta di un processo di riforma della Costituzione materiale che da tempo stanno realizzando i Trattati, piuttosto che di un autentico processo costituente (*cfr.*, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO: "Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004, pp. 136 e 139; e dopo il Trattato di Lisbona, "La constitucionalización de la integración regional europea… *cit.*, p. 106).

[1156] Da una prospettiva critica, si rinvia a Francisco Javier de LUCAS MARTÍN, "Identidad y Constitución Europea. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 8, 2003, in https://www.uv.es/CEFD/8/Delucas.pdf (26/03/2018).

[1157] Così, ad esempio, Fernando *Martín Cubel*, "La cuestión identitaria: un serio asunto en la actual UE", *bie3: Boletín IEEE*, n. 3, 2016, pp. 656 e ss., in http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO92-2016_Cuestion_Identitaria_UE_MartinCubel.pdf (24/03/2018).

[1158] Non invano, il carattere reazionario dell'integrazione europea di fronte alla globalizzazione agisce come identità legittimante e fattore di adesione di fronte alle incertezze che questa produce.

[1159] Lo stesso recepimento delle identità nazionali nel diritto originario dell'UE suppone la compatibilità e la relativizzazione dell'identità europea. Al riguardo, si rinvia a v. Pedro CRUZ VILLALÓN, "La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, pp. 501 e ss. Ciononostante, su una certa resistenza a questa concezione nel diritto costituzionale di alcuni Stati (che resistono all'integrazione), v. *ex multis*: Antonio CANTARO, "Democracia e identidad constitucional después de la «Lissabon Urteil». La integración «protegida»", Valentina Faggiani (trad.), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 13, 2010, in particolare pp. 141-144; o più recentemente, Antonio LÓPEZ CASTILLO, "¡Alto ahí a la «identidad constitucional»! Un ejemplo (ya no tan) reciente de la discontinuidad continuista en la jurisprudencia iuscomunitaria del TDFA", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, 2017, pp. 387 e ss.

[1160] Sulla necessità di evitare di frammentare l'identità (in modo divisorio, disgregante ed escludente), promovendo identità plurali che si sommano (il differente, come ricchezza del comune), v. José María SECO MARTÍNEZ, "De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar", *Derechos y Libertades*, n. 36, 2017, pp. 84-86.

ISSN 2279-7238

l'integrazione europea esclusivamente come un limite per il diritto costituzionale interno (come è accaduto con l'art. 135.2 della Costituzione spagnola, dopo la riforma del 2011), presentandosi dinanzi alla cittadinanza statale come una mera causa della sua restrizione politica e non come un fattore di progresso costituzionale interno[1161].

Per quanto riguarda poi la tolleranza, questa categoria si può concepire come il rispetto da parte delle maggioranze delle identità delle minoranze al di là delle differenze esistenti tra le une e le altre (ma anche come riconoscimento da parte delle minoranze di un minimo comune necessario a partire dal quale rendere effettiva l'integrazione con le maggioranze per avallare tale convivenza)[1162]. Oggi pare interessante estenderla al rispetto da parte dell'Unione Europea (e quindi del suo diritto e della Corte di giustizia Ue) delle identità costituzionali degli Stati membri (di nuovo, l'art. 4.2 TUE). La mancanza di un riconoscimento effettivo da parte dell'UE e delle sue istituzioni di tali identità nazionali, che non tollerano i loro elementi fondamentali e strettamente caratteristici, o essenziali (anche se poi rispettano sempre l'identità europea collettiva)[1163], produrrà non solo conflitti tra le più alte istanze giurisdizionali ma sentimenti di disaffezione nazionali nei loro confronti (minacciando l'adesione)[1164].

Sarebbe poi necessario rafforzare anche la solidarietà, che è un forte strumento di configurazione delle relazioni della comunità[1165] e della conseguente identità collettiva (in particolare attraverso la promozione di azioni reciproche di collaborazione ed aiuto degli

[1161] In questo senso, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO: "La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 137, 2013, pp. 692 e 693; e "Desmontando el Estado: la reforma del art. 135 CE", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nn. 16-17, 2013-2014, pp. 1413 e 1414. Ci si riferisce soprattutto alle limitazioni che questa riforma costituzionale ha imposto alle Comunità Autonome, che nelle ultime riforme statutarie hanno introdotto specifiche clausole a favore dell'integrazione europea. Su tali clausole, in particolare, in relazione all'art. 1.4 del vigente Statuto di Andalucia (LO 2/2007, del 19 marzo) v. José María MORALES ARROYO, "Artículo 1. Andalucía", in AA.VV. *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Vol. I, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, pp. 54 e ss.

[1162] Così si è espressa la Corte Edu in relazione al nuovo principio del "*living together*". Su questo principio, v. Sarah TROTTER, "'Living Together', 'Learning Together', and 'Swimming Together': *Osmanoğlu and Kocabaş v Switzerland* (2017) and the Construction of Collective Life", *Human Rights Law Review*, 24 de enero de 2018, in https://academic.oup.com/hrlr/advance-article/doi/10.1093/hrlr/ngx045/4823594 (12/04/2018).

[1163] A questo proposito, v. Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, "Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, 2017, pp. 413 e ss.

[1164] Vi è, inoltre, il rischio che il patriottismo costituzionale europeo si riduca ad una mera identità funzionale integratrice; soprattutto se le identità nazionali agiscono nei confronti dei cittadini come resistenza all'identità europea e al rispetto di elementi chiave del costituzionalismo contemporaneo come, in particolare, lo Stato sociale (su questa proiezione delle identità nazionali in relazione a quella europea, v. Agustín José MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "Una concepción alternativa de la identidad constitucional en el Derecho comunitario: de las excepciones indiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 2013, pp. 561 e ss.). Pertanto, e come risposta dall'integrazione, sosteniamo la tolleranza come rimedio per risolvere il conflitto di identità esistenti in un'Europa costituzionale complessa e plurale, affinché, da un minimo comune identitario, si possano considerare adeguatamente la differenza e la singolarità statale, in quanto espressione di valori costituzionali propri (circa la singolarità come valore costituzionale si rinvia a Pedro CRUZ VILLALÓN, "Rasgos básicos del Derecho Constitucional de los Estados en perspectiva comparada", assieme a Armin von BOGDANDY e Peter M. HUBER, *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, in particolare p. 66).

[1165] Di interesse, Francisco Javier de LUCAS, "La polémica sobre los deberes de solidaridad: el ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 19, 1994, pp. 9 e ss.

ISSN 2279-7238

uni con gli altri)[1166], e si dovrebbe considerare l'emergente resilienza (come nuovo principio funzionale alla sicurezza pubblica e alla difesa)[1167]. In tal modo, si intende promuovere una maggiore capacità sociale di adattamento e di resistenza a situazioni particolarmente avverse, al fine di riprendersi da situazioni come quelle vissute nella maggior parte degli Stati membri durante la recente crisi economica[1168]. Riuscirà l'Europa a superare un'altra crisi come quella sofferta in questi anni?[1169]

Se si considerano, quindi, le conseguenze sociali (e non solo) della crisi economica nell'UE, è evidente che le politiche sociali continuano ad essere fondamentali per l'effettivo mantenimento della coesione sociale, che costituisce il presupposto di un'autentica integrazione costituzionale europea[1170]. L'involuzione sociale ed economica sofferta in questi ultimi anni da milioni di europei ha prodotto (o rafforzato) identità reazionarie contro l'Unione, come tra i propri Stati (e tra i loro stessi territori) sulla base della delegittimazione che per i diversi poteri pubblici hanno prodotto la crisi economica e le limitate politiche sociali realizzate. Non si tratta solo di un'analisi congiunturale, in relazione alla crisi vissuta, o ad una futura o ipotetica crisi, ma ci riferiamo allo straordinario aumento della disoccupazione previsto nei prossimi anni, dovuto all'irruzione dell'intelligenza artificiale nel mercato del lavoro[1171]. È fondamentale, pertanto, rafforzare le politiche sociali per consolidare una vera identità europea che costituisca la base del patriottismo costituzionale, effettivamente condiviso da tutti gli europei (e non solo dalle élite). A questo proposito, pare che l'UE abbia iniziato ad elaborare una risposta nell'ambito del c.d. "Pilastro Europeo

[1166] In questo modo, si formano stretti lacci tra le persone, come proiezione di noi stessi ed espressione universale della dignità umana, a prescindere dalle differenze, a partire dalle necessità degli altri (*cfr.* Angelo SCHILLACI, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene Editore, Napoli, 2018). Se la tolleranza è rispetto dell'altro, la solidarietà è un dovere reciproco nei confronti dell'altro, da cui deriva una maggiore carica identitaria. La sua essenza si rinviene nella sua alterità e nella dignità: rotta una, si rompe l'altra; o in altri termini il fallimento della solidarietà verso gli altri determina o determinerà il fallimento della solidarietà verso e tra di noi (di interesse, Daniel INNERARITY, "¿Quiénes somos «nosotros»? Preliminares para un política de la identidad", *Doxa*, n. 3, 2005, pp. 33 e ss.). Si può comprendere, quindi, il forte impatto negativo per l'identità collettiva europea e per il processo di integrazione europea delle crisi migratorie e dei rifugiati, in cui non si è dimostrato solo la mancanza di alterità nei confronti dell'extracomunitario ma di accoglienza tra gli stessi Stati, portando all'elaborazione di risposte nazionaliste ed incluso xenofobe (identità reazionarie ma anche di dimensioni legittimanti) nei confronti dello straniero.

[1167] Javier de CARLOS IZQUIERDO, "Tendencias globales, seguridad y resilencia", *bie3: Boletín IEEE*, n. 6, 2017, pp. 1144 e ss.

[1168] Di conseguenza, la resilienza rafforzerebbe la portata della solidarietà, in particolare nei momenti di grave difficoltà o di crisi per la collettività o il gruppo, contenendo speciali tensioni disgregatrici della comunità e quindi della sua stessa identità. Da lì, la necessità di ricercare specifici strumenti per raggiungere nuove forme di adesione sociale di fronte alle crisi collettive. *Cfr.* Antonio ALAMINOS e Irina PERVOVA, "Resilience by solidary ties", *OBETS: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 10, n. 1, 2015, pp. 211 e ss.

[1169] Sulla resilienza e sulle politiche sociali, v. Dagmar SCHIEK, "Towards More Resilience for a Social EU – the Constitutionally Conditioned Internal Market", *European Constitutional Law Review*, n. 13, 2017, pp. 611 e ss.

[1170] Come riconosce la stessa Commissione Europea nel "Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa… *cit.*, pp. 3, e 8-12; in https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-social-dimension-europe_es.pdf (19/04/2018).

[1171] Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, "Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica", in AA.VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, in particolare pp. 47 e 48. In modo più specifico, v. Esther PUENTE PÉREZ, "Los robots en el Derecho laboral", in AA.VV. *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer / La Ley, Madrid, 2018, pp. 151 e ss.

ISSN 2279-7238

dei diritti sociali" (vertice sociale di Göttemberg, svoltosi a novembre del 2017)[1172]. Tuttavia, lo Stato sociale dovrebbe essere concepito anche come elemento identitario[1173].

È fondamentale, quindi, configurare un'autentica cittadinanza europea capace di riequilibrare la perdita di partecipazione politica da parte dei cittadini degli Stati membri dell'UE, provocata dalla globalizzazione e dall'integrazione[1174], non solo al fine di promuovere un'identità europea che legittimi il patriottismo costituzionale (come è già stato segnalato), ma per evitare il progresso ed il rafforzamento di identità nazionaliste. Si può pensare alla *Brexit*, basata sulla falsa promessa di un ritorno alla cittadinanza forte, indipendente e sovrana[1175]; ma anche, a livello regionale, ai diversi movimenti indipendentisti che si espandono negli Stati europei (come nel caso della Spagna con la Catalogna, del Belgio con le Fiandre, o dell'Italia con la Lombardia)[1176].

Per concludere, seguendo Habermas, è necessaria più Europa, e pertanto, una Costituzione dell'Unione[1177]. Non è sufficiente rafforzare l'integrazione europea con più diritto costituzionale (come si è fatto finora). Le sfide che impone oggi la globalizzazione per l'integrazione europea (sicurezza, fiscalità, politica monetaria e finanziaria, tutela dell'ambiente, diritti umani, solidarietà, ecc.) richiedono di approfondire l'integrazione. In caso contrario, la tensione costituzionale tra l'Unione europea e gli Stati membri aumenterà ad un punto tale che difficilmente si potrà risolvere mediante il tradizionale dialogo.

Pertanto, non possiamo rinunciare come costituzionalisti ad un'autentica Costituzione europea, che permetta di ripensare e configurare una nuova Unione e che sia in grado di rispondere al conflitto esistente, da una parte, tra le èlite globalizzate e la maggioranza rinchiusa nella dimensione locale e, dall'altra, tra le diverse identità esistenti in Europa; una Costituzione europea che esprima una nuova identità collettiva plurale, solidale e che sia

---

[1172] Si stabiliscono venti principi e diritti essenziali per promuovere il mercato del lavoro e sistemi di protezione sociale equi nell'Unione in https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_en (04/05/2018). A questo proposito, v. Sacha GARBEN, "The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?", *European Constitutional Law Review*, n. 14, 2018, pp. 210 e ss. Di conseguenza, si dovrebbe presentare un nuovo contratto sociale che consideri gli effetti che produrrà l'intelligenza artificiale sul lavoro e sulle politiche fiscali che garantiscano adeguate misure sociali. V. Mario SEGURA ALASTRUÉ, "Los robots en el Derecho financiero y tributario", in AA.VV. *Derecho de los robots… cit.*, pp. 167 e ss. *Cfr.* Andrés ORTEGA, "Un nuevo contrato social para la robotización", *Claves de Razón Práctica*, n. 257, 2018, pp. 32 e ss.

[1173] Juan Francisco SÁNCHEZ BARRRILAO: "Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea… *cit.*, p. 199; e Id., "La constitucionalización de la integración regional europea. ¡Más Europa!... *cit.*, pp. 83 e 84.

[1174] Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, "Unión Europea y globalización: reivindicando una Europa de los ciudadanos", in AA.VV. *Estudios en Homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez,* Thomson Reuters Aranzadi / Fundación Manuel Giménez Abad, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 147 e ss.

[1175] Un precedente che si potrebbe ripetere tra gli Stati, salvo che si rafforzi un'effettiva partecipazione democratica degli europei, in quanto cittadini (del proprio Stati ed europei) attivi.

[1176] Una nuova cittadinanza europea contribuirebbe a riformulare e raffreddare le tensioni oggi esistenti tra le regioni e lo Stato.

[1177] Jürgen HABERMAS, "La crisis de la Unión Europea a la luz de una constitucionalización del Derecho internacional. Un ensayo sobre la Constitución de Europa", Francesc Jesús Hernández i Dobon y Benno Herzog (trad.), in *La Constitución de Europa*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 39 e ss.

ISSN 2279-7238

accettata dagli europei; una Costituzione, infine, che non sia solo una risposta alla globalizzazione (sebbene lo sia) ma un progetto di futuro, solidale, fondato su valori condivisi, e che sia sentita, vissuta e rispettata dai poteri pubblici (statali e dell'Unione) e dai cittadini, legittimandola. Solo in questo modo, si può costruire una vera identità costituzionale, a partire dal simbolismo di cui è intrisa la Costituzione europea per gli europei ed il loro destino collettivo.

ISSN 2279-7238

Il futuro dell'Europa. Note a margine.

di Massimo Luciani**

1.- Mi è stato chiesto di parlare del futuro dell'Europa, tirando le "conclusioni" (così si scrive nel programma) di un Convegno di rara intensità come quello organizzato dalla Fondazione Paolo Galizia. Ci vorrebbe una totale mancanza di senso del ridicolo per pretendere di adempiere davvero a un simile compito, sicché (confidando di averne un po', di quel senso) preferisco attestarmi su minori pretese, accennando ad alcune piste di riflessione, senza alcun intento "conclusivo". Prima di azzardare qualunque considerazione sul futuro, tuttavia, occorre fissare alcune premesse sul passato e sul presente (fermo restando che, nell'esperienza giuridica, come ha osservato Marco Benvenuti, tutte le dimensioni temporali s'intrecciano.

2.- È nel passato che dobbiamo scavare se vogliamo sapere se qualcosa chiamato "Europa" davvero esista. Molte, infatti, sono le voci scettiche.

Anzitutto, si dubita dell'identità geografica dell'Europa, i cui confini sarebbero incerti: a est- nordest si ferma al Don, al Volga, agli Urali, al Caucaso? E a sud est abbraccia o no almeno una parte della penisola anatolica? E perché a ovest comprende isole come la Gran Bretagna, l'Irlanda, l'Islanda, le Fær Øer e non, invece, la Groenlandia?

In secondo luogo, si dubita della sua identità storica. Si nega la narrazione di una storia comune europea, osservando che, pel profilo storico, un destino comune ha legato a quelli che oggi chiamiamo europei più i popoli del Mediterraneo meridionale e orientale che non quelli del profondo nord. Oppure rimarcando la proiezione atlantica, più che continentale, di un importante Paese al di là della Manica. O, ancora, facendo leva sul fatto che la storia comune europea non sarebbe altro che un continuo tentativo di reciproca sopraffazione, non di cooperazione, di solidarietà e di pace.

Infine, anche l'identità culturale europea è messa in dubbio: si rimarcano le divaricazioni fra le varie tradizioni culturali nazionali; si mette in discussione la possibilità di una cultura comune senza una lingua altrettanto comune; soprattutto si fa leva sui rapporti con l'Oriente, intrattenuti sin dall'inizio, che renderebbe impossibile una distinzione ("La Grecia ha inventato l'Europa. Ma il mondo greco non era un mondo europeo" ha scritto Lucien Febvre) [1178]. Appunto in quest'ultima prospettiva si rimarca come, stando ad alcune testimonianze [1179], Pitagora abbia avuto contatti con i sapienti babilonesi e soprattutto egiziani; si afferma che la tradizione sapienziale orientale sarebbe entrata nel nostro

** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

1178 L. FEBVRE, *L'Europe. Genèse d'une civilisation*, trad. it. di A. Galeotti, *L'Europa. Storia di una civiltà*, Milano, Feltrinelli, 2014, 30.

1179 V., in particolare, quella di Isocrate in H. DIELS - W. KRANZ, *I Presocratici*, a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2006, *sub* Pitagora - Testimonianze, 4: "Pitagora di Samo [...] andato in Egitto e fattosi discepolo degli Egizi, introdusse in Grecia la filosofia nei suoi vari generi [...]".

ISSN 2279-7238

patrimonio culturale tramite canali molteplici, a partire dalla filosofia eleatica e soprattutto da Parmenide); si ricorda il successo del culto mitraico nel mondo ellenistico e romano. E si potrebbe anche aggiungere la vicenda paradigmatica del culto del *Sol Invictus* introdotto a Roma da Aureliano, il quale "*Templum Solis fundavit*"[1180], ornandolo "magnificamente con le sue offerte di Palmira, collocandovi le statue del Sole e di Belos". Il che lo collegava a Baal, divinità mediorientale[1181], ma anche, secondo alcuni, al nascente cristianesimo (esso pure di provenienza mediorientale), perché "di fatto, veniva a conciliare l'antica tradizione con la nuova sensibilità religiosa, ormai intollerante di divinità di estrazione vetero-olimpica"[1182]. Insomma, è molto forte l'idea di una risalente contiguità con l'Asia, alimentata soprattutto dalla multiforme corrente del misticismo occidentale: "We think now of East and West. But then there were no real lines to be drawn" ha scritto Kingsley[1183], mentre secondo Guénon sarebbe l'Occidente (con il suo logicismo e il suo materialismo) a essersi allontanato dall'Oriente, così generando una "anomalia"[1184].

Ora, al di là del merito dell'uno o dell'altro rilievo, sollecitare al dubbio sarebbe ineccepibile se la definizione di un'entità geografica, storica e culturale dovesse essere precisa e puntuale quanto quella di una specie vegetale o di un qualche minerale. Non è, però, così, perché altrimenti non avremmo nessuno strumento classificatorio per gli enti e i fenomeni sociali, le cui linee di confine sono sempre e fatalmente fluttuanti e incerte. Se ci accontentiamo di indicatori imprecisi, dunque, possiamo dire che l'"Europa" è definibile, così come è definibile l'"Occidente", il quale è "ben più che una semplice espressione geografica" sebbene si tratti di "un complesso di norme, comportamenti e istituzioni dai confini estremamente confusi"[1185].

Insomma, l'Europa, per come la conosciamo noi, un passato ce l'ha, ed è un passato che nasce con la rottura dell'unità mediterranea, secondo le letture a mio avviso ancora attuali di Marc Bloch e di Lucien Febvre (giustamente ricordato da Alessandra Di Martino), oppure di Henri Pirenne. Non sono letture coincidenti, si sa. Mentre per Bloch e Febvre "Bisognava che l'impero romano [...] si disgregasse e crollasse perché potessero cominciare a realizzarsi le condizioni di una lenta, difficile, rischiosa elaborazione di quella che [...] noi chiamiamo Europa"[1186], per il Pirenne di *Mahomet et Charlemagne* l'idea di Europa poteva farsi strada solo con l'invasione araba. Prima, infatti, "Les invasions germaniques n'ont mis fin ni à l'unité méditerranéenne du monde antique, ni à ce que l'on peut constater d'essentiel dans la culture romaine [...]. Ce qui subsiste de civilisation est méditerranéen. C'est aux

[1180] *Historia Augusta*, *Divus Aurelianus*, XXXV, 3.
[1181] ZOSIMO, *Storia nuova*, I, 61, 2. Cito dalla trad. it. di F. Conca, Milano, Rusconi, 1977.
[1182] L. BRACCESI, *Zenobia l'ultima regina d'Oriente. L'assedio di Palmira e lo scontro con Roma*, Roma, Salerno, 2017, 119.
[1183] P. KINGSLEY, *In the dark Places of Wisdom*, Point Reyes (Cal.), The Golden Sufi Center, 6^ ed., 2017, 114.
[1184] R. GUÉNON, *Orient et Occident*, Paris, Vega, 1924, trad. it. di P. Nutrizio, *Oriente e Occidente*, Adelphi, Milano, 2016, 25 sgg. e *passim*.
[1185] N. FERGUSON, *Civilisation. The West and the Rest*, London, Allen Lane, 2011, trad. it. di A. Piccato, *Occidente. Ascesa e crisi di una civiltà*, Milano, Mondadori, 2^ ed., 2014, 37, la cui prospettiva è quella della valorizzazione soprattutto delle peculiarità "istituzionali" di ciò che chiamiamo "Occidente".
[1186] L. FEBVRE, *L'Europe. Genèse d'une civilisation*, trad. it. di A. Galeotti, *L'Europa. Storia di una civiltà*, Milano, Feltrinelli, 2014, 59.

ISSN 2279-7238

bords de la mer que se conserve la culture [...]. L'Orient est le facteur fécondant; Constantinople, le centre du monde"[1187]. Possiamo trascurare i pur importanti profili di diversità fra le due letture e limitarci a mettere in evidenza che entrambe colgono un punto di discontinuità nella storia del mondo, un punto oltre il quale si affaccia l'idea di Europa. Del resto, al di là delle esigenze classificatorie degli studiosi, la percezione che l'Europa ci sia e che sia nata proprio grazie a una discontinuità storica connessa alla fine del mondo antico è diffusa: non è forse insignito proprio del "Premio Carlo Magno" chi si è particolarmente distinto per l'impegno europeista?

Possiamo dunque dare per scontato che un passato dell'Europa esista e che di questo passato siano consapevoli i popoli europei.

3.- La riflessione sul presente dell'Europa, a sua volta, deve partire da una precisazione. Possiamo discettare, infatti, del presente dell'Europa-continente o di quello dell'Europa-Unione, ma personalmente, sia in considerazione del taglio del Convegno che sono chiamato a "concludere", sia perché mi sembra più produttivo, mi occuperei del presente dell'Europa-Unione (così come sarà del futuro di questa che dirò in chiusura). Con una precisazione, però: che tutto quanto tocca l'Unione riguarda anche l'Europa intera, sia perché l'Unione ne è la parte più cospicua, sia perché (sebbene non si sappia ancora per quanto) il diritto dell'Unione ha oggi un ruolo egemonico e paradigmatico, sia perché (come ha osservato Luther) vi sono legami assai stretti fra l'area (più piccola) dell'Unione e quella (più grande) del Consiglio d'Europa.

Ora, quel che più colpisce della condizione attuale dell'Unione sono, fra i molti (ne trascuro altri molto importanti, come ad esempio la perdurante assenza di una politica estera comune) due dati: a) la mancata riduzione, anzi l'allargamento, dei differenziali economici fra Stato e Stato (crescita, disoccupazione, investimenti); b) una perdita di consenso quale mai si era registrata in passato. Si tratta di due fenomeni solo in parte legati, come subito vedremo, ma dei quali si deve essere ben consapevoli e che vanno affrontati a viso aperto.

3.1- La prima questione è cruciale. Ieri Dominique Rousseau ha citato Cicerone, affermando che già nel *De re publica* si sarebbe chiarita l'importanza di un diritto condiviso nel processo di integrazione sociale e - dunque - di costruzione delle comunità politiche. È vero, ma mi permetto di notare che la definizione che Cicerone dà di popolo è più complessa. Il popolo, infatti, non è "*omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*"[1188]. Non trovo affatto casuale che i costituzionalisti, in genere, ricordino di questa definizione (assolutamente cruciale e che non manco mai di ricordare, né nei miei scritti scientifici, né nella mia attività didattica) solo la prima parte, non la seconda. È per loro confortante (direi sia per ragioni psicologiche che di ceto, visto che in questa prospettiva il loro ruolo si configura come decisivo) pensare che per costituire una comunità politica il passo essenziale sia la condivisione di un comune

[1187] H. PIRENNE, *Mahomet et Charlemagne*, Paris, PUF, 1992 (1^ ed. 1937), 203.
[1188] *De re publica*, I, 39.

ISSN 2279-7238

diritto. Confortante e risolutivo di molti problemi, perché, in particolare, il *rebus* della costruzione dell'Unione europea si risolverebbe facilmente proprio attraverso il diritto. Ma Cicerone, a ragione, non si accontentava di questo. Cicerone non si accontentava del *consensus iuris*, ma capiva bene che questo sarebbe rimasto inefficace se non si fosse accompagnato alla *communio utilitatis*. E questa utilità comune non è astratta condivisione di diritti o di valori, ma è concreta utilità materiale, è *distribuzione di un utile sociale*. Le legioni romane vittoriose non portavano solo gloria a se stesse o al loro capo militare, ma portavano con sé un bottino da distribuire. E se qualche classe sociale (specie quella senatoriale) si arricchiva di più, su tutte cadeva il vantaggio della conquista, perché l'*utilitas*, anche se in modo diseguale, era oggetto di una messa *in communione*. Cicerone lo sapeva; noi non dobbiamo dimenticarlo. Un problema cruciale dell'Europa, dunque, sta nella sua incapacità di eguagliare i vantaggi che i singoli Stati possono trarre dalla permanenza nell'Unione, sicché sarebbe altamente opportuno che i più svantaggiati capissero e promuovessero i propri interessi (un problema specifico dell'Italia è di avere, storicamente, pezzi di classe dirigente a-italiani se non antitaliani) e i più avvantaggiati abbandonassero il loro egoismo, non già per un empito morale, ma perché anche a loro converrebbe non tirare troppo la corda, nel loro stesso interesse di lungo periodo.

In definitiva: l'*integration through law*, di cui, in prospettiva smendiano-häberliana, ha parlato Markus Kotzur, non basta (oltre a essere difficile da configurare, come ha osservato Augusto Aguilar). Come non basta il patriottismo costituzionale (di cui ha parlato Sánchez Barrilao), che è solo una parte della soluzione del problema. Esso, del resto, non a caso è visto dallo stesso Habermas come un possibile surrogato di un'identità nazionale più profonda, ormai smarrita o impossibile nell'ambiente dell'integrazione europea[1189], visto che era stato inizialmente teorizzato da Dolf Sternberger[1190] nell'intento di reperire un elemento in qualche modo unificante di due Germanie divise, prive di "un" popolo. Più di tanto, dunque, non se ne può spremere.

Soprattutto, a mio parere, non s'intende, nella sua astratta nettezza, l'alternativa *law/politics*, posta sempre da Kotzur, perché il diritto *è* politica. Sicché, se davvero fossimo di fronte a un'alternativa radicale (il che non è, come ha dimostrato Valadés), essa sarebbe semmai fra una politica aristocratica (affidata a giudici, autorità indipendenti, amministrazione, nella prospettiva che sembra essere stata qui aperta dalla relazione di Giuliano Amato) e una politica democratica (affidata anzitutto ai Parlamenti). E davanti a questa alternativa (sempre che, insisto, fosse netta, *quod non*) il costituzionalista, sempre che volesse ancorarsi ai tratti originari della propria disciplina, dovrebbe schierarsi senza riserve con la seconda.

3.2.- Anche la seconda questione è di primaria importanza e, come accennato, è solo in parte legata alla prima. Se il disamore per l'Unione, infatti, è diffuso nei Paesi che avvertono

[1189] V. soprattutto J. HABERMAS: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, St. Gallen, Erker, 1991, ora in *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, 632 sgg.

[1190] D. STERNBERGER, *Das Vaterland*, nonché *Verfassungspatriotismus* (1979 e 1982), in ID., *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt a. M., Insel, 1990, 11 sgg.

ISSN 2279-7238

più fortemente le difficoltà economiche attuali, esso è comunque evidente anche in quelli che stanno crescendo di più o che più beneficiano degli aiuti economici europei.

In un recentissimo articolo su *La Repubblica*[1191], Timothy Garton Ash manifestava stupore per il diffuso criticismo nei confronti dell'Europa che attraversa i Paesi dell'Est, quando sono proprio quei Paesi ad avvantaggiarsi maggiormente dell'intervento economico dell'Unione. Stupore non giustificato, a mio avviso.

Le ragioni del disamore non sono solo *economico*-sociali, ma anche *cultural*-sociali. Le classi dirigenti, ma soprattutto gli intellettuali, non intendono bene il grave problema che altri ceti sociali stanno vivendo. I processi di globalizzazione, il riconoscimento della libertà di stabilimento nei confini dell'Europa, l'apertura alle correnti migratorie sono fenomeni che ognuno può giudicare positivamente o negativamente sulla base della sua costellazione di valori etico-politici. Quale che sia l'apprezzamento soggettivo che se ne fa, però, *oggettivamente* essi mettono in discussione l'identità dei ceti sociali meno attrezzati per affrontarli. Quei ceti li avvertono come un attentato alla loro identità nazionale, di gruppo, addirittura individuale, e reagiscono con durezza, allontanandosi dall'ideale dell'integrazione europea, ma anche dalle stesse istituzioni nazionali, se non dai valori del costituzionalismo, gettandosi nelle confortevoli braccia dei movimenti populisti, magari ascoltando le sirene del Gruppo di Višegrad. Spesso gli intellettuali non sanno leggere questi problemi, perché sono cittadini del mondo, viaggiano da Parigi a New York, da Roma a Praga, per convegni, spettacoli teatrali, mostre di pittura, e parlano spesso molte lingue, sentendosi a casa un po' dovunque. Ma questa è una vera *fallacia posizionale*, come è quella di chi scambia la *propria* condizione esistenziale per quella di tutti gli appartenenti alla sua comunità politica.

Il problema, dunque, è reale, e non va ignorato, né vanno disprezzati coloro che l'avvertono sulla loro pelle. Peter Häberle, nella sua relazione di ieri, ha detto di rifiutarsi di prestare il glorioso nome di *populus* per qualificare come *populisti* i movimenti che danno voce a quel malessere. Mi spiace che questa perentoria affermazione venga da un maestro e amico carissimo come Häberle (che in questi giorni abbiamo anche festeggiato assieme a Dieter Grimm e Giuliano Amato per i loro compleanni), ma personalmente mi rifiuto di rifiutarmi (*ich weigere zu weigern*). Quello, infatti, piaccia o non piaccia, *è populus*. Quello è un pezzo (che potrebbe prima o poi diventare maggioritario!) di comunità politica. E anche se non ci piace (e a me non piace, tengo a precisare) non possiamo far finta che non esista o che sia altro da noi. Una classe dirigente che non si voglia suicidare, un ceto intellettuale che voglia continuare a interpretare i fenomeni sociali e non limitarsi a stigmatizzarli, deve fare i conti con il problema (che è molto profondo, come ha dimostrato Laura Frosina) e deve risolverlo, dando la risposta giusta (che certo non è quella populista, appunto) a un bisogno che però è reale. Se i populismi crescono la colpa non è di chi crede nel loro messaggio, ma delle forze che non sanno contrastarli politicamente. E, prima ancora, purtroppo, la responsabilità è nostra, se rinunciamo a leggerli scientificamente.

[1191] "L'Europa, la botte piena e la moglie ubriaca", in *La Repubblica*, 11 maggio 2018.

ISSN 2279-7238

4.- Se questa è la condizione presente, se questa è la *heutige Verfassungslage* (per richiamare volutamente una formula che allude alle analisi di Weimar e segnalare che oggi corriamo pericoli diversi - non condivido, a questo proposito, il parallelo proposto da Luther con la retorica del futurismo -, ma altrettanto gravi, come ha ben segnalato Lanchester), lo sguardo sul futuro dell'Europa deve necessariamente posarsi sulle risposte da dare a quelli che, come ho detto, paiono i due principali problemi del presente.

4.1.- Del primo (quello economico) sappiamo ormai tutto. Abbiamo un'Unione economica e, per molti Paesi, monetaria, ma non abbiamo altri strumenti essenziali per far funzionare appieno il meccanismo dell'integrazione. Non regole fiscali uniformi; non un istituto centrale di credito che sia prestatore di ultima istanza; non una vera volontà di rimediare ai disastri determinati dall'indiscriminata libertà di circolazione dei capitali; non un governo realmente comune del debito, pubblico e privato. L'enigma di un luogo del pianeta che ha una moneta unica e debiti plurimi non è stato risolto. E non l'è stato per la semplice ragione che non è possibile risolverlo: sono la politica monetaria e quella fiscale i principali strumenti di controllo del debito, ma quando il debito è dei singoli Stati e la moneta non lo è; quando il debito è dei singoli Stati, ma molti di loro non possono fare una vera politica fiscale perché la libertà dei capitali (che possono spostarsi dove loro maggiormente conviene) non lo consente, abbiamo una zoppia che richiederebbe una cura chirurgica, non l'uso delle stampelle (fuor di metafora: un serio ripensamento della struttura europea, non le semplici *outright monetary transactions*, che oltretutto - come ha osservato ancora Laura Frosina - sono il frutto di scelte tecnocratiche e non vengono dalla politica democratica, come invece dovrebbe essere). Per conservare il bene prezioso di una forte Unione, la parola spetterebbe, dunque, soprattutto alla politica, ma avremmo bisogno di classi politiche europee lungimiranti e attrezzate, delle quali, purtroppo, non sembra esservi il segno tangibile.

4.2.- La seconda questione (quella culturale) chiama in causa *principalmente* gli intellettuali (non "solo", si badi, così come la prima questione non chiama in causa "solo" la politica). La scommessa, infatti, è quella dell'elaborazione di un'identità europea che possa riempire il vuoto avvertito da molti, i quali avvertono che le loro identità tradizionali sono messe in discussione e reagiscono con un'istanza di chiusura nazionalistica (non "patriottica", si badi, che sarebbe ben altra cosa). La sfida della costruzione di un'identità europea, però, è difficile e va affrontata, appunto, principalmente dagli intellettuali, ma assieme alla politica. Illuminante, in questa prospettiva, un passo della *Repubblica* platonica: "In questo momento, Adimanto, tu ed io non siamo poeti, ma fondatori di uno stato. E a fondatori si addice conoscere i modelli ai quali si debbono adeguare i poeti nella narrazione delle favole loro; e se i poeti non vi si attengono nella loro invenzione, non devono lasciarli fare. Ma non sono tenuti a inventare essi stessi delle favole"[1192]. Quindi intellettualità e politica agiscono su piani diversi, ma cooperano per generare e conservare miti che agiscano per assicurare la formazione di un'identità collettiva.

[1192] *La Repubblica*, II, XVIII [*a*]. Cito dalla trad. it. di F. Sartori, Bari, Laterza, 1974.

ISSN 2279-7238

4.3.- Un compito difficile, dunque. Come assolverlo? Anzitutto, tornando alla definizione ciceroniana, è chiaro che ci si deve muovere lungo le due direttrici ch'egli indicava. Ma anche restando sulla seconda è chiaro che occorre maggior cura di quella dimostrata sinora. Rivelatrice è la prospettiva della dimensione simbolica, nella quale le insufficienze dell'Unione sono state molto gravi, come (mi permetto di ricordare un mio scritto) osservavo recentemente in un librino di commento all'art. 12 della Costituzione (lo dico per i Colleghi stranieri: quello che tratta della bandiera della Repubblica)[1193].

Cominciamo dalla tormentatissima vicenda della bandiera europea. Essa non solo è frutto della magmatica sovrapposizione di pressioni diverse, ma si rifà a una simbologia tutt'altro che condivisa, se è vero che il numero delle stelle fu condizionato dalla contesa franco-tedesca sullo *status* della Saar (entità statale o no?) e che almeno per uno dei più probabili "padri" di quella bandiera (che furono P.M.G. Levy e A. Heitz) le dodici stelle alludevano (anche) alla corona della Vergine Immacolata[1194].

Quanto all'inno, anche qui dopo un confuso processo decisionale, la scelta è caduta su una parte dello schilleriano *Inno alla gioia*, per come musicato da Ludwig van Beethoven nella Nona sinfonia, ma nello specifico adattamento orchestrato da Herbert von Karajan. Si tratta di una scelta piuttosto disattenta e che (ferma restando la genialità assoluta dell'opera beethoveniana) ha fatto giustamente discutere. Sono stati messi in luce, infatti, alcuni punti problematici, come il fatto che quella musica avesse avuto un impiego ufficiale in varie cerimonie del Terzo Reich; che se ne faccia uso nelle logge massoniche; che Karajan sia stato membro (sin dal 1933) del Partito nazionalsocialista; che lo stesso Karajan abbia conservato (caso assai insolito, invero) i diritti d'autore sull'inno. Aggiungerei anche che in origine la *Nona* si chiamava *Allemande* (e intendeva riscattare lo spirito tedesco dopo le umiliazioni napoleoniche); che l'Inno alla gioia è stato utilizzato per la *Gesamtdeutsche Mannschaft* (e cioè per la rappresentativa olimpica unificata di Germania Est e di Germania Ovest che si è presentata ai Giochi dal 1956 al 1964); che, sebbene l'inno europeo sia senza parole, la musica originaria accompagna quelle di Schiller, il cui ruolo nella costruzione del rapporto fra cosmopolitismo e nazionalismo è oggetto di discussione (era un cosmopolita, sì, ma che - come emerge soprattutto dal famoso frammento *Deutsche Größe* - riteneva che il popolo tedesco avesse un destino egemone nella costruzione della nuova umanità: cosa invero non rara nell'Ottocento, allorché un po' tutti i teorici del cosmopolitismo - stranamente... - immaginavano un ruolo egemone del *loro* popolo di appartenenza)[1195].

Infine, sempre a dimostrazione delle deficienze delle scelte europee in materia di simboli, va ricordata la sconcertante vicenda del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato il 29 ottobre 2004 e - come si sa - mai entrato in vigore a causa del fallimento dei *referendum* francese e olandese. L'art. I-8 del Trattato, intitolato "I simboli dell'Unione", oltre a parlare della bandiera, dell'inno, del motto e della giornata dell'Europa, al par. 4 stabiliva

[1193] M. LUCIANI, *Costituzione* italiana*: articolo 12*, Roma, Carocci, 2018 (che appresso riprendo anche testualmente, per semplicità).
[1194] *Ivi*, 35.
[1195] *Ivi*, 44 sgg.

ISSN 2279-7238

che "*La moneta dell'Unione è l'euro*": che una norma sulla moneta fosse ospitata in un articolo che si occupava di simboli dell'Unione lascia a dir poco perplessi[1196].

Sul piano simbolico, dunque, c'è ancora molto da fare. Ma molto si potrebbe fare anche sul piano del più minuto funzionamento del sistema sociale: un servizio (anche o solo) civile (obbligatorio) europeo oltre che nazionale; un insegnamento scolastico più attento all'Europa, ma non solo in termini retorici; perché no, un campionato di calcio europeo (intendo: fra squadre di club), etc.

Ma c'è il problema della lingua, davvero cruciale, come è emerso ieri nella relazione di Vasco Ferreira Da Silva. Qui confesso la mia contrarietà alla via più semplice, che sarebbe l'utilizzazione dell'inglese come *lingua franca*. L'inglese, infatti, è la lingua della globalizzazione, *non* è la lingua dell'identità europea. Allora, visto che *una* lingua europea non esiste e che il multilinguismo è una realtà del nostro continente, ipotizzo due risposte, entrambe provocatorie.

La prima è che si solleciti l'acquisizione di competenze linguistiche multiple, per avvertire la bellezza della pluralità delle lingue e non cedere all'appiattimento globalizzante (insomma: rendendo diffusa la condizione in cui, come accennavo, si trovano in genere gli intellettuali).

La seconda è che si tenga conto della nostra storia politica. Il trauma primordiale di quella storia, come accennavo, è la fine di Roma. Già Saint Just esclamava: "Le monde est vide depuis les Romains; et leur mémoire le remplit, et prophétise encore la liberté"[1197]. E la mitologia politica dell'America e della Francia rivoluzionarie non è greca, ma romana. L'idea stessa di repubblica giunge negli Stati Uniti mediata dal mito romano di Scipione e di Lucrezia (stuprata da Sesto Tarquinio, figlio di Tarquinio il Superbo), visivamente importato da John Trumbull[1198]. E sarà sempre a Roma che guarderanno i monarcomachi.

Ora, la mia ipotesi provocatoria è questa: se il lutto per la perdita di Roma non è stato ancora elaborato, se ancora avvertiamo dolorosamente il peso dell'unità perduta, perché non elevare *il latino* a lingua comune dell'Unione? Perché non cogliere il significato profondo che questo avrebbe, e da molti punti di vista? Non credo ci sia bisogno di spiegare le ragioni di questa proposta, tanto autoevidente è il suo senso: è un'ipotesi provocatoria, sì, ma certamente non originale e comunque non peregrina.

Insomma, si tratta di fare all'un tempo l'Europa e gli europei, se vogliamo parafrasare il famoso *dictum* di Massimo D'Azeglio. Che possiamo, però, rileggere assieme, perché è estremamente istruttivo.

"I più pericolosi nemici d'Italia non sono gli Austriaci, sono gl'Italiani.

E perché?

[1196] *Ivi*, 54 sg.

[1197] A.-L. DE SAINT JUST, *Rapport au nom du Comité de salut public et du Comité de sûreté générale sur la conjuration ourdie depuis plusieurs années par les factions criminelles pour absorber la Révolution française dans un changement de dynastie; et contre Fabre d'Englantine, Danton, Philippeaux, Lacroix et Camille Desmoulins, prévenus de complicité dans ces factions et d'autres délits personnels contre la liberté, présenté à la Convention nationale le 11 germinal an II*, ora in *Œuvres complètes*, a cura di A. Kupiec e M. Abensour, Paris, Gallimard, 2004, 735.

[1198] S. PANICHI, *Roma antica e la nuova America. Come il mito di Lucrezia e l'idea della Repubblica varcarono l'Oceano*, Roma, Donzelli, 2018, spec. 41 sgg.

ISSN 2279-7238

Per la ragione che gl'Italiani hanno voluto far un'Italia nuova, e loro rimanere gl'Italiani vecchi di prima, colle dappocaggini e le miserie morali che furono ab antico il loro retaggio; perché pensano a riformare l'Italia, e nessuno s'accorge che per riuscirvi bisogna prima riformare sé stesso; perché l'Italia, come tutt'i popoli, non potrà divenir nazione, non potrà esser ordinata, ben amministrata, forte così contro lo straniero, come contro i settari dell'interno, libera e di propria ragione, finché grandi e piccoli e mezzani, ognuno nella sua sfera, non faccia il suo dovere, e non lo faccia bene, od almeno il meglio che può. Ma a fare il proprio dovere, il più delle volte fastidioso, volgare, ignorato, ci vuol forza di volontà, e persuasione che il dovere si deve adempiere non perché diverte o frutta, ma perché è dovere; e questa forza di volontà, questa persuasione, è quella preziosa dote che con un solo vocabolo si chiama carattere, onde, per dirla in una parola sola, il primo bisogno d'Italia è che si formino Italiani dotati d'alti e forti caratteri. E pur troppo si va ogni giorno più verso il polo opposto: pur troppo s'è fatta l'Italia, ma non si fanno gl'Italiani"[1199].

5.- Provo a tirare le fila.

Il futuro dell'Europa non passa per una nuova fase di costituzionalizzazione (che potrebbe avere senso solo in ben altre condizioni e nel lungo periodo). Il lemma "Costituzione" non può essere esteso al di là delle sue radici storiche e delle sue possibilità logiche. Storicamente, nasce con lo Stato e - dunque - con una delimitazione spaziale della sua capacità prescrittiva. Logicamente, non si può scindere da un potere politico ordinante, che chiamiamo sovranità (peraltro oggi intendendola, come ha dimostrato prima Schillaci, in senso ben diverso da quello della tradizione). L'Europa non ha e non può avere una Costituzione non solo per difetto delle relative condizioni *storiche* (che potrebbero essere solo contingenti, come osservava Dominique Rousseau), ma per difetto (insormontabile) delle condizioni *logiche*. Non ci sono scorciatoie istituzionali, non giochi di prestigio giuridici o innovazioni lessicali che possano rimediare a un difetto di iniziativa politica che colga appieno il problema nella sua enorme portata sociale, economica, culturale.

Insomma, la vera questione in campo è, come sempre quella del popolo. Del popolo europeo, come da molti anni va dicendo Dieter Grimm[1200]. Il nostro è un problema di demo-crazia, ma mentre ci interessiamo freneticamente del *krátos*, prestiamo poca attenzione al *démos*, pensando che esista *in rerum natura* e che non richieda una sapiente progettualità politica per costituirsi.

Affinché quel *démos* possa costituirsi, invece, occorre operare per: costruire una cittadinanza consapevole e informata (la *enlightened citizenship* di cui parla Robert Dahl)[1201]; creare regole e valori condivisi (e istituzioni che li garantiscano); ridurre le differenze sociali che impediscono quella comunione di interessi che è indispensabile perché un popolo si formi. Il popolo, dunque, è una conquista, e oltretutto una conquista *de tous les jours*, perché

[1199] M. D'AZEGLIO, *I miei ricordi*, Firenze, Barbèra 1867, I, 6 sg.
[1200] V. soprattutto D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, München, C.F.v. Siemens Stiftung, 1995, spec. 42 sgg.
[1201] R. A. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven (Ct.), Yale Univ. Press, 1989, trad. it. della Scriptum snc., *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1990, spec. 168 sgg.

ISSN 2279-7238

proprio ogni giorno e nei confronti di tutti (e non solo degli individui che si affacciano alla vita sociale degli adulti) deve dispiegarsi il processo di diffusione dei valori unificanti. Con il popolo, quindi, anche la *demo*crazia diviene una conquista, un *processo*.

Tutto questo dimostra che porre al centro della riflessione e della proposta politica solo la questione del potere non ha senso, poiché la questione del *démos* è rigorosamente pregiudiziale.

Tutto questo è stato perfettamente intuito, già prima di Ernest Renan (cui si deve la fortunata formula della nazione come *plébiscite de tous les jours*)[1202], da un giurista, intellettuale e uomo politico che fu significativo esponente del nostro meridionalismo: Pasquale Stanislao Mancini. Nella sua famosa *Prelezione* al Corso di Diritto internazionale e marittimo, tenuta a Torino il 22 gennaio 1851, Mancini, ponendosi nella scia di un altro e ancor più grande meridionale, Giambattista Vico, propone una vera e propria rivoluzione copernicana, sostituendo il principio di nazionalità al principio di statualità come fondamento del diritto delle genti. Perché questa proposta (politica non meno che culturale) avesse successo, però, Mancini dovette chiarire quale fosse il suo concetto di nazione e lo fece scartando le facili identificazioni e prospettando un quadro assai complesso, nel quale campeggiavano (in luogo del primitivo *Blut und Boden*) alcune "proprietà" e "fatti costanti" che caratterizzano le singole nazioni: "la REGIONE, la RAZZA, la LINGUA, le COSTUMANZE, la STORIA, le LEGGI, le RELIGIONI"[1203]. La nazione, così, gli appariva "una *società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale*"[1204]. Una società che va costantemente alimentata, però, attraverso la pratica di uno stare insieme condiviso e con la ricerca del bene comune pur nel confronto delle posizioni e degli interessi individuali e di gruppo. Al netto dell'impostazione nazionalistica manciniana, ormai non più attuale, nulla di più (per fortuna), ma nulla di meno (purtroppo) è quanto oggi abbiamo di fronte, se davvero vogliamo figgere gli occhi nello sguardo di Medusa del futuro dell'Europa.

[1202] Più diffusamente: "Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis" (E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, 2^ ed., Paris, Calmann Lévy, 1882, 26).

[1203] P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al Corso di Diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino il 22 gennaio 1851*, Torino, Eredi Botta, 1851, 31.

[1204] P.S. MANCINI, *Della nazionalità*, cit., 41.

ISSN 2279-7238

Comparazione e Diritto costituzionale [*]

di Giuseppe de Vergottini[**]

SOMMARIO: 1. I caposaldi della comparazione - 2. L'interrogativo sulla comparabilità e il portato della tradizione costituzionale - 3. L'incidenza pratica delle tradizioni costituzionali - 4. Una conclusione sulla presenza/assenza di vincoli costituzionali alla comparabilità - 5. La comparazione e l'esercizio di funzioni costituzionali. - 5 a) Comparazione e nuove costituzioni - 5 b) Comparazione e legislazione - 5c) Comparazione e giurisdizione - 6) Una riflessione conclusiva.

Scopo di questo intervento è delineare quelle che sono le direttrici che il ricercatore si pone quando si avventura nella comparazione nel settore del diritto costituzionale.

Quello che ci accingiamo a scrivere non ha pretese di originalità, in quanto a grandi linee non c'è studioso dell'argomento che non condivida alcuni criteri metodologici generali ormai famigliari alla dottrina costituzionalistica nell'affrontare le proprie ricerche. Si tratta quindi, semplicemente, di offrire al lettore un percorso chiaro e condivisibile.

Quello che però va sottolineato è che una linea metodologica deve comunque presiedere ad ogni ricerca che si pretenda seria e affidabile.

Il metodo, come in ogni disciplina, si presenta determinante non solo per il legislatore e per il giudice ma anche e soprattutto per il giurista che pretenda di affrontare scientificamente un argomento. In particolare il metodo diventa di primaria rilevanza quando il giurista non si accontenti di affrontare uno specifico argomento di suo interesse ma addirittura pretenda di scrivere un testo che dovrà fungere da manuale di analisi e studio per uso didattico.

Fatta questa premessa ricordiamo una sorta di ritornello che troviamo in tutti i testi organici che affrontano la materia. Di solito tutti i manuali dicono che ci sono tre profili cui rivolgere l'attenzione: perché comparare (questione della funzione): cosa comparare (questione dell'oggetto); come comparare (questione del metodo).

1. I caposaldi della comparazione

[*] *Lectio magistralis* tenuta il 10 aprile 2018 presso l'Università di Napoli Suor Orsola.

[**] Professore emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università di Bologna.

ISSN 2279-7238

a) Va in primo luogo messo in risalto che funzione essenziale e primaria della comparazione è la conoscenza, mentre le nozioni acquisite possono essere utilizzate a diversi fini, distinguendosi la comparazione a fini teorici da quella a fini pratici.

La comparazione consiste in *un'operazione logica, svolta in modo esplicito*, che comporta lo studio analitico degli ordinamenti e istituti esaminati, la considerazione dei dati ricavati, il loro raffronto e una sintesi da cui emerge la valutazione critica che contiene il giudizio comparativo.

È ormai condiviso dai più che risultato della comparazione dovrebbe essere quello di mettere in evidenza coincidenze, affinità ma anche differenze. Sarebbe del tutto limitativo ridurre la comparazione alla semplice ricerca delle coincidenze e affinità.

b) La finalità dell'operazione comparativa incide profondamente sulla metodologia da seguirsi. *La grande distinzione da tenersi presente è quella fra finalità pratiche del normatore e del giudice e finalità teoriche o teorico-pratiche del ricercatore.* Il costituente e il legislatore fanno ricorso alla comparazione al fine di impostare la formulazione di un testo normativo destinato ad essere operativo per il futuro in un numero indeterminabile di situazioni che debbono ancora verificarsi; il giudice è interessato alla comparazione nella prospettiva di svolgere nel modo più utile il suo percorso argomentativo nell'interpretare il diritto applicabile al caso da risolvere. Normatore e giudice cercano nella comparazione un supporto strumentale alla migliore giustificazione della creazione o della interpretazione della norma. Diversamente il ricercatore di regola si ritiene libero di avventurarsi nella comparazione al semplice fine di allargare il proprio ambito di indagine per meglio comprendere il fenomeno giuridico e quindi assolvere alla sua missione di conoscere. La sua attività è quindi propriamente scientifica. Il manuale dovrebbe in modo chiaro far capire la differenza fra il metodo finalizzato alla ricerca e quello finalizzato all'utilizzo pratico della comparazione. Purtroppo la quasi totalità dei manuali ignora questa elementare esigenza e tratta unitariamente senza troppe preoccupazioni e distinzioni la comparazione a fini scientifici e quella a fini pratici.

c) Prioritaria alla comparazione é la scelta dei *criteri di classificazione* che presentano carattere relativo e non assoluto, variando in base al settore del diritto oggetto di ricerca e alle finalità che si pone il ricercatore. La classificazione è una operazione logica che ha per obiettivo la individuazione di unità di studio definite classi, a loro volta suddistinguibili in sottoclassi.

Nello studio del diritto costituzionale comparato viene convenzionalmente adottato come unità di studio l'ordinamento giuridico statale, individuabile in base a propri elementi enucleati dalla scienza giuridica. Nell'ambito di tale classe, in cui sono inseriti tutti gli ordinamenti qualificabili come stati, possono operarsi raggruppamenti coincidenti con diverse forme di stato, che quindi operano come sottoclassi. A loro volta nelle diverse forme di stato si possono individuare ulteriori sottoclassificazioni, in base alla forma di governo,

ISSN 2279-7238

alla disciplina delle fonti normative, alla disciplina dei diritti fondamentali e simili. La parte che riguarda la classificazione assume una importanza basilare nella architettura impostata dal ricercatore.

d) Tra i metodi a disposizione del ricercatore per acquisire conoscenza delle istituzioni giuridiche vi è la comparazione. Come viene abitualmente spiegato, la comparazione può essere spaziale (o *sincronica*) quando si esaminano gli ordinamenti in un dato momento, in genere contemporaneo alle analisi svolte dall'autore, o temporale (*diacronica*) quando si esaminano gli ordinamenti nella loro successione temporale.

Per condivisa, ma sicuramente discutibile, convenzione la comparazione diacronica (storica) è solitamente esclusa, o considerata meramente ausiliaria, negli studi comparativi di diritto costituzionale. Questa tradizionale impostazione conduce spesso a carenze ed errori di prospettiva che rendono problematica la comprensione degli istituti trattati sulla base di un criterio di mera contemporaneità.

e) La comparazione può operare all'interno di una precisa area culturale caratterizzata da una propria tradizione giuridica e da una propria concezione dell'organizzazione costituzionale e del regime dei diritti fondamentali oppure può prendere in considerazione i rapporti fra aree culturali diverse. Di qui la possibile differenziazione fra *comparazione intraculturale e interculturale o transculturale.* E in effetti è evidente come lo studio comparativo di un diritto, ad esempio la libertà religiosa, assuma una diversa impostazione a seconda che si riferisca all'ambito degli ordinamenti europei di cultura e tradizione liberale o investa i rapporti fra tali ordinamenti e altri ordinamenti quali quelli, ad esempio, caratterizzati dalla cultura islamica e della tradizione della *sharia.*

f) La comparazione presuppone l'esame di due o più ordinamenti diversi, in genere ordinamenti statali (su un piano *orizzontale*), ma oggi anche statali e di altre organizzazioni quali quelle internazionali a causa, tra l'altro, della presenza sempre più evidente della imposizione di regole globali da parte di soggetti ultrastatali (su un piano *verticale*), mentre convenzionalmente, si considera materia del diritto nazionale la comparazione fra ordinamenti pubblici interni, quali quelli regionali.

Ogni autore deve decidere se inserire nel testo l'esame di singoli ordinamenti considerati emblematici delle diverse forme di stato e di governo. È certo che schede illustrative contenenti riferimenti a diversi ordinamenti stranieri possono rivelarsi utili per il lettore che non conosca il diritto costituzionale che opera in altre realtà la cui conoscenza è utile alla comparazione. È tuttavia importante che la tralatizia impostazione, seguita soprattutto in passato, di considerare un manuale di diritto costituzionale comparato come un insieme di analisi *paese per paese* non prenda il sopravvento nell'equilibrio del testo. Il manuale dovrebbe essere in primo luogo una sede di *analisi comparativa per istituti* (fonti, diritti, forme di stato e di governo) e non una serie di schede di diritto straniero rispetto a quello dell'autore.

ISSN 2279-7238

g) Nei manuali assume un particolare rilievo il capitolo sulla c*omparabilità* dei materiali studiati. Con questo termine si intende mettere a fuoco il *problema della utilità pratica della comparazione*. Per quanto riguarda la macrocomparazione, quasi sempre la questione si incentra sulla individuazione o meno della omogeneità come presupposto del processo comparativo.

In realtà gli ordinamenti comparabili possono appartenere anche a forme di stato diverse.

In altre parole, la c.d. omogeneità, intesa come necessaria appartenenza ad una certa forma di stato, non è requisito essenziale della *comparabilità;* anche ordinamenti c.d. eterogenei possono essere oggetto di analisi, purché si possa ritenere che gli ordinamenti comparandi abbiano in comune l'essere ordinamenti di comunità politiche, a prescindere dal livello di affinamento delle tecniche organizzative delle medesime. Quindi l'omogeneità di cui abitualmente si tratta è quella che si riscontra all'interno di una certa sottoclasse (forma di stato) che in realtà è ricompresa nella più ampia classe data dal concetto di ordinamento politico in cui le diverse forme di stato si ricomprendono: la eterogeneità fra diverse forme di stato è quindi un concetto relativo e convenzionale, poiché tutte le forme di stato hanno elementi in comune che ne consentono il raffronto. Ciò che è essenziale per procedere alla comparazione è poter individuare un certo numero di caratteristiche che vengono trattate come costanti, e che quindi avvicinano i diversi ordinamenti, cui si giustappongono altre caratteristiche variabili al fine di operare il raffronto.

Per quanto riguarda la microcomparazione, tra queste caratteristiche assume un ruolo importante la *funzione* svolta dall'istituto che si intende studiare. La funzione coincide con le finalità che l'ordinamento assegna a un determinato istituto, finalità che assume importanza e prevalenza rispetto a quelli che sono i profili strutturali. Per *funzionalismo in contrapposizione a strutturalismo* si intende quindi l'indirizzo che assegna più importanza alla funzione, e quindi alla capacità di soddisfare un interesse rilevante, piuttosto che ai caratteri formali e strutturali di un istituto. Quindi, nonostante le evidenti diversità di tipo formale/strutturale, rispetto alla funzione di garanzia di un diritto nei confronti dell'azione amministrativa potrebbe, ad esempio, giustificarsi la comparazione fra l'istituto dell'*ombudsman*, presente in alcuni ordinamenti, con la corte di conti presente in altri ordinamenti, sempre tuttavia nell'ambito della forma di stato di derivazione liberale. Infatti entrambi gli istituti sono funzionali alla garanzia di diritti nei confronti della azione amministrativa.

h) Occorre chiarire che il diritto comparabile non è (soltanto) quello risultante dai testi normativi ma quello effettivamente vigente negli ordinamenti esaminati, includendo quindi consuetudini, convenzioni, prassi interpretative e dando spazio significativo all'apporto della giurisprudenza e della dottrina. La ricerca dovrebbe quindi considerare anche il diritto non scritto, mentre per quello scritto dovrebbe verificarne la vigenza.

ISSN 2279-7238

i) Un classico di tutti i manuali è la *distinzione fra macrocomparazione e microcomparazione.*

La comparazione di ordinamenti o gruppi di ordinamenti (macrocomparazione) comporta in genere un notevole grado di genericità e approssimazione e serve per introdurre comparazioni più puntuali su singoli istituti o gruppi di normative connesse ad istituti (microcomparazione).

Gli studi comparati più utili sono questi ultimi e la scala che può percorrersi per passare dal generale al particolare può essere più o meno specifica. Dall'esame di due ordinamenti generali può passarsi, ad esempio, ai relativi ordinamenti parlamentari, e quindi a quelli dei gruppi parlamentari, al procedimento legislativo e alle leggi elettorali, alle modalità di voto e alla formazione delle delibere parlamentari e così via.

l) Questo ultimo cenno fa comprendere come di solito il ricercatore debba usare altri metodi per giungere a enucleare i materiali su cui far convergere il giudizio comparativo: quello quantitativo e statistico (ad esempio per individuare il numero e la durata delle legislature, dei gabinetti ministeriali, dei colpi di stato, delle modifiche costituzionali); quello dello studio dei casi, che il ricercatore consideri indicativi, in quanto soltanto l'analisi approfondita di alcuni casi emblematici può essere in concreto effettuata per comprendere l'operare di un certo istituto (ad esempio, analisi di una elezione presidenziale, di una crisi di governo, di una commissione di inchiesta); quello storico, che attraverso l'esame dei precedenti può servire a comprendere l'attuale disciplina di un istituto, e che in modo esplicito o implicito è quasi sempre utilizzato (ad esempio, analisi storica della fiducia parlamentare, dei diritti di libertà, della giustizia costituzionale, del concetto di democrazia e simili).

2. L'interrogativo sulla comparabilità e il portato della tradizione costituzionale

In linea di principio legislatore e giudice possono utilizzare la comparazione avvalendosi di riferimenti a ordinamenti esterni, compatibili, tuttavia, con i principi della propria costituzione. Non così il ricercatore che non incontra limite alcuno nella libertà del ragionare scientifico.

Pertanto una delle più sensibili differenze fra il comparare del giurista e quello di chi svolge funzioni costituzionali pare legato alla *natura più o meno stringente della omogeneità culturale - e quindi della appartenenza alla medesima area culturale* - come condizione per la ammissibilità della stessa.

In sintesi, tendenzialmente, chi svolge funzioni costituzionali (normatore e giudice) utilizza il ricorso comparativo al diritto esterno ove questo sia ideologicamente prossimo al patrimonio di valori del proprio ordinamento. *La omogeneità culturale si presenta allora come uno dei presupposti della comparabiltà.* Si incontra quindi in tal caso un vincolo che sicuramente non grava in egual misura sul ricercatore.

ISSN 2279-7238

Ci troviamo di fronte, a questo punto, a uno dei problemi definitori che costituiscono uno spartiacque mentale nei processi di sistematizzazione del diritto comparato. Per chi esercita funzioni costituzionali la comparabilità è considerata come condizionata dalla sua effettuazione nell'ambito di precisi *spazi culturali* che coincidono con quelle aree geopolitiche che solitamente si tenta di individuare al fine di operare le classificazioni delle forme giuridiche sia da parte dei privatisti (famiglie dei diritti) che dei pubblicisti (forme di stato, regimi politici). All'interno di questi sarebbe ammesso operarla; al di fuori no.

In realtà, riteniamo, riemerge proprio a questo proposito la sensibile *differenza fra comparazione a fini scientifici e a fini pratici.*

La questione appare sufficientemente chiara a proposito dell'esercizio della giurisdizione e in particolare per quella costituzionale. A questo riguardo si può anche distinguere il momento della decisione finale da quello preparatorio della stessa.

Per quanto riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, cioè la decisione della sentenza, premesso che di preferenza il giudicante tiene presenti i precedenti di giudici che fanno parte della sua tradizione legale lo stesso *nel decidere non può trovare giustificazione in ordinamenti che non condividano i principi costituzionali che caratterizzano il proprio ordinamento*. Ma se questo ragionamento può valere per il momento in cui si concretizza la interpretazione considerata come decisione, a diversa conclusione potrebbe giungersi ove ci si limitasse al momento cognitivo che precede quello decisorio. Siccome la ricerca e conoscenza del diritto e di precedenti esterni è lasciata alla piena libertà di manovra del giudicante, si potrebbe ipotizzare che nella *fase cognitiva* sia possibile estendere l'attenzione anche a diritto del tutto lontano dai propri principi costituzionali. Ma nella *fase decisionale* ciò non sarebbe possibile se non tradendo la stessa costituzione che si vuole tutelare tramite il processo costituzionale. La discrezionalità del giudicante ha quindi rilevanza diversa nelle due diverse fasi. Massima nella prima in cui potrebbe condurre a prendere in considerazione elementi di valutazione in realtà inutilizzabili al fine della decisione ove provenienti da ordinamenti che non siano compatibili con i principi costituzionali che vincolano il giudicante. Circoscritta nella seconda in quanto il momento decisorio consente di utilizzare soltanto contributi di segno compatibile con i principi costituzionali. Ciò spiega, ad esempio, perché la Corte Costituzionale sudafricana nella celebre sentenza sulla pena di morte (*The State v. Makwanaye*) abbia tra le tante giurisprudenze preso in considerazione anche quella favorevole alla pena capitale propria della Corte Suprema nordamericana ma poi se ne sia nettamente discostata nel momento decisorio, in quanto abbia considerato la pena capitale come inconciliabile con i propri principi costituzionali.

L'interpretazione è per sua natura funzione volitiva, non semplice atto di conoscenza. Il giudice non si limita a prendere atto della disposizione testuale ma decide quali a suo parere sono i contenuti della stessa. In questa operazione, che passa dalla cognizione alla determinazione che conclude il processo interpretativo, il giudice può comparare e a sua scelta includere il ricorso a elementi cognitivi e di valutazione connessi a fonti e precedenti esterni e il richiamo al diritto esterno può rifluire in via comparativa nella determinazione

ISSN 2279-7238

finale interessando la *ratio decidendi*. In tal senso appare corretto sottolineare come l'eventuale ricorso alla comparazione riguardi il profilo della formulazione della *argomentazione* giustificante. In tale processo il richiamo al diritto esterno incoraggia a verificare se i precedenti di un certo ordinamento, in linea di principio comparabile, non soltanto si presentino come *utili* per giungere alla pronuncia ma altresì siano *compatibili con la costituzione* su cui si fonda l'ordinamento del giudice.

In questa prospettiva, quindi, è evidente che, se pensiamo alla comparazione giudiziale, i giudici si mostrano *selettivi* nel procedere in concreto alla utilizzazione di diritto straniero. Quindi è comparabile non solo quanto risulta utile ma anche quanto risulta costituzionalmente compatibile.

Come già sottolineato, sensibilmente diversa è la posizione del ricercatore che non è gravato dal vincolo condizionante della costituzione dell'ordinamento in cui abitualmente opera.

Per meglio comprendere questa differenza di impostazione si può partire dalla considerazione del valore da attribuirsi alla *tradizione costituzionale* propria di ogni paese, cioè dall'insieme dei *principi valoriali* sedimentatisi nel tempo in diverse aree geopolitiche. E ciò in quanto la tradizione legale comune può essere considerata dalla giurisprudenza come uno dei fattori che giustifica il ricorso alla comparazione.

Ai fini di queste riflessioni è giocoforza prendere in considerazione i principi- valori della tradizione costituzionale propria dell'area euro atlantica in cui si inserisce quella europea, principi che oggi sono, tra l'altro, condensati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella Carta di Nizza e nella Convenzione interamericana. Il che non è indifferente all'argomento qui trattato anche perché è in questa area culturale – e quindi anche giuridica – che si sono affermati il costituzionalismo e gli studi comparativi che lo riguardano. E del resto, anche se in modo inconsapevole e a prescindere dalla capacità o dall'interesse di assumere a riferimento qualche criterio logico-sistematico nel procedere alla comparazione, chi si avventura in simili operazioni sia come soggetto istituzionale (legislatore o giudice) sia come ricercatore non può prescindere dal complesso delle tradizioni, dai valori, dai principi che sono propri, o si ritengono propri, della cultura giuridica europea, e che hanno dato luogo alle codificazioni e alla *case law*, alle costituzioni e quindi ai principi costituzionali sui quali riposa oggi la stessa Unione Europea. Questo insieme di principi valori si presenta come molto articolato dal punto di vista dell'apparato linguistico, concettuale e operazionale. Quello che è interessante è il dato, riconoscibile, offerto dalla loro progressiva *convergenza,* convergenza che manifesta un diverso grado di intensità a seconda della estensione dell'area geografica considerata.

I principi di cui si tratta sono riconducibili all'ambito della *western legal tradition*, cui da qualcuno si attribuisce addirittura "validità universale", che implica la distinzione tra la cultura occidentale, da un lato, e quella di ordinamenti appartenenti a diverse aree culturali dall'altro. Tale tradizione va vista spogliata di una veste universalista, in quanto la realtà degli ordinamenti mostra con evidenza non solo che essa non è unica ma altresì che non è affatto

ISSN 2279-7238

condivisa a livello universale come a volte lascerebbe supporre una inaccettabile lettura "globalizzante" del regime dei diritti richiamato da una molteplicità di strumenti internazionali. Ma va anche sottolineato che una volta chiarito che la tradizione occidentale è soltanto una delle molteplici tradizioni riscontrabili occorre anche ammettere che sarebbe del tutto unilaterale e dogmatico pretenderne una superiorità.

Dobbiamo qui ritenere che non pare assolutamente condivisibile la qualificazione della tradizione occidentale come coincidente esclusivamente con la versione egemonizzante accolta dal pensiero nordamericano secondo cui l'Occidente, incarnato dagli Stati Uniti d'America, costituirebbe un vero 'modello' della legge al di là delle variegate contingenze storiche della sua evoluzione. Secondo questa impostazione la scienza giuridica d'oltre Atlantico ha edificato l'idea e il concetto di una *'western legal tradition'*, di una tradizione occidentale del diritto come unica grande tradizione, di cui i vari diritti europei non sarebbero che varianti locali. Una tradizione che evidentemente vede poi negli Stati Uniti il punto culminante della sua storia spirituale, dal momento che essi avrebbero recepito la saggezza storica concreta del diritto inglese, i valori universali illuministici della rivoluzione francese, l'ideale di una 'trattazione scientifica' del diritto propria del pensiero tedesco. L'approccio nordamericano dovrebbe, in realtà, limitarsi a rientrare nel più ampio contesto dei principi del costituzionalismo liberale interessante un più vasto ambito geopolitico in cui si muovono diverse varianti della ricordata tradizione.

Si è anche parlato di un "*modello occidentale*" contrapposto ad altri modelli per sottolineare in modo deciso il diverso modo di concepire i diritti fondamentali riconosciuti all'individuo. A proposito di tale modello viene distinta la fase liberale "classica" da quella propria del più recente stato democratico-sociale. In tale contesto un'ulteriore distinzione viene affermata: quella, interna ai "sistemi di diritto occidentale", tra ordinamenti europei continentali (*area di civil law*) e ordinamenti anglo americani (*area di common law*) entrambi riconducili ad una medesima tradizione, fondata sui principi cristiani e quindi su quelli propri della democrazia liberale. Rientrano a pieno titolo nel quadro della tradizione occidentale le *tradizioni costituzionali comuni* di cui trattano gli strumenti normativi della Unione Europea (preambolo della Carta di Nizza del 2000; progetto del Trattato costituzionale del 2004; Trattato di Lisbona del 2009). Ma parlare di tradizioni costituzionali comuni non significa individuare necessariamente una totale comunanza: le realtà storiche europee sono particolarmente articolate e come vi sono concordanze così vi sono divergenze fra diversi ordinamenti europei. Il ricorso alla comparazione resta essenziale per mettere a fuoco i valori comuni.

Le principali caratteristiche della tradizione giuridica occidentale consistono nella distinzione netta tra istituzioni giuridiche (inclusi i processi giuridici quali la legislazione e la giurisdizione, al pari delle norme e concetti giuridici che da essi sono generate) e altri tipi di istituzione e in particolare quella religiosa. Inoltre, la gestione delle istituzioni è affidata a gruppi di soggetti che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale dopo avere ottenuto una formazione universitaria specializzata. E a tale riguardo ricordiamo che esiste un rapporto complesso e dialettico tra il corpo di dottrine giuridiche e le istituzioni, in

ISSN 2279-7238

quanto la dottrina razionalizza gli istituti giuridici che a loro volta sono attuati dall'insieme degli organi statali.

Tratto fondamentale della tradizione giuridica occidentale sarebbe in particolare la *distinzione tra politica e diritto*. Fondamentale perché capace di minimizzare le differenze tra *common law* e *civil law* sottolineando l'esistenza di un complesso di valori comuni ai due sistemi. Valori che sarebbero documentati dalla presenza in molti stati europei di costituzioni rigide, poste a fondamento di un meccanismo di controllo giurisdizionale sull'attività del potere politico.

3. L'incidenza pratica delle tradizioni costituzionali

I principi-valori identificanti il sistema giuridico, ciò é la tradizione costituzionale caratterizzante il sistema, costituiscono *per il normatore e per il giudice un limite alla utilizzabilità dell'apporto di valori incompatibili provenienti da diversi sistemi*.

Con riferimento all'attività delle giurisdizioni si comprende quindi come il giudicante sia orientato a comparare al fine di formare il proprio convincimento utilizzando le fonti di ordinamenti della propria area culturale. Non è casuale che, ad esempio, la Corte EDU in diverse circostanze, oltre a considerare la formazione di ordinamenti facenti parte della Convenzione, allarghi lo sguardo ad altri ordinamenti a questa estranei ma che ne condividano i principi.

La sentenza del 4 dicembre 2003, *MC contre Bulgarie* (ricorso 39272/98) giunge a individuare nella assenza di consenso della vittima il fulcro della nozione di violenza sessuale dopo un lungo *excursus* della disciplina di ordinamenti facenti parte della Convenzione cui si aggiunge quello degli Stati Uniti (sub par.129 ss.). La sentenza del 15 gennaio 2013, *Eweida and others v. The United Kingdom* (ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10) compara la legislazione in materia di ostensione dei simboli religiosi in ventisei Paesi membri della Convenzione (sub par.47) e allarga l'esame a Stati Uniti e Canada, paesi della stessa area culturale. La successiva sentenza del 17 dicembre 2013, *Perincek c. Suisse* (ricorso 27510/08) in materia di legislazione sul negazionismo, esamina il regime previsto in quattordici Paesi membri ed estende nuovamente la comparazione a Stati Uniti e Canada (sub par. 30).

La Corte suprema di Israele per valutare eventuali discriminazioni in materia di lavoro relative a coppie omosessuali ne valuta il superamento facendo riferimento alle trasformazioni sociali verificatesi nel *western world*. Esamina quindi precedenti nelle giurisprudenze di Francia, Danimarca, Svezia, Norvegia, Canada, Stati Uniti e corte EDU al fine di ritenere tale risultato estensibile a Israele (*El-Al Israel Airlines Ltd. v. Jonathan Danielowitz et al.* HCJ 721/94, par. 35 ss.) La Corte suprema brasiliana fa numerosi riferimenti al diritto e alla giurisprudenza statunitensi, tedeschi, portoghesi, spagnoli e inglesi nella valutazione di un caso relativo alla libertà di stampa (sentenza n. 130 del 30 aprile 2009).

ISSN 2279-7238

La Corte Costituzionale italiana nell'esaminare il regime dei poteri amministrativi finalizzati ad autorizzare le concentrazioni di imprese in relazione al rispetto del principio di libertà di concorrenza ha considerato comparativamente quanto previsto dalla legislazione inglese, tedesca e francese (sentenza 270/2010, sub par. 8.4). La stessa Corte, intervenendo in tema di effetti temporali della pronuncia di incostituzionalità (10/2015, sub par. 7), rivolgendo la sua attenzione al regime di "costituzioni democratiche e pluraliste" ha rilevato che "*la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*" Di conseguenza . "*Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale*".

Come appare compatibile con il rispetto dei principi costituzionali che il giudice debba fare riferimento a normative o prassi applicative proprie di ordinamenti condividenti gli stessi principi, così, di contro, è comprensibile la negazione di un possibile utilizzo del diritto proprio di ordinamenti che negano o comunque non condividano gli stessi principi.

Non a caso, nel noto dialogo tra i giudici Breyer e Scalia a proposito dell'utilizzo dell'argomento di diritto comparato nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, il secondo fa notare al primo la problematicità del suo far riferimento all'ordinamento dello Zimbabwe in un caso relativo alla pena di morte. Per ammissione dello stesso Breyer, lo Zimbabwe non è infatti annoverabile tra i *"campioni nella tutela dei diritti umani", e pertanto tale citazione avrebbe costituito un errore tattico argomentativo, insanabile persino di fronte all'universalità dell'argomento oggetto della sentenza, cioè la morte imposta dallo Stato. La Corte Suprema indiana nel comparare i rimedi previsti dall'ordinamento indiano con quelli presenti nell'ordinamento degli Stati Uniti in tema di azioni positive intese a superare forme di discriminazione per le classi sottoprivilegiate ha esclusa l'utilizzabilità da parte del sistema indiano delle forme di perequazione previste negli Stati Uniti, in quanto non compatibili con le direttive (directive principles) previste dalla costituzione indiana (artt. 14, 18, 38) (Ashoka Kumar Thakur v. Union of India, 2008 (56), BLJR12, 96, par. 175). Presso la House of Lords, che sino al 2009 ha costituito l'equivalente di una corte suprema e ha fatto frequente ricorso al diritto straniero, nel caso White et alia v. Jones del 1995 Lord Goff raccomandava di mettere estrema attenzione nello svolgimenti di comparazioni fra sistemi appartenenti a diverse tradizioni giuridiche.*

Particolarmente significativo è il dato emergente dall'analisi della giurisprudenza costituzionale delle corti est europee a partire dai primi anni novanta del novecento. Nonostante una lunga prossimità culturale, politica e costituzionale con l'Unione Sovietica, nessuna di queste corti fa mai uso del vigente diritto russo; ciò perché un tale riferimento risulterebbe antitetico rispetto ai valori democratici del costituzionalismo liberale di tradizione occidentale che esse hanno accolto. Valga come esempio il caso Pl. US 1/2008, del 23 settembre 2008, della Corte ceca in tema di diritti sociali. La Corte, nel ricostruire lo sviluppo storico della protezione costituzionale di tali diritti, fa riferimento al primato (in ordine cronologico) della costituzione staliniana del 1936. Immediatamente, però, si premura di sottolineare l'ineffettività di tali norme in quanto

ISSN 2279-7238

esse "erano crudelmente contraddittorie, non soltanto rispetto alla prassi, ma anche rispetto alle disposizioni attuative di rango legislativo e sublegislativo". L'incomparabilità tra l'odierno ordinamento ceco e il dato normativo sovietico, pur alla luce della tutela formale dei diritti sociali garantita da quest'ultimo, risulta pertanto motivata dal carattere illiberale del regime sovietico antitetico rispetto ai valori fondanti il costituzionalismo europeo. Non a caso, la Corte passa poi immediatamente a una analisi comparativa di ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione europea al fine di fornire una soluzione al caso presentatole.

Nel caso di analisi comparativa a fini scientifici non si presentano invece i limiti che sono stati appena ricordati. Quando la comparazione si allontana dalle finalità pratiche che influenzano l'attività del normatore e del giudice deve osservarsi che escludere la comparabilità fra ordinamenti statali soltanto perché «eterogenei», in quanto appartenenti a forme di stato diverse, è un non senso. Compete infatti al singolo ricercatore stabilire gli orizzonti del suo impegno scientifico e non è pensabile ostacolare la conoscenza dei diversi ordinamenti che è scopo della scienza comparata, mentre è pacifico che la comparazione può condurre a mettere in evidenza differenze oltre che coincidenze, consentendo la individuazione di modelli e la formulazione di classificazioni.

4. Una conclusione sulla presenza/assenza di vincoli costituzionali alla comparabilità

Rispetto alla rigidità che in qualche modo condiziona i margini di manovra dei titolari di funzioni costituzionali si trova dunque una sicura libertà di manovra del ricercatore. Del resto, nella pratica, l'analisi scientifica non può prescindere dal raffronto fra ordinamenti ispirati a valori diversi, quando si pensi, ad esempio, alla necessità di studio dei rapporti fra ordinamenti degli stati divenuti indipendenti dopo il secondo conflitto mondiale e quelli delle potenze europee coloniali (quasi totalità degli ordinamenti africani e asiatici), o fra le diverse fasi storiche di ordinamenti che passano dalla vigenza dei principi dello stato liberale a quella dello stato autoritario o viceversa (ordinamenti iberoamericani e ordinamenti greco, spagnolo, portoghese di un non lontano passato per fare esempi di vivo interesse per il ricercatore italiano). Ovviamente, la comparazione svolta fra ordinamenti inquadrati in forme di stato diverse non può non comportare un approfondimento dei profili sostanziali degli ordinamenti costituzionali esaminati, diffidando dei semplici riscontri di similitudini formali che a prima vista potrebbero indurre a trarre conclusioni affrettate rivelantisi in seguito inesatte e svianti.

Quindi lo studio comparato di ordinamenti eterogenei è perfettamente giustificato nel quadro della scienza comparatistica, dovendosi notare che l'insistenza con cui la maggior parte della dottrina pretende la omogeneità degli ordinamenti quale requisito di comparabilità, o diffida dal procedere ad incauti raffronti, discende dal fatto che la comparazione ha, tra le altre, l'importante funzione di offrire materiali per la adozione di testi costituzionali e legislativi o per giungere alla armonizzazione o unificazione del diritto, obiettivi che indubbiamente sono più agevolmente conseguibili muovendosi nel quadro di

ISSN 2279-7238

discipline normative omogenee scaturenti da ordinamenti facenti parte della medesima forma di stato.

Pertanto, anche se è comprensibile che la comparazione fra ordinamenti *omogenei* possa considerarsi agevolata dalle affinità e coincidenze che ne caratterizzano gli elementi identificanti, non può escludersi la comparabilità fra ordinamenti c.d. *eterogenei*. La comparazione fra questi è conseguenza degli obiettivi che si pone il ricercatore e il risultato della ricerca, oltre al rilievo di similitudini ed equivalenze, ben può portare a mettere in evidenza diversità. Concludendo, la comparazione fra ordinamenti statali inseriti in forme di stato (o regimi politici) diverse è scientificamente legittima, purché funzionale agli obiettivi della ricerca.

Ma la comparabilità a fini scientifici, nel senso ora precisato, non significa disconoscere il permanere di radicali diversità fra culture e relative concezioni del diritto e dell'organizzazione del potere che finiscono per condizionare i titolari di funzioni costituzionali. Intendiamo anche dire che non è ammissibile pretendere di individuare un superamento delle differenze a causa del riscontrarsi della c.d. globalizzazione. La permeabilità fra culture, ove riscontrabile, non comporta la eliminazione delle differenze, in quanto permangono ineliminabili "divisioni e fratture" fra mondo occidentale e altri ambiti geopolitici.

5. La comparazione e l'esercizio di funzioni costituzionali

I costituzionalisti si sono posti da tempo l'interrogativo su quale sia la condizione da individuarsi per poter procedere alla comparazione. Lo stesso quesito se lo erano posti i civilisti e i cultori altre discipline giuridiche. Di massima è comparabile soltanto ciò che si può ritenere omogeneo sotto il profilo ideologico per quanto riguarda gli ordinamenti (macrocomparazione) e omogeneo sotto il profilo funzionale per quanto riguarda i singoli istituti (microcomparazione).

Quindi tendenzialmente si comparano istituti appartenenti alla stessa area culturale e alla stessa tradizione costituzionale e che soddisfino la stessa funzione a prescindere dalla qualificazione formale.

In realtà, come abbiamo ripetutamente sottolineato, occorre fare una netta distinzione fra comparazione a *fini pratici* (quando la comparazione riguarda la normazione che la giurisdizione) e comparazione a *fini scientifici***.** E' per la prima che ricorre necessariamente il requisito della omogeneità.

La comparazione nell'esercizio di una funzione costituzionale (normazione e giurisdizione) richiede la sua utilità: non si rivela utile far riferimento a un diritto talmente diverso dal proprio da essere inutilizzabile. Nella funzione normativa rientra la comparazione al fine di stilare testi costituzionali e legislativi a valere per il futuro in un numero imprecisato di casi e per un numero indeterminabile di utilizzatori. In quella

ISSN 2279-7238

giurisdizionale la comparazione è utile per la soluzione di puntuali casi già verificati e posti alla attenzione del singolo giudice.

5 a) Comparazione e nuove costituzioni

E' pacifico che nella elaborazione dei *testi costituzionali* si è spesso fatto riferimento in modo più o meno sistematico alla comparazione. Gli organi costituenti hanno interesse ad ampliare il raggio della loro conoscenza anche operando una comparazione fra soluzioni costituzionali già sperimentate. Nella storia delle costituzioni gli esempi non mancano: influenza del modello nordamericano sui costituenti ibero-americani; dei modelli degli stati liberali e di quelli socialisti sui costituenti di molti stati di recente indipendenza; del modello sovietico sui costituenti della totalità degli stati socialisti. La *fase preparatoria* di una nuova costituzione o della sua revisione comporta sovente un *apporto cognitivo* offerto da precedenti costituzioni. E' in questa fase che in modo sicuro si può individuare lo svolgimento di analisi comparative.

Particolarmente ampi furono i riferimenti alle costituzioni di altri stati durante i lavori preparatori della Assemblea Costituente italiana. Pure ricchi di riferimenti comparatistici sono stati i lavori delle diverse commissioni parlamentari incaricate, senza successo, di proporre modifiche costituzionali (1983, 1993, 1997), seguite dalla commissione di esperti nominata dal governo nella diciassettesima legislatura (2013). Si pensi infine ai lavori svolti in vista della mancata revisione costituzionale bocciata dal referendum costituzionale nel 2016. Per studiare la riforma del senato, la riconsiderazione dei poteri governativi, la ridistribuzione delle competenze stato/regioni, si sono effettuati abbondanti riferimenti comparativi con altri ordinamenti diversi da quello italiano.

Analisi comparatistiche hanno preceduto la formazione della Legge fondamentale di Bonn del 1949 e delle costituzioni francesi del 1946 e del 1958 e hanno caratterizzato i lavori preparatori della costituzione portoghese del 1976 e di quella spagnola nel 1978. L'apertura problematica verso il costituzionalismo liberale ha prodotto un largo dibattito coinvolgente lo studio delle esperienze occidentali nella preparazione della costituzione della Federazione Russa del 1993. Analisi comparative, riguardanti sia il regime dei diritti che i profili organizzativi circa la migliore forma di governo, sono state svolte da centri specializzati che nel quadro di organizzazioni internazionali prestano assistenza per la formulazione di nuovi testi costituzionali specialmente in paesi sconvolti da gravi crisi e veri e propri conflitti armati (tra cui: Afghanistan, 2004; Iraq, 2005; Kosovo,2008; Egitto, 2014; Tunisia, 2014). Le conseguenze di questo tipo di impostazione nel lavoro preparatorio emergono spesso con evidenza nello stesso *testo costituzionale definitivo*. Riferimenti indiretti che lasciano intravedere analisi di taglio comparativo che hanno investito la forma di governo francese, comunemente definita «semipresidenziale», si rinvengono nelle scelte costituenti di diversi paesi dell'Europa centro-orientale, dopo l'abbandono delle costituzioni di impronta sovietica. Basti pensare alla introduzione della elezione popolare diretta del presidente della

ISSN 2279-7238

repubblica accanto agli istituti della fiducia parlamentare e dello scioglimento anticipato del parlamento nelle costituzioni di Polonia (1997), Romania (1991), Bulgaria (1991), Croazia (1990), Slovenia (1991), Serbia (2006) e del Montenegro (2007).

Riferimenti comparatistici si rinvengono nelle decisioni dei costituenti di rafforzare il ruolo degli esecutivi secondo la formula britannica del c.d. premierato.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riguardo alla composizione e alle attribuzioni delle seconde camere negli stati federali, di solito congegnate in modo da offrire rappresentanza agli enti territoriali e con funzioni generalmente recessive rispetto alle camere basse sia nella funzione legislativa che nei rapporti con l'esecutivo. È quanto si può riscontrare non soltanto nelle esperienze federali mature di Germania, Svizzera, Canada, ma altresì in quelle di più recente formazione come nel caso del Belgio (costituzione del 1994), ove la soluzione federale determinata dalla esigenza di conciliare le diversità linguistiche e culturali tradizionalmente presenti sul territorio ha comportato l'adozione di un bicameralismo differenziato che attribuisce al senato la rappresentanza delle comunità linguistiche, assegnandogli un ruolo nettamente subordinato rispetto alla camera dei rappresentanti.

5 b) Comparazione e legislazione

A livello subcostituzionale, ogni legislatore si mantiene *assolutamente libero* di procedere all'approfondimento di legislazioni altrui e di svolgere analisi comparative. Non esiste alcun organico criterio che giustifichi il ricorso alla comparazione da parte dei legislatori: esigenze specifiche condizionate da fattori locali o dal particolare momento storico, come pure la autorevolezza e il prestigio acquisiti da scelte operate in altri ordinamenti, possono spingere alla verifica comparata. La comparazione è agevolata dalla introduzione di relazioni sempre più intense fra parlamenti di diverse aree geopolitiche, dallo scambio di informazioni e dalla messa in opera di svariate modalità collaborative. In tal senso si è parlato della esistenza di un *dialogo fra legislatori* e di cooperazione interparlamentare.

Il dialogo assume particolare rilievo nell'importante area dei diritti della persona. Qui appare confermato come la comparazione avvenga fra ordinamenti che condividono gli stessi o simili valori dal punto di vista etico giuridico. Quindi appare naturale che l'ordinamento do un paese quale l'Italia guardi a esempi propri di altri sistemi di derivazione liberale per ricorrere in modo appropriato alla comparazione.

A questo punto occorre dire che i rapporti fra parlamenti al fine di scambiarsi informazioni sui metodi di lavoro parlamentare e sui criteri di organizzazione interna possono essere solo una premessa al ricorso alla comparazione. Ricerche sulla legislazione straniera sono svolte all'interno delle assemblee sia nell'ambito delle commissioni parlamentari che attraverso organismi collegiali incaricati di svolgere ricerche utili per la preparazione di proposte legislative. Particolarmente interessante è stato il lavoro delle *Law Commissions* in diversi paesi anglosassoni e della *National Conference of State Legislatures* negli Stati Uniti. Di

ISSN 2279-7238

particolare interesse sono pure gli studi commissionati ad esperti dalle varie direzioni interne al Parlamento Europeo. Queste ultime analisi riguardano sia il diritto degli stati membri sia quello di ordinamenti esterni alla Unione Europea. Lo studio "*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*" (15 maggio 2013) oltre a considerare diversi ordinamenti di Paesi membri si occupa anche di Russia, Australia e Sud Africa.

A questo proposito è frequente la affermazione secondo cui le commissioni parlamentari come pure le commissioni di esperti formate dai governi sul modello delle *Law Commissions* svolgerebbero attività comparativa. In realtà nella pratica abbonda la raccolta di materiali interessanti ordinamenti stranieri da sottoporre alla attenzione dei legislatori mentre è problematico individuare studi in senso proprio comparativi. Quello che appare certo è che il ricorso al diritto straniero e alla eventuale comparazione riguarda la *fase preparatoria* negli uffici legislativi dei ministeri e in seno alle commissioni parlamentari mentre nella fase dei dibattiti e delle decisioni finali le esigenze politiche contingenti dei parlamentari e dei rappresentanti del governo tendono a far dimenticare i raffronti con altri ordinamenti. L'esperienza francese dà ampio rilievo all'analisi comparatistica nella fase della progettazione legislativa. Sulla base del novellato art. 39 Cost. attuato dalla legge organica n. 2009-403 che ha individuato le condizioni per la presentazione dei progetti di legge, la legislazione straniera è tenuta presente, in particolare, nella "esposizione dei motivi" e negli "studi di impatto" della regolazione. La comparazione operata dal legislatore può lasciare traccia nella relazione di accompagnamento di un progetto di legge, come sovente accade in Italia (cfr. ddl 22 gennaio 2013 sulla riforma delle circoscrizioni giudiziarie; ddl 29 aprile 2008 sul c.d. testamento biologico; ddl costituzionale del 24 luglio 2014 sul diritto di accesso a Internet). Raramente si trova traccia di riferimenti comparativi nel testo finale di una legge: nel preambolo della legge spagnola sullo statuto della radio e televisione (l. 4/1980 del 10 gennaio) esplicitamente si afferma che la disciplina adottata si è ispirata all'*«esperienza di altri paesi con sistemi democratici aventi il medesimo orientamento*» di quello spagnolo.

In Italia particolarmente abbondante è la preparazione di documenti contenenti analisi paese per paese da parte degli uffici interni alle due Camere. Questi documenti preparatori hanno, ad esempio, interessato in modo diffuso la prevista normativa di riforma della legislazione elettorale nel 1993 e 2005. Simili lavori hanno interessato il periodo 2013-2015. Riferimenti a ordinamenti stranieri e spunti comparatistici sono stati frequenti in molti altri casi. Citiamo i lavori parlamentari nella fase che ha preceduto l'adozione delle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali in cui si è fatto riferimento ai concetti di riservatezza (*privacy*) sviluppati da tempo in altri ordinamenti statali e di organizzazioni internazionali. In generale possiamo ritenere che tutta la normazione che interessa l'importante area del biodiritto è interessata a una fase preparatoria di impronta comparativa. Comunque l'eventuale ricorso alla presa in considerazione di fonti straniere e alla comparazione sarebbe circoscritta al *momento cognitivo* e avrebbe funzione *ausiliaria* rispetto alla formazione della volontà del legislatore mentre non emerge se non raramente nella fase finale della formalizzazione dell'atto legislativo.

ISSN 2279-7238

Con questa precisazione possiamo riconoscere che la considerazione del diritto straniero può avere un ruolo significativo nella *preparazione della legislazione* nella quasi generalità degli ordinamenti. Gli esempi possono essere numerosi. E sempre dovrebbe farsi una non agevole distinzione fra le ipotesi di semplice imitazione di un modello di prestigio e vere e proprie analisi comparative fra più modelli da tenersi presenti. Un caso conosciuto di cui si hanno numerosi riscontri è quello della imitazione di codici (penali, civili , processuali) in molteplici ordinamenti extraeuropei. Il ricorso alla comparazione per introdurre nuova legislazione può interessare anche rapporti fra ordinamenti con diverse tradizioni giuridiche. Fino a due decenni or sono nei paesi socialisti, la comparazione era tendenzialmente limitata in via preclusiva alla esperienza degli ordinamenti condividenti le medesime premesse ideologiche. Oggi in Cina popolare, almeno per quanto riguarda alcune specifiche aree di intervento legislativo, la comparazione risulta decisamente ampliata anche alla conoscenza della legislazione occidentale come avvenuto nella preparazione della più recente normativa di protezione ambientale dove il lavoro preparatorio svolto nelle commissioni del Congresso del Popolo ha comportato un attento esame dei precedenti offerti dalla legislazione canadese e francese.

Infine, si è notato che il ricorso alle analisi comparate finisce per interessare soprattutto settori di intervento legislativo che presentano aspetti scientifici e tecnici privi di connotazione ideologica o situazioni in cui sia manifesta la uniformità di interessi fra ordinamenti oggetto di studio comparato (ad esempio: diritto penale, diritto commerciale con particolare riferimento alla concorrenza, tutela del consumatore), mentre difficilmente riguarda quei settori in cui emerga in via prioritaria il carattere squisitamente nazionale degli interessi disciplinati o in cui esistono istituzioni nazionali ben radicate. La attività di armonizzazione e di produzione di normative da utilizzarsi dai membri di organizzazioni internazionali (ad esempio regolamenti e direttive della UE) comportano di regola una precedente comparazione fra normative contenute nella legislazione degli stati membri della Unione.

5c) Comparazione e giurisdizione

L'incremento del c.d. «*dialogo*» fra le giurisdizioni e in particolare fra le corti costituzionali e fra queste e gli organi internazionali di giustizia ha reso naturale per i giudici il tentativo di utilizzare istituti di altri ordinamenti o la giurisprudenza di questi. È in questo clima cooperativo che si rafforza il ricorso alla comparazione, dovendosi sottolineare che in concreto è dato riscontrare sia il semplice ricorso al diritto straniero che la ricerca tramite comparazione di principi da utilizzarsi da parte del giudice. La comparazione emerge quale strumento attraverso cui agevolare la conoscenza, momento di collegamento fra storia del diritto, teorie legali e diritto positivo, in cui si inserisce il ruolo delle corti. Nel caso specifico della comparazione utilizzata dal giudice costituzionale essa ha la funzione di agevolare una migliore conoscenza del diritto nazionale da applicarsi al caso concreto mediante un

ISSN 2279-7238

raffronto critico con altri diritti. Se svolta con rigore diviene «*elemento costitutivo della interpretazione costituzionale*», a differenza di quanto avviene a proposito del suo utilizzo da parte del legislatore dove di solito assume un ruolo meramente «ricognitivo» al fine di aiutare la preparazione del testo normativo. Per quanto riguarda la prassi interpretativa dei tribunali costituzionali è stato precisato che il ricorso al diritto straniero o al diritto internazionale in chiave comparativa può essere fatto a titolo meramente erudito («ornamentale») per corredare il ragionamento del giudice, può servire a rafforzare o negare una tesi interpretativa incidendo sulla *ratio decidendi* o rilevando negli *obiter dicta* o può a volte addirittura rivelarsi essenziale in quanto il giudice si trovi a dover risolvere un caso in carenza di esplicite norme (ipotesi di vera e propria lacuna). Qui si incontra il delicatissimo aspetto del confine fra argomento comparativo e giudizio comparativo.

L'utilizzazione del diritto straniero, da cui va con evidenza distinto il diritto internazionale e, eventualmente, il ricorso in senso proprio alla comparazione assumono nell'attività delle corti un profilo del tutto particolare sensibilmente diverso da quello che si riscontra a proposito degli altri utilizzatori della comparazione: ricercatori e legislatori. Infatti il giudice interviene in tal senso sempre e soltanto in una circoscritta prospettiva di *utilità* per la formazione della sua decisione destinata unicamente a risolvere il caso portato alla sua attenzione. E questo sia quando si limita a una citazione esornativa o meramente rafforzativa della sua pronuncia, sia quando si sente spinto a una analisi più mirata che gli consenta di formare la propria convinzione, risultato quest'ultimo che, nel caso concreto, si presenterebbe come problematico in assenza dell'ausilio offerto dalle fonti esterne. Vi sono, infatti, non frequenti casi in cui il richiamo comparativo diviene essenziale nel ragionamento del giudice. Ovviamente affermare che il giudice utilizza diritto straniero e ricorre alla comparazione soltanto al fine di risolvere uno specifico caso non significa minimizzare il significato della sua attività né affermare che gli effetti della sua pronuncia rimangano circoscritti al caso risolto, in quanto è ben possibile che la pronuncia eserciti influenza su future decisioni di altri giudici facendosi ricorso al noto profilo della persuasività del precedente, pacifica negli ordinamenti di *common law* tramite l'affermarsi dello *stare decisis*, discussa e discutibile negli ordinamenti di *civil law*. Così pure non potrebbe escludersi una influenza su successive scelte normative.

Gli esempi in cui risulta che il giudicante ha considerato utile o necessario ricorrere al diritto straniero e alla comparazione non mancano. Il richiamo alla Convenzione di Oviedo e ad alcune sentenze di giudici statunitensi, inglesi, tedeschi, nonché alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, costituisce un passaggio essenziale nella argomentazione della Corte di Cassazione italiana nella sentenza sul c.d. caso *Englaro* (Sentenza del 16 ottobre 2007, sez. I civ., n. 21748.) In questo caso la comparazione è servita alla Corte per colmare un vuoto normativo nell'ordinamento italiano che nulla dispone riguardo al fine-vita. I richiami ai precedenti inglesi, statunitensi, australiani, neozelandesi, tedeschi, della Corte EDU sono essenziali nel *reasoning* della Corte costituzionale sudafricana in *Du Plessis and Others v. De Klerck and Another (*Sentenza del 15 maggio 1996

ISSN 2279-7238

(1996 (3) SA 850 (CC)). in materia di effetti orizzontali dei diritti fondamentali, e in *The State v. Makwanaye* (sentenza del 6 giugno 1995) in materia di pena di morte. Similmente si sono rivelati essenziali i richiami della Corte Suprema canadese ai precedenti in materia di diritto negativo di associazione della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo (*R. v. Advance Cutting and Coring Ltd.* (Sentenza del 19 ottobre 2001, 2001 SCC 70).. Il Tribunale Costituzionale portoghese ha fatto riferimento a quanto previsto dalle costituzioni spagnola, italiana e tedesca per colmare una mancata previsione della costituzione portoghese in tema di vincoli legislativi agli interventi limitativi del diritto di proprietà (sentenza 421/2009). Numerosissimi riferimenti al regime legislativo e ai precedenti giurisprudenziali di ordinamenti europei ed extraeuropei costellano la nota sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo che ha respinto le eccezioni di incostituzionalità alla legge sul matrimonio omosessuale (sentenza 198/2012 del 6 novembre 2012, in particolare sub par. 9). La Corte costituzionale italiana raramente effettua riferimenti da cui desumere con certezza l'avvenuto utilizzo della comparazione anche se è ben noto che la Corte nella fase istruttoria fa ricorso a ricognizioni del diritto straniero e quindi a possibili raffronti propriamente comparativi. Nel testo delle pronunce affiorano a volte cenni da cui desumere che c'è stata una fase comparativa preparatoria. Nei richiami che troviamo nelle considerazioni in diritto possiamo trovare affermazioni a conforto della opinione del collegio.Nella sentenza 250/2010 rigettando la questione sottopostale si riconosce la costituzionalità del reato di clandestinità e a conforto si ricorda che l'analisi comparatistica rivela norme anche più severe di legislazione di diversi Paesi UE con tradizioni giuridiche vicine alla nostra (Francia – Germania) o diverse (GB). Nella sentenza 13/2012 che affronta la "riviviscenza" di norma in caso di referendum abrogativo si ricorda che non è di regola ammesso il ripristino di norme a seguito di abrogazione legislativa anche in altri ordinamenti (GB, USA, RFT, Francia, Spagna). Nella sentenza 10/2013 relativa al contenimento di effetti retroattivi di sentenze della Corte Costituzionale si ricorda che la comparazione con altre Corti Costituzionali. europee – Austria, Germania, Spagna, Portogallo, indica che c'è prassi diffusa in tal senso. Nella sentenza 1/2014 si nota che in ordinamenti costituzionali omogenei all' italiano se c'è legislazione elettorale proporzionale non si devono verificare squilibri negli effetti del voto. Infine la sentenza 35/2017 sull'*italicum* contiene un fugace riferimento al diritto elettorale straniero.

Il riscontro estremamente limitato di riferimenti da cui desumere l'avvenuta comparazione non esclude che nella fase istruttoria precedente ci sia stato argomentare comparativo. In realtà è più agevole verificare i richiami al diritto straniero e alla comparazione in quegli ordinamenti in cui vengano pubblicate *dissenting* e *concurrent opinions* dei giudici. In simili casi è possibile avere a disposizione materiali che possono comprovare il ricorso allo strumento comparativo.

La comparazione cui le corti possono ricorrere – in quanto aperte verso ordinamenti diversi da quello di appartenenza, e quindi considerate «*dialoganti*» – va ricondotta all'ambito delle teorie della interpretazione giudiziale. Ciò significa che il giudice utilizza la

ISSN 2279-7238

comparazione nell'ambito del processo di interpretazione del *proprio* diritto. Quindi il richiamo nel suo ragionamento a principi, norme, precedenti esterni deve essere considerato quale elemento fattuale, come avviene per dati storici e opinioni dottrinali. In questo preciso senso *sono meri fatti utilizzati in sede cognitiva e raramente in sede decisoria*. Nessuna operazione di rinvio a fonti esterne è quindi configurabile. Del tutto particolare la situazione che si riscontra nei rapporti fra giudici di *common law* in cui si continua a considerare il precedente di diverso ordinamento non solo come autorità persuasiva ma come vera e propria fonte utilizzabile dai giudici dell'area. Il giudice nel suo argomentare non «applica» quindi diritto o precedenti stranieri ma li utilizza come elementi fattuali utili al fine di meglio e più proficuamente interpretare il proprio diritto.

Indubbiamente, la comparazione costituisce uno dei profili più interessanti della funzione interpretativa del giudice. Nei casi in cui si faccia ricorso alla comparazione per colmare lacune normative essa evidenzia il limite evanescente fra interpretazione/applicazione di norme e interpretazione creativa sconfinante in una attività di normazione. Esempio probante in tal senso è offerto dalla richiamata sentenza Englaro della Corte di Cassazione in cui utilizzando frammenti di sentenze e normative straniere il giudice ha enucleato in via comparativa una norma prima inesistente.

E' dall'esame del testo di una sentenza, ivi compresi gli *obiter dicta*, conoscibile nel suo testo formale e quindi verificabile, che si può accertare il ricorso alla comparazione intesa come momento di raffronto critico, attraverso il quale individuare il principio di diritto che serve a risolvere il caso sottoposto (*giudizio comparativo*). Tuttavia anche nelle fasi processuali che precedono la decisione possono emergere richiami al diritto straniero e raffronti comparativi addotti a sostegno delle diverse tesi processuali. Quindi, sia nell'atto introduttivo che nella fase istruttoria e dibattimentale possono trovarsi elementi comparativi. Di solito si fa riferimento a tale stato di cose quando si richiama il ricorso all'*argomento comparativo* emergente dagli atti processuali, oltre che dalla sentenza. L'argomentare comparativo indica le suggestioni, di diversa intensità, che possono manifestarsi nelle diverse fasi processuali quando i soggetti partecipanti adducano a sostegno delle proprie tesi argomenti tratti dal diritto straniero e propongano analisi comparative. Occorre quindi richiamare l'attenzione sulla importante *differenza che intercorre tra generico riferimento all'argomentare comparativo e decisione giudiziale scaturente dalla avvenuta comparazione*.

Il ricorso all'argomento comparativo, cioè ispirato alla normativa prevista in altro ordinamento, ha valore utilitaristico a favore o contro una determinata interpretazione e si concretizza quando non sia altrimenti possibile rinvenire nel testo una lettura degli enunciati testuali conforme all'orientamento del giudicante tenuto a giungere alla conclusione circa il caso sottopostogli. Quindi, il ricorso alla comparazione si effettua quando il giudicante lo ritiene utile rispetto alla esigenza di dare la propria decisione del caso. E ciò in base a una sua discrezionale valutazione quando non siano sperimentabili canoni più agevoli e consueti quali quello semantico e sistematico, ricorso che non si presenta come necessitato anche in

ISSN 2279-7238

quanto sarebbe problematico raggiungere un consenso su una gerarchia fra canoni interpretativi. Secondo una nota teoria negli ordinamenti delle democrazie pluraliste la comparazione sarebbe però sempre uno dei canoni preferenziali della interpretazione in quanto questi ordinamenti sono per definizione aperti al dialogo transnazionale.

Quando si fa riferimento alla rilevanza per il giudice del diritto straniero abitualmente si ha riguardo alla disciplina positiva di certi istituti e, quindi, a disposizioni costituzionali o legislative e, in particolare, come sopra ricordato, alla giurisprudenza nei casi in cui si tratti del ruolo di un giudicante. Di solito il diritto straniero è il *diritto positivo* dell'ordinamento considerato e la giurisprudenza maturata su di questo. Ma non solo il diritto positivo può essere coinvolto in una valutazione a fini comparatistici. Anche la *metodologia* nello svolgimento del ragionamento giuridico che conduce a una scelta giurisprudenziale quale è seguita nell'ordinamento o negli ordinamenti presi in considerazione può essere oggetto di indagine e di utilizzazione. In tal caso, quindi, alla considerazione del diritto positivo si può aggiungere quella del metodo giuridico. Similmente può essere presa in considerazione la dottrina.

Un esempio in tal senso è offerto dal progredire del ricorso al *principio di proporzionalità* nella giurisprudenza costituzionale e internazionale. Una analisi storica dimostra come si sia sensibilmente incrementato il numero dei giudici che hanno utilizzato il principio muovendo dall'esempio offerto dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* a partire dagli anni settanta del secolo trascorso.

L'utilizzazione del principio di proporzionalità affiora nella giurisprudenza della Corte Suprema nordamericana (*District of Columbia v. Heller* sentenza del 26 giugno 2008, 554 U.S. (2008)) dove con riferimento al confronto fra il diritto individuale a portare un'arma e l'interesse collettivo al controllo delle armi l'opinione dissenziente del giudice Breyer fa esplicito richiamo a questa dottrina d'importazione per suggerire un raffronto di «proporzionalità» fra i due ordini di esigenze. Il richiamo esplicito al principio secondo alcuni commentatori potrebbe essere visto come la premessa a un avvicinamento della giurisprudenza nordamericana a quella di origine tedesca ed europea e quindi all'utilizzazione in via comparativa di idee costituzionali provenienti da ordinamenti di *civil law* e, quindi, del diritto straniero.

6. Una riflessione conclusiva

Il consolidarsi progressivo di uno *spazio culturale comune*, particolarmente evidente nell'area euro-atlantica, in cui dominano i valori propri del costituzionalismo liberale, mette in evidenza la presenza di una comunanza di valori che agevola la omogeneità di regimi giuridici e facilita la comparazione.

Gli sviluppi delle ricerche che riguardano questa area geopolitica e giuridica sono tuttavia sovente impropriamente estesi in modo affrettato ad aree culturali profondamente diverse. E in effetti è invalsa la tendenza a attribuire una portata universale a valori propri della

ISSN 2279-7238

tradizione costituzionale occidentale che nella realtà non risultano per niente universali. Avviene quindi che in una pretesa impostazione universalista alla comparazione interessante l'ambito euro-atlantico si aggiungano aree lontane culturalmente da quella occidentale, estendendo il metodo di ricerca comparativa a livello universale in modo indifferenziato e scientificamente indimostrabile.

Questa impostazione delle ricerche in chiave universalistica è ammissibile per il ricercatore che intenda ampliare il suo orizzonte di analisi con l'importante cautela della necessità di una giustificazione plausibile del metodo di ricerca seguito. Occorre infatti esaminare i diversi contesti tenendo conto delle loro peculiarità, non sempre estensibili da un'area geopolitica e giuridica a un'altra, in quanto ognuno influenzato da precise storie costituzionali. Per quanto riguarda l'area occidentale, caratterizzata da una sua consolidata tradizione, in questa, nonostante le pesanti limitazioni subite, continuano a muoversi le sovranità statali col loro bagaglio di legislazioni e giurisprudenze nazionali. Una comprovata colleganza negli sviluppi storico-costituzionali dell'area euro-atlantica e il comune legame delle normative internazionali sui diritti agevola l'apertura al diritto straniero e alla comparazione non solo per lo scienziato ma, in particolare, per normatori e giudici.

Nota bibliografica

Sul metodo comparativo v. variamente: G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 9 ed., Padova, 2013; A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; M. C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé (*s), Paris, 2010; T. Groppi e M.C. Ponthoreau (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; Scaffardi (a cura di), *Parlamenti in dialogo L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Napoli, 2011; N. Lupo e L. Scaffardi, *Comparative Law in Legislative Drafting. The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments,* The Hague, 2014: L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna 2014; Somma A., *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014; P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012 ; P.G. Monateri , *La Geopolitica della Legge. Comparazione e geografia delle norme*, in *Rendiconti dell'Accademia delle scienze 2013-2014,* VI, Bologna, 2015, .85 ss.; R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014; P. Passaglia, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: un'indagine relativa al periodo 2005-2015*, in *Consulta online*, 2015, II, 589 ss.; A. Ruggeri, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 28.7.2015; S. Gambino, *La comparazione nel diritto costituzionale: approccio "normativistico" e approccio "realista" alla zona grigia del diritto costituzionale*, in AA.VV. *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, I, Padova, 2015, 27 ss.; A. Weber, *Die Rolle der Rechtsvergleichung bei der Auslegung der Europäische Grundrechtecharta*, ivi, 347 ss.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Senza distinzione. Per il superamento della parola razza[1205]

di Andrea Gratteri* e Giovanni Andrea Sacco**

"There is no racial bigotry here. I do not look down on niggers, kikes, wops or greasers. Here you are all equally worthless".

(Gunnery Sergeant Hartman – Full Metal Jacket)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fallacia scientifica della razza. – 3. Dall'affermazione al rifiuto della razza. – 4. L'abrogazione delle leggi razziali. – 5. La parola *maledetta* e *la postuma persecuzione verbale* nei lavori dell'Assemblea costituente. – 6. Le diverse accezioni della parola "razza" nelle Costituzioni storiche. – 7. Dalla "*suppression du mot race*" alla "*pretetendue race*" e ritorno. Il caso francese. – 8. L'emblematica vicenda della elaborazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. – 9. L'evoluzione delle fonti internazionali ed europee. – 10. La legislazione ordinaria. Ma la parola "razza" serve? – 11. Conclusione: è sufficiente una protezione dell'eguaglianza "senza distinzione"?

1. Introduzione.

La pubblicazione del volume *No Razza – Si Cittadinanza* curato da Manuela Monti e Carlo Alberto Redi nell'autunno del 2017 ha avviato un intenso dibattito sulla opportunità di modificare, o meno, il testo della Costituzione che, all'art. 3, contiene la parola *razza*[1206].

Gianfranco Biondi e Olga Rickards avevano per primi sollecitato la revisione dell'art. 3 della Costituzione nell'ottobre del 2014 con un appello alle più alte cariche dello Stato[1207] prendendo le mosse, in termini assai generali, da due presupposti piuttosto chiari: le razze umane non esistono; la parola razza esiste nel linguaggio normativo.

Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Andrea Gratteri è professore associato di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pavia.

** Giovanni A. Sacco è ricercatore confermato di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pavia.

[1205] Il contributo è stato pensato e discusso nella sua interezza dai due Autori, tuttavia la redazione dei paragrafi 2, 8 e 10 si deve ad Andrea Gratteri e quella dei paragrafi 3, 4, 7 e 9 a Giovanni A. Sacco. I paragrafi 1, 5, 6 e 11 sono frutto di un lavoro comune ai due Autori.

[1206] Ne è un esempio significativo la tavola rotonda *La parola "razza" e la sua presenza nelle Costituzioni degli Stati* svoltasi il 10 aprile 2018 presso l'Accademia della Crusca.

[1207] Il testo dell'appello è pubblicato in www.scienzainrete.it.

ISSN 2279-7238

L'idea di contestare l'uso di questo vocabolo non è nuova e si deve misurare con una (più) efficace attuazione del principio di eguaglianza, sia sotto la forma del divieto di discriminazioni, sia del contrasto ad ogni forma di razzismo.

In Francia, il tema è stato a lungo dibattuto: a partire dal 2003 ha fatto ingresso anche nelle aule parlamentari (e non soltanto in sede scientifica) con l'obiettivo di modificare, oltre che la legislazione ordinaria, anche lo stesso primo articolo della Costituzione del 1958. La proposta del 2013 di François Hollande non ha raggiunto il traguardo ma ha indicato un tragitto che, se pur con qualche deviazione o rallentamento, ha dimostrato, proprio di recente, di non contemplare inversioni di marcia. Nella seduta del 27 giugno 2018, la *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* dell'Assemblea Nazionale[1208] ha votato all'unanimità (e in seguito a un sobrio dibattito durato soltanto un paio d'ore) un emendamento che espunge la parola "*race*" dalla Costituzione[1209].

In quella sede il concetto (prima ancora che il lemma) è stato definito da vari parlamentari della più diversa appartenenza politica "*choquante et dangereuse*", "*horrible*", "*mal comprise et infondée*", "*ne reposant sur aucun fondement scientifique*", "*un anacronisme*" "*qu'il ne correspond à rien*", tanto per citare solo alcune delle (più nette ma anche condivise) prese di posizione.

In Italia l'iniziativa promossa da Redi e Monti ha visto il coinvolgimento di molti studiosi (biologi, antropologi, filosofi e anche giuristi, e noi fra questi[1210]) ed ha riaperto e alimentato il confronto. L'infelice dichiarazione sulla "razza bianca" di Attilio Fontana del gennaio 2018[1211] ha fatto da cassa di risonanza al tema e – fra gli altri – ha sollecitato l'intervento della senatrice a vita Liliana Segre, favorevole ad eliminare il termine *razza* dalla Costituzione[1212].

Autorevoli giuristi, d'altro canto, si sono schierati in difesa del significato monitorio, quasi pedagogico, della parola *razza* nel testo della Costituzione.

Paolo Grossi, nelle ultime settimane del suo mandato di Presidente della Corte costituzionale, intervistato da *Repubblica*, ha con chiarezza espresso il suo punto di vista: "la razza non esiste, ma esistono i razzismi. E finché resta viva questa perversione, la parola razza deve rimanere nella Carta [… I padri costituenti] hanno voluto richiamare l'attenzione

[1208] Nell'ambito della discussione del più ampio *Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace* (n. 911).

[1209] Seduta del 27 giugno 2018, n. 90 (http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr-cloi/17-18/c1718090.asp).

[1210] Questo saggio è la prosecuzione e l'approfondimento dei lavori presentati in quel volume collettaneo: A. GRATTERI, *La "razza" nelle parole della legge* e G.A. SACCO, *"Razza" nel lessico delle Costituzioni*, in M. MONTI - C.A. REDI (a cura di), *No Razza, Sì Cittadinanza*, Como-Pavia, Ibis, 2017.

[1211] "Dobbiamo decidere se la nostra etnia, la nostra razza bianca, la nostra società devono continuare a esistere o se devono essere cancellate", questa la dichiarazione di Fontana trasmessa da Radio Padania e riportata da M. CREMONESI, *"La razza bianca rischia di sparire" Fontana sotto accusa per la frase choc*, in *Corriere della sera,* 15 gennaio 2018. In proposito v. anche le considerazioni di C. MELZI D'ERIL - G.E. VIGEVANI, *La "parola maledetta" nella Costituzione*, in *Il Sole 24 ore*, 24 gennaio 2018, 6.

[1212] Si v. l'intervista di S. FIORI, *Liliana Segre: "Torna la violenza fascista. Via la parola razza dalla Costituzione",* in *La Repubblica* del 4 febbraio 2018.

ISSN 2279-7238

dell'opinione pubblica sull'orrore della Shoah, nella speranza di sbarazzarsi per sempre del razzismo. Il loro silenzio sulla razza sarebbe stato riprovevole!"[1213].

L'attenzione dell'opinione pubblica e della stampa è testimoniata dalla domanda posta sul punto al neoeletto Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi che ha, peraltro, ribadito la posizione del suo predecessore: "Il termine razza deve rimanere all'interno della Costituzione, non perché ci siano le razza ma parchè c'è il razzismo, che per la Costituzione è inaccettabile"[1214].

Anche la dottrina costituzionalistica ha ribadito il senso storico di quella presenza, in particolare Michele Ainis ha argomentato che la "'razza' nell'articolo 3 riflette una verità giuridica, storica, sociale"[1215]. Un giudizio condiviso da Paolo Caretti che ritiene di dover reinterpretare il divieto contenuto nell'art. 3 Cost. che contiene "una precisa indicazione per gli anni a venire che si sostanzia nell'obbligo (giuridico) di contrastare l'utilizzazione di quel termine in tutte le accezioni già assunte in passato e che avrebbe potuto assumere in futuro"[1216]. A sostegno di questa posizione, Ainis sottolinea due aspetti di natura linguistica legati alla parola "razza" nell'articolo 3: in primo luogo, il linguaggio dei costituenti rispecchia lo spirito del loro tempo e, in secondo luogo, "ogni Costituzione si rivolge a tutti, e perciò parla la lingua di tutti"[1217].

Anche su questo le posizioni degli studiosi si diversificano. Il linguista Francesco Sabatini si è espresso più volte in termini chiari: a partire dalla disputa francese sulla parola *race,* ha affermato che "nella Costituzione di uno Stato, e mi riferisco anche alla nostra che lo usa in un contesto analogo (art. 3), sia pure usata per condannare la relativa discriminazione, la parola non dovrebbe esserci"[1218]. Il concetto aberrante che vuole accostare la razza agli esseri umani è, a suo giudizio, il "frutto di una banale deriva semantica" dimostrata dalle ricerche etimologiche di Gianfranco Contini, per cui la parola razza deriva da ultimo dal francese *haraz*, parola indicata per indicare l'allevamento dei cavalli [1219]. In questa prospettiva, Ernesto Bettinelli ha argomentato, in nome della coerenza e della correttezza del linguaggio, che l'enunciato dell'art. 3 Cost. "ammette e razionalizza la convinzione fallace dell'esistenza di razze" ed ha evidenziato che la sua correzione "non è tanto una questione di ordine formale, bensì di sostanza democratica"[1220].

[1213] Cfr. S. FIORI, *Grossi: "La parola razza deve restare nella Costituzione, è un monito contro l'odio"*, in *La Repubblica* del 6 febbraio 2018.

[1214] Così nella dichiarazione riportata da I. CIMMARUSTI, *Consulta, Lattanzi nuovo presidente*, in *Il Sole 24 ore,* 8 marzo 2018.

[1215] M. AINIS, *Allarme, siam razzisti anche quando dettiamo legge*, in *la repubblica,* 7 novembre 2017, 44.

[1216] In proposito v. P. CARETTI, *A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria*, in *Lo Stato*, 2018, 57.

[1217] M. AINIS, *Allarme, siam razzisti anche quando dettiamo legge*, cit., 44.

[1218] In proposito v. F. SABATINI, *Razza, parola equina*, in *La ricerca*, 19 luglio 2013; più di recente v. anche F. SABATINI, *Ma la lingua svela l'inganno dei fanatici*, in *La Repubblica*, 7 novembre 2017, 45.

[1219] I primi studi etimologici che vengono citati sono: G. CONTINI, *I più antichi esempi di razza*, in *Studi di Filologia Italiana*, 1959, 319 ss.; F. SABATINI, *Conferme per l'etimologia di razza dall'antico francese* haraz, in *Studi di Filologia Italiana*, 1962, 365 ss. Per una esaustiva ricostruzione dell'evoluzione storica del termine v. P. VILLANI, *Tullio De Mauro, la lingua della Costituzione e la parola "razza" all'art. 3*, in S. GENSINI – M.E. PIEMONTESE – G. SOLIMINE (a cura di), *Tullio De Mauro: un intellettuale italiano,* Roma, Sapienza Università Editrice, 2018, 199 ss.

[1220] E. BETTINELLI, *Razza, Scienza, Costituzione. Le parole contano…*, in M. MONTI - C. A. REDI, *No razza – Sì cittadinanza*, cit., 212, 217.

ISSN 2279-7238

La funzione di un concetto controverso come quello di razza all'interno di un testo costituzionale è stata definita come "*performativa* in senso positivo" e risulta finalizzata a modificare il modo in cui sono vissute le relazioni fra gruppi e individui di origini diverse: "la previsione costituzionale, che associa un disvalore all'uso della 'razza' come referente di identità per fondare valutazioni di eguaglianza/diseguaglianza giuridica, incide sulla realtà socioculturale in cui tale previsione opera, incentivando, neanche tanto indirettamente, un'evoluzione degli standard di comportamento in senso più civile"[1221].

Accanto a questa funzione ne è stata però enucleata anche una "*preservativa* negativa" che evidenzia l'infondatezza del richiamo giuridico e costituzionale alla razza per due ragioni essenziali: "tale riferimento risulta anacronistico rispetto alla maturazione culturale e giuridica in materia di eguaglianza raggiunta nell'attuale momento storico" e, inoltre, "è illegittimo in quanto non supportato da evidenze scientifiche condivise"[1222].

Con riferimento al richiamo del concetto di razza da parte della Costituzione italiana è opportuno domandarsi se oggi tale richiamo abbia davvero una funzione performativa positiva e se conseguentemente le norme legislative siano strutturate in modo da accentuare tale funzione in luogo di una mera riproposizione di stereotipi immotivati. Oppure ancora se non sia superata la lettura dell'art. 3 che vuole leggere nel termine *razza* un monito imperituro degli orrori causati dalle leggi razziali.

Non ci appartiene l'intento di avanzare proposte sulla eventuale sostituzione del termine razza o di aderire ad alcune delle proposte che sono state avanzate e variamente motivate. Ci sembra, d'altro canto, ragionevole definire un quadro complessivo che superi una prospettiva unicamente linguistica o di "modernizzazione" del lessico[1223].

In particolare non si vuole correre il rischio di sottovalutare la pericolosità del radicamento su altri piani dell'idea razzista. Il rigore semantico (e scientifico) non può risultare controproducente rispetto alla lotta verso discriminazioni fondate, di fatto, sull'irriducibilità delle differenze culturali più che sull'ereditarietà biologica[1224].

[1221] Così S. SALARDI, *"Razza": falsi miti e danni reali di un concetto. Abolirlo serve alla causa anti-discriminatoria?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 473. È diversa la prospettiva di F. FALOPPA, *Per un linguaggio non razzista*, in M. AIME (a cura di), *Contro il razzismo*, Torino, Einaudi, 2016, 75, secondo cui "il linguaggio si modifica a partire soprattutto dall'uso dei parlanti".

[1222] Così ancora S. SALARDI, *"Razza": falsi miti e danni reali di un concetto,* cit., 476. In proposito si potrebbe aggiungere che in realtà l'evidenza scientifica sul punto è tale da escludere una qualsivoglia valenza al concetto di razza; così G. BIONDI - O. RICKARDS, *L'errore della razza*, Roma, Carocci, 2011; G. BARBUJANI, *Invece della razza,* in M. AIME (a cura di), *Contro il razzismo*, cit., 7 ss.

[1223] Non si tratta, come per esempio sarebbe opportuno fare per l'art. 38 della Costituzione quando si parla di diritto all'educazione dei "minorati", semplicemente di trovare un sinonimo in grado di accordarsi con una più evoluta sensibilità. Oppure di abbandonare connotazioni molto negative di definizioni giuridicamente corrette nella sostanza, come avviene con la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 che chiede alle istituzioni europee e agli Stati membri di abbandonare l'uso del termine "immigrati clandestini" e di utilizzare piuttosto termini come "lavoratore/migrante irregolare" o "sprovvisto di documenti". O peggio ancora, non ci si vuole avventurare nel campo della assurda "ristrutturazione" di un linguaggio narrativo storicizzato, come è avvenuto negli USA nel 2011 quando una nuova edizione delle "Avventure di Huckleberry Finn" di Mark Twain rimpiazzò il termine "*nigger*" (che compare per un centinaio di volte, ma eravamo nel Mississippi del 1884) con la parola "*slave*".

[1224] Sul punto v. D. PULITANÒ, Di *fronte all'infamia del diritto*, in L. GARLATI - T. VETTOR (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto – A 70 anni dalle leggi razziali*, Milano, 2009, 225: "Il linguaggio che parla di razza può apparire

ISSN 2279-7238

Del resto, ci si deve misurare con il reale obiettivo di ogni ideologia razzista, che è quello di svilire una persona (o la comunità a cui appartiene) per rafforzare la posizione dominante di chi aderisce a quel pensiero[1225]. O, se si preferisce, per difendere tenacemente i privilegi, soprattutto economico sociali, di cui gode. Se il traguardo di chi pone in essere atti discriminatori è quello di imporre una visione riduttiva e denigratoria di alcuni esseri umani (e accrescitiva ed elogiativa, di se stessi), allora lo strumento è anche quello di considerare "gli altri" indistintamente inferiori sotto il profilo morale, culturale, intellettuale o fisico.

Vorremmo, in sintesi, prendere le mosse dalle illuminanti parole con cui Giovanni Spadolini, presso il Senato della Repubblica di cui era allora Presidente, introdusse nel 1988 (a cinquant'anni dalla promulgazione delle leggi razziali) i lavori di un convegno sulla reintegrazione dei diritti degli ebrei: "Il razzismo è in radice incompatibile con qualunque stato di diritto. L'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge — proprio il solenne princìpio espresso dall'art. 3 della Costituzione repubblicana — è una eguaglianza inscindibile dal valore della tolleranza. È una estraneità, quella tra il costituzionalismo democratico e l'intolleranza razzista, che i padri fondatori della nostra repubblica vollero non a caso riaffermare all'Assemblea Costituente, quando era ancora vivo, con tutta la propria drammaticità, il ricordo della tragedia dell'Olocausto; quando doveva essere completato il riscatto della nuova democrazia dalla infamia delle leggi razziali del '38"[1226].

Questo per sottolineare come qualsivoglia valutazione storica debba opportunamente condurre a riflettere sul principio di eguaglianza e occuparsi del "razzismo" e "dell'intolleranza razzista", quale che sia il suo rapporto di derivazione dal termine razza e quale che sia la (pseudo) scientificità del concetto.

2. Fallacia scientifica della razza.

Le razze umane non esistono. I genetisti lo hanno dimostrato da tempo e gli antropologi rifiutano di ricorrere a queste categorie[1227]. Eppure da secoli, l'umanità si arrovella sulle differenze di aspetto fra gli abitanti delle diverse aree del pianeta e sulle presunte differenze morali e intellettive fra di essi e il linguaggio normativo riesce solo con fatica ad evitare l'uso della parola "razza", anche quando vi ricorre incontestabilmente e dichiaratamente con intento anti-discriminatorio.

La raffinatezza dei più recenti studi di genetica, basati sul sequenziamento del genoma umano, ha consentito di dimostrare inconfutabilmente che l'umanità non può essere

non *politically correct*, perché è il linguaggio del razzismo [ma] *l'esigenza normativa, di cui i costituenti si sono fatti carico, è proprio quella di negare il discorso del razzismo*".

[1225] F. RESCIGNO, *Uguali senza distinzione di razza*, in F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2016, 241.

[1226] G. SPADOLINI, *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987)*, Roma, Senato della Repubblica, 1988, 15, ora ripubblicato in copia anastatica nel volume a cura del Senato della Repubblica, *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia - Testimonianze*, Roma, 2018, 52.

[1227] Per questi aspetti v. diffusamente G. BIONDI - O. RICKARDS, *L'errore della razza*, cit.; P. GRECO (a cura di), *Addio alla razza – una parola pericolosa che per la scienza non ha senso*, Scienza&Società, 27/28, 2016.

ISSN 2279-7238

suddivisa biologicamente in razze, a meno di ricorrere a categorie naturalistiche fasulle: "Forse un tempo ci si poteva nascondere sotto quella che si riteneva una evidenza (dati antropometrici, fisiologici, etc.) data per scontata ed utile per una pseudoscientifica classificazione: oggi nessuno di quei criteri ha retto dinnanzi ad una analisi critica da parte della biologia e della genetica di popolazioni poiché è assodato e verificato che la variabilità genetica di qualunque carattere (mono e poligenetici; quantitativi, antropometrici, etc.) è tale che non è possibile categorizzare le popolazioni umane" [1228]. Già prima del sequenziamento del genoma, Luigi Luca Cavalli-Sforza aveva confutato la scientificità delle categorie razziali, confermando, come era già chiaro a Darwin[1229], che "il tentativo di classificare la specie umana in razze è stato in realtà uno sforzo futile […]. Infatti l'analisi evolutiva delle popolazioni umane mostra che è totalmente arbitrario fermarsi, nella classificazione, a un livello piuttosto che a un altro. Le spiegazioni sono di natura statistica, geografica e storica. Dal punto di vista statistico la variazione genetica all'interno di uno stesso gruppo è mediamente maggiore di quella tra gruppi diversi. Se consideriamo geni singoli, tutte le popolazioni o i gruppi di popolazioni si sovrappongono, dal momento che tutti i geni sono presenti in quasi tutte le popolazioni, anche se in proporzioni diverse; perciò nessun gene singolo è sufficiente per classificare le popolazioni umane"[1230].

La classificazione in razze è rifiutata anche dalle scienze antropologiche. In un manifesto firmato il 22 gennaio 2018 dai rappresentanti delle società scientifiche in cui si riuniscono gli antropologi italiani si condanna "qualsiasi uso strumentale di categorie che sono al tempo stesso prive di fondatezza dal punto di vista genetico e potenzialmente discriminatorie, quali le 'razze umane' o le 'culture essenzializzate' (ovvero intese come unità definite e rigide), nel discorso scientifico, in quello pubblico e nelle pratiche sociali"[1231].

L'accostamento della cultura alla razza non è né nuovo né casuale. In un saggio del 2016 Marco Aime scriveva "Si dice *cultura*, si pensa *razza*" per stigmatizzare quelle concezioni – riconducibili a un *fondamentalismo culturale* – in cui prevale l'elemento territoriale e "gli esseri umani sono per natura portatori di una cultura legata al luogo di nascita"[1232].

Purtroppo la realtà è che spesso il razzismo è banalizzato in un *lapsus* dove, ribaltando l'intuizione di Aime, si dice *razza* e si sostiene di pensare *cultura*.

[1228] Così M. MONTI - C. A. REDI, *No razza*, in M. MONTI - C. A. REDI (a cura di), *No razza – Sì cittadinanza*, cit., 31 s.

[1229] "L'uomo è stato studiato più attentamente di qualsiasi altro animale, e tuttavia c'è la più grande varietà di opinioni fra gli esperti riguardo al fatto che possa essere classificato in una sola specie o razza, o due (Virey), o tre (Jacquinot), o quattro (Kant), cinque (Blumenbach), sei (Buffon), sette (Hunter), otto (Agassiz), undici (Pickering), quindici (Bory de St-Vincent), sedici (Desmoulins), ventidue (Morton), sessanta (Crawfurd), o sessantatrè, secondo Burke. […] Ogni naturalista che abbia avuto la sfortuna di intraprendere la descrizione di un gruppo di organismi altamente variabili, ha incontrato casi (parlo per esperienza) precisamente simili a quello dell'uomo; e, se dotato di cautela, finirà per riunire tutte le forme che sfumano l'una nell'altra in una stessa specie, perché dirà a se stesso che non ha alcun diritto di dare nomi a oggetti che egli stesso non può definire", C. DARWIN, *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, 1a ed., Londra, 1871, 226 s., nella traduzione presentata da G. BARBUJANI, *Invece della razza*, in M. AIME (a cura di), *Contro il razzismo*, cit., 39.

[1230] L.L. CAVALLI-SFORZA - P. MENOZZI - A. PIAZZA, *Storia e geografia dei geni umani,* Milano, Adelphi, 1997, 33.

[1231] *Razza e dintorni: la voce unita degli antropologi italiani*, in anpia.it.

[1232] M. AIME, *Si dice* cultura*, si pensa* razza*,* in M. AIME (a cura di), *Contro il razzismo*, cit., 43 ss., 59.

ISSN 2279-7238

3. Dall'affermazione al rifiuto della razza.

Le leggi razziali e la tragedia dell'Olocausto assunsero una posizione centrale nel dibattito pubblico nei mesi successivi alla fine della Seconda mondiale. A cavallo fra il 1945 e il 1946 si radicò via via una consapevolezza collettiva a proposito di ciò che era realmente accaduto con le deportazioni degli ebrei (oltre che degli oppositori politici e di altre minoranze) ed il loro sterminio nelle camere a gas[1233]. E la rinascita democratica che si stava compiendo con l'elezione dell'Assemblea Costituente fu, inevitabilmente, toccata anche da questo tema.

Sul piano normativo, era stata comunque intrapresa un'azione fondamentale (e irreversibile) con l'abrogazione delle leggi razziali fasciste approvate e attuate a partire dal 1938. Il R.d.l. del 20 gennaio 1944, n. 25 reca "Disposizioni per la reintegrazione nei diritti civili e politici dei cittadini italiani e stranieri già dichiarati di razza ebraica o considerati di razza ebraica" e viene immediatamente seguito dal R.d.l. 20 gennaio 1944, n. 26, che riguarda il ripristino dei diritti patrimoniali di essi. Si può affermare che la piena elaborazione del problema razziale (soprattutto in prospettiva di una forte risposta, non solo giuridica ma anche morale, all'antisemitismo) non era comunque ancora compiuta. O, se si preferisce, si percepiva consapevolmente di essere solo all'inizio di un percorso (dimostratosi giuridicamente lungo e complesso), destinato a reintegrare gli ebrei nella vita e nella società italiana[1234]. Le condizioni storiche e le convulse dinamiche istituzionali (e belliche) non erano realisticamente propizie né tantomeno idonee a conseguire immediatamente l'obiettivo.

Ma il preambolo di quel decreto legge, nel momento in cui afferma: "Ritenuta la urgente ed assoluta necessità di reintegrare nei propri diritti anteriori i cittadini italiani appartenenti alla razza ebraica per riparare prontamente alle gravi sperequazioni di ordine morale e politico create da un indirizzo politico infondatamente volto alla difesa della razza" appare evidentemente troppo cauto. Se per *sperequazione* letteralmente si deve intendere una ripartizione iniqua piuttosto che una mancata uniformità nella attribuzione (dei diritti), questo appare un sinonimo eufemisticamente debole o inespressivo di segregazione, deportazione, sterminio. E la pianificazione di un sistema volto a commettere atti

[1233] Sono preziose, in tal senso, le corrispondenze dal processo di Norimberga di Enrico Caprile per il *Corriere d'informazione* a partire dal 14 dicembre 1945 con l'articolo *Il metodo "Kugel" per lo sterminio dei prigionieri*: "Il giudice Dodd riprende l'esposizione delle atrocità naziste passando a parlare di quelle che hanno avuto carattere più orrendo e che sono costituite dai procedimenti di sterminio adottati nei campi di concentramento di ebrei e prigionieri". Il testo è citato in S. FANTINI, *Notizie dalla Shoah*, Bologna, Pendragon, 2005, 87 che nota come, a parte il ricorso al termine *sterminio,* si ricorra ad un linguaggio generico ("atrocità antisemitiche", "atrocità naziste", "quelle che hanno avuto carattere più orrendo"). Del resto è stato anche rilevato che la stampa cattolica (*L'Osservatore romano* e *La Civiltà cattolica*) ebbe un atteggiamento di grande prudenza e inquadrò i resoconti del processo di Norimberga da un punto di vista prettamente giuridico, cfr. M. CONSONNI, *L'eclisse dell'antifascismo*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 20 ss.

[1234] M. TOSCANO, *Dall'"antirisorgimento" al postfascismo: l'abrogazione delle leggi razziali e il reinserimento degli ebrei nella società italiana*, in *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987)*, Roma, Senato della Repubblica 1988, 21 ss., ora ripubblicato in copia anastatica nel volume a cura del Senato della Repubblica, *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia - Testimonianze*, Roma, 2018, 58.

ISSN 2279-7238

consapevoli di distruzione di un gruppo etnico-religioso[1235], è qualcosa di più imperdonabile rispetto al già abietto conseguimento di un fine (la difesa della razza) da conseguirsi tramite l'azione politica.

Si tratta di una risposta inadeguata, nella forma e nella sostanza, in particolare se confrontata con l'affermazione contenuta nel punto 7 del manifesto di Verona del 14 novembre 1943 (la "Costituzione provvisoria" della Repubblica Sociale Italiana): "Gli appartenenti alla razza ebraica sono stranieri. Durante questa guerra appartengono a nazionalità nemica". Che, a ben vedere, è forse un atto definitivo, l'ultima inquadratura di una sequenza iniziata con il già di per sé orripilante fotogramma: "gli ebrei non appartengono alla razza italiana" del manifesto antisemita reso pubblico nel '38. Si tratta di un finale risolutivamente tragico perché toglie agli ebrei italiani l'ultimo appiglio, l'ultima tutela (per quanto forse virtuale), l'ultima disperata sorgente di dignità che era il legame con la propria comunità sociale e la propria nazionalità[1236].

4. L'abrogazione delle leggi razziali.

Il peso storico delle leggi razziali fu dunque enorme e gravò significativamente sulla legislazione immediatamente successiva alla caduta del fascismo e sulla elaborazione del testo della Costituzione[1237]. In proposito è forse interessante analizzare più in dettaglio il tono di alcuni dei testi risalenti al periodo costituzionale transitorio che smantellarono l'impianto legislativo razzista imposto dal fascismo.

Un elevato numero di quei testi legislativi ricorre all'espressione "cittadini italiani e stranieri già dichiarati di razza ebraica o considerati di razza ebraica", come a marcare il distacco e la estraneità nei confronti delle affermazioni relative alla attribuzione di una determinata razza ad un individuo[1238]. È questo il tenore del Regio decreto legge 20 gennaio 1944, n. 25, *Disposizioni per la reintegrazione nei diritti civili e politici dei cittadini italiani e stranieri*

[1235] Il 9 dicembre 1948, sull'onda dell'Olocausto, le Nazioni Unite approvarono la Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine di Genocidio. In tale convenzione, il genocidio viene definito crimine internazionale, che gli stati firmatari "si impegnano a combattere e punire". Inoltre, essa contiene la seguente formulazione: "Per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale".

[1236] In proposito v. P. CARETTI, *A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria*, cit., 52 ss.

[1237] Sull'abrogazione delle leggi razziali e sulla difficoltà di inquadrare giuridicamente i provvedimenti finalizzati a compensare le discriminazioni passate, v. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 48 s.; in proposito v. anche P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994, 16 s. che ricorda come in dottrina si sia dibattuto della legittimità costituzionale delle «leggi che si riferiscono al fattore razza al fine di ristabilire un'eguaglianza precedentemente violata».

[1238] Questa scelta linguistica del legislatore si spiega solo in parte con le forme attraverso cui le leggi razziali definivano l'attribuzione della razza ebraica. In particolare il Regio decreto legge 17 novembre 1938, n. 1728, *Provvedimenti per la difesa della razza italiana,* definiva le condizioni, stabiliva chi e in quali condizioni era *considerato* di razza ebraica (art. 8) e che l'appartenenza alla razza ebraica doveva essere *denunziata* ed *annotata* nei registri dello stato civile (art. 9).

ISSN 2279-7238

già dichiarati di razza ebraica o considerati di razza ebraica[1239] con cui si procedette all'abrogazione delle leggi razziali e altresì all'abrogazione di "tutte quelle disposizioni, che, per qualsiasi atto o rapporto richiedono accertamento o menzione di razza, nonché ogni altra disposizione o norma, emanata sotto qualsiasi forma, che sia di carattere razziale o comunque contraria al presente decreto o con esso incompatibile" (art. 1, comma 2).

Non solo si rinnega l'ideologia razzista e l'affermazione della superiorità di una razza sull'altra ma – apparentemente – ci si impegna a non consentire né l'accertamento né la menzione della razza nel rispetto dell'eguaglianza degli individui. Tuttavia, se l'intento del legislatore in quell'epoca di emergenza è meritorio e il suo sforzo è notevole, lo stesso testo normativo non sfugge alle logiche della categorizzazione in razze. Si legge infatti nel preambolo al decreto che vi è "la urgente ed assoluta necessità di reintegrare nei propri diritti anteriori i *cittadini italiani appartenenti alla razza ebraica*".

Per la sensibilità di quell'epoca storica era forse sufficiente fronteggiare la sola declinazione antisemita dell'ideologia razzista, mentre altre "etichettature" razziali non erano comunemente considerate automaticamente offensive o discriminatorie. Tuttavia, proprio il ricorso all'espressione *dichiarati o considerati di razza ebraica* dimostra come il legislatore abbia tentato di esercitare una certa cautela (oggi diremmo correttezza politica) sui "marchi" razziali.

E' anche vero che, ad esempio, il Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 13 luglio 1947, n. 961 – nel definire una riserva in determinati concorsi pubblici in favore di coloro che erano stati perseguitati – ricorre all'espressione "perché appartenenti alla razza ebraica" (art. 9, n. 2). Ma in questo specifico caso si può ritenere che l'affermazione debba "tecnicamente" fare riferimento ad un elemento strettamente definitorio di una discriminazione storicizzata.

Viceversa, nel Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 29 maggio 1947, n. 526[1240] si definiscono le modalità per l'erogazione dei fondi occorrenti per la gestione dei "beni appartenenti a *cittadini di razza ebraica*" assertivamente identificati ma che, giuridicamente, possono essere così definiti solo in base alle norme delle leggi razziali che tali li consideravano o stabilivano che fossero dichiarati.

La deroga al principio affermato dalla norma cardine del Regio decreto legge n. 25 del 1944 è evidente: la qualificazione razziale dei titolari dei beni in oggetto è richiesta dallo stesso legislatore che, ragionevolmente, si ritiene vincolato a non menzionare l'accertamento di un'appartenenza razziale solo se vi è un intento discriminatorio in adesione a quanto affermato dal comma 3 dell'art. 1 del decreto: "i cittadini italiani che l'art. 8 del R. decreto-legge 17 novembre 1938, n. 1728, dichiarava essere di razza ebraica o considerati di razza ebraica, sono reintegrati nel pieno godimento dei diritti civili e politici eguali a quelli di tutti gli altri cittadini dei quali hanno eguali doveri".

[1239] V. anche il Regio decreto legge 20 gennaio 1944, n. 26; il Decreto legislativo luogotenenziale 19 ottobre 1944, n. 306; il; il Decreto legislativo luogotenenziale 12 aprile 1945, n. 222; il Decreto legislativo luogotenenziale 5 maggio 1946, n. 393.

[1240] Il decreto è stato abrogato dal Decreto legge 22 dicembre 2008, n. 200.

ISSN 2279-7238

La prudenza (o la complessità del problema) si evidenzia anche per un profilo secondario ma comunque significativo. Il R.d.l. n. 26 del 20 gennaio 1944 per il ripristino dei diritti patrimoniali fu pubblicato soltanto in un secondo momento con il decreto legislativo luogotenenziale del 5 ottobre 1944, n. 252[1241]. Furono fatti trascorre, quindi, più di otto mesi dalla data dell'approvazione, probabilmente nel timore di un effetto controproducente per la vita quotidiana degli ebrei (già alle prese con le delazioni e le deportazioni) che risiedevano nella parte dell'Italia non ancora liberata.

5. La parola *maledetta* e *la postuma persecuzione verbale* nei lavori dell'Assemblea costituente.

> *…comprendo che vi sia chi desideri liberarsi da questa parola maledetta, da questo razzismo che sembra una postuma persecuzione verbale…*
> *(Meuccio Ruini, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 24 marzo 1947).*

Nei mesi che precedono la convocazione dell'Assemblea Costituente, il tema della tutela delle minoranze etniche, linguistiche e religiose fu oggetto di approfondite analisi da parte della cd. Commissione Forti, la Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato istituita presso il ministero per la Costituente e presieduta da Ugo Forti. Dall'analisi dei lavori preparatori emerge come fosse scontata l'esigenza di procedere nella direzione della "eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge e alla giustizia, senza distinzione di sesso, di razza, di origine, di lingua, di fede religiosa e di opinioni politiche"[1242].

In particolare la Commissione Forti appare ben consapevole degli orrori, anche giuridici, ascrivibili alle leggi razziali: "in considerazione di quanto si è verificato in regime fascista nei riguardi del diritto di cittadinanza, si [rende] opportuno sancire espressamente nella Costituzione il divieto di privare della cittadinanza"[1243]. Il tema dominante però è quello delle *minoranze etniche*, inquadrato in termini ineccepibili e moderni per il tramite del ripudio del concetto di razza: "Esse sono state, a volta a volta, definite come minoranze di razza, di nazionalità, di lingua", tuttavia, "il concetto di razza appare empirico, equivoco o irrilevante […] quindi da abbandonarsi integralmente nel campo del nostro diritto"[1244].

[1241] M. TOSCANO, *Dall'"antirisorgimento" al postfascismo: l'abrogazione delle leggi razziali e il reinserimento degli ebrei nella società italiana*, in *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943-1987)*, cit., 21.

[1242] Così la relazione preliminare su *I diritti di libertà* di G. ASTUTI, pubblicata in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, il Mulino, 1979, 260.

[1243] Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, vol. I, Roma, 1946, 104.

[1244] *Ivi*, 175 s.

ISSN 2279-7238

In Assemblea Costituente il tema non fu affrontato con il medesimo rigore scientifico, anche se l'inserimento della parola "razza" fra i divieti di distinzione elencati dall'art. 3 della Costituzione fu oggetto di alcune importanti discussioni nel corso dei lavori, in particolare nella seduta pomeridiana del 24 marzo 1947.

I costituenti erano senza dubbio consapevoli del peso che gravava su di loro. Avevano la particolare responsabilità di chi avverte che ha "tra le mani una bilancia per pesare le parole, una bilancia la quale ha una sensibilità che è ancora maggiore della famosa bilancia dell'orafo" e l'obiettivo di rendere la Costituzione "accessibile e comprensibile al volgo" (così Gustavo Ghidini[1245]). La scelta di introdurre la parola razza in Costituzione rientra nel novero di questo tipo di decisioni assai delicate. A ciò si aggiunge la preoccupazione morale di chi (accogliendo l'invocazione "*Veni, creator spiritus, mentes tuórum vísita*" di crociana memoria[1246]) sa che il problema dell'utilizzo di un concetto così "deteriorato" dalla storia recente, si complica quando si tratta di declinare il principio di eguaglianza in modo che assuma, in maniera esemplare, "un valore polemico sul terreno storico-politico, piuttosto che un valore innovativo sul piano giuridico"[1247].

Come è stato osservato da Ernesto Bettinelli, furono proprio le associazioni rappresentative delle vittime delle leggi razziali a sollevare la questione[1248]. La comunità israelitica inviò all'Assemblea costituente un documento in cui era contenuta la "sommessa richiesta di sostituire la parola 'stirpe' a quella di 'razza', lasciando quest'ultima ai cani e ai cavalli"[1249]. L'autorevole e qualificata origine di tale richiesta (proveniente, cioè, da coloro erano più vulnerabili ed esposti alla *postuma persecuzione verbale*) non poteva sfuggire alla sensibilità di nessuno e pertanto la questione non fu trascurata. Alcuni entrarono in sintonia con i sentimenti della comunità ebraica e colsero nella parola "razza" un tono degradante, al di fuori dello spirito di un'epoca in cui si voleva inaugurare una nuova cultura dei diritti. Ma prevalse la volontà della Costituente di riaffermare il significato storico delle leggi razziali e di scolpire nella memoria collettiva il senso di quella vergogna, anche se per il tramite di una parola *maledetta.*

Le idee dei costituenti si polarizzarono attorno a questi due distinti punti di vista che, pur nella loro esemplarità, lasciano talvolta trasparire un uso oggi inaccettabile (poiché errato) del termine. Nel corso dei lavori della Prima Sottocommissione fu il monarchico Lucifero

---

[1245] Assemblea Costituente, seduta dell'8 marzo 1947, LV, 1903, 1908.

[1246] Sull'invocazione compiuta da Benedetto Croce in Assemblea costituente v. E. BETTINELLI, *La Costituente: Veni, creator spiritus*…, in *Il Politico*, 2005, 218.

[1247] L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Cedam, 1965, 280. Sulla presenza del termine razza in contrapposizione alle leggi razziali v. P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, cit., 15; nello stesso senso v. G. BIANCO, *Razzismi contemporanei*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2016, 2, 262.

[1248] E. BETTINELLI, *Razza, Scienza, Costituzione. Le parole contano*…, cit., 201. In proposito v. anche le considerazioni di G. E. VIGEVANI, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana,* in L. GARLATI - T. VETTOR (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto – A 70 anni dalle leggi razziali*, cit., 207 ss.

[1249] Il documento, citato da Bettinelli nel saggio sopra richiamato, è intitolato *Rilievi e proposte presentate dall'Unione delle Comunità israelitiche italiane sul progetto di Costituzione della Repubblica italiana formulato dalla Commissione per la Costituzione* ed è pubblicato in *Scritti in memoria di Sergio Piperno Beer: la comunità ebraica in Italia*, Roma, Litos, 1986, 471 ss.; G. SACERDOTI, *Gli ebrei e la Costituzione*, in M. Sarfatti (a cura di), *Il ritorno alla vita: vicende e diritti degli ebrei in Italia dopo la seconda guerra mondiale*, Milano, Giuntina, 1998, 51, richiama lo stesso documento con qualche variazione lessicale.

ISSN 2279-7238

a proporre, per primo, la sostituzione della parola "razza", ritenuta non molto appropriata, con il termine "stirpe" "più consono alla dignità umana". Ma i contrari alla sua proposta furono numerosi; possiamo ricordare il demolaburista Cevolotto: "la parola 'stirpe' esprime un concetto diverso dalla parola 'razza', che, d'altra parte, è entrata nell'uso comune da quando fu impostata dal fascismo la questione razziale"; il democristiano Merlin: la parola "razza" del resto "è stata adottata anche in altre legislazioni"; il socialista Mancini: "la stirpe riguarda il ceppo familiare mentre l'espressione 'razza' riguarda, in genere, la razza vera e propria"; il comunista Togliatti: "a parte ogni altra considerazione, la parola 'razza' dovrebbe essere usata appunto per dimostrare che si vuole ripudiare quella politica razziale che il fascismo aveva instaurato".

L'intervento nella Sottocommissione di Togliatti riassunse la volontà della maggioranza che iniziava a formarsi su questo punto e di cui il Presidente Tupini prese atto. Inoltre, esso merita di essere analizzato anche per una seconda affermazione: "in realtà i termini 'razza' e 'stirpe' hanno un diverso significato. Vi potrebbe essere infatti un cittadino il quale sia di razza ebraica, ma di una stirpe diversa da un altro cittadino della stessa razza".

L'uso del termine "razza" evidenzia così che, nel discorso pubblico del tempo, da un lato, era evocata la vergogna delle leggi razziali, dall'altro, si riteneva possibile attribuire a ciascuno, foss'anche un "cittadino" come non casualmente emerge dalle parole di Togliatti, l'appartenenza a una *razza vera e propria* o alla *razza ebraica*[1250]. Si ripudiavano le discriminazioni razziali ma, comunemente, si ammetteva che fossero possibili delle distinzioni in proposito.

Se ci è consentita una forse grossolana schematizzazione si potrebbero sottolineare le difficoltà giuridico-culturali, al di là della concreta volontà politica, a superare: la convinzione dell'assenza di un vero sinonimo alla parola razza; la chiarezza e la semplicità del riferimento semantico ad un linguaggio comune; la convinzione che le razze umane esistano veramente; la "comodità" della collocazione in un quadro di normativo comparato che si supponeva pienamente condiviso.

In assemblea plenaria il tema fu discusso nel mese di marzo del 1947. Dal dibattito emerge la medesima contrapposizione di idee, ma – forse anche in virtù delle sollecitazioni della comunità ebraica – gli argomenti in favore dell'abbandono della "razza" sono meglio e più diffusamente rappresentati, in un quadro dove sembra che siano le idee elaborate dai singoli a prevalere, sovrapponendosi almeno in parte alle appartenenze di partito. È il socialista Targetti[1251] ad illustrare la questione in termini estremamente attuali. Targetti conosce gli argomenti che hanno prevalso nei lavori della Sottocommissione e tenta di affermare la condanna delle leggi razziali come premessa: "Siamo tutti d'accordo nella sostanza e la

[1250] Per i lavori della Prima Sottocommissione si v. il resoconto sommario della seduta del 14 novembre 1946, Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione. Sul punto sono interessanti le considerazioni di C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, Napoli, Editoriale scientifica, 113, che distingue l'argomento di chi rifiuta il termine stirpe in ragione del suo significato proprio da quello di chi desidera l'attribuzione di precise responsabilità storiche.

[1251] V. Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 15 marzo 1947, LXIV, 2150.

ISSN 2279-7238

sostanza è che la legge è uguale per tutti e che tutti i cittadini sono eguali dinanzi alla legge. Anche qui evidentemente, in questa specificazione, si sente la condanna del regime nefasto che si caratterizzò nella sua attività criminosa, anche più barbaramente che in qualsiasi altro modo, con la persecuzione razziale; e si è voluto stabilire un principio di eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di razza".

Ma il suo ragionamento si arricchisce con il riferimento ad un particolare profilo di inadeguatezza della parola *maledetta*: "questa parola 'razza', suona tanto male. Mi pare sia stato l'onorevole Lucifero a proporre in seno alla prima Sottocommissione di sostituirla con la parola 'stirpe'. 'Razza' fa pensare più che agli uomini, agli animali". Alcuni dei temi su cui ci si confronta oggi – anche sul piano lessicale – erano, quindi, già noti allora.

L'on. Targetti si rende conto di non aver intrapreso una via semplice.

In primo luogo, coglie la difficoltà di trovare un'alternativa soddisfacente e "stirpe" non appare tale: "esaminando la questione dal punto di vista linguistico, storico, scientifico è difficile sostituirlo e anche 'stirpe', non credo che potrebbe essere un termine proprio. Comunque ho voluto richiamare l'attenzione dei colleghi anche su questo punto della disposizione".

In secondo luogo, immagina di poter sconfiggere comunque il razzismo valorizzando appieno la eguaglianza di fronte alla legge, a costo della "rinuncia" (anche se, con una certa qual riluttanza e non sicuramente a cuor leggero) a ciò che potrebbe essere percepito come un ammonimento a memoria delle leggi razziali nel testo della Costituzione: "Certo, che se non si cede a certi tristi ricordi ed al bisogno di condannare, ogni volta che se ne presenta l'occasione, inumane, odiose distinzioni che nel passato portarono a tante iniquità, basterebbe dire che tutti i cittadini sono eguali di fronte alla legge, salvo poi colpire la eventuale propaganda antirazziale, annoverandola tra le attività criminose, e dando così vita ad una forma di reato che dovrebbe trovar nel Codice penale una severa sanzione"[1252].

D'altro canto proprio in tema di valutazioni apparentemente linguistiche o terminologiche ma forse più propriamente politiche, i costituenti cattolici si trovarono probabilmente a tener conto delle scelte di Papa Pacelli.

Più che riflettere sulla sua "tattica del silenzio"[1253] nei confronti delle persecuzioni antisemite e in particolare sul suo non intervento pubblico in seguito alla razzia degli ebrei romani del 16 ottobre 1943[1254], può risultare interessante osservare come nel radiomessaggio alla vigilia del Santo Natale del 24 dicembre 1942, Pio XII parli delle "centinaia di migliaia di persone, le quali, senza veruna colpa propria, talora solo per ragione di nazionalità o di stirpe, sono destinate alla morte o ad un progressivo deperimento". Anche in seguito[1255] parlerà di coloro che sono destinati a "costrizioni sterminatrici" in

[1252] *Ivi*, 2150.

[1253] Sulla centralità del silenzio nei comportamenti e nei discorsi di Pio XII v. M. MADONNA, *Chiesa e negazionismo. Frammenti per una ricerca*, in pubblicazione in *Il diritto ecclesiastico,* 2017.

[1254] Tra gli altri si vedano G. MICCOLI, *I dilemmi e i silenzi di Pio XII*, Milano, BUR, 2007; A. RICCARDI, *L'inverno più lungo 1943-1944. Pio XII, gli ebrei e i nazisti a Roma,* Bari, Laterza 2008.

[1255] Si veda il discorso ai cardinali del 2 giugno 1943, in *Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, V, 73 ss.

ISSN 2279-7238

ragione della loro nazionalità o stirpe. Viene (col linguaggio della diplomazia internazionale[1256]) in un certo qual modo condannata la Shoah ma mai sono pronunciate le parole "ebrei" (né tantomeno "nazisti") e non c'è alcun riferimento al concetto di razza (assorbito, nelle sue intenzioni dal concetto di Stirpe, inteso come Popolo di Abramo).

Resta quindi aperta (se non proprio tracciata) una via per affrontare e progettare il superamento delle discriminazioni razziali (in particolare antisemite in quel momento storico) senza riferirsi apertamente alla razza. L'endiadi "stirpe e nazionalità", assume una qualificazione semantica ritenuta esaustiva ed assorbente e, come tale, esercita un robusto fascino su alcuni esponenti politici curiosamente non soltanto cattolici ma anche appartenenti alla comunità ebraica.

Alle argomentazioni del socialista Targetti si sovrapposero quelle del democristiano Cingolani, l'unico fra i costituenti a rappresentare esplicitamente le sollecitazioni provenienti dalla comunità ebraica. L'on. Cingolani, infatti, presentò un emendamento al testo di quello che sarebbe poi divenuto l'art. 3 della Costituzione per "sostituire alla parola: razza, la parola: stirpe". L'emendamento di Cingolani fu espressamente motivato come "un atto di doverosa cortesia verso le comunità israelitiche italiane, che hanno fatto conoscere a parecchi di noi — avrete quasi tutti ricevuto le circolari — che sarebbe loro desiderio che alla parola 'razza' sia sostituita la parola 'stirpe'. Essendo gli israeliti italiani stati vittime della campagna razzista fatta dal nazi-fascismo, a me sembra che accogliere il loro desiderio corrisponda anche ad un riconoscimento della loro ripresa di una perfetta posizione di uguaglianza fra tutti i cittadini italiani"[1257].

Un altro elemento, di carattere internazionale, ha probabilmente contribuito a indirizzare il dibattito costituente. Non si può negare che una delle questioni di pressante attualità fosse quella relativa ai trattati di pace. La firma avvenne a Parigi proprio in quei giorni, il 10 febbraio 1947. Tra le c.d. clausole politiche del trattato, all'art. 15, si prevede che "L'Italia prenderà tutte le misure necessarie per assicurare a tutte le persone senza distinzione di razza, di sesso, di lingua e di religione il godimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, compresa la libertà della espressione di pensiero e la libertà di stampa". Lelio Basso nella seduta pomeridiana del 6 marzo esterna molto efficacemente un "sentimento" condiviso che in qualche modo orienterà e condizionerà le scelte, in primo luogo lessicali, nel dibattito sulla esplicazione del principio di non discriminazione: "Io credo che fra tutti gli articoli del trattato di pace di cui abbiamo riconosciuto il diritto di revisione, uno ve n'è la cui revisione nessuno vorrebbe chiedere ed è l'articolo 15".

Ma l'on. Laconi, a nome del gruppo comunista, espresse una posizione di ferma contrarietà, ribadendo il senso del richiamo storico alle leggi razziali già illustrato da Togliatti in Sottocommissione: "Noi non possiamo accettare questa proposta, che è già stata presa in esame da tutti coloro che hanno presentato l'emendamento, sia da parte

[1256] Prima della sua elezione, Papa Pacelli fu protagonista della diplomazia vaticana: in particolare, prima ancora di essere Segretario di Stato, fu nunzio apostolico in Baviera, in Prussia poi a Berlino per l'intera Germania. Cfr. R. MORO, *La Chiesa e lo sterminio degli ebrei*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 29-30.

[1257] Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 24 marzo 1947, LXXIV, 2422.

ISSN 2279-7238

democristiana che da parte nostra. Non possiamo accettarla, perché in questa parte dell'articolo vi è un preciso riferimento a qualche cosa che è realmente accaduto in Italia, al fatto cioè che determinati principî razziali sono stati impiegati come strumento di politica ed hanno fornito un criterio di discriminazione degli italiani, in differenti categorie di reprobi e di eletti. Per questa ragione, e cioè per il fatto che questo richiamo alla razza costituisce un richiamo ad un fatto storico realmente avvenuto e che noi vogliamo condannare, oggi in Italia, riteniamo che la parola "razza" debba essere mantenuta"[1258]. Si tratta di un intervento (esplicito e pragmatico) che ha l'onestà di far entrare in scena qualcosa che era rimasto dietro le quinte ma che ebbe un peso notevole: l'accordo tra i due maggiori partiti dell'Assemblea.

E ancora una volta le argomentazioni di Laconi riecheggiano la vulgata – allora prevalente – che accoglie la classificazione del genere umano in razze: "Ciò non significa che essa debba avere alcun significato spregiativo per coloro che fanno parte di razze differenti da quella italiana. Basta aprire un qualsiasi testo di geografia per trovare che gli uomini si dividono in quattro o cinque razze: e questa suddivisione non ha mai comportato, per se stessa, alcun significato spregiativo. Il fatto che si mantenga questo termine per negare il concetto che vi è legato, e affermare l'eguaglianza assoluta di tutti i cittadini, mi pare sia positivo e non negativo"[1259]. Non si può non notare, in una prospettiva attuale, quanto sia opinabile la confusione concettuale tra provenienza geografica e razza, tra antropologia culturale e genetica ma anche quanto miope (nel senso di incapace di "accorgersi" dell'ideologia razzista sottostante allo schiavismo e al colonialismo) sia la affermazione che la suddivisione in razze non ha mai comportato significati spregiativi.

La questione era politicamente chiusa. Alla compattezza dei comunisti non si contrapposero che voci isolate e il Presidente della Commissione per la Costituzione Ruini, pur marchiando la parola come *maledetta*, sancì l'ingresso della "razza" nel lessico della Costituzione. Il Presidente Ruini lasciò soltanto un qualche margine di soddisfazione morale ai "sostenitori della stirpe"[1260], ma radicò definitivamente l'idea che la parola "razza" contenuta nell'art. 3 della Costituzione debba essere interpretata per il suo valore storico. Affermò infatti Ruini: "Si potrebbe apprezzare la parola 'stirpe' e preferirla a quella di 'razza', per quanto anche razza abbia un significato ed un uso scientifico, oltreché di linguaggio comune. Comprendo che vi sia chi desideri liberarsi da questa parola maledetta, da questo razzismo che sembra una postuma persecuzione verbale; ma è proprio per reagire a quanto è avvenuto nei regimi nazifascisti, per negare nettamente ogni diseguaglianza che si leghi in qualche modo alla razza ed alle funeste teoriche fabbricate al riguardo, è per questo che — anche con significato di contingenza storica — vogliamo affermare la parità umana e civile delle razze"[1261]. La discussione si conclude sulle stesse premesse implicite da cui aveva preso le mosse: la presunta valenza scientifica del concetto di razza e il suo

[1258] *Ivi,* 2422 s.
[1259] *Ivi,* 2423.
[1260] L'on. Cingolani non poté far altro che prenderne atto e ritirare il suo emendamento, *Ivi,* 2424.
[1261] *Ivi*, 2424.

ISSN 2279-7238

radicamento nella cultura popolare[1262]. Viceversa, le considerazioni, ragionate e dissonanti, della Commissione Forti che, a un tempo, ripudiava il concetto e il termine "razza", furono relegate alla memoria degli archivi.

La "razza", pur con qualche *fastidio*[1263], fu quindi assunta a parametro del divieto di distinzione previsto dall'art. 3 con specifico riferimento all'esperienza delle leggi razziali. Come è stato osservato, questo intento è dimostrato anche dal fatto che nei lavori della Costituente non fu mai proposto né l'uso del termine "etnia", in realtà "molto comune nelle coeve carte dei diritti", né l'espressione "colore della pelle"[1264].

6. Le diverse accezioni della parola "razza" nelle Costituzioni storiche.

A proposito del richiamo della razza nei testi costituzionali, il panorama comparato risulta particolarmente complesso ed eterogeneo. Ciononostante l'assioma della diffusione della parola razza nei vari ordinamenti giuridici viene, più o meno marginalmente, più o meno opportunamente, utilizzato come argomento a sostegno al suo inserimento (e oggi al suo mantenimento) nella Costituzione italiana.

Negli anni precedenti al primo conflitto mondiale abbiamo un unico significativo riferimento alla razza in un documento costituzionale o in un testo o dichiarazione relativo ai diritti di libertà. Si tratta del XV emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti, adottato nel 1870: "Il diritto di voto dei cittadini degli Stati Uniti non potrà essere negato né misconosciuto dagli Stati Uniti, né da alcuno Stato, per ragioni di razza, colore o precedente condizione di schiavitù". La vicenda statunitense propone alcune interessanti riflessioni.

L'introduzione di tale emendamento è connesso all'abolizione della schiavitù (XIII emendamento, 1865) ma ci consente anche di osservare quanto lento e difficile possa essere il percorso che porta alla traduzione in norme precettive anche della più solenne verità proclamata. La Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776 (a proposito di autorevoli e magniloquenti affermazioni politiche) riconosce alcuni diritti naturali: "Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per sé stesse evidenti; che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono stati dotati dal loro Creatore di alcuni Diritti inalienabili, che fra questi sono la Vita, la Libertà e la ricerca della Felicità". La maggioranza dei padri fondatori considerava la schiavitù un retaggio del passato o addirittura la trovava "illuministicamente" repellente (anche se Thomas Jefferson, indiscutibilmente illuminista e

[1262] Non vi erano preoccupazioni per la carenza di un qualsivoglia fondamento scientifico del termine, piuttosto prevalevano istanze legate alla significato semantico e storico del termine, sia da parte di chi lo osteggiava sia da parte di chi lo sosteneva, sul punto v. C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, cit., 112.

[1263] L'espressione è di E. BETTINELLI, *Razza, Scienza, Costituzione. Le parole contano…*, cit., 211 secondo cui "l'esigenza di testimoniare nella Carta fondamentale della rinascita italiana la più inequivocabile condanna per l'obbrobrio della legislazione e delle pratiche razziste, da cui il Paese si era liberato da così poco tempo, si accompagnava a una cultura che, nonostante l'avveduta segnalazione delle Comunità ebraiche, non aveva ancora percepito l'inconsistenza del termine "razza", anche se indubbiamente esso dava un certo fastidio".

[1264] Non vi erano preoccupazioni per la carenza di un qualsivoglia fondamento scientifico del termine, piuttosto prevalevano istanze legate alla significato semantico e storico del termine, sia da parte di chi lo osteggiava sia da parte di chi lo sosteneva, sul punto v. C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, cit., 112, 114.

ISSN 2279-7238

convinto sostenitore dell'egualitarismo formale, ereditò dal padre 5000 acri di terra e più di duecento schiavi che si rifiutò di liberare anche nelle sue disposizioni testamentarie[1265], tanto per citare solo una delle contraddizioni più evidenti). Tuttavia, circa dieci anni più tardi, essi stessi scrissero a Philadelphia una Costituzione che ha reso impossibile, nell'immediato, l'abolizione della schiavitù, pur non citandola mai direttamente.

Non poteva, infatti, che essere considerata strutturalmente "schiavista-razzista" una Costituzione che prevede che chiunque "soggetto a servizio o lavoro" in uno degli stati fugga in un altro stato, sarà riconsegnato "alla parte cui detta prestazione è dovuta" (cioè, fuor di eufemismo, gli schiavi fuggiaschi saranno restituiti ai "legittimi" proprietari) ovvero prevede che "l'importazione di persone" (leggasi la tratta degli schiavi) non potrà essere vietata per almeno vent'anni o ancora dice che il numero dei deputati di ciascuno stato nella Camera dei rappresentanti sarà proporzionale alla sua popolazione, calcolata aggiungendo, al numero delle "persone libere", i tre quinti di "tutte le altre persone" (cioè gli schiavi i quali, in un gioco perverso, aumentavano la rappresentanza nel Congresso e, quindi, il peso politico dei loro padroni).

Ebbene, se si riconobbe già nel 1776 che gli uomini nascono tutti uguali, ci vollero circa novanta anni prima che – peraltro inaspettatamente – questa parificazione venisse accreditata agli schiavi e altri novanta (se facciamo riferimento al caso deciso nel 1954 dalla Corte Suprema USA, *Brown vs. Board of Education,* che dichiarò costituzionalmente illegittima la segregazione razziale) perché venisse giuridicamente applicata a tutti gli afroamericani (su *tutto* il territorio degli Stati Uniti)[1266].

Successivamente alla I guerra mondiale la parola razza comincia ad apparire più frequentemente in documenti di rango costituzionale anche se il riferimento rimane, tutto sommato, relativamente eccezionale. Il trattato di Saint-Germain-en-Laye, che nel 1919 stabilì la dissoluzione dell'Impero austro-ungarico e la conseguente nascita di nuovi Stati sovrani, in più disposizioni, introduce il godimento dei diritti politici e civili senza distinzione di razza, di lingua o di religione (per l'Austria artt. 63, 66; per la Romania art. 60; per la Cecoslovacchia art. 57).

Tali disposizioni, però, non sempre vengono direttamente incorporate nelle nuove Costituzioni, pur vincolando i singoli paesi e a volte andando di fatto ad integrare l'ordinamento come fonti di rango superprimario. La Costituzione austriaca del 1920, ad esempio, non fa alcun riferimento a razza, lingua e religione al contrario di quella Cecoslovacca (art. 128-1, ma tutta la Sezione VI è intitolata: "Protezione delle minoranze nazionali, religiose e razziali").

In realtà, alla luce dell'art. 80 del trattato stesso, si precisa che: "le persone che possiedono diritti di cittadinanza nei territori che fanno parte della ex Monarchia austro-ungarica e che differiscono in razza e lingua dalla maggioranza della popolazione di tale territorio, entro

[1265] H.E. SLOAN, *Principle and Interest: Thomas Jefferson and the Problem of Debt*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2001, 14 e ss.

[1266] Sulla lunga evoluzione della questione razziale negli Stati Uniti v. E. BELTRAMINI, *L'America post-razziale*, Torino, Einaudi, 2010.

ISSN 2279-7238

sei mesi dall'entrata in vigore del presente Trattato hanno facoltà di optare per l'Austria, l'Italia, la Polonia, la Romania, lo Stato serbo-croato-sloveno, o lo stato ceco-slovacco, se la maggioranza della popolazione dello stato prescelto è della stessa razza e lingua di chi esercita il diritto di optare". Ciò rivelando come la razza sia confusamente utilizzata (o forse addirittura originariamente concepita in quel contesto geopolitico) in una accezione di tutela per gruppi che si ritrovano ad essere minoritari più che altro per ragioni di idioma e religione. Il termine razza, quindi, assume una valenza volta a caratterizzare più in generale individui e comunità che hanno una diversa identità storico-culturale (e non, comunque la si intenda, razziale).

La Costituzione di Weimar del 1919, che pure esordisce proclamando la volontà del popolo tedesco "unito nelle sue stirpi" di dotarsi di una legge fondamentale, curiosamente (ai nostri occhi, ma coerentemente ai suoi tempi) si limita a specificare il principio di eguaglianza con riferimento all'abolizione dei privilegi o delle incapacità di diritto pubblico, collegate alla nascita o all'appartenenza a ceti (art. 109). Chiaramente, come viene esplicitato nei commi seguenti, l'attenzione è esclusivamente focalizzata sui titoli nobiliari (e i gradi accademici, gli ordini cavallereschi e le distinzioni onorifiche). Si tratta pur sempre del ripianamento di diseguaglianze bene o male legate all'origine e al "sangue", ma con una sensibilità (e una finalità) ben diversa rispetto a quella che oggi utilizziamo per superare le forme di cittadinanza ineguale legate alla discendenza.

Qualche anno dopo, nel 1936, è (per prima) la Costituzione sovietica (la c.d. Costituzione staliniana) a prevedere nell'art. 123, comma 1, "L'uguaglianza giuridica dei cittadini dell'URSS indipendentemente dalla loro nazionalità e razza". Anche qui l'elemento razziale è fondamentalmente gregario rispetto a quello nazionale (nazionalista), ma vale la pena osservare come, in un momento storico condizionato da forti pulsioni antisemite, venga espressamente previsto che "qualsiasi propaganda di settarismo razziale o nazionale, ovvero di odio e disprezzo, è punita dalla legge".

Fu comunque l'Olocausto a fungere da punto di svolta. Lo sterminio degli ebrei non rese più possibile una dissociazione di tale atrocità dalle teorie biologiche che individuavano razze geneticamente superiori e inferiori.

Proprio per questo, dopo la seconda guerra mondiale, la parola razza compare praticamente in tutte le nuove Costituzioni, ma in reazione al nazi-fascismo e al fine di condannare (e impedire la potenziale riproposizione) di discriminazioni di stampo razziale o eugenetico.

Per ciò i trattati di pace del 10 febbraio 1947 (c.d. trattati di Parigi) impongono ai paesi sconfitti (per l'Italia è il già citato art. 15 che lo prevede) di predisporre misure a garanzia del godimento dei diritti e libertà fondamentali "senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione", in particolare facendo riferimento alla abrogazione di tutta la legislazione discriminatoria "in ragione dell'origine razziale".

Solo successivamente (ed in contesti peculiari) si possono riscontrare esempi in controtendenza. È il caso della Costituzione del Sudafrica del 1961 ove non è contenuto

ISSN 2279-7238

alcun riferimento ad una dichiarazione dei diritti. Anzi, è sancito il principio del mantenimento delle leggi anteriori alla sua entrata in vigore e tra queste spiccano quelle che avevano legalizzato il regime dell'*apartheid*. In particolare, il *Population Registration Act* del 1950[1267], anche tenendo conto delle sue successive modifiche, impose (fino all'abrogazione nel 1991) un impianto basato su criteri analitici (riguardanti caratteri fisici esteriori) di "catalogazione" razziale degli individui. Ovviamente la classificazione fenotipica aveva profili che non rimanevano circoscritti alla semplice diversità somatica ma comportava implicazioni giuridiche: le persone erano gerarchicamente ordinate sulla base di presunte caratteristiche innate ed ereditarie. Solo con la Costituzione del 1997 si ha il superamento dell'*ethos* razzista dell'ordinamento sudafricano nel momento in cui il preambolo afferma che "il Sudafrica appartiene a tutti coloro che ci vivono, uniti nella diversità". Viene inoltre (con una sorta di "antirazzismo protetto" a livello costituzionale) limitata la libertà di manifestazione del pensiero nel momento in cui configura "l'apologia dell'odio razziale, etnico, di genere o religioso"[1268] e si individua l'obiettivo esplicito di rimediare *necessariamente* "agli effetti delle leggi e delle pratiche di discriminazione razziale del passato" (art. 25 per il diritto di proprietà; art. 29, per l'istruzione).

Ovviamente una forte suggestione simbolica, prima ancora che giuridica, si lega all'affermazione, nel primo articolo, che "la Repubblica del Sudafrica è uno stato unitario, sovrano e democratico, fondato sui seguenti valori: a) la dignità umana, il perseguimento dell'uguaglianza e l'avanzamento dei diritti umani e delle libertà; b) il rifiuto delle discriminazioni razziali e di genere", ove il fulcro della proclamazione sta nel concetto di *dignità*.

Possiamo trovare, in quest'ultimo elemento, un tratto comune con altre carte costituzionali che (al fine di uscire definitivamente dalle esperienze domestiche di persecuzioni razziali) vogliono percorrere, con la forza propria delle solenni dichiarazioni programmatiche ed ideologiche, questa strada di emancipazione (o, se si preferisce, di superamento dell'orrore). È immediato il riferimento alla Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del 1949, non per caso al *primo* comma del suo *primo* articolo, antepone alla affermazione del principio di uguaglianza proprio la protezione della dignità umana. Il suo *incipit* è celebre: *Die Würde des Menschen ist unantastbar* ("La dignità dell'uomo è intangibile" e prosegue affermando che "È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla"). E se per dignità umana si può intendere, in prima approssimazione, il riconoscimento giuridico del principio etico del valore della persona in quanto tale (*rectius*: di tutte, *ma proprio tutte*, le persone in quanto tali), il riferimento non può che essere alla degradazione che il nazismo provocò attraverso una perversa architettura antropologica e sociale.

[1267] K. BRECKENRIDGE, *The Book of Life: The South African Population Register and the Invention of Racial Descent, 1950–1980*, in *Kronos,* 2014, n. 40, 225 ss.

[1268] Art. 16, comma 2, lett. c), Cost. Sudafrica.

ISSN 2279-7238

Particolarmente evocativa è la Costituzione polacca del 1952 (quella, si noti per inciso, che nel suo preambolo sottolinea testualmente che "durante il periodo dell'occupazione, la nazione polacca ha sostenuto una lotta inflessibile ed eroica contro la sanguinaria invasione hitleriana"): l'art. 69, comma secondo, recita che "è proibito fomentare l'odio o il disprezzo, seminare la discordia o *umiliare* un uomo a causa della diversa nazionalità, razza o confessione". Umiliazione razziale, quindi, considerata come inaccettabile negazione del principio personalistico. Nella successiva Costituzione postcomunista del 1997 (che utilizza il preambolo, invece, per riferirsi all'appartenenza del popolo polacco ad "un'unica Famiglia Umana"), all'art. 13, esiste un ulteriore riferimento alla barbarie ideologica razzista: "è vietata l'esistenza di partiti politici e altre organizzazioni che si richiamano nei propri programmi ai metodi ed alle pratiche totalitaristiche nazista, fascista o comunista, *nonché* quelli i cui programmi
presuppongono o ammettono l'odio razziale e nazionale", specificando il modello di protezione del pluralismo democratico (sul modello dell'art 21 del *Grundgesetz*) in chiave segnatamente antirazzista.

La recente Costituzione della Costa d'Avorio del 2016 è emblematica dell'esigenza di rimarcare i contorni vaghi del concetto di razza. Il suo art. 4, al comma 2 recita: "*Nul ne peut être privilégié ou discriminé en raison de sa race, de son ethnie, de son clan, de sa tribu, de sa couleur de peau, de son sexe, de sa région, de son origine sociale, de sa religion ou croyance, de son opinion, de sa fortune, de sa différence de culture ou de langue, de sa situation sociale ou de son état physique ou mental*". L'intento onnicomprensivo è evidente e trascende i parametri delle possibili discriminazioni razziali. Colpisce, in ogni caso, l'accostamento alla razza di ogni altro parametro utile a riempire di significato quel primo contenitore vuoto e indefinito, nella ricerca di una definizione per approssimazioni successive[1269].

Fra le poche Costituzioni in cui al giorno d'oggi non compare la parola razza, meritano qualche attenzione quella del Belgio e quella della Finlandia. Il fatto potrebbe non essere di per sé particolarmente sintomatico se utilizzassimo unicamente una prospettiva storica: sono Carte originariamente risalenti agli anni (quella belga addirittura al 1831, quella finlandese al 1919, quando raccolse le quattro leggi fondamentali approvate all'indomani dell'indipendenza) in cui, come abbiamo già segnalato, non era frequente l'utilizzo del termine razza. Ma ci si può forse soffermare su due ulteriori aspetti.

Innanzitutto queste Costituzioni sono state profondamente e organicamente revisionate in anni più recenti (rispettivamente nel 1994 e nel 2000) senza che si sia avvertita l'esigenza di introdurre una specifica enunciazione (di rango costituzionale) antidiscriminatoria legata alla parola razza. Il Belgio continua ad avere un riferimento generico all'eguaglianza di

[1269] Si noti peraltro che la Costituzione post-coloniale del 1960, all'art. 6, prevedeva (sul calco della Costituzione francese del 1958) che il divieto di distinzioni *d'origine, de race, de sexe ou de religion* (è peraltro interessante notare come il parametro del sesso non è presente nel testo vigente della Costituzione francese, sul punto si veda il paragrafo successivo); mentre la Costituzione ivoriana del 2000 accostò alla razza e all'origine anche l'etnia (art. 30, comma 2).

ISSN 2279-7238

fronte alla legge (art.10)[1270]; la Finlandia mantiene un elenco di ragioni per cui nessuno, senza giustificato motivo, può essere discriminato (art. 6), "sulla base del sesso, dell'età, dell'origine, della lingua, della religione, delle convinzioni, delle opinioni, della salute, di una disabilità o di altre ragioni che riguardano la propria persona" che non comprende alcun riferimento razziale (e quello di origine è un parametro diverso).

Il secondo motivo è, in realtà, strettamente connesso al primo. L'assenza di un rinvio testuale alla parola razza, nel contesto di una comunque solida affermazione del principio di eguaglianza, non solo non ha menomato gli orientamenti antidiscriminatori ma non ha impedito che le scelte etico-politiche in direzione del contrasto ai pregiudizi razziali, all'antisemitismo, alla xenofobia si traducessero in puntuali tutele giuridiche. La Costituzione belga addirittura prevede (a proposito di una norma relativa ad aspetti di esercizio della funzione giurisdizionale da parte della Corte d'Assise, art. 150[1271]) che: "La giuria è istituita per tutte le cause penali e per i reati politici e a mezzo stampa, ad eccezione dei reati a mezzo stampa ispirati da razzismo o xenofobia". In questa Carta, quindi, non compare la parola razza ma compare la parola razzismo.

Questo per dire che un obiettivo di politica criminale quale la sottoposizione di questi delitti (moltiplicatisi nel tempo attraverso l'utilizzo di internet) ad un giudizio più rapido di quello in Corte d'Assise e la loro sottrazione ad una eccessiva (e controproducente) visibilità mediatica, ha trovato senza problemi un riconoscimento a livello costituzionale. Per schematizzare ulteriormente: non aver sentito la necessità di inserire la parola razza in Costituzione non ha interferito con l'esigenza di disciplinare in essa (pur per un suo aspetto particolare) il fenomeno del razzismo.

7. Dalla "*suppression du mot race*" alla "*pretetendue race*" e ritorno. Il caso francese.

La vicenda francese è storicamente indicativa perché probabilmente in nessun altro ordinamento, troviamo una così sintomatica compresenza di una tradizione giuridica che fa riferimento al razzismo coloniale (schiavista) e, successivamente, ad una legislazione razzista antisemita.

Il concetto biologico di razza è implicitamente alla base dell'intera legislazione coloniale (per la verità non solo in Francia[1272]). Sebbene non compaia espressamente nel *code noir*

[1270] "All'interno dello Stato non vi è alcuna distinzione di ordine. I Belgi sono uguali di fronte alla legge". Merita di essere ricordato anche l'art. 11 "Il godimento dei diritti e delle libertà che viene riconosciuto ai Belgi deve essere assicurato senza discriminazioni. A tal fine, la legge e i decreti garantiscono in particolare i diritti e le libertà delle minoranze ideologiche e filosofiche". Per quanto riguarda, invece, le discriminazioni per ragioni di sesso, si è ritenuto, al contrario, di inserire un riferimento esplicito (art. 11-bis) con la riforma del 21 febbraio 2002

[1271] In seguito alla revisione costituzionale 7 maggio del 1999.

[1272] A proposito del rapporto fra leggi razziali e colonialismo nell'ordinamento italiano è stato osservato da P. CARETTI, *A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria*, cit., 33, che in realtà la "logica esplicitamente razzista" appare subordinata alla differenziazione dello *status* di cittadini delle colonie. Anche se sul piano ideologico la Dichiarazione del Partito nazionale fascista del 25 luglio 1938 non lascia dubbi: "con la creazione dell'Impero, la razza italiana è venuta in contatto con altre razze; deve quindi guardarsi da ogni ibridismo e contaminazione. Leggi "razziste" in tale senso sono già state elaborate e applicate con fascistica energia nei territori dell'impero".

ISSN 2279-7238

elaborato da Colbert e promulgato da Luigi XIV nel 1685, tutte le disposizioni che regolano la vita degli schiavi nelle Antille francesi e nella Guyana francese prendono le mosse dall'assunto che lo schiavo è di pelle nera e, in quanto tale, è un essere umano inferiore rispetto ai bianchi. Proprio nella seconda versione del *code noir* (per la Louisiana), pubblicata nel 1724, la componente razziale diventa anche più esplicita: si utilizzano le parole "schiavo nero", in contrapposizione ai "bianchi" di cui si parla più volte.

La parola "razza" compare, però, esplicitamente nel diritto francese solo con il decreto del 21 aprile 1939, il c.d. decreto Marchandeau, dal nome del ministro della Giustizia dell'epoca[1273]. E viene alla luce sul presupposto che "*aucune raison de la race ou de la religion ne peut rompre l'égalité des citoyens*".

Il decreto era destinato a vietare una massiccia campagna denigratoria in atto contro gli ebrei al fine di arginare la diffamazione commessa attraverso la stampa "verso un gruppo di persone, per la loro origine, razza o religione". Per il vero questa fu una risposta assai tardiva e dovuta alle pressioni della *Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme* (LICRA), alla inquietante progressione dell'antisemitismo francese, iniziata, prima ancora che in altri ordinamenti, alla fine del XIX secolo con *l'affaire Dreyfus*.

Resta comunque il fatto che il concetto di razza "debutta" nella legislazione transalpina in chiave antidiscriminatoria e quindi in (flebile, alla luce degli accadimenti successivi) controtendenza e in polemica con la coeva legislazione tedesca e italiana. Tanto è vero che uno dei primi interventi normativi del regime di Vichy fu proprio quello di abrogare il decreto Marchandeau[1274], a sua volta reintrodotto al momento della Liberazione, (e infine definitivamente sostituito dalla Legge n. 72-546 del 1° luglio 1972, relativa alla lotta contro il razzismo).

L'ambiguità del concetto di razza si manifesta emblematicamente in questa oscillazione semantica (ma forse è più appropriato parlare di utilizzo quasi schizofrenico) a seconda del contesto politico e ideologico: ha contribuito a fondare giuridicamente le discriminazioni razziali nei regimi nazi-fascisti, ma (prima e soprattutto dopo) anche la legislazione antirazzista.

Un ultimo rilievo storico-costituzionale contribuisce a rendere, non particolarmente nitido il quadro generale.

L'articolo 2 della Costituzione del 4 ottobre 1958 (diventato oggi il primo articolo con la riforma costituzionale del 4 agosto 1995), proclama che la Francia "garantisce l'uguaglianza davanti alla legge di tutti i cittadini senza distinzione di origine, razza o religione".

Ma il termine razza sembra essere stato introdotto nella Costituzione della Quinta Repubblica senza una approfondita discussione[1275]. Né la bozza del 29 luglio 1958 presentata dal governo e sottoposta al comitato consultivo costituzionale, né il testo del 21 agosto, vagliato dal Consiglio di Stato, o il progetto predisposto dal comitato

[1273] C. LIAUZU, *La société française face au racism*, Bruxelles, Editions Complexe, 1999, 190.
[1274] Con una legge del 27 agosto 1940 (il Maresciallo Petain aveva assunto pieni poteri l'11 luglio 1940).
[1275] Sul punto v. F. BORELLA, *Le mot race dans les Constitutions françaises et étrangères*, in *Mots*, n. 33, 1992, 305 ss.

ISSN 2279-7238

interministeriale, dopo il parere del Consiglio di Stato del 28 agosto, contengono una menzione della razza. Solo in extremis questa parola è stata aggiunta dal Consiglio dei Ministri e inserita nel progetto di nuova Costituzione che poi è stato sottoposto, con successo, a *referendum*. In assenza di resoconti ufficiali di queste sedute del governo, non siamo perciò in grado di sapere quali furono le ragioni per cui ci fu un ripensamento, se, più banalmente, il punto fu oggetto di discussione o meno ovvero ancora si intese sottolineare ed enfatizzare la formula che pure era presente (nel preambolo) della Costituzione del 27 ottobre del 1946. Laddove la Costituzione del 1958 richiama "l'uguaglianza davanti alla legge di tutti i cittadini, indipendentemente dall'origine, dalla razza o dalla religione", il costituente si è evidentemente allineato al primo paragrafo del preambolo della Costituzione del 1946, che proclama che "ogni essere umano, indipendentemente da razza, religione o credo, ha diritti inalienabili e sacri".

Anche sulla base di queste coordinate storiche, non stupisce che in Francia, prima che altrove, si sia acceso il dibattito sull'eliminazione della parola razza dall'ordinamento giuridico, coinvolgendo piuttosto appassionatamente non soltanto la comunità scientifica e la dottrina giuridica ma soprattutto i partiti politici e l'opinione pubblica. In parecchi settori della cultura francese è affiorato prepotentemente l'imbarazzo e il disagio di dover leggere la parola razza in Costituzione e nella legislazione ordinaria.

Una delle prime tracce di questo dibattito risale alla pubblicazione nel 1992 di un volume monografico della rivista *Mots*[1276] dal titolo *Sans distinction de ... race*. La domanda che apre il dibattito è diretta: "*Le mot race est-il de trop dans la Constitution française?*" e si giustifica, nelle intenzioni dei curatori del volume, sulla base di un'esigenza emersa in seguito all'approvazione di una norma legislativa che, a determinate condizioni, consentiva l'archiviazione "delle origini razziali delle persone" e che fa emergere il dubbio di essere di fronte ad un ribaltamento degli effetti desiderati dalla norma costituzionale che – per il tramite della parola *razza* – vieta ogni discriminazione[1277].

Nei fatti si è giunti fino all'approvazione da parte dell'Assemblea Nazionale, il 16 maggio del 2013, di una *proposition de loi* che prevede la sostituzione (nel codice penale, di procedura penale nel *Code du Travail* e in numerosi altri testi normativi, non ultima la legge 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa) del sostantivo "razza" o dell'aggettivo "razziale" con le espressione "razzismo" o "razzista". Non è particolarmente interessante, se non alla luce delle recentissime novità portate dall'Assemblea nazionale, soffermarsi sulle questioni di tattica politica che hanno portato il progetto ad arenarsi in sede di commissione parlamentare in Senato.

L'arresto del procedimento legislativo in questione aveva interessato anche quello che era stato individuato politicamente come il "bersaglio grosso": il candidato François Hollande, nel marzo 2013, durante la campagna elettorale che lo portò a insediarsi all'Eliseo manifestò

[1276] *Mots*, n. 33, 1992.

[1277] Sul punto v. S. BONNAFOUS - B. HERSZBERG - J.-J. ISRAEL, *Le mot race est-il de trop dans la Constitution française ? Une controverse – Présentation*, in *Mots,* n. 33, 1992, 5 ss.

ISSN 2279-7238

enfaticamente la volontà di espungere la parola razza anche dal secondo comma dell'art. 1 della Costituzione.

Anche qui non ha soverchia importanza sottolineare come la difficoltà puramente politica di aggregare una maggioranza dei 3/5 del Parlamento (riunito in Congresso) o l'inopportunità di un referendum (procedimento di revisione costituzionale alternativo al precedente), abbia "suggerito" all'ex presidente una ritirata strategica. Il "fuoco" ha continuato a covare sotto le ceneri e ha ripreso vigore ripetutamente. Il caso più clamoroso (per la risonanza che ebbe nell'opinione pubblica) coincise con la dichiarazione dell'allora eurodeputata repubblicana Nadine Morano che affermò perentoriamente che la Francia è un "*pays de race blanche*"[1278]. Una delle risposte più chiare (lineare e semplificatoria quasi al limite del brutale) ma anche più efficaci fu quella del socialista Michel Sapin: "oggi la parola razza significa razzismo e il razzismo non è compatibile con la Repubblica"[1279].

Ancora più interessante è valutare come i testi in discussione avessero provato a risolvere (al termine di un approfondito dibattito e, secondo il nostro parere, anche in maniera piuttosto convincente) alcune questioni delicate (tra le quali anche la non fungibilità del concetto di razza con quello di etnia od origine).

Al primo articolo del testo approvato in Assemblea Nazionale nel 2013, si enuncia che: "*La République française condamne le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Elle ne reconnaît l'existence d'aucune prétendue race*". Nel secondo si procede poi puntualmente a modificare, ad una ad una, le disposizioni legislative in cui compare il riferimento letterale alla razza[1280].

L'enunciazione iniziale, introdotta solo al termine del dibattito parlamentare in sede di emendamenti al testo base[1281], ha il merito di superare le maliziose accuse di ingenuità che erano state rivolte all'impianto originario dell'articolato per cui risulta chiaro (qualora ce ne fosse bisogno) che eliminare la parola razza non basta a cancellare il razzismo. Cadendo (pur consapevole dei pericoli) nella temibile trappola della argomentazione per *slogan*, si potrebbe dire che viene invece evidenziato che non sono le "razze" a creare il razzismo, ma è il razzismo che crea le "razze". Con "presunta razza, *prétendue race*" si intende descrivere una congettura ingannevole, una costruzione artificiale senza fondamenta ovvero, come ribadito da più parti, un falso mito che però produce danni reali[1282].

Malgrado l'evidenza che la legge ordinaria e la legge costituzionale di cui sopra non siano state definitivamente approvate, si può forse asserire che comunque un risultato giuridico (e non soltanto metagiuridico) sia stato raggiunto. Solo per citare qualche recente caso, con la legge n. 2017-86 del 27 gennaio 2017, sull'uguaglianza e la cittadinanza, nell'ambito del

[1278] Intervenendo in un dibattito televisivo sul canale France2 il 26 settembre 2015, v. https://www.youtube.com/watch?v=j-9y9SuKEDM.

[1279] Michel Sapin in quel momento ricopriva anche la carica di Ministro delle Finanze. La sua replica alla Morano la si può trovare in https://www.lejdd.fr/Politique/Michel-Sapin-et-des-parlementaires-veulent-supprimer-le-mot-race-de-la-loi-753541.

[1280] Da un conteggio approssimativo risultano circa 60 citazioni del termine in 13 atti legislativi.

[1281] Assemblée Nationale, 16 maggio 2013, sessione ordinaria 2012-2013, n. 139, (http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0139.asp). In proposito v. anche il dossier legislativo *Pouvoirs publics : suppression du mot "race" de notre législation in* http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/suppression_mot_race_legislation.asp.

[1282] S. SALARDI, *"Razza": falsi miti e danni reali di un concetto,* cit., 464.

ISSN 2279-7238

Capitolo IV (*Disposizioni per migliorare la lotta contro il razzismo e le discriminazioni*) significativamente inserita nel Titolo III (*Per l'eguaglianza sostanziale*) è stato modificato l'art. 132-76 del codice penale (proprio una di quelle norme che avrebbero dovuto essere interessate dalla proposta di legge del 2013).

Nel merito si prevede un'aggravante per i reati preceduti, accompagnati o seguiti da scritti, immagini o atti di qualsiasi natura in grado di offendere l'onore o l'immagine di una persona appartenente ad una *presunta razza*, una etnia, una nazione o una religione determinata. Senza tutto il percorso di "consapevolezza" normativa e culturale di cui abbiamo tentato di dare conto in precedenza, con tutta probabilità si sarebbe mantenuta/applicata (istintivamente?) la formula quasi liturgica che comprendeva sempre, come primo, il riferimento alla razza *tout court*. Probabilmente il messaggio politico sarebbe stato meno offuscato se si fosse aggiunta l'espressione "*ou pour des raisons racistes*", ma ciò non svaluta (nel suo complesso) lo sforzo normativo del parlamento transalpino.

L'adozione della stessa tecnica normativa nel Décret n. 2017-1230 du 3 août 2017 "*Relatif aux provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire*" per la modifica dell'articolo 625-7 del *Code Pénal* conferma come si sia irreversibilmente innescato un circuito virtuoso.

I francesi hanno avuto, in definitiva, un segnale preciso. Fino a pochi giorni addietro, si poteva solo ragionevolmente supporre che il legislatore non avrebbe più potuto utilizzare la parola razza con la stessa disinvoltura del passato. Oggi possiamo con certezza sostenere che si è sgombrato il campo da un utilizzo "superficiale" (o se si vuole "rituale") del termine "razza". Verrebbe da dire che l'opacità e l' ambiguità del concetto è stata smascherata e ciò è testimoniato, come accennato nell'*Introduzione*, dai lavori della *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République* dell'Assemblea Nazionale[1283].

All'*unanimità*[1284]è stata approvata la proposta che cancella *le mot race* dal primo articolo della Costituzione. Se la nuova formulazione dovesse essere approvata definitivamente, la Costituzione francese esordirebbe con queste parole: "*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe, d'origine ou de religion*".

[1283] A norma dell'articolo 36, paragrafo 18, del *Règlement de l'Assemblée nationale*, le materie di competenza di tale commissione sono le leggi costituzionali, le leggi organiche, i regolamenti, la legge elettorale, le libertà civili, la sicurezza, la sicurezza civile, il diritto amministrativo, il servizio civile, l'organizzazione giudiziaria, il diritto civile, il diritto commerciale e penale, le petizioni, l'amministrazione generale e territoriale Stato e autorità locali.

[1284] Nel *Rapport* n. 1137 (*présentation générale et commentaires d'articles*) si sottolinea "*Vos rapporteurs se félicitent du très large consensus qui s'est dégagé en commission sur cette question, dont l'Assemblée nationale avait déjà eu l'occasion de débattre par le passé*". In questa vicenda balza agli occhi come la correttezza semantica, il rigore scientifico, il rinnovato ed efficace sforzo di contrasto alle pratiche discriminatorie, possono convivere e portare a risultati condivisi in grado di prevalere sulle potenzialità ostative delle schermaglie partitiche, v. www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r1137.pdf.

Il deputato Philippe Gosselin aveva ben sintetizzato nel suo intervento il tono complessivo del dibattito: **"***Nous sommes tous d'accord sur le fond, les débats ont été assez éclairants et je trouve que nous avons fait œuvre utile en réaffirmant notre volonté de lutter contre les discriminations et les doctrines qui mettent au centre de leurs éléments les prétendues races. Tout a été dit, et fort bien*".

ISSN 2279-7238

Qualche notazione a margine. Non è sfuggito al dibattito parlamentare che comunque la parola "razza" sopravviverebbe nel testo del preambolo della Costituzione 1946 e quindi nel *bloc del constitutionnalité*. Tale ipotetica disarmonia si lega al carattere storico-simbolico e alla marcata rigidità di quel documento costituzionale a fronte di una vocazione evolutiva della Costituzione vigente[1285].

Inoltre, la commissione ha ritenuto di dover introdurre contestualmente il divieto di discriminazione per motivi di sesso. Questo lavoro di "taglia e incolla" è assolutamente coerente con le premesse che sostengono un organico disegno di contrasto alle pratiche discriminatorie. Alla luce delle conoscenze odierne la razza non è oggettivamente un criterio della stessa natura degli altri presenti nell'enunciato costituzionale. La diversità per sesso esiste (e quindi può e forse deve stare in Costituzione), quella razziale non esiste (e quindi non può stare in Costituzione). E il legislatore costituzionale ne trae le dovute conseguenze.

Altro punto interessante riguarda la discussione che ha riguardato il termine "*origine*", già presente fra i parametri dell'art. 1 Cost. Si è discusso sull'opportunità di aggiungere una "*s*" alla parola. Apparentemente può apparire una questione di poco conto. Ma il connotare al plurale le origini sarebbe più coerente con lo sforzo in atto di irrobustire le difese contro le (più varie) discriminazioni. La deputata Hélène Vainqueur-Cristophe sottolinea come "Ciò consentirebbe di tenere conto di tutti i tipi di discriminazione, in particolare di quelle relative all'origine etnica – e quindi al colore della pelle –, genetica, culturale, territoriale e geografica"[1286].

Non è stata del tutto abbandonata, comunque, l'opzione di utilizzare la formula "*prétendue race",* quantomeno nella legislazione ordinaria. La consapevolezza che sia necessaria una ricaduta al livello di disciplina sub-legislativa ha indotto la Commissione a "rispolverare" la soluzione del maggio 2013, prevedendo che il *Sénat* accolga nei suoi porti la *navette* partita dall'Assemblea Nazionale ma mai "autorizzata all'attracco".

8. L'emblematica vicenda della elaborazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

A partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite nel dicembre del 1948 nel diritto internazionale si è consolidata

---

[1285] *"La différence est que notre Constitution est évolutive alors que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Convention européenne des droits de l'homme sont, par nature, beaucoup plus figées. La Constitution peut évoluer et s'adapter à notre siècle. On peut en faire disparaître le mot « race », et je salue tous les groupes qui se sont exprimés pour qu'il en soit ainsi"*, così il deputato M. Sacha Houlié, v. http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr-cloi/17-18/c1718090.asp.

[1286] "*Je crois qu'il y a un consensus général concernant la suppression du mot " race ". De tous bords politiques, nous sommes tous d'accord sur ce principe. Pour rassurer ceux qui pensent que cette suppression va entraîner une révolution dans la lutte contre le racisme, nous voulions ajouter " origines ". Cela permettrait la prise en compte de toutes sortes de discriminations, notamment celles liées à l'origine ethnique – donc à la couleur de la peau –, génétique, culturelle, territoriale et géographique*".

Il deputato Michel Castellani aderendo a questa proposta, rivendica orgogliosamente come L'Assemblée de Corse "*a ainsi voté une motion affirmant qu'il n'existe aucune supériorité ou infériorité d'une culture, d'un groupe ou d'une minorité nationale, religieuse ou autre par rapport à une autre culture, un autre groupe ou une autre minorité"*, v. http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr-cloi/17-18/c1718090.asp.

ISSN 2279-7238

l'idea della condanna di ogni discriminazione fondata sulla razza[1287]. Il preambolo della Dichiarazione sancisce ad imperitura memoria che "il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità" e fissa, all'art. 2, il principio per cui i diritti spettano a tutti gli individui "senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione". Una formula molto ampia che accosta alla "razza" il colore e aggiunge anche l'origine nazionale.

Il testo originariamente presentato dalla *Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities* non includeva altri parametri, in conformità al testo dello Statuto delle Nazioni Unite ("senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione", art. 1, ma anche artt. 13, 55 e 76). Nel corso dei lavori della Sottocommissione, tuttavia, l'indiano Masani aveva proposto di aggiungere la parola "colore" argomentando che "razza e colore fossero due concetti che non si sovrapponevano necessariamente l'uno all'altro"[1288].

Furono due le principali obiezioni alla proposta di aggiungere il termine "colore". La prima fu sollevata dall'haitiano Herald Roy: "in nessuna conferenza dell'ILO, dell'OMS e dell'UNESCO […] o nello Statuto delle Nazioni Unite è mai stata utilizzata un'espressione diversa da razza, sesso, lingua o religione. Aggiungere adesso il termine 'colore', implicherebbe che il colore non è incluso in nessuno dei documenti internazionali che menzionano la sola razza". Al rilievo formale che auspicava la coincidenza con il testo dello Statuto delle Nazioni Unite, si sommava la preoccupazione di una sua eventuale revisione.

La seconda obiezione aveva una portata sostanziale più ampia ed era legata alla difficoltà di dare un significato proprio al termine "razza". Si sosteneva, in sostanza che non esistendo un significato scientifico della parola, ad essa doveva essere attribuito un senso generico "che comunemente includeva il colore"[1289]. Tuttavia, l'argomento si prestava ad essere logicamente ribaltato come fece il sottocommissario francese Spanien: siccome "non esiste una definizione scientifica di razza" è "auspicabile che la parola 'colore' sia aggiunta"[1290].

È stato osservato che se la proposta di Masani fosse stata messa ai voti sarebbe stata ragionevolmente approvata in questa fase, ma il Presidente Ekstrand, rilevate le diversità di opinioni, fece aggiungere una nota alla relazione della *Sub-Commission*: "non si ritiene necessaria la specifica menzione del 'colore' poiché è incluso nella parola 'razza'"[1291].

[1287] La Dichiarazione Universale in realtà è una Convenzione e non un trattato che vincola giuridicamente gli Stati ed è preceduta dalla Carta dell'Organizzazione negli Stati Americani (Trattato di Bogotà) approvata pochi mesi prima e di cui riprende il tenore letterale.

[1288] Il testo originale delle citazioni dei lavori preparatori è riportato in J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 199, 102 ss.

[1289] Così J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, cit., 102.

[1290] Anche altri membri della sottocommissione si schierarono su tali posizioni come ricorda A. SANTOSUOSSO, *Razze e dichiarazioni dei diritti: il rischio di* affermar negando, in M. MONTI - C. A. REDI, *No razza – Sì cittadinanza*, cit., 138.

[1291] In questo senso in J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, 199, 103.

ISSN 2279-7238

Gli stessi argomenti ora ricordati furono riproposti durante la seconda sessione della *Human Rights Commission*, l'11 e il 12 dicembre 1947, in particolare dal commissario libanese Malik ("'razza' e 'colore' non significano la stessa cosa, né il concetto di colore è incluso nella parola 'razza'") e la proposta della delegazione indiana di aggiungere il termine "colore" dopo "razza" fu approvato a larghissima maggioranza, nonostante qualche perplessità legata al rapporto con lo Statuto delle Nazioni Unite che aveva suggerito la formulazione alternativa "race including colour", poi accantonata[1292].

Come è stato osservato da Santosuosso "dalla lettura degli interventi traspare la diffusa consapevolezza che l'idea di razza non avesse fondamento scientifico alcuno" in seno alle Nazioni Unite[1293]. A distanza di pochi mesi dal dibattito interno alla Assemblea Costituente (dove, pur su ferme posizioni antirazziste, Meuccio Ruini affermò comunque l'esistenza di "un significato e un uso scientifico" della parola "razza"[1294]) sembra essersi adottato un approccio cognitivo, se non addirittura metodologico, opposto a quello italiano.

Il testo finale della Dichiarazione universale aggiunge poi anche l'origine nazionale fra i divieti di discriminazione[1295]. La proposta iniziale fu presentata nella *Sub-Commission* dal sovietico Borisov, probabilmente spinto dall'esigenza di ricomporre le tante differenze "nazionali" interne all'URSS. L'iraniano Shafaq propose di ricorrere al divieto di distinzioni etniche, ma l'opzione avanzata dai sovietici prevalse e fu accompagnata da qualche provocazione (che oggi può essere oggetto dell'ironia che si riserva ai paradossi nel momento in cui effettivamente smentiscono l'esperienza comune…). Il commissario sovietico, con i toni del linguaggio di allora, si rivolse così agli antagonisti statunitensi: "qualsiasi cittadino dell'Unione sovietica, sia egli ebreo, negro, georgiano o caucasico può diventare membro e Presidente del Soviet supremo […]. Un negro può diventare Presidente degli Stati Uniti?"[1296].

9. L'evoluzione delle fonti internazionali ed europee.

A livello di fonti internazionali si possono fare ulteriori considerazioni, in particolar modo sull'approccio utilizzato da questi documenti per tentare di saldare coerentemente le premesse ideologiche, le valutazioni scientifiche, le dinamiche di tutela dei gruppi di minoranza.

Vale forse la pena ricordare, tra le altre, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (conclusa a New York il 21 dicembre 1965 e resa

[1292] V. in proposito i resoconti E/CN. 4/SR/34 e E/CN. 4/SR/35.

[1293] A. SANTOSUOSSO, *Razze e dichiarazioni dei diritti: il rischio di* affermar negando, in M. MONTI - C. A. REDI, *No razza – Sì cittadinanza*, cit., 138.

[1294] Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 24 marzo 1947, LXXIV, 2424. In proposito v. le più ampie considerazioni svolte al par. 5.

[1295] Come nota C. NARDOCCI, *Razze e etnia*, cit., 207, fu precisato in una nota esplicativa che l'espressione è riferita non alla cittadinanza ma a generali caratteristiche nazionali.

[1296] La citazione originale ("Can a Negro become President of the USA"") è in J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, cit., 104.

ISSN 2279-7238

esecutiva in Italia dalla legge n. 654 del 1975) per la chiarezza di una parte del suo preambolo: "Convinti che qualsiasi dottrina di superiorità fondata sulla distinzione tra le razze è falsa scientificamente, condannabile moralmente ed ingiusta e pericolosa socialmente, e che nulla potrebbe giustificare la discriminazione razziale, né in teoria né in pratica…".

Sul piano più generale e teorico del "rispetto universale per la giustizia, per lo stato di diritto e per i diritti umani e le libertà fondamentali", per usare le parole dell'atto costitutivo dell' Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), il punto di partenza non può che essere la pubblicazione da parte di questa Agenzia delle Nazioni Unite, del primo *Statement on Race* del 1950. Nel marcare la dissociazione tra la concezione di razza e le scienze biologiche si afferma che: "*national, religious, geographic, linguistic and cultural groups do not necessarily coincide with racial groups: and the cultural traits of such groups have no demonstrated genetic connexion with racial traits*". Ancora più centrato è il riferimento contenuto nel successivo documento del 1967: "*current biological knowledge does not permit us to impute cultural achievements to differences in genetic potential. Differences in the achievements of different peoples should be attributed solely to their cultural history. The peoples of the world today appear to possess equal biological potentialities for attaining any level of civilisation. Racism grossly falsifies the knowledge of human biology*". Resta comunque aperta la questione di come affrontare giuridicamente questa "grossolana falsificazione" e di come concretamente affermare queste "pari opportunità biologiche"[1297].

Spostando l'attenzione sulla dimensione geografica a noi più prossima, possiamo preliminarmente osservare come il "diritto europeo della non discriminazione" sia formato da un quadro di norme elaborate in molteplici contesti e non in un unico *corpus* giuridico. I cardini di questa disciplina sono l'art. 14 della CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo): "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione" e il Protocollo n. 12 del novembre del 2000.

All'interno dell'Unione europea rileva, ovviamente, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali che, al comma 1, stabilisce il divieto di "qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali"[1298]. Sulla base dell'art. 14 CEDU si innestano – in una visione onnicomprensiva – altri parametri, quali per quel che qui interessa, in particolare l'origine etnica e le caratteristiche genetiche. Nelle *Spiegazioni*

[1297] C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, cit., 58 ss.

[1298] In generale sul tema v. C. FAVILLI, *Art. 21*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* Milano, Giuffrè, 2017, 412 ss.

ISSN 2279-7238

relative alla Carta dei diritti fondamentali[1299] si legge che il testo dell'art. 21 della Carta si ispira "all'articolo 14 della CEDU, nonché all'articolo 11 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina per quanto riguarda il patrimonio genetico". Quest'ultima convenzione, firmata a Oviedo il 4 aprile del 1997, appare particolarmente importante: la conoscenza scientifica è posta alla base della sua disciplina e si stabilisce, all'art. 11 del capitolo IV "Genoma umano", che "ogni forma di discriminazione nei confronti di una persona in ragione del suo patrimonio genetico è vietata".

Uno degli atti di maggior rilievo è la direttiva 2000/43/CE *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica* (con interventi nell'ambito del diritto penale e del diritto pubblico dell'informazione). Sul piano più strettamente definitorio, al centro di questa trattazione, si deve sottolineare qualche criticità e qualche confusione.

Innanzitutto la direttiva esclude dal suo raggio d'azione le discriminazioni fondate sulla nazionalità, rimesse alla disciplina dettata dalle norme in materia di libera circolazione delle persone. Manca poi una definizione di razza od origine etnica, rendendo, nell'attuazione concreta, indissociabili i profili relativi alla razza e/o origine etnica, al colore e all'appartenenza a una minoranza nazionale.

Inoltre, al punto 6 delle sue premesse, la direttiva afferma, in termini più sfumati rispetto a quanto visto in altri atti normativi, che "l'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine 'razza' nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie". Si legittima, quindi, l'uso del termine anche se ne respinge il significato scientifico. Come dire: siamo consapevoli della fallacia e della pericolosità del termine razza ma, per chiarezza (o forse per comodità), lo virgolettiamo metaforicamente. E vi diamo le istruzioni per "maneggiarlo" con cautela in quanto temibile e addirittura potenzialmente dannoso, proprio nei confronti dei soggetti potenzialmente vittime di discriminazione.

È inevitabile rilevare alcune contorsioni dovute alla tecnica utilizzata dal legislatore, europeo e nazionale. L'accostamento di concetti distinti fra loro in modo alquanto approssimativo emerge con chiarezza, ad esempio, dalla direttiva 2004/83/CE (recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato) che, all'art. 10, co. 1, lett. a), stabilisce che "il termine 'razza' si riferisce, in particolare, a considerazioni inerenti al colore della pelle, alla discendenza o all'appartenenza ad un determinato gruppo etnico"; mentre, ai sensi della lett. c), "il termine 'nazionalità' non si riferisce esclusivamente alla cittadinanza, o all'assenza di cittadinanza, ma designa, in particolare, l'appartenenza ad un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato"[1300].

[1299] 2007/C 303/02.

[1300] In relazione all'attuazione della direttiva da parte del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, v. A. GRATTERI, *La "razza" nelle parole della legge*, in M. MONTI - C.A. REDI, *No razza, Sì cittadinanza*, cit., 78.

ISSN 2279-7238

Insomma, a distanza di pochi anni dal rifiuto di dare una definizione normativa del termine "razza" la normativa, europea e nazionale, quella definizione la fornisce: l'attenzione al peso delle parole e il rifiuto esplicito delle tesi razziste subisce una parziale, ma significativa, attenuazione.

10. La legislazione ordinaria. Ma la parola "razza" serve?

Se si volge ancora una volta lo sguardo all'ordinamento italiano, e in particolare alla legislazione vigente [1301], è possibile cogliere una tendenza – già emersa in ambito internazionale e comparato – ad affiancare al parametro della "razza" altri concetti genericamente affini quali il colore della pelle, l'origine nazionale o l'origine etnica. La dottrina ha in proposito espresso un apprezzamento per l'intento di non lasciare prive di protezione situazioni di possibile discriminazione, anche se tale approccio potrebbe determinare l'attribuzione di una eccessiva discrezionalità al giudice[1302].

Schematicamente i parametri utilizzati dal legislatore sono:

a) la razza (cui si affianca la variante aggettivata dell'origine razziale)[1303];

b) il colore (talvolta colore della pelle)[1304];

c) l'ascendenza (o la discendenza)[1305];

d) l'origine nazionale[1306];

e) l'etnia, l'origine etnica, l'appartenenza a un gruppo etnico[1307];

f) la cittadinanza[1308];

g) la nazionalità (a cui è talvolta impropriamente assimilata l'origine nazionale)[1309].

Ciascuno di questi concetti (l'elenco si arricchirebbe ancora se si facesse riferimento ai documenti internazionali di tutela dei diritti[1310]) potrebbe essere definito autonomamente per impedire forme di discriminazione basate sulle specifiche caratteristiche di una persona o del gruppo da cui essa proviene (o appartiene).

[1301] Senza pretese di esaustività sono presentati i dati emersi dall'analisi della legislazione vigente con l'esclusione delle leggi di ratifica di trattati internazionali.

[1302] C. NARDOCCI, *Razza e etnia*, cit., 146 esprime la preoccupazione che "la tecnica legislativa impiegata si appalesi foriera del rischio di determinare situazioni oscillanti, nonché mostri un'eccessiva discrezionalità in fase di interpretazione e di applicazione della normativa da parte dei giudici".

[1303] Così D. lgs. n. 286/1998; D. lgs. n. 276/2003; D. lgs. n. 165/2001; D. lgs. n. 44/2010; Legge n. 34/2008; D. lgs. n. 25/2008; D. lgs. n. 251/2007; D. lgs. n. 24/2007; D. lgs. n. 206/2005; D. lgs. n. 177/2005; legge n. 69/2005; D. lgs. n. 196/2003; D. lgs. n. 65/2001; legge n. 39/1990; D. lgs. n. 215/2003; legge n. 354/1975; D. lgs. n. 196/2003 (origine razziale); D. lgs. n. 149/2017.

[1304] D. lgs. n. 286/1998; D. lgs. n. 276/2003; D. lgs. n. 251/2007; legge n. 69/2005.

[1305] D. lgs. n. 286/1998; D. lgs. n. 276/2003; D. lgs. n. 251/2007.

[1306] D. lgs. n. 286/1998; D. lgs. n. 276/2003; legge n. 69/2005.

[1307] D. lgs. n. 286/1998; D. lgs. n. 165/2001; D. lgs. n. 44/2010; Legge n. 34/2008; D. lgs. n. 251/2007; D. lgs. n. 177/2005; legge n. 69/2005; D. lgs. n. 196/2003; D. lgs. n. 165/2001; D. lgs. n. 215/2003.

[1308] D. lgs. n. 286/1998; legge n. 39/1990.

[1309] D. lgs. n. 44/2010; Legge n. 34/2008; D. lgs. n. 25/2008; D. lgs. n. 251/2007; D. lgs. n. 24/2007; D. lgs. n. 206/2005; D. lgs. n. 177/2005; legge n. 69/2005 (che in norme diverse richiama l'origine nazionale); legge n. 354/1975; ; D. lgs. n. 149/2017.

[1310] Ad esempio l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea include anche fra i fattori di discriminazione anche le caratteristiche genetiche.

ISSN 2279-7238

La combinazione dei parametri sopra elencati determina un quadro frastagliato in cui non sempre è possibile identificare la *ratio* delle scelte compiute dal legislatore che, talvolta, appaiono casuali anche all'interno di un medesimo atto normativo. A titolo esemplificativo, si consideri che nazionalità ed origine nazionale sono due concetti affini, ma distinti. Il primo sottolinea una caratteristica attuale, una appartenenza in essere; mentre il secondo fa riferimento ad una provenienza, magari lontana nel tempo. Eppure il legislatore sembra utilizzare tali concetti in maniera fungibile, talvolta anche all'interno di un medesimo provvedimento (come nella legge n. 69/2005 che in norme diverse si riferisce ora alla nazionalità ora all'origine nazionale). Valutazioni simili potrebbero valere anche per l'etnia, l'origine etnica e l'appartenenza a un gruppo etnico nonché per gli altri parametri di non discriminazione utilizzati dal legislatore e sopra citati.

La diffusione del divieto di discriminazioni per ragioni di nazionalità nella legislazione ordinaria pone una interessante questione rispetto alla sua assenza nell'enunciato dell'art. 3 Cost., nonché alle ragioni che suggerirono tale omissione in Assemblea costituente.

Fu Dossetti a presentare un emendamento, approvato nonostante la motivata opposizione dell'on. Cevolotto, diretto ad aggiungere il parametro della nazionalità accanto a quello della razza nel testo del futuro art. 3 della Costituzione. Argomentava Cevolotto: "Non è vero che gli uomini rispetto ad un determinato Stato siano tutti eguali anche se sono di nazionalità differente, in quanto la nazionalità per lo Stato può essere ragione di discriminazione. È naturale che tutti gli uomini di cittadinanza italiana sono uguali di fronte allo Stato italiano, ma non può ammettersi a priori che la stessa condizione si verifichi in pieno per i cittadini di altra nazionalità"[1311]. Anche Lucifero intervenne e propose di sostituire "gli uomini" con "i cittadini", considerando l'espressione *più appropriata*. Ma la Sottocommissione respinse l'emendamento[1312].

Pertanto, nella versione approvata dalla Prima Sottocommissione l'11 settembre 1946, il testo del futuro art. 3 recitava: "Gli uomini, a prescindere dalla diversità di attitudini, di sesso, di razza, di nazionalità, di classe, di opinione politica e di religione, sono uguali di fronte alla legge ed hanno diritto ad uguale trattamento sociale".

Il testo presentato alla Assemblea Costituente fu però quello, diverso, poi sostanzialmente recepito nell'attuale art. 3 della Costituzione: "I cittadini, senza distinzione di sesso, di razza e lingua, di condizioni sociali, di opinioni religiose e politiche, sono eguali di fronte alla legge". Come è stato osservato[1313] tale modifica fu apportata in sede di revisione formale del testo, pur se in palese contraddizione con l'emendamento presentato da Lucifero e

[1311] Resoconto sommario della seduta del 11 settembre 1946, Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 5, 36 s.

[1312] *Ivi*, 35, 38.

[1313] In proposito v. V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana – Illustrata con i lavori preparatori*, Roma, Colombo, 1969, 30 dove si specifica che "il Comitato di redazione, in sede di revisione formale, tolse, perché equivoca, la diversità di attitudini; e tolse anche la diversità di nazionalità come conseguenza della sostituzione del soggetto "gli uomini" (come era nel testo della 1° Sc.) in "i cittadini"". Tale spiegazione è di certo incompleta in quanto nei resoconti della Sottocommissione non vi è traccia nemmeno della modifica di "uomini" in "cittadini", né si dà conto della comparsa del parametro della lingua.

ISSN 2279-7238

respinto dalla Sotto-commissione, ed è all'origine del testo proposto fra gli altri da Fanfani, Moro e Laconi che recita: "I cittadini, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di condizioni sociali, di religione e di opinioni politiche, hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge"[1314]. L'endiadi *razza e lingua* ebbe una vita effimera e il testo approvato dall'Assemblea era ormai quello definitivo, salve le esigenze di coordinamento formale che portarono al testo vigente.

A margine dell'analisi dell'elaborazione dei parametri antidiscriminatori dell'art. 3 Cost., può essere interessante sottolineare che l'elaborazione del termine utilizzato per indicare il soggetto della norma in questione contribuisce – ammesso che ve ne sia il bisogno – alla interpretazione *universalistica* che è comunemente accolta, sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, a proposito del godimento dei diritti fondamentali[1315].

Il legislatore, in alcuni casi, richiama la razza (e l'etnia e la nazionalità) soltanto per il tramite dell'aggettivo corrispondente senza l'utilizzo del sostantivo. È quel che accade in particolare in due leggi di particolare rilievo: la Legge 9 ottobre 1967, n. 962 (Prevenzione e repressione del delitto di genocidio) dove il genocidio è definito sulla base della distruzione di "un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso" e la Legge 13 ottobre 1975, n. 675 che incrimina la propaganda di idee basate "sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico" e l'istigazione alla violenza "per motivi razziali, etnici, nazionali".

Da questo quadro emerge con una certa chiarezza il carattere recessivo del concetto di razza, forse in ragione della sua intrinseca ambiguità. Dalla ricerca risulta un solo atto di natura legislativa, la Legge 1 aprile 1981, n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza) in cui si ricorre all'unico parametro della razza, senza aggiungerne altri relativi all'origine della persona: "è vietato raccogliere informazioni e dati sui cittadini per il solo fatto della loro razza, fede religiosa od opinione politica" (art. 7, comma 2). Vi sono poi alcuni rari esempi di utilizzo della sola forma aggettivata laddove il legislatore si riferisce all'"odio razziale" (Legge 14 novembre 2016, n. 220; D. lgs. 15 dicembre 2015, n. 212) o alla "discriminazione razziale" (Legge 1 agosto 2003, n. 206). In questi casi la forma aggettivata si combina con un sostantivo che è in sé espressivo di un disvalore. Il suo utilizzo sembra pertanto giustificato: nel momento in cui ci si allontana dalla radice dell'etimo "razza", la funzione del qualificativo acquista un senso nella prospettiva di definire un comportamento razzista, sia esso l'odio o la discriminazione.

In tutti gli altri casi al termine razza, anche quando è evidente l'intento di riprendere il tenore dell'art. 3 Cost., si affiancano altri riferimenti, quasi sempre arricchiti dal divieto di discriminazioni per motivi linguistici e religiosi che, però, esulano dal tema di questa ricerca[1316].

[1314] Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 24 marzo 1947, LXXIV, 2421.

[1315] Sul punto v., per tutti, A.S. AGRÒ, *Art. 3, 1° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Art. 1-12 Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il foro italiano, 1975, 123 che, emblematicamente, definisce la questione uno *pseudo-problema*.

[1316] Anche se da sempre le discriminazioni razziali si accompagnano, talvolta confondendosi, con le discriminazioni per lingua e per fede religiosa (le leggi razziali italiane sono emblematiche sotto l'aspetto dell'intreccio – e della insolubile confusione in quel contesto – fra la razza e la religione ebraica).

ISSN 2279-7238

Anche in assenza di una chiara volontà legislativa di bandire l'uso di un termine scientificamente fallace dall'ordinamento, sembra affermarsi in concreto il tentativo di circondare la razza di altri termini, meno evocativi ma singolarmente più precisi.

Il trascurabile impatto applicativo del termine emerge anche da un'analisi della giurisprudenza costituzionale, che fa riferimento letteralmente alla parola razza in una sessantina tra sentenze e ordinanze. Ma, in pratica, solo nella sentenza n. 239 del 1984 l'uguaglianza in base al fattore razziale è direttamente assunta a parametro di un giudizio di legittimità. Nello specifico, la Corte costituzionale effettua un richiamo della disciplina delle Comunità israelitiche che investe più appropriatamente alcuni profili di carattere esclusivamente etnico-religioso, mentre l'elemento razziale, inevitabilmente, rimane sullo sfondo e il termine "razza" è – anche in questa occasione – utilizzato solo per il tramite dell'enunciato dell'art. 3 Cost. Si legge nella motivazione della sentenza: è palese "il contrasto della norma in esame con il fondamentale principio sancito dall'art. 3 della Costituzione, che assevera l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, 'senza distinzione', fra l'altro, 'di razza' e 'di religione'". Nella norma che viene dichiarata incostituzionale[1317], invece, "assumono essenziale rilievo appunto le caratteristiche religiose ed etniche, che confluiscono nella qualificazione di 'israelita'".

Per il resto quasi tutte le altre pronunce fanno riferimento a giudizi su norme che riguardano le razze bovine, canine ed equine ovvero citano in maniera generica e complessiva l'art. 3[1318].

Non sempre il legislatore ricorre al termine "razza" laddove vi sia un intento di protezione da discriminazioni *razziali* o ad essa assimilabili. Si tratta di pochi ma interessanti atti legislativi, il più pertinente dei quali è la Legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), così come modificata dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, il cui art. 1, co. 5, afferma che "il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di *etnia*, di età, di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento".

La modifica del 2001 della legge n. 184 del 1983 sul diritto del minore ad una famiglia, per quanto non vi sia stato un approfondimento nel corso dei lavori parlamentari[1319], appare idonea a dimostrare che la protezione dalle discriminazioni può prescindere dall'utilizzo del termine razza. Non si può infatti ragionevolmente ritenere che la portata della norma sia diversa, e meno estesa, di quella delle norme che, a tutela dalle discriminazioni, richiamano – nelle molte combinazioni possibili – la razza, il colore della pelle, la nazionalità ecc.

[1317] L'art. 4 del r.d. 30 ottobre 1930, n. 1731 (Norme sulle Comunità israelitiche e sulla Unione delle Comunità medesime).

[1318] C. NARDOCCI, *Razza e etnia,* cit., 121 ss.

[1319] La norma deriva da un emendamento della relatrice Serafini presentato in Commissione giustizia alla Camera dei deputati e poi confluito, insieme a un identico emendamento Tarditi nel testo adottato dalla Commissione giustizia in sede redigente il 20 febbraio 2001.

ISSN 2279-7238

Anche la Legge 24 settembre 1992, n. 390 relativa ad interventi di carattere umanitario a favore degli sfollati nei territori della ex Jugoslavia ricorre al concetto di etnia e stabilisce che gli aiuti "dovranno essere ripartiti senza alcuna discriminazione, in particolare di *carattere etnico* o religioso". In questo caso è evidente l'influenza delle motivazioni etniche nel devastante conflitto balcanico del 1991-1995. Discriminazioni, conflitto bellico e crimini contro l'umanità furono, in quell'occasione, la conseguenza di un nuovo razzismo teorizzato sotto l'ombrello della dottrina della *pulizia etnica*.

È invece diversa la portata del Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24 sulla repressione della tratta di esseri umani che, al di fuori di un quadro di protezione dalle discriminazioni, stabilisce l'esigenza di tenere conto "delle specificità relative all'*origine etnica* e culturale del minore" vittima di tratta (art. 4)[1320].

La difficoltà del legislatore nel definire il parametro della discriminazione emerge in modo assai evidente anche dall'esame dell'art. 43 del Testo unico sull'immigrazione (D. lgs. n. 286/1998) dove l'individuo è protetto in modo ampio da ogni discriminazione "basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica". Una norma pressoché onnicomprensiva posto che a tali parametri si aggiunge, ai sensi del comma 2, anche la condizione di straniero: sono infatti considerati atti di discriminazione tutti gli atti che discriminano ingiustamente un individuo "soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una *determinata* razza, religione, etnia o nazionalità"[1321] nel fornire beni o servizi offerti al pubblico, nell'accesso al lavoro, all'alloggio, all'istruzione ecc.

È allora lecito chiedersi: come è possibile individuare *con determinatezza* una razza, quando lo stesso legislatore non è nelle condizioni di darne una definizione compatibile con le conoscenze scientifiche? E, soprattutto, come può il giudice definire in concreto una appartenenza come *determinata* se essa è tale unicamente nel pensiero razzista di chi compie la discriminazione? [1322]

L'etnia, la nazionalità, la cittadinanza, il colore della pelle possono essere determinati. La razza no, perché è inesistente.

Esiste invece il razzismo e con esso le discriminazioni razziali che, fra le tante discriminazioni possibili, sono particolarmente pericolose perché basate su un presupposto fattuale fallace[1323].

[1320] Il corsivo è aggiunto.

[1321] Il corsivo è aggiunto.

[1322] In senso contrario v. le argomentazioni di P. VILLANI, *Tullio De Mauro, la lingua della Costituzione e la parola "razza" all'art. 3*, cit., 205 che – con riferimento alla normativa costituzionale – attribuisce al termine razza una forza evolutiva dettata proprio dalla sua imprecisione: "occorre riflettere se non sia questa mancanza di determinazione in senso positivo a rappresentare la garanzia che, comunque si interpreti nel corso del tempo la parola *razza* (caratteri somatici, provenienza geografica, differenze di costumi o altro ancora) essa non possa costituire in alcun modo un elemento di discriminazione".

[1323] In questo senso v. F. RESCIGNO, *Uguali senza distinzione di razza*, in F. RESCIGNO (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, cit., 38.

ISSN 2279-7238

L'auspicio è che la parola resti un tabù: altrimenti il rischio è che nel momento in cui il legislatore vieta le discriminazioni fondate sulla "razza", egli conferisca alla parola una "*objectivité ambiguë*", come da tempo segnala la dottrina francese[1324].

11. Conclusione: è sufficiente una protezione dell'eguaglianza "senza distinzione"?

Che cosa cambierebbe, sul piano normativo, se l'art. 3, comma 1, Cost. recitasse: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali"? Quali sarebbero le conseguenze dell'espunzione della "parola maledetta" dal testo della Costituzione repubblicana?

Oppure cosa cambierebbe, sempre sul piano normativo, se il parametro antidiscriminatorio della "razza" fosse sostituito con un altro termine? O con una combinazione di altri termini fra quelli già utilizzati dal legislatore ordinario? Etnia, colore della pelle, origine nazionale o geografica?

Come abbiamo chiarito nell'introduzione, l'ambizione di formulare una proposta per la "operativa" revisione dell'art. 3 della Costituzione rimane estranea alla nostra intenzione (e al registro della nostra analisi). Il nostro proposito è – più umilmente – quello di prendere atto dell'attualità di un dibattito che, partendo dal terreno comune dei valori antirazzisti della Costituzione italiana, non può trascurare che la parola *razza* di per sé appare priva di una capacità definitoria sul piano giuridico oltreché su quello scientifico.

A nostro giudizio, l'esperienza francese recente ci mostra come il tema non debba essere considerato un tabù costituzionale. Ci si può, e inevitabilmente ci si deve, confrontare con l'esigenza di adattare il testo della Costituzione (e della legislazione ordinaria) alle nozioni scientifiche prevalenti con la consapevolezza dell'importanza dei simboli ma anche della loro attitudine a mutare nel corso del tempo.

Vale poi la considerazione, come si è cercato di dimostrare, che la protezione contro le discriminazioni non è sostenuta, direttamente e principalmente, *soltanto* dal parametro della razza. L'indeterminatezza del concetto (per non dire della sua fallacia) fa sì che la tutela di ogni minoranza (per colore della pelle, etnia, nazionalità, origine ecc.) possa prescindere da essa. Sono le specifiche disposizioni normative "nemiche" delle discriminazioni (e le decisioni politiche in cui esse si concretizzano) a proteggere i soggetti deboli. E la copertura costituzionale di tali interventi è – a nostro giudizio – data dall'ampio divieto di disporre distinzioni ingiustificate contenuto nell'art. 3 della Costituzione. Già Carlo Esposito osservava che "La irrilevanza della razza per le leggi non risulta mitigata da alcuna altra regola costituzionale"[1325], a differenza di quanto accade con riferimento agli altri parametri

[1324] Così D. LOCHAK, *La* race *une catégorie juridique?*, in *Mots*, n. 33, 1992, 298.

[1325] C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, cit., 48. In proposito v. anche G. E. VIGEVANI, *L'influenza delle leggi razziali nell'elaborazione della Costituzione repubblicana,* cit., 218, secondo cui "Non è un caso che soli il divieto di differenziazioni basate sulla razza, tra quelli previsti nel c.d. 'nucleo forte' del principio di eguaglianza, non incontri deroghe in altre norme costituzionali".

ISSN 2279-7238

– oggettivamente definibili – inclusi nell'art. 3: sesso, lingua, religione e opinioni politiche trovano una specificazione, e sono quindi *mitigati*, in altre disposizioni costituzionali: è il caso dell'art. 37 sulla donna lavoratrice; dell'art. 51 per l'accesso alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza e dei corrispondenti provvedimenti per promuovere le pari opportunità; degli artt. 19 e 20 sulla libertà di religione; della tutela delle minoranze linguistiche ad opera dell'art. 6; del bando del partito fascista stabilito dalla XII disposizione finale. Viceversa, un parametro privo di carattere oggettivo non è, in sé, idoneo a fondare un ragionevole ed efficace divieto di discriminazione [1326] e, solo attraverso il suo accostamento ad altri elementi (etnia, origine, colore della pelle ecc.) è in grado di svolgere una attiva funzione di protezione o promozione.

È indiscutibile che il termine *razza* abbia svolto a partire dal 1947 una funzione paradigmatica importante: il testo dell'art. 3 è stato in grado di esprimere un emblematico giudizio storico sulle leggi razziali e di lasciare un monito alle generazioni successive a quelle tragiche vicende. Oggi, però, avrebbe una portata simbolica e morale forse ancora maggiore la volontà del legislatore costituzionale di condannare il razzismo attraverso una sorta di *damnatio memoriae* proprio della parola maledetta.

Abstract

The word "race" appears in many Constitutions even if genetics and anthropology have demonstrated that it is a fallacious concept.

In these essay we try to show some good reasons that could suggest to amend Article 3 of the Italian Constitution, even though many scholars highlight the historical meaning of the word "race" in connection with racial prosecutions that affected Italy and Europe during the twentieth century.

A particular attention is also given to France (where the path to abolish the *mot race* has already started) and to international and European law.

[1326] Sulla connessione fra le differenze oggettivamente esistenti e le variazioni nel corso della storia della percezione di tali differenze nel sentire comune v. M. DOGLIANI - C. GIORGI, *Art. 3*, Roma, Carocci, 2017, 50 ss.

ISSN 2279-7238

La solitudine del 14 bis, comma tre: l'ideologia del capo e la sua estraneità all'ordinamento costituzionale*

di Alessandro Lauro**

«Domani a quest'ora ti manderò un uomo della terra di Beniamino e tu lo ungerai come capo del mio popolo»
«Ecco l'uomo di cui ti ho parlato; costui avrà potere sul mio popolo»
(Libro di Samuele, *9, 16-17)*

SOMMARIO: 1. Introduzione (con una nota metodologica) – 2. Fra "personalizzazione" e "presidenzializzazione", l'eredità del *Mattarellum*: coalizioni e *leader*– 3. Nascita e conferma del 14 *bis*: la legge Calderoli e il c.d. *Italicum* – 4. La solitudine sul piano comparato: l'individuazione del *leader* nei regimi parlamentari ad opera delle leggi elettorali – 5. La solitudine costituzionale: il 14 *bis,* comma 3 al cospetto della Carta fondamentale (e della Corte che la salvaguarda) – 6. La solitudine "sistematica" della nomina del capo (*rectius*: dei capi) nella "matematica elettorale" della legge Rosato – 7. Conclusioni: la parabola costituzionale del "capo", fra Costituzione "percepita" ed esigenza di rappresentatività

ABSTRACT

Art. 14 bis, paragraph 3, of the Italian Chamber of Deputies Electoral Act imposes on political forces taking part to elections to indicate the name of their "leader", "without prejudices to the powers of the President of the Republic" in appointing the Prime minister.

This essays aims to reconstruct the historical origins of this provision, questioning its compatibility with the Constitutional principles and its coherence with the actual electoral system, which makes quite difficult to form a parliamentary majority without an agreement following the elections results.

A consistent part is devoted to the comparison with other Constitutional systems, in order to verify if Party leaders in other countries enjoy a formal recognition given by the law.

1. Introduzione (con una nota metodologica)

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
** Allievo del Seminario di studi e ricerche parlamentari Silvano Tosi 2018- Università degli studi di Firenze. Cultore della materia in diritto costituzionale – Università degli studi di Brescia.

ISSN 2279-7238

La campagna elettorale antecedente le elezioni del 2018 ha portato in sé un'insanabile contraddizione: da un lato, infatti, la scena politica è stata continuamente occupata da soggetti proclamatisi *leader* di questo o quello schieramento e che hanno professato di essere i "candidati Premier". Dall'altro il sistema elettorale chiamato a trasformare le scelte dei cittadini italiani in seggi parlamentari è sin da subito apparso del tutto inidoneo a formare una maggioranza "certa" nella fantomatica "sera stessa delle elezioni"[1327].

Eppure non si può dire che questi *leader* abbiano davvero millantato qualcosa di estraneo al nostro ordinamento: la legge 3 novembre 2017 n. 165, conosciuta anche come legge Rosato, ha infatti mantenuto, in (non perfetta) continuità con le sue due ultime predecessore, la disposizione di cui all'art. 14 bis del Testo unico sulle leggi elettorali per la Camera dei deputati (D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361). Oggi tale norma, al comma terzo, impone che "*contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, i partiti o i gruppi politici organizzati depositano il programma elettorale, nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica. Restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 92, secondo comma, della Costituzione*". Per quanto riguarda il Senato, l'art. 8 del D.lgs. 20 dicembre 1993 n. 533 rinvia a questa stessa disposizione e, per di più, l'art. 4 della legge 165/2017 richiede che il nominativo del capo della forza politica sia pubblicato nell'apposita sezione "Elezioni trasparenti", sul sito internet del Ministero dell'Interno.

In primo luogo, il presente scritto si propone di ricostruire la genesi storico-politica di questa disposizione che vide formalmente la luce con la legge 21 dicembre 2005 n. 270, ma che è stata null'altro che il precipitato dei sussulti subiti dalla forma di governo parlamentare del nostro Paese. Si cercherà quindi di gettare uno sguardo su altri sistemi parlamentari europei, nel tentativo di comprendere se e in che misura la previsione della legge elettorale italiana costituisce un *unicum* nel panorama comparativo. Ancora, occorrerà soffermarsi sulla compatibilità della previsione di cui all'art. 14 *bis*, comma 3 con alcuni principi fondamentali della Costituzione, per giungere – da ultimo – ad una più approfondita riflessione sulla situazione odierna e sull'illogicità sistematica della previsione nella nuova normativa elettorale dettata dalla legge Rosato.

Il tema – come è intuibile – si colloca in una zona di confine fra diritto costituzionale e scienza politica. L'approccio prevalente vuole essere quello giuridico, basato sull'analisi dei dati normativi

[1327]Ha parlato di «*miraggio del candidato premier*» L. PALMERINI, *Lo stallo sul Consultellum e il "miraggio" del candidato premier*, in *Il Sole 24 ore*, 7 settembre 2017. Sebbene da allora il quadro normativo sia mutato, sembra che l'immagine possa ancora ben adattarsi all'attuale contesto. Peraltro il bisogno di un "*leader*" è stato di recente messo in luce dall'indagine Censis diretta da I. DIAMANTI ed apparsa su *La Repubblica*, 22 gennaio 2018 ed in particolare l'analisi di F. BORDIGNON-A. SECURO, *Alla ricerca del rapporto diretto fra elettori e capi politici.*

ISSN 2279-7238

(scritti e non) e sulle loro interpretazioni; tuttavia non saranno tralasciate alcune osservazioni socio-politiche, magari non di stretta competenza della scienza costituzionalistica, ma che per la loro enorme influenza sulle dinamiche costituzionali hanno saputo guidare lo stesso sviluppo normativo[1328]. Se dunque nel prossimo paragrafo si cercherà di delineare l'evoluzione storico-politica che ha condotto alla nascita della previsione legislativa *de qua,* con taluni spunti forse più politologici, l'analisi si farà più "giuridicamente orientata" nella parte dedicata alla comparazione fra ordinamenti, per poi entrare nel cuore del diritto costituzionale italiano.

Situandosi in questo crocevia, la riflessione avrà modo di toccare molti e diversi temi che, per ovvie ragioni, non potranno essere tutti sviscerati in maniera completa; si cercherà tuttavia di trarre gli elementi più utili e più pertinenti alla costruzione del percorso logico.

2. Fra "personalizzazione" e "presidenzializzazione", l'eredità del *Mattarellum*: coalizioni e *leader*

Sebbene vi fossero state precedenti avvisaglie[1329], fu con il referendum elettorale del 1993 che venne messo in moto in Italia quel processo binario e biunivoco di "personalizzazione" e "presidenzializzazione" del potere: termini, questi, che occupano i due lati complementari della stessa medaglia[1330] di un processo che è, sì, *in primis* socio-politico-culturale, ma niente affatto neutro

[1328]In questo senso non si può che ritornare alla lezione di L. ELIA ed in particolare (sui temi che ci occupano) al suo saggio *La presidenzializzazione della politica,* in *Teoria politica*, n. 1/2006, p. 5 ss., in cui l'illustre A. dialoga con alcuni argomenti messi in luce dalla politologia e che all'epoca in cui scriveva trovavano una concretizzazione normativa nella riforma costituzionale votata dal centrodestra nel 2005 e nella riforma elettorale del cd. "*Porcellum*", su cui si tornerà *infra*.

[1329]Da un punto di vista socio-politico, si pensi alla figura di Bettino Craxi e al nuovo uso che fece dei mezzi di comunicazioni per promuovere la sua figura presso gli elettori negli anni '80. Dal punto di vista istituzionale in questi stessi anni si propose in Italia un'esigenza di rinnovamento: la fine della solidarietà nazionale e la difficile coesistenza fra le varie anime del pentapartito iniziarono a mettere in luce l'esigenza di smuovere la democrazia parlamentare italiana, nata all'ombra del *metus tyranni* e "ingessata" dalla *conventio ad excludendum* e dai suoi cascami. Iniziò a farsi largo all'idea della "democrazia decidente" o "governante" promossa dallo stesso Craxi (cfr B. CRAXI, *Una democrazia governante*, in G. ACQUAVIVA- L. COVATTA (a cura di), *La grande riforma di Craxi,* Marsilio, Padova, 2010, p. 255 : trattasi di un estratto dal dibattito parlamentare sulla mozione di fiducia al Governo Spadolini, 31 agosto 1982) e che trovò accoglienza anche nella dottrina costituzionalistica: si v. ad esempio G. CUOMO, *Decisionismo politico,* in AA.VV., *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia,* Milano, Giuffrè, 1987, p. 254 ss. L'A. afferma che *«il ritorno del Governo che governa con la sua maggioranza nelle Camere ha segnato un punto di attrito con quelle norme regolamentari [del 1971] che, prescindendo dalla rigidità della Costituzione formale, hanno codificato una differente concezione della democrazia parlamentare»* (pag. 268). Su questa scia nel 1988 venne approvata la riforma regolamentare che limitava il voto segreto (si veda A. MANZELLA, *Il parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 72), nonché la legge 23 agosto 1988 n. 440 sull'attività di governo, che mirava ad un rafforzamento della posizione monocratica del Presidente del Consiglio (S. MERLINI- G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 209 ss.).

[1330]Il fenomeno della presidenzializzazione è stato studiato dalla scienza politica, in particolare si veda T. POGUNTKE - P. WEBB (a cura di), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies,* Oxford, Oxford University Press, 2005 in cui il caso italiano è trattato da M. CALISE, *Presidentialization. Italian style*, p. 88 ss. Sul rapporto fra "personalizzazione" e "presidenzializzazione" S. VENTURA, *Il racconto del capo. Berlusconi e Sarkozy*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 10 ss.

ISSN 2279-7238

rispetto all'ordinamento costituzionale.

Se infatti la "personalizzazione" [1331] connota il rapporto che si crea fra "aspirante capo" (prescindendo qui dall'effettivo titolo per cui si concorre) e complesso degli elettori in termini di "rapporto fiduciario" (per cui la scelta – il mandato – è dato *intuitus personae* ed il voto diventa un netto *con me o contro di me*), la "presidenzializzazione" attiene invece alla relazione fra gli organi costituzionali dotati di potere politico. Relazione che, appunto, si sbilancia a favore di un organo monocratico (o al massimo collegialmente ridotto) su cui il potere converge, a detrimento della più vasta Assemblea rappresentativa. Si tratta di una combinazione che platealmente coinvolge la forma di governo, ma altrettanto certamente non lascia esente dei suoi effetti l'assetto complessivo della forma di Stato, incidendo sia sul principio di separazione dei poteri[1332], sia sui caratteri generali della rappresentanza politica[1333].

Dunque, con il passaggio ad una legislazione elettorale prevalentemente maggioritaria – attuato con le leggi 276 e 277 del 1993 – il percorso di "verticalizzazione del potere", descritto poc'anzi, da tendenziale auspicio di talune forze politiche[1334], iniziò a trovare più forti appigli onde radicarsi nell'ordinamento costituzionale italiano.

All'esito di tre distinte tornate elettorali rette dal cd. *Mattarellum* (1194-1996-2001) il quadro politico si trovava ad essere completamente mutato rispetto al periodo repubblicano che verrà ribattezzato – appunto per indicarne il superamento storico-politico, seppur nell'invarianza della Costituzione formale – come "Prima Repubblica".

Sul piano politologico, la situazione può essere sintetizzata come segue.

a) Il sistema dei partiti aveva raggiunto un grado piuttosto chiaro di bipolarizzazione. Ciò significa

---

[1331]Dopo il fallimento della Bicamerale D'Alema «*si è accentuato il fenomeno dei partiti personali e della personalizzazione del potere, che forse meno propriamente si è voluto qualificare come presidenzializzazione: certamente quest'ultima connotazione è particolarmente adatta ai partiti che fanno capo ad un leader-fondatore e proprietario*» (così L. ELIA, *La forma di governo*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 65-78). Più ampiamente sul tema L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni,* Il Mulino, Bologna, 2009, in particolare i capp. VII-VIII-IX.

[1332]Lo ha sottolineato S. BARTOLE, *Democrazia maggioritaria*, in *Enciclopedia del diritto, V aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 2001, pag. 354.

[1333]Incidendo così sull'idea stessa di "democrazia": L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria della democrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2007, pag. 173 stigmatizza come una «*fallacia nella concezione della rappresentanza politica*» quella in base alla quale «*il capo della maggioranza si identificherebbe con il rappresentante organico del popolo, o se si preferisce, della nazione: in breve, con la massima espressione della democrazia*». L'effetto di "impoverimento" della rappresentanza politica si trova in realtà ad essere al contempo causa ed effetto di questo fenomeno, poiché, come insegna L. ELIA, *La forma di governo*, p. 70, «*una particolare ragione della cosiddetta presidenzializzazione*» è stata costituita «*[dal] vuoto ideologico e ideale della esperienza partitica che [ha distinto] negativamente la situazione italiana, non compensata, almeno parzialmente, dalle scelte programmatiche proposte agli elettori dalle diverse formazioni politiche*».

[1334]G. DE RITA, *«Leadership» e decisionismo nell'esperienza di Craxi*, in G. ACQUAVIVA - L. COVATTA (a cura di), *Decisione e processo politico. La lezione del governo Craxi (1983-1987)*, Marsilio, Padova, 2014, p. 36, riporta una frase dello stesso Bettino Craxi, secondo cui «*in questo paese, per uscire fuori dalle sabbie mobili democristiane della mediazione cattolica e dell'insipienza democristiana, bisogna imparare a* decidere (enfasi dell'autore). *Per decidere bisogna concentrare il potere, bisogna verticalizzare il potere. Per farlo, bisogna personalizzarlo. Per personalizzarlo, bisogna mediatizzarlo, cioè renderlo pubblico, e per fare tutto questo ci vogliono un sacco di soldi*».

ISSN 2279-7238

che esistevano due grandi "poli" (il centrodestra ed il centrosinistra), elettoralmente in grado di raccogliere la stragrande maggioranza dei suffragi espressi. Le due formazioni coalizionali si presentavano come alternative ed antitetiche, riproducendo questa separazione praticamente ad ogni livello di governo[1335]. L'istituzione del collegio uninominale *first-past-the-post* fu l'innovazione cardine, il catalizzatore di questo processo: gli schieramenti infatti presentavano candidati comuni[1336], in maniera che i singoli partiti coalizzati potessero ottenere una rappresentanza congrua al loro peso elettorale (presuntivamente determinato attraverso i "sondaggi"), ma che allo stesso tempo premiasse la loro scelta di "stare in coalizione"[1337].

b) Di là dal dato elettorale, però, sul versante politico-ideologico le coalizioni si presentavano come raggruppamenti estremamente (forse eccessivamente) eterogenei e frammentati[1338], cosicché la convivenza coalizionale risultava spesso litigiosa e tormentata, riverberandosi (qualora la coalizione si trovasse in maggioranza) in crisi di governo palesi o camuffate da frequenti rimpasti ministeriali[1339].

c) I *leader* assumevano allora un ruolo centrale: da un lato essi erano l'immagine stessa della coalizione, che necessitava di presentarsi all'elettorato in maniera unitaria e di essere riconoscibile ed identificabile immediatamente dagli stessi elettori. Dall'altro, questi capi fungevano – loro malgrado? – da collante della coalizione avversaria: di fatti, se la distanza ideologica fra membri di uno stesso schieramento pareva su alcuni fronti incolmabile, ecco che il *metus hostilis* di sallustiana memoria[1340] riusciva a fungere da elemento riaggregante. Forse poté più l'avversione per il nemico, che non la fiducia e la stima dell'alleato, a tenere insieme i partiti coalizzati: ecco che allora il *leader* – che per il singolo partito coalizzato diventava qualcosa come il "nemico numero uno del mio nemico" – acquistava una ancor maggiore legittimazione politica come "capo" dello schieramento, come "coperchio" di un vaso di Pandora contenente forze, interessi e posizioni ideologiche non

---

[1335]Tant'è che il governo D'Alema II si dimise a seguito della sconfitta della coalizione di centrosinistra alle elezioni regionali nell'aprile del 2000.

[1336]Si noti già da ora che la presentazione di candidati comuni era un'attitudine politica che la legge favoriva nella possibilità di affiancare più contrassegni ad uno stesso candidato e prevedendo lo scorporo *pro quota* in caso di più liste collegate. La legge 165/2017 – pur non obbligando i partiti a formare coalizioni – indica normativamente che le coalizioni hanno lo scopo di presentare candidati comuni nei collegi: lo dice proprio il nuovo art. 14 *bis,* comma 3.

[1337]G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 221 parla (con una formula di successo destinata a perpetuarsi) di «*partitini ricatto*», che grazie alla loro entrata in coalizione ottenevano seggi "a tavolino" in collegi uninominale in misura superiore ai seggi che avrebbero ottenuto con un proporzionale puro.

[1338] Descrive perfettamente i problemi di tenuta ideologica delle coalizioni, partendo dagli stessi elettorati, R. D'ALIMONTE, *I rischi di una nuova riforma elettorale. In difesa del «*mattarellum*»,* in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2004, p. 505.

[1339]Il primo caso (le crisi di governo palesi) ha caratterizzato soprattutto il centrosinistra, allorché il ricorso al rimpasto ministeriale è stata prerogativa della coalizione di centrodestra: sul punto si veda A. APOSTOLI, *I notevoli problemi di tenuta della maggioranza parlamentare nella XIV legislatura ed il frequente ricorso al rimpasto per rilanciare l'Esecutivo*, in A. D'ANDREA- L. SPADACINI (a cura di), *La rigidità bipolare. Cinque anni di centrodestra*, Brescia, Bibliofabbrica, 2009.

[1340]SALLUSTIO, *Bellum Iugurthinum*, 41: *«Nam ante Carthaginem deletam populus et senatus Romanus placide modesteque inter se rem publicam tractabant, neque gloriae neque dominationis certamen inter civis erat: metus hostilis in bonis artibus civitatem retinebat».*

ISSN 2279-7238

così agevolmente compatibili fra loro.

d) Il legame fra capo ed elettori era promosso ed affermato (verrebbe da dire: "sponsorizzato") già nella fase della campagna elettorale. Nel 1996 si tenne "il primo dibattito televisivo fra candidati premier della storia italiana"[1341] (all'epoca Silvio Berlusconi ed Achille Occhetto), nel quale i due contendenti si presentarono *coram populo* come concorrenti alla carica di Presidenti del Consiglio, sebbene con qualche titubanza da parte del candidato del centrosinistra[1342]. Nel 2001, invece, i nomi dei candidati (Berlusconi e Rutelli) apparvero sulla scheda elettorale, grazie all'*escamotage* di inserirli direttamente nei simboli delle coalizioni, dando così agli elettori l'impressione di votare "direttamente" un Presidente del Consiglio[1343].

e) A fronte di tutto ciò, questi stessi *leader* rivendicavano una diretta investitura da parte dell'elettorato, un mandato che, se benedetto dalla realizzazione del "fatto maggioritario" all'interno delle Assemblee legislative, riduceva allora il Presidente della Repubblica a mero "notaio", chiamato a ratificare l'esito delle elezioni nominando Presidente del Consiglio la guida della coalizione vincitrice[1344].

Era questo, in sintesi, il quadro politico-istituzionale in cui si trovava ad operare il legislatore quando approvò la legge 21 dicembre 2005 n. 270 di riforma dei sistemi elettorali di Camera e Senato, conosciuta come Legge Calderoli, la quale – non può dimenticarsi – era pensata a completamento di una più vasta riforma della Seconda parte della Costituzione, respinta a larga maggioranza dal corpo elettorale nel referendum *ex* art. 138 Cost. del giugno 2006.

3. Nascita e conferma del 14 *bis*: la legge Calderoli e il c.d. *Italicum*

Fu proprio con la legge Calderoli che vide la luce il protagonista di questo scritto, ossia l'art. 14 *bis* del Testo unico sulle elezioni della Camera dei deputati, che all'epoca richiedeva la presentazione di una "dichiarazione di collegamento" cristallizzante l' accordo coalizionale pre-elettorale – dal quale dipendevano non indifferenti effetti nell'accesso e nel riparto dei seggi – con il deposito di

[1341] F. BORDIGNON, *Il partito del capo*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, p. 87.

[1342] Cfr. l'audizione di G. QUAGLIARIELLO in A.C. XIV, Commissione Affari Costituzionali, *Resoconto stenografico della seduta di martedì 15 giugno 2004*, p. 47.

[1343] Contro questo stratagemma (si noti: «*deciso di comune accordo fra i partiti*») si levò in particolare la voce di G. SARTORI, *L'ultimo sopruso. L'indicazione del premier sulla scheda snatura il sistema parlamentare* dalle colonne del *Corriere della sera*, 12 aprile 2001 (oggi lo si può trovare in ID., *Mala tempora*, Laterza, Bari-Roma, 2004, p. 200): «*in questo caso il divieto discende dritto dritto dalla Costituzione; da una Costituzione che è di tipo parlamentare e che con l'indicazione del capo del governo sulla scheda verrebbe trasformata in un sistema diverso… Dopo il voto il vincitore potrà sostenere di essere stato "voluto" dal popolo. Dal che ulteriormente discende che cambiarlo sarebbe tradire la volontà degli elettori* (quest'ultima frase in corsivo nel testo)».

[1344] Come messo in luce da P. CARETTI, *Principio maggioritario e democraticità dell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2008, p. 5.

ISSN 2279-7238

un "programma comune" della coalizione, nonché l'indicazione del "capo unico" della stessa alleanza da parte dei partiti e dei gruppi politici organizzati che "si candidavano a governare"[1345]. In conclusione del terzo comma in cui erano raccolte queste disposizioni, la legge si premurava di rammentare – in quella che è stata sagacemente definita una *excusatio non petita*[1346] – che "restavano ferme le prerogative del Presidente della Repubblica previste dall'art. 92, secondo comma, della Costituzione". Nell'articolo era quindi compendiata tutta la filosofia politica-costituzionale sviluppatasi nell'arco di applicazione del *Mattarellum,* già sperimentata in ambito locale e regionale[1347] e che trovava pieno compimento nella riforma costituzionale che era in attesa di pronunciamento popolare: il "capo unico della coalizione" – definizione in un certo qual modo infelicemente evocatrice del passato fascista[1348] e in particolare della connotazione fortemente "leaderistica" del regime di Mussolini[1349] – restava l'elemento aggregante (insieme al programma comune) dello schieramento di partiti e si presentava come loro guida per accedere in maniera praticamente diretta al vertice del governo, cosa che effettivamente la riforma del 2005, qualora approvata, avrebbe limpidamente sancito, peraltro riconoscendo al Primo ministro eletto una sorta di "intangibilità" derivatagli dal voto

[1345]Si noti che la dichiarazione di collegamento *nazionale* era – nel sistema della legge Calderoli per il Senato – l'unico dato che rimandava ad una dimensione appunto nazionale della competizione elettorale, allorché il sistema era strettamente legato alla "base regionale" (con la nota assegnazione dei premi di maggioranza in ogni Regione).

[1346]Così la definirono R. BALDUZZI- M. COSULICH, *In margine alla nuova legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 2 marzo 2006. Nel dibattito parlamentare alla Camera fu proprio l'allora deputato Sergio Mattarella a sottolineare che l'indicazione del capo unico non poteva che «*essere per l'incarico di formare il Governo, [urtando] contro le prerogative del Presidente della Repubblica*» (A.C. XIV, *Resoconto stenografico della seduta di mercoledì 15 ottobre 2005*, pp. 82-83)

[1347]Prima antesignana di questo sistema fu la legge per l'elezione diretta dei sindaci e dei presidenti di Provincia (legge n. 81/1993), cui poi si aggiunse, dopo la legge costituzionale n. 1/1999, l'elezione popolare del Presidente della giunta regionale – salvo (come è noto) una diversa volontà dello Statuto regionale *ex* art. 123 Cost. – "rafforzata" dal meccanismo dell' *aut simul stabunt, aut simul cadent*.

[1348]F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 64 commenta che «*si tratta ovviamente di un'assonanza, che appare interessante per definire il contesto in cui convergono elementi contraddittori di carattere coalizionale, plebiscitario ed organizzativo-gerarchico, che si collegano, invece, alla recente storia della Repubblica*». Anche nel dibattito parlamentare si sottolineò l'infelicità di reintrodurre la parola "capo" nel tentativo di tradurre l'inglese "leader": si veda in particolare l'intervento dell'on. Carlo Leoni (A.C. XIV, *Resoconto stenografico della seduta di mercoledì 15 ottobre 2005,* p.86-87).

[1349]Come è noto, la figura del duce-uomo forte, ovviamente centrale nell'ideologia fascista, si era tradotta anche sul piano giuridico-costituzionale: si pensi alla legge 24 dicembre 1925 n. 2236, con la quale si mutò il titolo di Primo Ministro, aggiungendovi anche le dizioni di Segretario di Stato e Capo – per l'appunto – del governo, superando così l'idea statutaria che il Presidente del Consiglio fosse un "*primus inter pares*", m anche riducendo enormemente il ruolo del Re al vertice dell'esecutivo (emergente dagli artt. 5, 6 e 65 dello Statuto) . La stessa legge eliminò nei fatti il controllo parlamentare sul governo, definendo la responsabilità del Primo ministro nei soli confronti del Re (art. 1) e dei ministri nei confronti del Capo del Governo e del sovrano (art. 2): si veda sul punto A. MASTROPAOLO, *L'enigma presidenziale. Rappresentanza politica e capo dello Stato dalla monarchia alla repubblica*, Torino, Giappichelli, 2017 p. 25 ss. Questo processo sarà poi completato dalla istituzionalizzazione del Gran Consiglio del fascismo operata con legge 9 dicembre 1028, n. 2693 , dove, all'art. 2 si stabiliva che il Capo del Governo Primo ministro Segretario di Stato fosse di diritto Presidente del Gran Consiglio (sul tema si veda lo scritto di F. LANCHESTER, *Il Gran Consiglio del fascismo e la monarchia rappresentativa*, in *Nomos- Le attualità nel diritto*, n. 3/2017). Il progetto di Costituzione della Repubblica Sociale Italiana rese ancora più esplicita questa attitudine ideologica: ecco che in questo testo (art. 35) il "Duce della Repubblica" è indicato come "Capo dello Stato" (si noti la C maiuscola, diversamente dal testo costituzionale repubblicano, come ha osservato M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica fra mito e realtà (passando per il testo della Costituzione),* in *Rivista AIC*, n. 2/2017, p. 1), nonché come "supremo interprete della volontà nazionale" che "realizza in sé l'unità dello Stato" (testo tratto da G. Negri e S. Simoni, *Le Costituzioni inattuate*, Roma, Editore Colombo, 1990 e disponibile all'indirizzo http://www.dircost.unito.it/cs/docs/repubblica.htm).

ISSN 2279-7238

popolare e declinata in un meccanismo di automatico scioglimento della Camera dei deputati – unica titolare del rapporto fiduciario – in caso di voto di sfiducia (anche sotto forma di reiezione della questione di fiducia) nei confronti del governo[1350].

Il periodo conclusivo del terzo comma – cioè la conferma delle prerogative del capo dello Stato – non era altro che la cartina al tornasole di tutto ciò: prendendo atto della sua incapacità sistematica di incidere su quanto disposto da una norma gerarchicamente superiore, la norma ordinaria si limitava a ribadire di non voler impingere nei poteri del Presidente della Repubblica, benché, in questo modo, essa ammetteva platealmente e inescusabilmente che quell'indicazione del capo era effettivamente fatta in vista della nomina del Presidente del Consiglio. A ciò, come è noto, si aggiungeva un sistema elettorale che nella combinazione di premio di maggioranza e lunghe liste bloccate consentiva all'elettore una sola, vera scelta: quella del *Premier*, appunto, che – nell'idea – sarebbe stato il capo della coalizione vincente la maggioranza assoluta dei seggi alla Camera.

Una simile concezione seppe sopravvivere ben più a lungo del testo costituzionale per cui era stata pensata: se, infatti, il referendum costituzionale del 2006 aveva seppellito il "premierato assoluto", nelle disposizioni della legge elettorale è continuata a sopravvivere l'ideologia del Premier "eletto dagli elettori", tant'è che per due volte la Corte costituzionale – prima con la sentenza n. 262/2009 sul cd. "Lodo Alfano" e poi con la n. 23/2011 sul legittimo impedimento – si è trovata a dover ribadire che la legge elettorale non può modificare la posizione costituzionale del Presidente del Consiglio conferendogli una diretta legittimazione popolare[1351].

Ciononostante, l'idea che questa previsione avesse sostanzialmente – invero in maniera surrettizia ed illegittima, secondo autorevole opinione[1352] – modificato la forma di governo ha trovato una continua rivendicazione da parte dei protagonisti della scena politica[1353] e, talvolta, anche un

---

[1350]Per tutti si rimanda alle autorevolissime critiche di L. ELIA, *La Costituzione aggredita: forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, Il Mulino, 2005.

[1351]Si badi che questa è stata (e forse è) una concezione assolutamente trasversale nel panorama politico italiano, tant'è che lo Statuto del Partito Democratico, all'art. 3 indica chiaramente che il segretario è "*candidato all'incarico di Presidente del Consiglio*" e coerentemente furono indicati come "capi unici" – una volta formatosi il Partito – Walter Veltroni nel 2008 e Pierluigi Bersani nel 2013, mentre nel 2006 la coalizione di centrosinistra – dove le forze che daranno vita al PD erano riunite nella Lista "L'Ulivo" - era capitanata da Romano Prodi, investito a seguito di primarie di coalizione. A questo proposito nello stesso Statuto (all'art. 18, comma 8) si stabilisce che "*qualora il Partito Democratico aderisca a primarie di coalizione per la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri è ammessa, tra gli iscritti del Partito Democratico, la sola candidatura del Segretario nazionale*". È chiaro che tali elezioni primarie sono svolte nell'idea di indicare il "capo unico della coalizione". Si noti che anche nell'archivio storico delle elezioni curato dal Ministero dell'Interno (*http://elezionistorico.interno.it*) accanto ad ogni raggruppamento è indicato il nominativo del "candidato", sebbene non sia specificato per quale carica il soggetto concorresse.

[1352] M. LUCIANI, *Governo (forme di)* in *Enciclopedia del diritto, Annali III*, Milano, 2010, pag. 593, denuncia l'incostituzionalità di modifiche surrettizie alla forma di governo, fra cui «*l'introduzione di una sorta di elezione popolare del Presidente del Consiglio, che ha pesanti conseguenze sulla percezione delle radici della sua legittimazione e sulla stessa distribuzione dei poteri normativi primari tra Parlamento e Governo*».

[1353]Si pensi al tema del « governo – o del Presidente del Consiglio – eletto dal popolo », diventato un mantra a partire dal governo Monti: si vedano, ad esempio le dichiarazioni dell'ex premier Berlusconi ad esempio: «*Berlusconi: io ultimo*

ISSN 2279-7238

implicito avvallo da parte del Presidente della Repubblica[1354].

Dieci anni dopo la sua nascita – e, ancora una volta, in parallelo con una riforma della parte seconda della Costituzione – l'art. 14 *bis* ha subito un rimaneggiamento ad opera della legge 6 maggio 2015 n. 52, latrice del sistema elettorale conosciuto come *Italicum*.

Nello sfoltimento complessivo della disposizione, dovuto al divieto di creare coalizioni pre-elettorali, il legislatore ha lasciato intatto l'obbligo di indicare il "capo della forza politica", fermi restando (come nella normativa precedente) i poteri dell'inquilino del Quirinale. Le osservazioni formulate precedentemente trovano qui una perfetta replica[1355]: nella visione complessiva dell'inscindibile combinato disposto fra revisione costituzionale e riforma elettorale, il fine restava comunque quello di creare un'investitura popolare diretta del Presidente del Consiglio, capo della forza politica vincitrice del premio di maggioranza al primo turno ovvero – questa era la novità dell'*Italicum* – al ballottaggio fra liste[1356].

La bocciatura referendaria del dicembre 2016 – unita al fatto che (improvvidamente) il legislatore aveva scelto di non disciplinare le elezioni del Senato nella speranza che la diretta elettività della Camera Alta venisse meno con l'approvazione della revisione costituzionale – ha impedito che la previsione dell'*Italicum* potesse perpetuarsi oltre quell'orizzonte temporale, obbligando così il legislatore – dopo gli accorati appelli del Presidente Mattarella, nonché il monito della Corte costituzionale contenuto nella sentenza n. 35/2017 – ad approntare una nuova normativa elettorale per entrambe le Camere, approvata con la legge 3 novembre 2017 n. 165.

Siamo dunque arrivati all'oggi, dove l'art. 14 *bis,* comma terzo ha sostanzialmente ripreso le sembianze che aveva nella vigenza della legge 270/2005, con una differenza di non poco conto: la dichiarazione di collegamento che sancisce la nascita delle coalizioni non richiede più l'indicazione del capo unico, né del programma comune, dovendo ciascun partito presentare una sua propria guida e un documento programmatico. Oggi l'art. 14 *bis,* che ancora, pervicacemente, sembra sottintendere un'individuazione diretta del Presidente del Consiglio da parte del corpo elettorale, si

premier eletto dal popolo, contro di me strategia di Colle e Pd», in *Il Sole 24ore*, 14 febbraio 2014. Medesime affermazioni si sono registrate – da parte delle varie opposizioni – al momento dell'insediamento dell'esecutivo Gentiloni: cfr. *Salvini contro: «Quarto premier non eletto, una vergogna»,* in *Il Sole 24 ore*, 11 dicembre 2016 oppure *Come nasce l'equivoco del governo eletto dal popolo di Di Battista (e di tanti altri),* in *www.agi.it*, 6 dicembre 2016.

[1354]Come si legge nel comunicato dell'11 novembre 2011 (in *www.quirinale.it*) all'affidamento dell'incarico di formare un nuovo governo al senatore Monti, il presidente Napolitano ha rilasciato una dichiarazione nella quale precisava che « *non si tratta ora di operare nessun ribaltamento del risultato delle elezioni del 2008 né di venir meno all'impegno di rinnovare la nostra democrazia dell'alternanza attraverso una libera competizione elettorale per la guida del governo*».

[1355]Dimostra la perfetta continuità in termini di concezione democratica della revisione costituzionale del 2016 con quella del 2005 M. BOVERO, Pleonocrazia. *Critica della democrazia maggioritaria*, in *Teoria politica – Annali*, 2017, p. 390 ss. (in particolare p. 402).

[1356]A. BARBERA, *Italicum: più pregi che difetti*, in *Il Mulino*, 20 aprile 2015, affermava (rispetto a quel sistema elettorale in combinato disposto con la revisione costituzionale che avrebbe circoscritto il rapporto fiduciario alla sola Camera) «*che saremmo di fronte a un rafforzamento del primo ministro, che verrebbe ad avere una legittimazione politica diretta*».

ISSN 2279-7238

trova però ad essere più solo che mai[1357].

È solo (e lo è sempre stato) nel panorama comparato, dove mai e poi mai una legge elettorale mette in relazione l'individuazione di un *leader* di partito con un'investitura a Primo ministro, facendo salva (pur disdegnandola) una norma costituzionale che non può attingere.

È solo e messo all'angolo – e pure in questo caso non è mai stato diversamente, visto il rigetto delle revisioni costituzionali – sul piano dei principi costituzionali vigenti.

Ma è solo – e oggi differentemente dai suoi precursori – anche rispetto alla configurazione effettiva del sistema elettorale. Sarà quest'ultima solitudine (potremmo dire "sistematica") a concludere la riflessione, in un crescendo che vedrà il suo principio in un itinerario di comparazione, per soffermarsi in un secondo momento sui principi costituzionali e sulla valutazione del 14 *bis* alla stregua della Costituzione vigente.

4. La solitudine sul piano comparato: legislazioni elettorali e "candidati Premier" nei regimi parlamentari

Quello che qui si vorrebbe fare è tentare di mostrare come la previsione del 14 *bis* resti una stravaganza nel panorama comparato. Ciò ci permette di operare una chiarificazione, anche rispetto a quanto testé sostenuto: nessuno vuole (né, coscientemente, potrebbe) negare che i confronti elettorali nel Mondo (e quindi anche in Italia) siano sempre o quasi confronti fra capi, fra personaggi più o meno carismatici alla guida di forze politiche che effettivamente si "candidano" a governare questo o quel Paese.

Occorre, però, verificare se nelle legislazione elettorali di alcuni regimi parlamentari (qui assunti come "campione") ci sia effettivamente uno spazio giuridico-formale per questi "leader", tenuto presente che – al fine di quest'analisi – non può sinteticamente prescindersi dalle norme costituzionali concernenti l'investitura dell'esecutivo.

Il punto sta qui: un conto è osservare le dinamiche socio-politiche in cui si svolgono le competizioni elettorali e il peso che la "personalizzazione" di una campagna può assumere nel determinare il successo di una forza politica; tutt'altra cosa è dar conto dell'intervento del legislatore (ordinario) nel tentativo di piegare la forma di governo parlamentare verso modelli che da essa fuoriescono, quale – appunto – la configurazione di un'elezione sostanzialmente diretta del Primo

[1357]N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017, in rapporto alla Costituzione,* in *Federalismi.it,* n. 22/2017, p. 23 osserva – dopo un paragone con le leggi precedenti – che «*in concreto, inoltre, vista la natura non* majority assuring *del sistema elettorale ora adottato, l'indicazione del leader di partito diventa, evidentemente, ancora meno significativa rispetto al procedimento di formazione del Governo*».

ISSN 2279-7238

ministro. È forse allora il caso che questo itinerario parta dal quella che è riconosciuta come la patria del "premierato", ovvero il Regno Unito.

4.1 Il Regno Unito: la patria del "leader"

La figura del *leader*[1358] di partito è, come ampiamente noto, centrale nel funzionamento del sistema parlamentare inglese: è centrale per il partito di maggioranza, che vede assurgere il suo *leader* alla carica di *Prime minister*, sia che ciò avvenga all'esito delle elezioni grazie alla formazione di una *overall majority* nella *House of Commons,* sia che invece un avvicendamento alla testa del partito determini un conseguente cambio al vertice dell'esecutivo.

È la prima ipotesi che ha spinto la dottrina, anche risalente, a parlare delle *general elections* come "elezioni del Primo Ministro"1359. La definizione, per quanto suggestiva, resta in realtà imprecisa e ciò nella misura in cui – nonostante l'allargamento della base elettorale del *leader*1360 – il sistema partitico resta un indissolubile diaframma fra corpo elettorale e accesso ai ruoli di governo: questo è ampiamente dimostrato dal fatto che Primo ministro resta tale in quanto (e fintanto che) assommi anche la carica di capo del partito. Così, nel 2016, Theresa May è subentrata al dimissionario David Cameron; così era successo per Tony Blair, sostituito da Gordon Brown nel 2007; così avvenne anche per Margareth Thatcher, avvicendatasi con John Mayor alla guida dei Conservatori e del *Cabinet* nel 19901361.

Allo stesso modo la realizzazione di un *Hung Parliament* all'esito delle elezioni impedisce quella immediata associazione "elezione parlamentare-investitura del Primo ministro"1362, dal momento che sarà necessario intavolare trattative post-elettorali non scontate, per giungere ad un accordo coalizionale1363, ovvero ad un *Supply and*

1358Si noti che in realtà il termine *leader* «*non è di certo traducibile con "capo", sostantivo che implica una struttura di comando più rigida e autocratica di quella sottointesa dalla parola* "leadership"» (così M. REGALIA, *La leadership: concetto, concezioni e rappresentazioni*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 3/2012, p. 386). Questa precisazione resta fondamentale nella misura in cui già testimonia un dato fondamentale: i partiti inglesi non non sono diretti da "capi" onnipotenti, ma da dirigenti, peraltro eletti ed individuati con regole e procedure molto nette e radicate nella tradizione dei partiti: cfr. N. JOHNSTON – L. MAER, *Leadership elections: Conservative Party,* Paper n. 1366, House of Commons Library, 14 luglio 2016 .

1359I. JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1937, p. 150.

1360R. BLACKBURN, *The nature and importance of Parliamentary procedure*, in R. BLACKBURN – A. CARMINATI – L. SPADACINI (a cura di), *Parliament as the cornerstone of democracy*, Londra, King's College, 2018, p. 67 ss., sottolinea lo sviluppo democratico dell'elezione del *leader* avvenuto a partire dagli anni '80, quando sono state adottate nuove regole volte ad includere gli appartenenti al partito (e non più soltanto i parlamentari dello stesso) nella scelta del *leader*.

1361Nel caso della Thatcher, il Primo Ministro venne addirittura rimossa dall'incarico di leader dei Conservatori mentre si trovava a capo del governo, essendo così costretta a dimettersi (cfr. N. JOHNSTON – L. MAER, *Leadership elections: Conservative Party,* p. 16), sicché «*non si può negare che la personalizzazione propria delle esperienze Thatcher e Blair, per rimanere in Europa, è di qualità diversa, perché entrambe incardinate in formazioni politiche in grado di rendere politicamente responsabili anche leader che hanno vinto tre elezioni di seguito*» (così L. ELIA, *La forma di governo*, p. 70).

1362È curioso notare che vi sono stati casi nei quali, pur in presenza di una «*comfortable majority*», la nomina della guida del partito maggioritario come Primo ministro apparve non così scontata, a causa di fratture interne al partito: V. BOGDANOR, *The Coalition and the Constitution*, Oxford and Portland (Oregon), Hart, 2011, p. 17, riporta l'esempio della contesa intestina ai Conservatori fra Lord Home e R.A. Butler nel 1963.

1363Oltre il noto caso della coalizione *Tories – LibDem* del 2010 e del governo laburista di minoranza del 1974, la storia parlamentare britannica dell'ultimo secolo è costellata di momenti in cui si è fatta strada l'idea di formare governi con una base parlamentare più ampia rispetto a quella dei vincitori (cfr. V. BOGDANOR, *The Coalition and the Constitution*, p. 13 ss.), soprattutto in caso di affinità politiche (storicamente intercorrenti fra laburisti e liberaldemocratici: *ivi*, p. 25 ss.).

ISSN 2279-7238

confidence agreement[1364]. Ancora, il *Fixed-term Parliaments Act* del 2011, prevedendo nella sua *Section 2* che la *House of Commons* possa approvare una mozione di sfiducia ed evitare nuove elezioni concedendo la fiducia ad un nuovo governo, ha cristallizzato la regola classica dei regimi parlamentari razionalizzati, per la quale i governi nascono e muoiono in Parlamento.

Sono venute così ad essere disconosciute, da un punto di vista strettamente costituzionale, le ricostruzioni che vedevano la legittimità del governo inglese derivare direttamente dalle elezioni[1365] e che conseguentemente affermavano la piena legittimità del potere "arbitrario" di dissoluzione da parte del Primo ministro[1366].

Il ruolo del *leader* è parimenti centrale per il principale partito di opposizione, dal momento che alla guida di quest'ultimo è riconosciuto il ruolo di capo dell'Opposizione di Sua Maestà, un ruolo costituzionalmente rilevante ed individuato in forza della *Section 2* del *Ministerial and other Salaries Act*[1367] cui si aggiunge un complesso di prerogative parlamentari[1368] che ne valorizzano il ruolo di "aspirante Primo ministro". Questa centralità è fatta propria anche dagli statuti dei due principali partiti britannici, in particolare dal *Labour Party Rule Book*[1369] .

Ma tali figure trovano una corrispondenza nella normativa elettorale?

La risposta va data con riferimento al *Political Parties, Elections and Referedum Act* del 2000, legge che si preoccupa precipuamente di disciplinare tutti gli aspetti preparatori alle consultazioni popolari, siano esse elettorali o referendarie. La normativa richiede che i partiti all'atto della registrazione, necessaria per poter presentare candidati nelle varie competizioni elettorali[1370], indichino il loro

[1364]In punto di nomina del Primo Ministro sulla base delle circostanze politiche fattuali che possono determinarla si veda V. BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford- New York, Oxford University Press, 1997, p. 84 ss. Il *Cabinet Manual* del 2011 (p. 14 ss.) ha poi ordinato la prassi, prevedendo esplicitamente diverse opzioni a seconda che si realizzi o meno nel Parlamento una *overall majority*.

[1365]*Ex multis* A. BARBERA- C. FUSARO, *Il governo delle democrazie*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 65 ss.

[1366]A. LE DIVELLEC, *Un tournant de la culture constitutionnelle britannique: le* Fixed-term Parliaments Act 2011 *et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume Uni*, in *Jus Politicum*, n. 7, maggio 2012, p. 6: «*Le Premier Ministre du Royaume-Uni perd ainsi l'une de ses prérogatives les plus considérables, ce droit de dissolution de la chambre basse du Parlement, quasi-discrétionnaire, qu'il détenait depuis la fin du "dualisme" effectif (et la neutralisation — non point absolue, certes, mais tout de même très avancée — de la Couronne comme pouvoir autonome). L'un des instruments ayant permis le développement du Prime-Minister-System typique du système de Westminster est ainsi pour le moins ébréché*».

[1367]In base al quale il capo dell'opposizione è indicato come «*the Member of that House who is for the time being the Leader in that House of the party in opposition to Her Majesty's Government having the greatest numerical strength in the House of Commons*».

[1368]La più nota è ovviamente la partecipazione da protagonista al *Premier's Question time,* cui si aggiunge la fattiva partecipazione alla definizione dell'agenda parlamentare. Ciò avviene sia formalmente, tramite le quote di tempo riservato all'Opposizione nella definizione dell'ordine del giorno (si veda lo *Standing Order* n. 14 della *House of Commons*), sia informalmente, attraverso la perenne contrattazione con la maggioranza parlamentare, attraverso i cd. *Usual channels*: sul punto si veda A. CARMINATI, *La vitalità del Parlamento nella scansione temporale del procedimento legislativo: un aspetto del sistema inglese spesso trascurato nel dibattito italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017, p. 14 ss.

[1369]Che, nell'edizione del 2017, alla *Clause VII,* lettera A, n. III stabilisce: «*The Leader shall be the person registered as the Party's Leader for legal purposes*» e al n. VIII: «*When the Party is in Government, the Leader shall appoint the Cabinet and all other front bench positions in his/her capacity as Prime Minister. When the Party is not in Government, MPs in the Shadow Cabinet shall be appointed by the Party Leader, as shall the Chief Whip. The Party Leader shall also appoint all other frontbench positions outside the Shadow Cabinet*». La *Conservative Party Constitution* è invece decisamente più laconica sul punto, statuendo nella sua *Part III*: «*The Leader shall determine the political direction of the Party having regard to the views of Party Members and the Conservative Policy Forum*».

[1370]Si noti che la registrazione è necessaria se un partito vuole presentare candidati (e poi ottenere finanziamenti), ma possono esservi candidati indipendenti che non appartengono a partiti (o a partiti regisrati): cfr. *Section* 22.

ISSN 2279-7238

leader, che eventualmente potrà ricoprire anche la carica di tesoriere e di *nominating officer*[1371]. Da tale nomina discendono alcuni effetti: il primo è il diritto del *leader* ad essere consultato dal Governo prima che questi proceda alla nomina della *Electoral Commission*, autorità in particolare incaricata di vigilare sullo svolgimento delle elezioni e di verificare i rendiconti finanziari delle campagne elettorali[1372]. Il secondo è la responsabilità del *leader* in ordine a tutti gli adempimenti richiesti dalla legge, specialmente quelli legati alla trasparenza del finanziamento della campagna elettorale[1373], che si aggravano fino a lambire la responsabilità penale qualora il *leader* fosse anche formalmente indicato come tesoriere del partito, ai sensi della *Section* 47. Dunque una combinazione di onori ed oneri gravano in capo al soggetto chiamato alla guida di un partito, in fondo secondo la famosa massima di Duguit secondo cui *"là où est la responsabilité, là est le pouvoir*".

È peraltro interessante notare che, secondo la stessa *Section* 24, può essere indicato il soggetto che sia il "capo generale" della forza politica ("*overall leader*"), ma – in sua mancanza – può anche venire iscritto chi si trova ad essere il responsabile del partito per un qualche fine particolare ("*leader of the party for some particular purpose*").

4.2 La Grecia: i capi-partito fra Costituzione e legge elettorale

Il caso greco è interessante per due ordini di ragioni.

La prima è che la stessa Costituzione ellenica riconosce espressamente un ruolo dei capi-partito in occasione delle consultazioni cui il Presidente della Repubblica è tenuto prima di affidare l'incarico di governo: l'art. 37 impone infatti al capo dello Stato di nominare come Primo ministro (*Πρωθυπουργός*) il capo della forza politica (*αρχηγός*) che abbia una maggioranza assoluta nel Parlamento[1374]. Se ciò non è possibile poiché il "fatto maggioritario" non si è realizzato, ecco che allo stesso leader viene dato un mandato esplorativo (comma 2) per tentare di formare una coalizione. Se il tentativo fallisce, il mandato ricade sul *leader* del secondo partito e, in caso di ulteriore insuccesso, l'ultima prova è esperita da chi guida il terzo partito per numero di seggi.

Il ruolo dei *leader* di partito è dunque un ruolo di piena rilevanza costituzionale e non meramente politica, iscritto in Costituzione anche come chiaro limite alle scelte discrezionali del Presidente

[1371]Le disposizioni sono contenute nella S*ection* 24.
[1372]La *section* 3, sub. (2), par. (b) riconosce questo diritto al *leader* di un partito registrato cui appartengano almeno due membri della *House of Commons*.
[1373]Cfr. *Section* 64, sub. (7).
[1374]In generale si vedano P.C. SPYROPOULOS – T.P.FORTSAKIS, *Constitutional Law in Greece*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, p. 121 ss.

ISSN 2279-7238

della Repubblica ellenica[1375]. Epperò lo stesso dato costituzionale indica chiaramente due cose: *in primis*, non esiste alcun obbligo in capo ai partiti di avere un "capo", tant'è che il comma quarto dell'art. 37 pacificamente ammette che il soggetto cui affidare l'incarico possa essere individuato dal gruppo parlamentare[1376]. *In secundis*, qualora il governo si dimetta o il Parlamento non intenda più accordargli la fiducia, ecco che di nuovo si ricomincia il processo di nomina e i negoziati per creare l'esecutivo, come chiarisce l'art. 38, primo comma .

Tenendo presente tutto ciò – e qui siamo alla seconda ragione d'interesse – la legge elettorale (trattasi del Decreto presidenziale n. 26/2012[1377]) effettivamente assegna un ruolo "privilegiato" ai capi di partito. Nel suo art. 32, comma secondo, la legge autorizza il capo di un partito o di una coalizione a presentarsi in due circoscrizioni, in deroga alla regola enunciata nel comma precedente che consente ai candidati di presentarsi in un solo collegio elettorale. Ancora, all'art. 72, comma ottavo, si stabilisce che il *leader* candidato si veda in automatico assegnare preferenze per ogni voto espresso a favore della propria lista. Lo scopo della norma appare evidente: aumentare sia la capacità di "spendita" del peso politico del capo, sia le possibilità che il *leader* di partito abbia un più agevole accesso alla carica di deputato, così da poter guidare la sua forza dall'interno e partecipare – eventualmente – alle negoziazioni per la formazione di un governo. Non v'è però alcun dato formale nella legge elettorale che metta espressamente in relazione la nomina e l'individuazione di un capo politico – il cui ruolo all'interno del sistema parlamentare è considerato centrale – con la nomina a Primo ministro. Nomina che, per giunta, può arrivare in corso di legislatura a seguito di una crisi di governo e che potrebbe investire il *leader* di un partito diverso da quello originariamente incaricato di formare un gabinetto, come testimonia l'art. 38 della Costituzione, sgombrando così il campo da qualsiasi ipotesi di elezione diretta o semi-diretta del Primo ministro.

Tale ultima eventualità – o meglio: un'investitura sostanzialmente diretta e conseguente al risultato

[1375]Può giovare alla comprensione riportare il testo in inglese dell'art. 37, comma terzo della Costituzione greca, che disegna esattamente i passi che il capo dello stato è tenuto a seguire – prima di procedere allo scioglimento dell'Assemblea elettiva – nel tentativo di dare un governo al Paese in mancanza di una chiara maggioranza interna: "*If this possibility cannot be ascertained, the President of the Republic shall give the exploratory mandate to the leader of the second largest party in Parliament, and if this proves to be unsuccessful, to the leader of the third largest party in Parliament. Each exploratory mandate shall be in force for three days. If all exploratory mandates prove to be unsuccessful, the President of the Republic summons all party leaders, and if the impossibility to form a Cabinet enjoying the confidence of the Parliament is confirmed, he shall attempt to form a Cabinet composed of all parties in Parliament for the purpose of holding parliamentary elections. If this fails, he shall entrust the President of the Supreme Administrative Court or of the Supreme Civil and Criminal Court or of the Court of Auditors to form a Cabinet as widely accepted as possible to carry out elections and dissolves Parliament*" (il testo in lingua inglese è disponibile sul sito del Parlamento greco, *http://www.hellenicparliament.gr)*.

[1376]Art. 37, comma 4: "*In cases that a mandate to form a Cabinet or an exploratory mandate is given in accordance with the aforementioned paragraphs, if the party has no leader or party spokesman, or if the leader or party spokesman has not been elected to Parliament, the President of the Republic shall give the mandate to a person proposed by the party's parliamentary group*".

[1377]Il testo del decreto è disponibile sul sito del Parlamento greco, nella sezione dedicata alle elezioni ed al sistema elettorale.

ISSN 2279-7238

delle urne – è circoscritta al caso che un partito ottenga una netta maggioranza parlamentare (salvi poi successivi cambi alla guida del governo), circostanza che la recente riforma elettorale rende ancora meno probabile di prima[1378].

4.3 L' Austria: le "Namenslisten"

L'Austria – come è noto – possiede una forma di governo parlamentare in cui il Presidente della Repubblica, eletto direttamente dai cittadini, nomina il Cancelliere e con lui il resto dei ministri federali, senza che il Parlamento approvi una specifica mozione di fiducia (art. 70 Cost. aust.).

Il legame fiduciario deve però ovviamente esistere e sopravvivere, poiché il *Nationalrat* (la Camera politica) può sempre approvare a maggioranza assoluta una mozione di sfiducia nei confronti dell'esecutivo, costringendolo alle dimissioni (art. 74 Cost. aust.)[1379]. Pur in assenza di espressi vincoli alla scelta presidenziale, i principi della forma di governo parlamentare (*Parlamentarische Regierungssystem*) impongono al Presidente la scelta di un Cancelliere e di un gabinetto che possano godere del sostegno della maggioranza parlamentare[1380], sicché è ormai comune la prassi – che subì però una particolare eccezione nel 2000[1381] – di nominare Cancelliere il *leader* del partito che ottenga più seggi all'interno del Consiglio nazionale, posto che però egli si troverà a guidare un governo di coalizione, dal momento che il sistema elettorale austriaco è schiettamente proporzionale[1382].

Il 18 dicembre 2017 ha formalmente giurato come cancelliere il giovane *leader* dell' ÖVP Sebastina Kurz, dopo aver raggiunto un accordo di governo con la FPÖ. Il nome di Sebastian Kurz era

[1378]La riforma elettorale del 2016 rende più probabile la formazione di coalizioni, dal momento che è stato abrogato il premio di maggioranza di 50 seggi concesso alla lista prima arrivata (lista, si badi, che deve essere espressione di un unico partito e non di una coalizione, pena la non assegnazione del premio): cfr. S. BOURAS, *Greece Passes Electoral-Reform Law,* in *The Wall Street Journal,* 21 luglio 2016

[1379]Sul punto T. ÖHLINGER – H. EBERHARD, *Verfassungsrecht*, Vienna, Facultas, 2016, p. 157 ss.

[1380]*Ibidem*, p. 58, si afferma che esiste dunque per il Presidente l' «*l'obbligo costituzionale non sanzionato* (*verfassungrechtliche Verpflichtung freilich nicht sanktionierte*)» di nominare un Cancelliere che goda del sostegno di una maggioranza parlamentare.

[1381]Nel 2000 risultò essere primo partito il *Freiheitliche Partei Österreichs* (FPÖ), partito considerato di estrema destra, il cui *leader* Jörg Haider era un personaggio estremamente controverso. Per questa ragione si decise di affidare il cancellierato a Wolfang Schüssel, che guidava l'*Osterreichische Volkspartei* (ÖVP), seconda forza della coalizione. Sulla vicenda M. WELAN, *Zur Regierungsbildung. Discussionpapier nr. 96*, Institut für Wirtschaft, Politik und Recht Universität für Bodenkultur Wien, novembre 2002, p. 16 ss.

[1382]La rappresentanza proporzionale è richiesta all'art. 26 della Costituzione. Il sistema elettorale (disciplinato dalla *NationalratsWahlordnung* del 1992, in particolare art. 96 e ss.) opera su tre diversi livelli e secondo questo ordine: provinciale, regionale e federale. In primo luogo si calcola il quoziente ottenuto fra numero di seggi assegnati alla provincia e suffragi ottenuti dalle liste. In secondo luogo, a livello regionale, concorrono all'assegnazione di ulteriori seggi i partiti che abbiano superato il 4% a livello nazionale od abbiano già ottenuto un seggio a livello regionale: i seggi ottenuti da un partito sono pari al quoziente fra la cifra elettorale regionale e il numero di seggi in palio, diminuito dei seggi già conseguiti nella prima fase di distribuzione. Da ultimo, la stessa cosa avviene a livello federale, dove il numero di seggi che fungerà da divisore della cifra elettorale nazionale sarà 183 (seggi totali del *Nationalsrat*) meno i seggi già assegnati nelle precedenti tornate.

ISSN 2279-7238

impresso sulle schede con le quali gli elettori sono stati chiamati a votare, il 15 ottobre 2017, in quanto capolista del gruppo di candidati dell' ÖVP[1383]. Questa possibilità è ammessa esplicitamente dalla legge elettorale austriaca, che al suo art. art. 44, comma terzo, autorizza l'utilizzo del nome del capolista (*Listenführer*) come aggiunta al nome del partito, parlando così di *Namensliste.*

È chiaro che, anche nel caso austriaco, la normativa consente di sfruttare il personale patrimonio di fama, credibilità e apprezzamento popolare del *leader* di partito per rendere più immediata la scelta degli elettori, ma ciò non incide sul potere di nomina del Cancelliere da parte del Presidente federale, che verrà esercitato una volta costruitasi un'idonea maggioranza parlamentare su base coalizionale[1384].

4.4 La Germania (e le altre legislazioni silenti): Spitzenkandidaten

La Legge fondamentale tedesca – come è noto – prevede che sia la stessa Camera politica, il *Bundestag*, ad eleggere il Cancelliere federale. Ciò può avvenire in prima battuta su proposta del Presidente federale (art. 63, comma 1)[1385], ma anche su spontanea decisione della Camera qualora il candidato proposto non ottenga l'elezione. L'investitura singola – si noti – del Cancelliere lo pone già in una posizione costituzionale differenziata rispetto all'insieme dei ministri, che il Presidente federale nominerà (e revocherà) su sua proposta in forza dell'art. 64[1386].

In astratto, esisterebbe allora anche un certo qual "spazio costituzionale" perché il Cancelliere possa rivendicare – tramite la mediazione del voto parlamentare, che potrebbe ridursi ad una mera ratifica a mo' di "grandi elettori" – un legame diretto con il corpo elettorale[1387].

[1383]E come lui altre liste sono state battezzate in base al nome del capolista: i dati si possono trovare sulla pagina del Ministero degli interni austriaco *http://www.bmi.gv.at/412/Nationalratswahlen/Nationalratswahl_2017*.

[1384]La necessarietà di una successiva trattativa per la creazione di una coalizione governativa si evince chiaramente anche dalle funzioni riconosciute al *Bundesparteiobmann* (capo federale) dal *Bundespartei-Organisationsstatut* dell' ÖVP, all'art. 44, paragrafo 7: "*Der Bundesparteiobmann übt die Nominierungsrechte der Bundespartei in Zusammenhang mit einer Beteiligungder ÖVP an einer Bundesregierung aus*".

[1385]Il Presidente «*è pertanto privo di un potere politico relativo alla scelta dell'Esecutivo ma può esercitare un potere discrezionale, più o meno ampio a seconda delle circostanze, nella fase della formulazione della proposta del candidato Cancelliere… I poteri discrezionali del Presidente, anche grazie all'assenza della controfirma dell'atto di nomina del Cancelliere, sono peraltro soggetti a espansione quando il Bundestag non sia in grado di eleggere un Cancelliere a maggioranza assoluta*» (così M. FRAU, *La sfiducia costruttiva,* Cacucci, Bari, 2017, p. 114).

[1386]Il ruolo del Cancelliere è ovviamente fondamentale all'interno del sistema parlamentare tedesco, tant'è che la dottrina ha parlato di *Kanzlerdemokratie,* seppur sottolineando che spesso è stata la personalità del singolo cancelliere ad influenzare la forza (anzitutto politica) del capo del governo: cfr. W. JÄGER, *Von der Kanzlerdemokratie zur Koordinationsdemokratie,* in *Zeitschrift für Politik*, n. 1/1988, p. 15 ss. ed anche ID., "*Kanzlerdemokratie im Wandel. Von Konrad Adenauer bis Helmut Kohl". Rede des Rektors bei der Eröffnung des akademischen Jahres 1995/96,* disponibile sul sito *https://freidok.uni-freiburg.de/data/39*.

[1387]Tant'è che si è detto che nella costituzione di Bonn, a differenza del precedente weimariano, esiste un *Kanzlerprinzip*. Così mentre il Cancelliere di Weimar veniva nominato dal Presidente e doveva sforzarsi di trovare una maggioranza nel Reichstag, il cancelliere federale viene eletto dal Parlamento (*«während der Weimarer Reichskanzler vom Reichspräsidenten ernannt wurde und sich um eine Mehrheit im Reichstag bemühen musste, wird der Bundeskanzler vom Parlament gewählt»,* traduzione

ISSN 2279-7238

Eppure così non è per almeno due ordini di ragioni.

La prima è la natura (notoriamente razionalizzata, ma allo stesso tempo) fortemente parlamentare della forma di governo tedesca, corroborata dall'esistenza di plurimi dati costituzionali che lasciano libero il *Bundestag* di dare un nuovo Cancelliere al Paese, vuoi tramite l'approvazione di una mozione di sfiducia costruttiva, vuoi tramite la reiezione di una mozione di fiducia posta dal Cancelliere. La seconda ragione attiene invece al sistema elettorale, fondato su una formula proporzionale "corretta" dalla previsione di collegi uninominali, l'esistenza dei quali, però, non è sostanzialmente in grado di incidere sulla proporzionalità del sistema[1388]. La combinazione delle due comporta che il governo federale – come è ormai ben noto – poggi su accordi coalizionali successivi[1389], vari ed eventuali come sono anche i nomi che li accompagnano, generalmente evocativi dei "colori" associati a questa o quella forza politica (si parla così di "coalizione Giamaica", "coalizione rosso-verde", "coalizione semaforo" ecc.). Queste coalizioni si aggregano generalmente attorno ai due (tradizionalmente) maggiori partiti tedeschi: la CDU e l'SPD. Dunque, i *leader* di questi partiti sono candidati *in pectore* a guidare le trattative prima, e, in caso di successo, il governo di coalizione, poi. A questo proposito è generalmente utilizzato – da qualche tempo, e in maniera rilevante, anche in ambito europeo[1390] – il termine *Spitzenkandidaten* (candidati di punta): formalmente nessuna norma della legge elettorale, né della normativa sui partiti[1391] impone di individuare uno *Spitzenkandidat,* tanto meno si chiede di nominare un candidato Cancelliere. Tuttavia, lo Statuto dell' *SPD* disegna una precisa procedura per l'individuazione, da parte degli organi interni, di colui o colei che sarà candidato di punta del partito e conseguentemente candidato Cancelliere (*Bundeskanzlerkandidat*)[1392].

---

nostra da K. NICLAUß, *Kanzlerdemokratie. Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Angela Merkel*, Springer, Wiesbaden, 2015, p. 65) e quindi l'elezione parlamentare del capo del Governo conferisce a questi legittimità e rafforza la sua posizione *(«die parlamentarische Wahl des Regierungschefs verleiht diesem jedoch zusätzliche Legitimität und stärkt seine Position», ibidem* p. 66).

[1388]Insiste sulla natura sostanzialmente proporzionale del risultato elettorale G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 88. Sul sistema elettorale tedesco si veda altresì M. Volpi, *Sistema elettorale tedesco e riforma elettorale in Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2001, pp. 1387-1410.

[1389]Ecco che, in particolare a partire da Helmut Kohl, i cancellieri guidano due soggetti: la coalizione governativa di cui devono prendersi cura (*Koalitionspflege*) e il loro proprio partito (*Parteiführung*). In questo modo il ruolo del Cancelliere si traduce in un'azione di coordinamento, da qui il termine *Koordinationdemokratie:* cfr. W. JÄGER, *Kanzlerdemokratie im Wandel. Von Konrad Adenauer bis Helmut Kohl.*

[1390]Questa pratica è stata trasposta – a partire dalle elezioni del 2014 – anche sul piano delle istituzioni eurounitarie, con l'indicazione da parte dei gruppi politici eurounitari di un Candidato Presidente della Commissione in concomitanza delle elezioni per il Parlamento di Strasburgo. Tale innovazione non ha incontrato il favore del Consiglio, organo al quale – tenuto conto dei risultati elettorali – compete l'indicazione del Presidente della Commissione ex art. 17, comma 7 TUE: cfr. H. MAHONY, *Eu leaders to review "Spitzenkandidat" process*, in *EU observer*, 27 giugno 2014. Il 7 febbraio 2018 il Parlamento europeo ha approvato una decisione (n. 30/2018, sotto forma di accordo interistituzionale con la Commissione) con la quale ribadisce la necessità che il procedimento dello *Spitzenkandidat* non sia archiviato, addirittura insistendo sul fatto "*che il Parlamento è pronto a rigettare qualunque candidato alla presidenza della Commissione che non sia stato designato come Spitzankandidt in vista delle elezioni europee*" (punto 4).

[1391]Si tratta della *Bundeswahlgesetz* del 7 maggio 1956 (modificata dalla legge 8 giugno 2017) e della *Parteiengesetz* del 24 luglio 1967 (modificata da ultimo il 18 luglio 2017).

[1392]Si veda l'*Organizationsstatut* dell'SPD (9 dicembre 2017), in particolare al §14, n. 9.

ISSN 2279-7238

Di certo l'emergere della *Grosse Koalition* (appunto fra i due partiti che generalmente si contendono la guida dell'esecutivo) mette ancora più in luce come questi "candidati" vivano una situazione assai particolare, essendo contemporaneamente candidati alla carica di Cancelliere e/o di Vicecancelliere, a seconda dell'effettiva configurazione dei rapporti di forza elettorali.

Come la Germania, anche altre legislazioni restano silenti sui capi-partito: è il caso della Spagna[1393], del Portogallo[1394] o del Belgio[1395], dove il silenzio legislativo presuppone sostanzialmente un attivismo dei partiti nel costruire (ove occorrano, ben inteso) alleanze post-elettorali.

4.5 Tirando qualche conclusione sul piano comparatistico

Questo breve itinerario ci consegna alcune conferme.

La prima è che la forma di governo parlamentare non ha un bisogno giuridico di vedere indicati i "candidati Premier", che eventualmente emergono *naturaliter* nel confronto tra forze politiche e nel funzionamento del sistema parlamentare. Anzi, la scelta legislativa di imporre una tale indicazione a fini meramente elettorali costituisce un tentativo di irrigidire la competizione e la dialettica politica in vane rivendicazioni di "governi eletti dal popolo", rischiando di creare pericolosi cortocircuiti istituzionali fra il titolare del potere di nomina e colui che asserisca di essere l' "eletto del popolo" immediatamente dopo le elezioni.

Il fenomeno dei governi di coalizione (conosciuto, più o meno frequentemente, da tutti i sistemi parlamentari[1396]) è già di per sé stesso la negazione della logica che associa le elezioni del Parlamento

---

[1393]La *Ley Orgánica* 5/1985 del *Régimen Electoral General* non parla di candidati Presidenti del Governo. Si ricordi che in questo ordinamento spetta al monarca presentare un candidato al Congresso dei deputati, la cui investitura – che, diversamente dal caso tedesco, si basa su un programma da presentare al Congresso, salvo che si realizzi sulla base dell'approvazione di una *moción de censura* ex art. 114 Cost., come avvenuto per la prima volta il 1 giugno 2018, quando il Congresso ha sfiduciato Mariano Rajoy, investendo al contempo Pedro Sanchez – può realizzarsi in prima battuta a maggioranza assoluta, ovvero a maggioranza semplice (art. 99 della Costituzione). Neppure la *Ley Orgánica* 6/2002 sui partiti politici impone di indicare un capo, rimandando direttamente agli statuti interni che, peraltro, devono conformarsi al principio democratico (art. 6).

[1394]Quivi non si fa menzione alcuna di un capo, né nella legge elettorale dell'Assemblea (legge 14/79), né all'interno della legge organica sui partiti (n. 2/2003).

[1395]È noto che in Belgio fra il 2010 ed il 2011, per 541 giorni, non si è riusciti a formare un nuovo governo dopo le elezioni del 13 giugno 2010. Vi è dunque il dato incontrovertibile sulla necessità di condurre lunghe trattative post-elettorali per arrivare alla formazione di una coalizione di governo che, allora, può essere davvero una compagine varia ed eventuale. I *leader* di partito sono comunque generalmente collocati "*en tête de liste*", sono cioè capilista delle liste regionali. Ciò significa che – in assenza di una diversa scelta dell'elettore, che può modificare l'ordine: art. 144 del *Code électoral* – sono tendenzialmente favoriti nell'accesso al seggio parlamentare. Ad esempio, l'attuale premier Charles Michel era capolista nella circoscrizione vallona per il suo movimento (*Mouvement réformateur*), mentre l'ex premier socialista Di Rupo guidava il suo partito nella circoscrizione dell'Hainaut (le liste dei candidati sono disponibili all'indirizzo *http://www.elections.fgov.be*).

[1396]L'arcinota coalizione *Tories – Libdem* del 2010 ha dimostrato anche la definitiva permeabilità del Regno Unito a questa evenienza. Anche in Francia (regime "parlamentare" poiché esiste «*un cabinet responsable devant l'Assemblée*», secondo la definizione data R. CAPITANT, *Régimes parlementaires,* in *Mélanges Raymond Carré de Malberg,* Parigi, Librairie du Recueil Sirey, 1926, p. 40) il governo di coalizione è una costante del sistema (si pensi all'alleanza tradizionale del

ISSN 2279-7238

alle elezioni del Primo ministro: nel momento in cui nessuna forza ha la maggioranza, il suo capo non può rivendicare alcunché, se non il tentativo di condurre delle negoziazioni con le altre forze parlamentari nello sforzo di addivenire ad un accordo e ad una maggioranza parlamentare. E non è affatto detto – né preventivabile – che questi accordi convergano, alla fine, per portare al governo il partito di maggioranza relativa: da ultimo, l'esempio portoghese del 2015 ne è la prova evidente[1397].

A maggior ragione, eventuali rivendicazioni scoloriscono di fronte al fatto che i poteri di nomina spettino ai capi dello Stato e costoro non incontrino limiti formali nella scelta del vertice del governo, confrontandosi semmai con i limiti politici dettati dalla conformazione elettorale delle Assemblee. Queste, eventualmente, disporranno sempre della facoltà di rigettare un gabinetto, aprendo la strada ad esecutivi diversi o a nuove elezioni.

La seconda conferma riguarda la bizzarria del nostro art. 14 *bis,* comma 3. Se ci soffermiamo un attimo a riflettere, la disposizione sta imponendo di indicare un "capo" per le elezioni e solo per queste[1398]. Ciò, però, ci mette di fronte anche all'inutilità di una norma estemporanea, che non si cura di inserirsi in un più complesso quadro di regolamentazione dell'attività partitica. Detto altrimenti: un conto è indicare – come avviene nel Regno Unito o in Grecia – una guida per il *partito* (caricandolo anche di responsabilità), altra cosa è chiedere la nomina del capo per la *lista*. Il che è estremamente significativo: se l'interesse è avere un capo per le elezioni, significa che si vuole prescindere dal gruppo organizzato e continuamente attivo anche in periodo non elettorale[1399]. In altre parole, si sostanzia nella norma quella "cultura" istituzionale[1400] che ritiene superflua la mediazione dei corpi intermedi e che immagina la legittimazione della rappresentanza politica non come "ascendente" (cioè proveniente dal basso), ma "discendente", cioè ricadente dalla legittimazione del capo[1401]. Di certo a questa "cultura" contribuisce grandemente la crisi dei partiti

centrodestra gollista e del centro d'ispirazione cristiano-democratica), che nemmeno l'affermazione del movimento di Emmanuel Macron ha scalfito, dal momento che esisteva un patto pre-elettorale fra *La République en marche* e il *Mouvement démocrate* per l'accesso al governo, concretizzatosi in una distribuzione concertata dei candidati nei collegi uninominali (una sorta di "accordi di desistenza" reciproci).

[1397]Il Presidente della Repubblica Anibal Cavaco Silva, ai sensi dell'art. 187 della Costituzione portoghese, aveva nominato Primo Ministro Pedro Passos Coelho, *leader* della coalizione di centrodestra che aveva ottenuto la maggioranza relativa. Il governo però non ottenne la fiducia, aprendo così la strada ad un governo del Partito socialista (arrivato secondo), capeggiato da António Costa e sostenuto esternamente da altre forza di sinistra. Persino nei casi di *Hung Parliaments* britannici si è prospettato un governo guidato dal "secondo arrivato": ad esempio nel 2010 Gordon Brown non escluse di rimanere alla guida del governo cercando il sostegno, oltreché dei Liberaldemocratici, anche di forze regionaliste: cfr. V. BOGDANOR, *The Coalition and the Constitution*, p. 25.

[1398]Questa considerazione va probabilmente estesa anche agli altri adempimenti oggi richiesti, quali la presentazione dello "statuto".

[1399]N. BOBBIO, *Leader e capopopolo*, in *La Stampa*, 13 febbraio 1996 scrisse che «*l'elezione diretta di un leader sembra fatta apposta per favorire la candidatura di capipopolo senza radici*».

[1400]Come ha sottolineato A. DI GIOVINE, *Appunto* sulla *cultura espressa dalla legge costituzionale n. 1 del 1999*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2003.

[1401]V. ONIDA, *Costituzione: perché difenderla, come riformarla*, Roma, Edi, 1995, p. 66 descrive magistralmente la «*differenza sottile, ma in realtà profonda fra un capo dell'esecutivo che tragga la sua legittimazione da un'investitura personale e che crei attorno a sé*

ISSN 2279-7238

tradizionali (e con loro dei "classici" bipolarismi)[1402], ma ciò non significa che la crisi di partiti storici comporti necessariamente la scomparsa della forma partitica, come dimostrano recenti esperienze europee[1403].

5. La solitudine costituzionale: il 14 *bis,* comma 3 al cospetto dei Principi costituzionali (e della Corte che li salvaguarda).

La previsione dell'art. 14 *bis* c. 3, per quanto sia scomparsa l'unicità del capo, resta certamente una norma che non può trovare benevolo accoglimento rispetto a plurimi parametri costituzionali.

Quello che viene immediatamente in luce – anche in continuità con il discorso svolto al paragrafo precedente – è l'art. 49 Cost. Un articolo, è bene sottolinearlo, che attribuisce la libertà di associazione partitica *ai cittadini*, al fine di concorrere democraticamente alla determinazione della politica nazionale: essi, cioè, hanno una funzione strumentale alla partecipazione democratica dei cittadini-elettori[1404]. È difficile che la concezione sottesa ed espressa dall'art. 14 *bis* possa sposarsi con una siffatta impostazione: i partiti restano sì strumenti, ma cambiano il loto "titolare", dal

una maggioranza parlamentare che lo sostiene, e un capo dell'esecutivo che sia investito nella carica in quanto espressione di una maggioranza parlamentare che lo sostiene. E' la differenza che corre tra una democrazia tendenzialmente plebiscitaria fondata sul potere personale, e una democrazia maggioritaria radicata in un sistema di partiti che riacquistino la funzione costituzionale di strumenti attraverso cui i cittadini concorrano con metodo democratico a determinare la politica nazionale, secondo il dettato dell'art. 49 della Costituzione». E, d'altra parte, non può sorprendere che proprio la comparsa dell'art. 14 *bis* con la legge 270/2005 si accompagnasse ad un'attribuzione di seggi a livello nazionale (con tanto di premio di maggioranza alla Camera) e poi redistribuiti nelle circoscrizioni territoriali: si mirava infatti ad un'elezione centrale e diretta del *Premier*, da cui sarebbe discesa l'attribuzione dei seggi, diversamente dalla legge elettorale del 1948, che invece assegnava nel collegio unico nazionale solo i seggi "residuati", cioè quelli che nelle circoscrizioni non erano stati attribuiti per assenza di quozienti interi.

[1402]La crisi dei partiti italiani – su cui, da ultimo, si veda M. GORLANI, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Cacucci, Bari, 2017, in particolare p. 45 ss. – è un fenomeno tutt'altro che isolato. Si pensi alla Francia, dove il classico confronto fra Partito socialista e Partito gollista è stato radicalmente superato dal sempre crescente consenso del *Front National* e dalla comparsa del movimento dell'attuale presidente Macron, *La République en marche*. Non diversamente la Spagna, dove nel 2016 il Re ha dovuto sciogliere il Congresso perché all'esito delle elezioni nessuna forza politica aveva abbastanza seggi per governare o per contribuire ad una coalizione di governo che non fosse "trasversale": il Partito Popolare e il Partito socialista si sono infatti visti erodere la loro base elettorale da *Ciudadanos* l'uno e da *Podemos* l'altro. Anche in Germania l'emersione del partito di ultradestra *Alternative für Deutschland* non è stata indolore, rendendo estremamente difficile trovare una coalizione che avesse i seggi per governare. Sul nuovo crinale pro o contro l'Unione Europea sembra giocarsi la possibile costruzione dei nuovi schieramenti, come ha osservato S. FABBRINI, *Oltre il buio della siepe elettorale*, in *Il Sole 24 ore,* 11 febbraio 2018.

[1403]Il caso spagnolo, ad esempio, mostra chiaramente che *Podemos* e *Ciudadanos* si sono ben radicati nel territorio (si pensi alle recenti elezioni autonomistiche catalane del dicembre 2017, dove *Ciudadanos* – nella sua versione locale *Ciutadans* – è risultato il primo partito in termini di suffragi ottenuti), assumendo tutte le fattezze dei partiti tradizionali, "contro" i quali questi movimenti sono nati. Anche in Francia sono stati significativi gli sforzi dello stesso Emmanuel Macron per radicare il suo movimento e renderlo strutturalmente più stabile.

[1404]L. CARLASSARE, *Principi costituzionali, sistema sociale, sistema politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2007, p. 6, afferma che « *i partiti-vertice dovrebbero essere esclusi: non adempiendo allo scopo per il quale sono stati previsti, allo stesso modo dei partirti personali. E, ancor più, dovremmo considerare inammissibili partiti che non si sono sottoposti al vaglio degli elettori, ma hanno vita solo in Parlamento* ».

ISSN 2279-7238

momento che l'idea stessa del partito si annichilisce nella figura del capo[1405], trasformando così la struttura politica in una macchina elettorale meramente servente al giorno delle elezioni[1406]. La stessa circostanza che l'indicazione del capo non sia una mera eventualità, ma addirittura un onere per la forza che voglia presentare proprie liste nella competizione elettorale nazionale non può che destare grandi perplessità in relazione alla democraticità interna ai partiti, nonché sulla libertà di cui gli stessi godono nel darsi una libera organizzazione[1407].

È difficile pure non vedere un qualche stridore tra la norma in questione e l'art. 67 Cost.

Come noto, la norma costituzionale affida al singolo parlamentare la rappresentanza della Nazione: ora, questa rappresentanza non può che derivare da un nesso diretto fra eletti ed elettori[1408]. Viceversa, l'idea del capo sorpassa questo rapporto, tendendo a creare un legame diretto fra elettori e capo degli eletti: ecco che allora gli eletti non "promanano" dal corpo elettorale, bensì dalla scelta del capo che li ha collocati nelle liste[1409] e derivano la loro legittimazione non dall'essere rappresentanti del popolo, ma dall'essere fedeli seguaci della loro guida suprema[1410].

L'attuale formulazione della disposizione solleva qualche perplessità anche rispetto a quello che Massimo Luciani ha definito come "principio di sincerità"[1411]. Sull'attuale legge elettorale si tornerà meglio *infra*, però quello che qui preme dire è che lo stesso sistema elettorale strettamente inteso

---

[1405]C. PINELLI, *Una democrazia da rinnovare*, in *Mondoperaio*, n. 6-7/2016, p. 104 commentando il superamento della cd. "Repubblica dei partiti", afferma: «*non troviamo più partiti, ma incerti contenitori di leader, cacicchi e potentati*». Nella stessa sede M. PLUTINO, *Elogio della rappresentanza*, p. 198 inquadra in maniera estremamente chiara i termini della questione «*La "seconda Repubblica" ha avuto il suo sostrato organizzativo in un sistema di soggetti politici transeunti, per lo più rinvianti a entità del mondo animale e vegetale, e comunque rinuncianti al nomen "partito". In realtà ha prodotto, a seconda delle tendenze e dei riallineamenti, un paio di sotto-sistemi con parecchie decine di soggetti operanti: è stata detta una partitocrazia (o "partitinocrazia") senza partiti. Ciò è stato possibile – ed era anzi inevitabile – per la presenza anche di un sostrato ideale: un sistema di dottrine, idee e credenze sintetizzabili nei mantra del "governo scelto dai cittadini" e del "mandato popolare"*».

[1406]In raggiro al principio democratico di cui all'art. 1 Cost., in base al quale "la sovranità appartiene al popolo": al proposito C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, p. 10 insegna che «*in un regime "meramente" rappresentativo nel quale fosse concesso ai cittadini il solo potere di votare, tali cittadini sarebbero schiavi per lunghi anni e liberi e sovrani nel solo giorno della libera scelta dei loro rappresentanti*». Ancora, «*il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere. E che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)*». Non pare inutile notare come questa riduzione del partito alla lista elettorale sia stata fatta propria anche dal diritto parlamentare, in tema di formazione dei gruppi. In particolare la Giunta per il Regolamento della Camera, con il parere rilasciato il 16 maggio 2006 (immediatamente dopo la prima applicazione della Legge 270/2005), ha interpretato l'art. 14, comma 2 r.C. nel senso che «*si individua nella stessa lista elettorale il criterio di identificazione della forza politica la cui soggettività parlamentare è riconosciuta dal Regolamento*».

[1407]Si veda, da ultimo, D. MORANA, *Partiti politici e sindacati tra modello e attuazione costituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 27 dicembre 2016, p. 3 ss.

[1408]E in fondo la stessa libertà dal vincolo di mandato sussiste nella misura in cui il rappresentante è affrancato da vincoli (e quindi da sanzioni) giuridici, ma può essere politicamente sanzionato dai rappresentati in sede elettorale, con l'eventuale mancata rielezione.

[1409]Lo sottolinea A. D'ANDREA, *Gli affanni della democrazia italiana*, in ID. (a cura di), *Il governo sopra tutto*, Bibliofabbrica, Brescia, 2009, p. 32. Lo stesso Autore ha di recente colto una sostanziale continuità di metodo nell'attuale legge Rosato: A. D'ANDREA, *Elezioni 2018 e candidati. Avete voluto il "leader"? Allora non piangete se fa lui le liste,* in *laCostituzione.info*, 29 gennaio 2018.

[1410]L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2008.

[1411]M. LUCIANI, *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del diritto*, n. 4/2010, p. 575 ss.

ISSN 2279-7238

rende questa norma una "bugia" dinanzi all'elettore (anzi, forse una congerie di menzogne)[1412], giacché l'intero impianto del *Rosatellum* si muove negli interstizi lasciati (presuntamente) liberi dalle pronunce della Corte costituzionale n. 1/2014 e 35/2017, per affrancare il più possibile la scelta dei candidati dalle determinazioni degli elettori, sì da conservare il "diritto di nomina" come appannaggio delle dirigenze di partito e quindi, in definitiva, dei capi e dei loro *entourages*, eppure impedendo fraudolentemente – nella sua "matematica elettorale"– che dalle urne possa derivare anche solo una qualche indicazione rispetto all'investitura dell'esecutivo.

Infine – ma forse avrebbe dovuto essere il primo, essendo il *fil rouge* dei principi sopra enunciati – ecco che un'altra fondamentale norma costituzionale viene così ad essere sacrificata: si tratta del "dovere inderogabile di solidarietà" ex art. 2 Cost., in particolare sotto la specie della solidarietà politica. Premesso che il legislatore non può sentirsi svincolato da un dovere che la Costituzione qualifica come inderogabile e che, soprattutto, non vede un'indicazione precisa di una singola entità obbligata[1413], gravando così su qualunque soggetto all'interno dell'ordinamento, non è concepibile che questo principio supremo – che presuppone "una comunanza di valori e di principi politici, la cui stessa esistenza consente la piena partecipazione democratica"[1414] e che, soprattutto, trova la sua massima espressione nel "raccordo parlamentare tra Comunità e Stato"[1415] – sia davvero rispettato dalla previsione *de qua,* precipitato storico di una cultura politico-istituzionale decisamente "altra" rispetto allo spirito della Costituzione repubblicana.

Resta ancora (almeno[1416]) un articolo della Costituzione su cui soffermare l'attenzione: si tratta dell'art. 48. Questa disposizione della Legge fondamentale merita una trattazione riservata, non già perché si collochi al di fuori di un rapporto di perfetta complementarietà con gli articoli

[1412]Parla di "legge bugiarda" G. AZZARITI, *Rosatellum, legge bugiarda*, in *Il Manifesto,* 17 ottobre 2017. Suggestivo e pienamente condivisibile l'accostamento fatto da M. AINIS, *Una legge con l'inganno*, in *La Repubblica*, 21 gennaio 2018: «*Il* Porcellum*, quantomeno, era un mascalzone dichiarato, fin dal suo nome di battesimo. Il* Rosatellum*, viceversa, si veste d' abiti floreali, però le fattezze sono tali e quali. Perché gli eletti vengono decisi dai partiti, mica dagli elettori*».

[1413] Sulla concezione che il principio solidaristico, nella sua multiformità, si imponga *in primis* al legislatore: A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità,* in *Costituzionalismo.it,* n. 1/2016, p. 24

[1414]Cit. A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 aprile 2015, p. 7

[1415]Cit. A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, n. 1/2008, p. 198.

[1416] Anche il parametro dell'art. 138 Cost. (cioè il principio di rigidità della Costituzione) non può ritenersi completamente escluso dal novero di disposizioni contro cui cozza l'art. 14 *bis* a tutt'oggi: si veda il già citato M. LUCIANI*, Governo (forme di).*

ISSN 2279-7238

sopracitati[1417] o non ne sia addirittura estrinseca declinazione[1418], bensì per il ruolo dirimente che questa norma costituzionale ha avuto nella recente evoluzione giurisprudenziale. La Corte costituzionale ha infatti sindacato il contenuto delle leggi elettorali a partire da azioni giudiziali di accertamento della portata del diritto costituzionale di voto[1419].

Per ben due volte l'art. 14 *bis* nelle sue precedenti formulazioni ha rischiato di essere oggetto di una questione di legittimità costituzionale; in entrambi i casi i giudici (potenzialmente) *a quibus* hanno ritenuto manifestamente infondata o irrilevante la questione prospettata[1420].

La Corte di Cassazione, in particolare, ha ritenuto che l'inciso relativo ai poteri del capo dello Stato preservasse la disposizione da una sospetta incostituzionalità[1421]. Anche nel caso delle azioni *contra Italicum* i giudici di primo grado hanno variamente disatteso la questione, pronunciandosi per l'irrilevanza o la manifesta infondatezza. In questi procedimenti si lamentava la dubbia costituzionalità dell'art. 14 *bis* (nella sua versione legata al sistema elettorale *Italicum*) rispetto, in particolare, ad i principi in tema di forma di governo parlamentare (art. 92 Cost.), in relazione all'art. 138 Cost., dal momento che, nella prospettazione dei ricorrenti, l'art. 14 *bis* avrebbe surrettiziamente modificato (o avrebbe tentato di modificare) la forma di governo come emergente dal dato costituzionale, per piegarla verso altri modelli[1422].

[1417]Come è noto, la sentenza n. 1/2014 ha messo in luce il rapporto fra la "rappresentanza nazionale" ex art. 67 Cost. e il diritto costituzionale di voto ex art. 48 Cost. Per una lettura critica si veda N. ZANON, *La seconda giovinezza dell'art. 67 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 marzo 2014. Allo stesso modo la sent. 35/2017 (nel salvare la previsione dei "capilista bloccati") ha ritenuto che il ruolo costituzionale dei partiti ex art. 49 Cost. dovesse trovare un legittimo bilanciamento con la "prevedibilità del voto", che il precedente arresto ha ritenuto discendere dall'art. 48 Cost.

[1418]Non a caso il voto è diritto e "dovere civico", quindi una declinazione del più generale dovere di solidarietà politica (cfr. A. MORELLI, *I principi costituzionali*, p. 7).

[1419]Il dibattito sulla natura di queste azioni e sulla loro compatibilità con l'accesso incidentale al Giudice delle Leggi è stato molto ampio. Per i critici si possono ricordare le argomentazione di A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, nonché le preoccupazioni di eccessive ingerenze extraparlamentari sulla normazione elettorale espresse da M.C. GRISOLIA, *La legge elettorale tra la discrezionalità del Parlamento e i nuovi vincoli imposti dal sistema,* in *Osservatorio sulle fonti,* n. 1/2017. Paiono però più convincenti le ragioni esposte da G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, p. 27 ss., che ritiene la nuova via di controllo sulle leggi elettorali una strada legittima, ancorché originale, affinché si eserciti il sindacato di costituzionalità.

[1420]Un esempio di come le azioni configurate a partire dalla sent. 1/2014, pur senza dubbio mostrando una incidentalità "attenuata" o "semi-incidentalità" (vedasi M. BIGNAMI, *La Corte Costituzionale interviene in via « semi-incidentale « sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO-S.CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla « storica » sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Franco Angeli, Milano, 2014), debbano passare per il penetrante filtro del giudice *a quo*, così smentendo la natura "diretta" dell'accesso alla Corte costituzionale, come rileva G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale,* p. 30.

[1421]Da cui è discesa la dichiarazione di manifesta infondatezza – si badi: non irrilevanza – della questione sottoposta al Supremo Collegio, contenuta nel punto 10 dei *Motivi della decisione*, nell'ordinanza 12060/2013 che darà modo alla Corte costituzionale di pronunciarsi con la sent. 1/2014. Vi è effettivamente una certa stravaganza in questo passaggio: se la causa è instaurata per "l'accertamento del diritto costituzionale di voto", come si può invocare la violazione delle prerogative del capo dello Stato come elemento conculcante il diritto di voto?

[1422]Si veda in particolare Tribunale di Torino, I sez. civ., ordinanza 5 luglio 2016 (nella *Gazzetta ufficiale- 1 Serie speciale*, n. 30/2016).

ISSN 2279-7238

Messo da parte il (non secondario) problema della rilevanza di una siffatta questione[1423], verrebbe da dire, però, che sul punto i dubbi di costituzionalità siano stati mal posti all'attenzione dei giudici ordinari[1424]. Non è così vero, a ben rifletterci, che una previsione come quella del 14 *bis* – magari in combinato disposto con altre norme, come quelle relative alla presentazione dei contrassegni[1425] nonché con i mancati divieti in esse contenuti – non abbia alcun effetto sull'esercizio costituzionalmente garantito del voto, avendo presente che si tratta di un diritto tenuto a "fondersi insieme a quello di tutti quanti gli altri elettori nelle medesime forme"[1426]. È davvero un voto "libero e personale", nel senso emergente dai recenti arresti del Giudice delle leggi[1427], quello espresso da un elettore che trova sulla scheda elettorale contrassegni che accostano al cognome di un capo di partito il termine "Premier" o "Presidente"[1428]? Il principio in parola può tollerare che si ingeneri negli elettori (o in buona parte di essi) una falsa aspettativa di simili dimensioni, un' *aberratio ictus* che porta il cittadino ad essere convinto di votare un governo ed invece sta votando "solo" per un rappresentante?

Certo, non c'è una costrizione, una limitazione della libertà di scelta dell'elettore. C'è però un inganno. E in una Repubblica che ha il compito di "rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena partecipazione di *tutti* i lavoratori all'organizzazione (tra l'altro) politica del Paese", come recita l'art. 3, comma secondo Cost., non è davvero tollerabile una simile frode al voto dei cittadini. Di fatti, si va non ad eliminare, bensì ad aggiungere un ostacolo che "limita di fatto la libertà e l'uguaglianza", soprattutto nei confronti di quei cittadini "laici" di diritto costituzionale, più facilmente suggestionabili dalle sirene di un "Premier eletto dal popolo".

Sorge spontanea l'obiezione: un cittadino che voglia esercitare il suo "dovere civico" avrebbe il compito di sapere almeno per chi e per cosa sta votando. La contro-obiezione arriva altrettanto facilmente: ma allora il legislatore dovrebbe aiutarlo in ciò, invece di costruire sistemi elettorali estremamente complessi, che daranno risultati ancora più difficilmente leggibili da parte dell'elettore, per di più consentendo – anzi favorendo deliberatamente – la diffusione di un

[1423]Il problema è lo stesso esplicitato nella nota 94: l'azione verte sul diritto di voto costituzionalmente garantito, non su tutte le disposizioni della legge elettorale.

[1424]Eccezioni adombrate, ma non sviluppate in maniera approfondita, come si legge nell'ordinanza del tribunale torinese.

[1425]Si tratta dell'articolo 14 dello stesso Testo Unico per le elezioni della Camera.

[1426]M. BIGNAMI, *La Corte Costituzionale interviene in via «semi-incidentale» sulla legge elettorale*, p. 45.

[1427]Un binomio inteso non solo come assenza di coartazione fisica, ma anche come minimo grado di consapevolezza sugli effetti che l'espressione del voto può produrre, come ricavato dalla sentenza n. 1/2014: cfr. M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 96.

[1428]Comparsa nelle elezioni del 2001 (S. MERLINI- G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, p. 323 ss.), la prassi pone, ancora, problemi anche in relazione all'art. 49 Cost. secondo A. CARIOLA, *Riflessioni su sovranità e rappresentanza,* in *Rivista AIC*, n. 4/2016, p. 6 ss. Si tratta – come è noto – di una prassi diffusissima anche nella campagna elettorale 2018: si veda A. CAZZULLO, *Elezioni 2018: la carica dei loghi*, in *Corriere della sera*, 14 gennaio 2018.

ISSN 2279-7238

"equivoco" costituzionale[1429] per cui il voto, costituzionalmente diretto verso le Assemblee di Montecitorio e Palazzo Madama, è invece idealmente convogliato verso Palazzo Chigi. E tutto ciò non è un "plusvalore" che discende dal principio di sovranità popolare[1430]: non lo era ieri nell'era maggioritaria, dove a maggioranze parlamentari (magari artefatte grazie ad ingenti "premi") numericamente solide si accostavano compagini politiche frammentate e litigiose, destinate inesorabilmente a sfasciarsi, con buona pace della "pronuncia popolare" e dei "programmi di legislatura" presentati all'elettorato. A maggior ragione non lo potrà essere oggi, nell'epoca "post-maggioritaria" inaugurata dalla legge 165/2017, per le ragioni su cui ora vale la pena soffermarsi.

6. La solitudine "sistematica" della nomina del capo (*rectius*: dei capi) nella "matematica elettorale" della legge Rosato

Perché la critica complessiva possa essere più chiara, vale la pena ritornare ancora un istante sulle differenze che intercorrono fra l'attuale versione dell'art. 14 *bis* e le precedenti, in particolare quella della legge Calderoli, osservando in primo luogo che nella legge 165/2017 (conosciuta anche come "legge Rosato") sono stati reintrodotti i collegi uninominali, cancellati dalla riforma del 2005.

La prima differenza è la previsione – al comma secondo – della possibilità per le liste rappresentative di minoranze linguistiche, depositando la dichiarazione di collegamento, di indicare in quali collegi uninominali della circoscrizione presentano candidati comuni con le altre forze della coalizione, dovendo dedursi che possono esistere collegi in cui – benché coalizzate – tali liste possono presentare candidati in competizione con quelli comuni[1431].

La seconda (e più importante) differenza sta nel fatto che, al comma tre, scompare ogni indicazione rispetto al "capo unico" ed al "programma comune" della coalizione: ogni singola lista indicherà il suo proprio capo ed il programma che sottopone agli elettori, prescindendo da una più

[1429]Così si è espresso il senatore Giorgio Napolitano durante il dibattito al Senato sull'approvazione (con fiducia) della nuova legge elettorale: «*l'auspicio da parte mia era che si eliminasse l'ultima sopravvivenza della legge Calderoli, promulgata nel 2005. Quell'auspicio non partiva da presunzioni di incostituzionalità della clausola relativa all'indicazione, in sede di procedimento elettorale, dei nomi del capo della forza politica e soprattutto del capo della coalizione. Quell'auspicio partiva dall'esperienza da me fatta, come Presidente della Repubblica, degli equivoci che di lì erano scaturiti sul piano degli equilibri costituzionali, adombrando un'elezione diretta del Presidente del Consiglio*» (A.S. XVII, *Resoconto stenografico*, 25 ottobre 2017, p. 58).

[1430]Questa era la tesi espressa ad esempio in F. D'ADDABBO, *Sovranità popolare e forma di governo: l'investitura dell'Esecutivo e lo scioglimento delle Camere secondo una concezione rispondente al principio democratico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

[1431]Si badi che il termine "coalizione" comparve solo con la legge 270/2005: nella vigenza del *Mattarellum* si parlava solo di "liste collegate" ad un medesimo candidato nel collegio uninominale e l'effetto di tale collegamento si riduceva ad uno scorporo *pro quota* delle cifre elettorali di dette liste in caso di elezione del candidato collegato, nonché al ripescaggio di candidati in caso di esaurimento di una lista collegata, "eccedentaria" nel numero di seggi. La coalizione pre-elettorale era allora essenzialmente un soggetto politico, che verrà più chiaramente "giuridificato" dall'art. 14 *bis* (nella sua prima versione), peraltro a livello nazionale (cosa non richiesta nel caso della legge Mattarella).

ISSN 2279-7238

complessiva concertazione con gli altri membri dell'alleanza[1432]. Ed è in qualche modo indicativo che sia scomparso anche quell'inciso (a tratti stravagante, perché, in fondo, scontato[1433]) che caratterizzava i partiti e i gruppi politici organizzati in coalizione come "candidati a governare".

Se ne deduce che il legislatore – forse rimpiangendo i tempi andati – è perfettamente cosciente che le "dichiarazioni di collegamento" (e con loro le coalizioni stesse) non sono altro che un "ologramma" dal punto di vista politico[1434], pur in realtà dispiegando non pochi effetti giuridici sull'esito del voto[1435]: detto altrimenti, è chiaro ed evidente che il sistema elettorale non è congegnato per far emergere una maggioranza chiara all'esito delle elezioni, così come non è in alcun modo probabile che un "capo" – presentato agli elettori come tale[1436] – abbia un sostegno sufficiente in entrambi i rami del parlamento per essere invitato a formare un governo "la sera stessa delle elezioni".

Tutto ciò lo si evince chiaramente dalla "matematica" del sistema elettorale: l' inversione delle quote del *Mattarellum* rende sostanzialmente evanescente l'effetto maggioritario e (in ipotesi bipolarizzante) del collegio uninominale a turno unico, sicché sarà effettivamente nella ben più

[1432]N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana*, p. 23 afferma che «*l'indicazione del leader di partito diventa, evidentemente, ancora meno significativa rispetto al procedimento di formazione del Governo. In questa logica, l'assenza di ogni riferimento al capo della coalizione si spiega appunto sulla base del fatto che l'accordo di coalizione dovrebbe, nelle intenzioni del legislatore, avere luogo anzitutto a livello di collegi uninominali, ancorché con valore nazionale*».

[1433]N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana,* p. 23 osserva che si tratta di un inciso «*scontato solo in* assenza *di partiti anti-sistema*». C'è da puntualizzare, però, che quell'indicazione era significativa nella genesi della legge 270/2005, pensata in combinato disposto con la riforma costituzionale volta ad impiantare nella Legge fondamentale quel principio di "rigidità bipolare", per cui la Camera dei Deputati sarebbe andata incontro ad uno scioglimento automatico in caso di ribaltoni che avessero segnato la venuta meno della maggioranza "uscita dalle elezioni" ed individuata insieme al Primo ministro. È in quest'ottica che la "candidatura a governare" era esemplificativa – ancora una volta – di tutta una filosofia politico-costituzionale di contorno all'idea del capo.

[1434]Le ha definite così F. VERDERAMI, *Il patto tra Berlusconi e Renzi per avere "mani libere" dopo le urne*, in *Corriere della Sera*, 6 ottobre 2017. A. APOSTOLI, *Il cd. Rosatellum-bis. Alcune prime osservazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2017, p. 5 osserva che «*traspare dunque dallo stesso impianto della legge che lo scopo delle coalizioni non è quello di aggregare soggetti politici diversi in un programma comune, ma solo quello di massimizzare i seggi ottenuti nelle competizioni nei collegi uninominali e per questa via, essendo escluso il voto disgiunto tra collegi uninominali maggioritari e collegi plurinominali proporzionali, di ottenere in generale più seggi, sia pure in assenza di un programma di governo coerente e di un unico candidato alla Presidenza del Consiglio*».

[1435]Fra i quali possiamo ricordare la distribuzione fra i partiti coalizzati (a livello di collegio uninominale) dei voti espressi nei confronti del solo candidato nel collegio o, ancora, l'assegnazione alla coalizione dei voti attribuiti alle liste con un consenso elettorale compreso fra l'1 ed il 3% a livello nazionale, nonché lo scivolamento dei seggi fra liste coalizzate nello stesso collegio plurinominale o nella circoscrizione, qualora non residuino candidati disponibili (né a livello di collegio, né a livello di coalizione) della lista cui spetterebbe il seggio.

[1436]Peraltro anche in presenza di cause di incandidabilità o ineleggibilità: cfr. A. APOSTOLI, *Il cd. Rosatellum-bis*, p. 9: «*Vi è inoltre il problema, cui si è già accennato, del "capo politico", problema che risiede nella possibilità di indicare per questo ruolo chi non può neanche candidarsi a deputato o chi comunque non potrebbe assumere quel ruolo, così come quello di un incarico di governo, per espressa previsione di legge. Poiché il "capo politico" è anche colui che di fatto risulta, agli occhi degli elettori, come il candidato a svolgere il ruolo futuro di Presidente del Consiglio, va da sé che la possibilità in questione si presta a essere utilizzata, all'occorrenza, per realizzare vere e proprie "frodi" elettorali*». N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana*, p. 23 aggiunge che «*su un piano più generale, non può non sembrare poco conforme alle regole democratiche e alle tradizioni della forma di governo parlamentare che un leader di partito rinunci in toto a mettersi in gioco in prima persona nella competizione elettorale, così come pure, successivamente, nella dialettica parlamentare; così come che un partito politico decida di farsi guidare da un leader ineleggibile o incandidabile*».

ISSN 2279-7238

ampia quota proporzionale dove si giocherà effettivamente la partita[1437]. Ma è noto che un sistema elettorale proporzionale – peraltro solo blandamente corretto con clausole di sbarramento non particolarmente elevate – non può (non garantire, ma) fornire un sostegno elettorale ad una candidatura al vertice esecutivo, che (se mai) dovrà essere oggetto di negoziazioni post-elettorali fra le forze politiche che avranno ottenuto seggi. Ecco che allora la presentazione dei "capi delle forze politiche" come candidati Premier è estremamente fuorviante innanzi agli elettori – adusi ed assuefatti ad una retorica politica per cui "il Governo è votato dagli italiani" – sia, ovviamente, da un punto di vista costituzionale, ma anche da un punto di vista meramente politico-elettorale, dal momento che il sistema è congegnato per creare manipoli di parlamentari pronti a seguire il loro "capetto", in un' imprevedibile ricombinazione di alleanze post-elettorali che poco o nulla avrà a che fare con l'accordo presentato innanzi ai cittadini e sanzionato dall'esistenza di "candidati comuni" nei collegi uninominali.

Inoltre, un rapido colpo d'occhio del quadro politico odierno conferma quanto detto sino a qui: in un contesto tri-quadripolare, dove peraltro la prima forza politica è un movimento che in fondo ha macinato successi proprio portando avanti un'impostazione anti-leaderistica[1438] (salvo poi doversi convertire, recentemente, alla necessità in organizzare la campagna elettorale attorno ad un candidato Premier[1439]), la scelta di perseverare in quell' "equivoco costituzionale" per cui il Presidente del Consiglio è eletto direttamente dagli elettori appare una forzatura irrispettosa della

[1437]Si potrebbe in realtà discutere sulla ragionevolezza complessiva delle "proporzioni" fra quote uninominali e plurinominali. La parte proporzionale di un sistema misto serve effettivamente a riequilibrare sul piano generale la rappresentatività di liste sacrificate dalla competizione nei collegi a turno unico. E ciò vale forse non tanto per le piccole forze, quanto piuttosto per rinsaldare in termini di seggi le liste proporzionalmente più consistenti, che tuttavia non avessero riportato la vittoria in molti collegi, magari per scarti di voti minimi (così infatti funzionava nel *Mattarellum* e questo era anche il senso del meccanismo dello scorporo: cfr. L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere*, Promodis, Brescia, 2003, p. 19). Il *quantum* di questo riequilibrio, però, sembrerebbe avere un senso sino al 50-50, cioè ad un sistema che assegni la metà dei seggi con il proporzionale e l'altra metà nei collegi uninominali (non si parla qui del sistema tedesco, che invece è un sistema proporzionale negli esiti, dove la quota di maggioritario è "riassorbita" nel complesso proporzionale, salvo il caso degli *Überhangmandate*). È invece perlomeno "bizzarro" che un sistema proporzionale sia "corretto" (di certo non "riequilibrato") con una quota di maggioritario pari circa ad un terzo dei seggi: in questo caso, infatti, non si comprende quale sarebbe il senso della comparsa dei collegi uninominali. Si potrebbe dire che il collegio introduce un elemento volto a favorire la bipolarizzazione e la semplificazione del quadro partitico. Forse in linea teorica può esserci anche un fondo di verità in una simile affermazione, però resiste un'obiezione dirimente: nel momento stesso in cui nessuno schieramento ha la maggioranza, ecco che l'effetto in ipotesi bipolarizzante si annulla completamente e, anzi, si arriva ad un "liberi tutti" che nega l'iniziale operazione coalizionale. Nemmeno si può arrivare ad una pregevole semplificazione del quadro politico, dal momento che le piccole forze possono proliferare (soprattutto in presenza di clausole di sbarramento abbastanza generose) nella parte proporzionale, ma anche guadagnare seggi nei collegi uninominali grazie ad accordi preventivi (come già accadeva nella vigenza del *Mattarellum).* Anzi, forse diventa persino meno problematico per le forze maggiori cedere collegi ai "piccoli", sapendo che comunque la parte del leone si farà nel segmento proporzionale, sicché, in definitiva, la quota di collegi uninominali non vorrebbe essere altro che un «premio indiretto» (espressione di C. MIRABELLI, *Riflessioni di merito sul Rosatellum (al netto delle polemiche politiche*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, p. 3) alle forze maggiori.

[1438]Si pensi alle campagne elettorali condotte prima contro la figura di Silvio Berlusconi, poi di Matteo Renzi, m anche all'idea che il fondatore Beppe Grillo si definisse come mero "garante", nonché la scelta di creare una "turnazione" rispetto ai Presidenti dei gruppi parlamentari.

[1439]Indicato come "capo politico" dal nuovo Statuto del 30 dicembre 2017, disponibile nel sito internet del Movimento.

ISSN 2279-7238

scelta dei cittadini ed addirittura in odore di grave malafede legislativa.

Ecco cosa si intende per solitudine "sistematica": è lo stesso sistema elettorale che, scegliendo in un certo qual modo di astenersi dall'indirizzare il sistema partitico, ma garantendo la conservazione dello *status quo*, priva di significato la previsione *ex* art. 14 *bis* ed anzi la rende qualcosa di accostabile ad un raggiro a danno degli stessi elettori.

Non si può disconoscere – mettendo un attimo da parte il conflitto con i principi costituzionali sanzionato dalle pronunce della Corte – che nei sistemi del 2005 e del 2015 *perlomeno* esisteva una coerenza intrinseca che effettivamente garantiva una maggioranza automatica[1440] a quello che nei fatti era un candidato premier, così configurandone una sorta di "elezione diretta": una logica probabilmente aberrante sul piano costituzionale di una democrazia parlamentare, ma almeno dotata di una minima coerenza interna (almeno sotto questo profilo).

Nel caso del *Rosatellum* ciò che invece viene gelosamente conservato è il meccanismo di scelta dei parlamentari, di fatto demandato alle dirigenze di partito[1441]. Ora, questa circostanza non è censurabile di per sé stessa: come ha detto la Corte costituzionale nella sentenza 35/2017 (punto 11.2 del *Considerato in diritto*), la formazione delle liste è una delle attività (probabilmente la principale) con la quale i partiti politici concorrono alla determinazione della politica nazionale *ex* art. 49 Cost. Il vero problema è che la legge elettorale prevede una serie di meccanismi che diluiscono, fino a rendere evanescente, quella "conoscibilità" degli eletti da parte dei votanti, fulcro dell'annullamento delle liste bloccate "lunghe" nella sent. 1/2014[1442]. Da tutto ciò consegue che, alla fine, solo gli eletti nei collegi uninominali saranno effettivamente "conosciuti" e "conoscibili" da parte degli elettori.

[1440]Similmente G. FERRI, *I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (1/2014 e 35/2017) e la legge n. 165 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, p. 41 Che poi questa maggioranza fosse destinata a durare è tutto un altro discorso, come hanno dimostrato limpidamente la XV legislatura segnata dalla travagliata vita del governo Prodi II, ma anche la dissoluzione dell'amplissima maggioranza di centrodestra lungo il corso della XVI.

[1441]Si veda G. FERRARA, *Rosatellum, l'incostituzionale mito del capo*, in *Il Manifesto*, 1 ottobre 2017.

[1442]Questi meccanismi sono in particolare le pluricandidature (ammesse per un totale di 5+1, ovvero in cinque collegi plurinominali e in 1 collegio uninominale), la limitazione del numero di candidati nelle liste dei collegi plurinominali (al massimo quattro, allorché i seggi in palio nei collegi plurinominali sono compresi fra tre ed otto: art. 18 bis, comma 3) e la possibilità di scivolamenti di seggi fra: circoscrizioni diverse (art. 83 T.u. Camera, comma 1, lettere *h)* e *i)*), tra collegi plurinominali della stessa circoscrizione (art. 84, comma 2), fra liste diverse coalizzate nel collegio o nella circoscrizione(art. 84, comma 5). Queste previsioni – combinandosi con il riparto dei seggi a livello nazionale, nonché con il numero di collegi plurinominali contenuto – rendono concretamente difficile che un elettore possa sapere (se non quando per ciascun parlamentare viene reso pubblico il collegio di elezione) se il suo voto ha concorso all'elezione del solo candidato uninominale, dei candidati delle liste collegate nell'uninominale cui il voto è stato distribuito *pro quota,* se un seggio della sua circoscrizione è scivolato altrove, sia per questioni aritmetiche, sia perché la lista votata aveva esaurito i candidati disponibili, eletti altrove. Quest'ultima eventualità si fa davvero concreta nel momento in cui una lista può essere formata al massimo da un numero di candidati pari alla metà dei seggi in palio. Così facendo, però, diviene allora insignificante avere impressi i nomi dei candidati nei collegi plurinominali sulla scheda elettorale, poiché un elettore non può prevedere (né ciò è verificabile *a posteriori*) il luogo dove il suo voto avrà un effetto nella quota proporzionale.

ISSN 2279-7238

Ecco uno degli interstizi[1443] di cui si parlava nel paragrafo precedente: se la Corte (sent. 1/2014, punto 5.1 del *Considerato in diritto*) ha affermato che l'indicazione popolare era carente per la totalità degli eletti[1444], il legislatore ha pensato di provvedervi facendo in modo che almeno (o addirittura solo) un terzo dei futuri parlamentari goda di questo sostegno, lasciando che i restanti due terzi fossero sì "leggibili" sulla scheda, ma in realtà non conoscibili dall'elettore[1445].

In tal senso vi è questa pesante contraddittorietà di fondo nella legge, assente nei suoi antecedenti: da un lato, infatti, si rescinde qualunque forma di legittimazione più o meno diretta fra capo e corpo elettorale; dall'altro, però, si finge che questo legame permanga, sicché è nella logica delle cose che, una volta dato un capo agli elettori, questi possano anche accontentarsi che i loro rappresentanti siano scelti fra i "fedelissimi" di costui.

7. Conclusioni: la parabola costituzionale del "capo", fra Costituzione "percepita" ed esigenza di rappresentatività

Sabino Cassese, dalle pagine del Corriere della Sera, ha messo in luce una chiave di lettura convincente di quelli che potranno gli effetti della nuova legge sulla concezione verticistica e leaderistica del potere affermatasi lungo questi anni della cd. "Seconda Repubblica".

«La figura del capo del governo – scrive il già giudice costituzionale – deve essere diversa da quella del "leader" politico. Quest'ultima è quella di un protagonista, forse anche di un agitatore, che parla al Paese; l'altra è quella di un "dialogante", che negozia, gestisce, amministra»[1446].

[1443]Un altro è, appunto, lo scivolamento dei seggi, che la sent. 35/2017, al punto 10.2 del *Considerato in diritto* la Corte (posto che «*sostenere che i contenuti precettivi dell'art. 56, quarto comma, Cost. si riferiscano soltanto al momento antecedente alle elezioni, ossia alla sola ripartizione dei seggi fra le diverse circoscrizioni e non anche alla fase della loro assegnazione alle liste dopo le elezioni, autorizzerebbe il sostanziale aggiramento del significato della norma costituzionale*») aveva salvato «*con riferimento allo specifico sistema elettorale previsto*», poiché «*l'effetto traslativo, attraverso l'applicazione della disposizione indubbiata, si presenta, di risulta, solo se il ricorso a quelle cautele si riveli inutile, in casi limite che il legislatore intende come del tutto residuali*». Come si è detto nella nota precedente nel sistema vigente l'ipotesi è tutt'altro che residuale, non si tratta di «c*asi di chiusura*» che fuoriescono dalla «*fisiologia*» del sistema (N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana*. p. 15), e l'affanno del legislatore ad enunciare un non breve elenco di ipotesi nelle quali questo effetto traslativo andrà governato (più che essere una lodevole cura dei casi limite) dimostra che egli stesso ha ben presente come gli scivolamenti si manifesteranno in maniera massiccia: sul complesso tema degli "slittamenti" si veda G. TARLI BARBIERI, *Lo «slittamento dei seggi» dopo la sentenza n. 35/2017*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2017, p. 537 ss.. Il terzo "interstizio" è certamente quello delle "liste corte bloccate": premesso che la sent. 35/2017 ha salvato le liste dell'*Italicum*, nelle quali solo il capolista era bloccato, è del tutto confliggente con la logica per cui i candidati devono godere di un sostegno popolare porre liste bloccate brevi, dalle quali però i candidati sono attinti in base alle cifre elettorali nazionali. Si tratta di un'adulterazione del sistema spagnolo, dove le liste sono sì bloccate, ma i voti rilevanti al fine dell'attribuzione dei seggi sono quelli assegnati nella provincia, che costituisce la circoscrizione elettorale, divenendo così sistemi «*non costrittivi*» della volontà degli elettori, come ebbe a dire P.A. CAPOTOSTI, *Regole elettorali e sistema costituzionale italiano*, in *ASTRID Rassegna,* n. 60, 15 novembre 2007.

[1444]«*È la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione*».

[1445]Ciò per la combinazione dei meccanismi descritti *supra*, alla nota 116.

[1446] S. CASSESE, *Dalle elezioni siciliane tre lezioni per i partiti*, in *Corriere della Sera*, 7 novembre 2017.

ISSN 2279-7238

Una scissione dunque, fra quel "capo della forza politica" ex art. 14 *bis* e un Presidente del Consiglio scelto in base a criteri molto differenti da quelli elettorali: alcuni scenari ipotizzati vedevano infatti personalità diverse dai capi-partito alla guida dell'esecutivo[1447] e questi scenari investivano proprio i partiti che sono stati protagonisti della (disordinata) esperienza "maggioritaria" italiana e che hanno variamente rivendicato la derivazione popolare a sostegno della legittimità del governo[1448]. Ipotesi che richiamano – come sottolinea sempre Sabino Cassese – «una separazione di compiti che a lungo la Democrazia cristiana ha fatto valere», in un vichiano ritorno al passato che investirà proprio quei soggetti politici che si erano fatti carico di "chiudere" con ciò che era venuto prima di loro[1449].

La "profezia" si è poi concretamente avverata con la (turbolenta) nascita del governo Conte, creato dai due partiti usciti vincitori dalla competizione elettorale (Movimento 5 stelle e Lega): i due capi indiscussi dei movimenti hanno scelto di assumere entrambi la carica di Vicepresidenti del Consiglio, lasciando la direzione del governo ad un soggetto terzo, tecnico e non parlamentare, per quanto vicino al Movimento 5 stelle. Nonostante la non sottile differenza fra consensi elettorali e seggi parlamentari intercorrenti fra i due soggetti politici, che di certo vedevano preponderanti i cd. "pentastellati", si è giunti ad una soluzione che da un lato sembra quasi rievocare la pari ed identica dignità fra i partner di governo, rivendicata a suo tempo dal partito socialista di Bettino Craxi per giustificare l' "alternanza" [1450], ma dall'altro vede un Presidente del Consiglio (completamente ignoto ai più fino alla sua designazione) schiacciato dalle ingombranti figure dei

---

[1447] Infatti Silvio Berlusconi, (incandidabile) *leader* di Forza Italia ha proposto il Presidente del Parlamento Europeo Antonio Tajani come possibile premier indicato dal centrodestra (si veda ad es. *Elezioni, Berlusconi: «Tajani premier sarebbe un'ottima scelta»*, in *Il Sole 24 ore*, 25 gennaio 2018), come d'altra parte Matteo Renzi ha suggerito che lo stesso Paolo Gentiloni potesse continuare a ricoprire il ruolo di Presidente del Consiglio per conto del Partito Democratico (G. SCRANNO, *Sorpresa, adesso anche Renzi vota Gentiloni*, in *Linkiesta*, 9 gennaio 2018).

[1448] Se sono notissime le rivendicazioni di Berlusconi, nondimeno v'è da ricordare che anche Matteo Renzi ha rivendicato una diversa forma di legittimazione popolare, prima attraverso le elezioni primarie e poi grazie le elezioni europee del 2014, cfr. S. VENTURA, *Renzi&Co : il racconto dell'era nuova*, Cosenza, Rubbettino, 2015.

[1449] L'incompatibilità fra la carica di Segretario politico del partito e Presidente del Consiglio era sancita all'art. 25 dello Statuto della Democrazia cristiana (nel testo approvato fra il 1982 e il 1983). Questa necessaria separazione fra *leadership partitica* e *leadership governativa* all'epoca della DC è stata criticata da A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione*, p. 68 ss., il quale afferma che «*rendere necessaria l*a partecipazione al Governo dei leaders dei partiti di maggioranza (corsivo nel testo) *potrebbe rappresentare se non proprio una regola, un elemento capace di stabilizzare la coalizione e di responsabilizzare… i partiti di governo che ne hanno la guida politica*».

[1450] V. ONIDA, *Presentazione*, in E. BALBONI- F. D'ADDABBO- A. D'ANDREA- G. GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare alla prova 1985-1987*, Milano, Giuffrè, 1988, sottolinea che «*il principio dell'alternanza si poneva come uno sviluppo di quella rivendicata "pari dignità" fra partners della coalizione*», ma «*nonostante l'assonanza terminologica, non ha niente a che vedere con l'"alternativa" e non può rappresentare nemmeno un pallido surrogato, posto che essa si colloca all'interno di un'unica maggioranza di cui si presuppone la permanenza*» (p. VIII). ID., *Alcune riflessioni sulle tendenze della forma di governo in Italia*, in P. CARETTI – M. MORISI (a cura di), *Primo quaderno dell'Associazione di studi e ricerche parlamentari 1989-1990*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 27: «*I1 presidente del Consiglio è sempre stato, per così dire, l'incarnazione dell'ipotesi di governo determinata anche dai rapporti di forza tra i partiti della coalizione; in questo quadro era naturale anche l'attribuzione della Presidenza del Consiglio al maggiore partito. L'esplicita rottura di questa convenzione ha portato ad una scissione tra guida del governo e rapporti di forza elettorale fra i partiti coalizzati*».

ISSN 2279-7238

due capipartito messi al suo fianco e quindi depotenziato nella funzione costituzionale di "direzione della politica del governo" e di "mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo" assegnatagli dall'art. 95 Cost[1451].

Tutto ciò – sia detto con la massima cautela e tenendo presente i mutati contesti politici, economici ed internazionali – delinea alcuni tratti di similitudine con le dinamiche politico-istituzionali anteriori al 1993, pur mostrando caratteristiche affatto originali[1452].

Certo, questi profili sono oggi solo sfumate suggestioni, da verificare nel futuro alla stregua degli sviluppi che si registreranno. Tuttavia e paradossalmente, rispetto a quell'evocato passato, pare esserci un corpo elettorale che a gran voce richiede di poter interagire direttamente con i "leader", eliminando qualsiasi forma di mediazione[1453].

Da un punto di vista sociale, è una pretesa in fondo comprensibile: per più di vent'anni l'elettorato ha sentito proclamare dai protagonisti della scena pubblica (a prescindere da schieramento e colore politico) che il governo era eletto dal popolo con le elezioni per il Parlamento nazionale.

Quello che il corpo elettorale avverte e richiede è, a modesto avviso di chi scrive, la necessità di tornare a "contare qualcosa" ed ecco che, allora, pensa di poter rivolgere le sue aspirazioni verso quei soggetti che, a lungo, si sono proclamati come gli "eletti dal popolo"[1454]. Dunque, al giorno d'oggi esiste forse una percezione della forma di governo e della Costituzione che non corrisponde né alla Costituzione formale, ma nemmeno più a quella che è stata la "Costituzione materiale"[1455] della cd. "Seconda Repubblica"[1456].

[1451] La debolezza del Presidente del Consiglio, cui la legge 400/88 cercava di porre rimedio, era appunto dovuta allo "schiacciamento" subito fra i vari partiti della coalizione ed i loro leader: in questo senso A. MANZELLA, *Osservazioni sulla legge 400/1988 sulla presidenza del Consiglio dei ministri* in in P. CARETTI – M. MORISI (a cura di), *Primo quaderno dell'Associazione,* p. 95 ss., *passim* sul tema

[1452] È infatti la prima volta che si costruisce un governo di coalizione fra due soli partiti che godano della maggioranza parlamentare e al contempo rappresentino la maggioranza degli elettori votanti, diversamente da quanto avveniva negli accordi di coalizione della "Prima repubblica": A. MANZELLA, *Osservazioni sulla legge 400/1988*, p. 107 : «*La legittimazione delle coalizioni ad alternanza riposa pur sempre in un accordo di governo che ha la sua unica fonte in una determinazione partitica completamente (e, ormai, insopportabilmente) autonoma dalla volontà del corpo elettorale*». Così come è la prima volta che in un governo di coalizione ("a due", appunto) si sceglie un Presidente del Consiglio laico, quindi non parlamentare, per tirare le fila della compagine ministeriale. Egualmente nuova sotto il profilo metodologico è l'adozione di un "contratto di governo" per definire l'indirizzo politico programmatico del Governo, espressamente e ripetutamente richiamato nelle dichiarazioni programmatiche del Presidente del Consiglio Conte davanti alle Camere, nonché nella motivazione della mozione di fiducia approvata dalle due Camere: cfr. A.S. XVIII, *Resoconto stenografico del 5 giugno 2018* (con gli allegati di seduta ivi acclusi).

[1453] Si veda l'indagine Censis diretta da I. DIAMANTI ed apparsa su *La Repubblica*, 22 gennaio 2018 ed in particolare l'analisi di F. BORDIGNON- A. SECURO, *Alla ricerca del rapporto diretto fra elettori e capi politici.*

[1454] Pur, in realtà, avendo lo stesso popolo rigettato due revisioni costituzionali che senza dubbio avallavano impostazioni fortemente leaderistiche.

[1455] Qui la locuzione "Costituzione materiale" viene usata in senso più lato – e probabilmente più generico – di quello originario di Costantino Mortati. In questo significato, la Costituzione materiale segna quella discrasia che si delinea fra l' «*ossequio soltanto formale*» riservato dai partiti politici alla Costituzione – i quali «*[si limitano] a rispettarne procedure e congegni organizzativi*» – e la concreta «*esperienza che dai [principi costituzionali] è scaturita*» (cit. da C. PINELLI, *Costituzione formale-costituzione materiale*, in *Dizionario di storia*, Roma, Treccani, 2010, disponibile su www.treccani.it).

[1456] E le "coalizioni ologramma" paiono esserne una prova.

ISSN 2279-7238

Ecco che allora, al fine di rimarginare queste discrasie sempre più marcate, sarebbe forse opportuno da un lato ridare agli elettori la possibilità di eleggere dei veri rappresentanti, consentendogli una schietta "leggibilità" del voto e degli effetti che questo potrà produrre[1457]. A ciò dovrebbe accompagnarsi, dall'altro lato, un'assunzione di maggiore responsabilità delle forze politiche, chiamate ad abbandonare formule retoriche sempre più vuote di significato.

Chissà che un duplice movimento di questo tipo possa portare *in primis* a diminuire (o a contenere) il sempre più grave fenomeno dell'astensionismo[1458 e che,] *in secundis,* una più schietta competizione elettorale (innanzitutto di fronte ai cittadini) riavvicini il sistema costituzionale italiano ad altre esperienze democratiche europee di governo parlamentare, dove realmente chi diverrà Primo ministro si presenta innanzi agli elettori come candidato a tale carica. Tuttavia costui (o costei) sa bene (e, tendenzialmente, ne sono coscienti anche gli elettori) che a questo ruolo assurgerà solo con una maggioranza parlamentare, sia che essa derivi *naturaliter* dalle urne con un sistema elettorale coerente e rispettoso dei diritti politici riconosciuti nei testi costituzionali, sia che essa nasca grazie ad un successivo accordo (frutto, evidentemente, di una mediazione) fra le forze politiche[1459].

Il tutto – s'intende – sotto la vigile attenzione (magari i buoni uffici?) del solo "capo" ammesso dalla nostra Carta: il capo dello Stato.

1457 Non si può dimenticare che fu proprio un referendum popolare nel 1993 ad "impiantare" nell'ordinamento italiano il collegio uninominale a turno unico. Allo stesso modo nel 1999 il popolo si espresse a favore dell'abolizione della quota proporzionale, ma il *quorum* fu dichiarato non raggiunto per circa 150.000 voti, allorché le liste elettorali risultarono non aggiornate, contenendo ancora persone decedute da anni.

1458 A commento della relazione fra complessità del sistema elettorale e partecipazione al voto G. TARLI BARBIERI, *Politiche e regionali, sistemi a confronto: la complessità disaffeziona gli elettori*, in *Blog SISE- Società italiana di studi elettorali*, 2 febbraio 2018 (disponibile su *www.studielettorali.it*).

1459 Un accordo che ha come presupposto il riconoscimento dell'avversario a guidare le trattative in quanto primo arrivato. In questo senso bisognerebbe tendenzialmente evitare la replica di quanto accaduto nel 2013, quando il Centrodestra accettò di formare un governo di larghe intese con il Partito democratico, purché non fosse condotto da Bersani (all'epoca Segretario e leader di questo partito).

ISSN 2279-7238

La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*

di Paolo Scarlatti**

SOMMARIO: 1. Introduzione: i tratti essenziali del nuovo sistema misto di elezione del Parlamento - 2. Parità di genere e riforme elettorali nella evoluzione dell'ordinamento costituzionale italiano - 3. (*Segue*) Il contributo della giurisprudenza costituzionale - 4. La disciplina della rappresentanza di genere nella recente legge 3 novembre 2017, n. 165 - 5. Aspetti problematici della nuova disciplina sulla rappresentanza di genere: la determinazione delle soglie e la questione della circoscrizione Estero - 6. (*Segue*) Pluricandidature e limiti di effettività delle norme sulle pari opportunità nella ineludibile prospettiva dell'autoriforma delle forze politiche. Considerazioni conclusive

1. Introduzione: i tratti essenziali del nuovo sistema misto di elezione del Parlamento

L'11 novembre 2017 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale (n. 264) la legge 3 novembre 2017, n. 165, recante «Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali», la cui entrata in vigore è fissata, ai sensi dell'articolo 6, comma 8, al giorno successivo alla sua pubblicazione.

Tale intervento legislativo – lungamente atteso benché osteggiato nel merito da ampia parte del mondo politico, che aveva auspicato l'esercizio al riguardo del potere di rinvio da parte del Presidente della Repubblica, dando altresì seguito a diversi ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, da ultimo dichiarati inammissibili dalla Corte costituzionale[1460] – configura un nuovo sistema elettorale dei membri del Parlamento fondato su un impianto di disciplina essenzialmente omogeneo tra la Camera dei Deputati

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

[1460] Trattasi in particolare di quattro conflitti di attribuzione riguardanti le procedure di approvazione delle leggi 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. *Italicum*) e 3 novembre 2017, n. 165 (c.d. *Rosatellum* o, più precisamente, *Rosatellum bis*), dichiarati tutti inammissibili nella Camera di consiglio del 12 dicembre 2017. Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, i ricorsi in questione non individuano «in modo chiaro e univoco i poteri ricorrenti, le competenze costituzionali menomate e l'oggetto della pretesa», sicché le carenze degli atti introduttivi, inerenti tanto ai requisiti soggettivi quanto al requisito oggettivo del conflitto, non mettono la Corte in condizione di deliberare sul merito delle questioni. Con l'ulteriore precisazione secondo cui – in relazione al ricorso proposto congiuntamente dal Codacons, da un cittadino elettore e da un senatore contro il Governo per aver posto la questione di fiducia durante l'iter di approvazione del c.d. *Rosatellum* presso la Camera dei Deputati – «un membro del Senato della Repubblica non può lamentare la violazione del procedimento parlamentare svoltosi presso la Camera dei deputati» (ordinanze nn. 277 e 280 del 2017). Per una riflessione puntuale sul tema, si rinvia a *Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Nomos*, n. 3/2017, con contributi di F. Lanchester, *L'ipercinetismo e la giurisdizione*; P. Maddalena, *Sovranità popolare e legge elettorale* "rosatellum"; G. Buonomo, *La zona franca e la legge elettorale: perché il conflitto endorganico chiude il cerchio*; S. Ceccanti, *Legge elettorale: i rischi di "benaltrismo costituzionale" nei ricorsi*; L. Spadacini, *Sull'ammissibilità dei recenti conflitti di attribuzione sollevati con riguardo alla legislazione elettorale*; M. Villone, *Legge elettorale dal conflitto politico al conflitto tra poteri*; nonché, da ultimo, L. Grimaldi – C.P. Guarini, *Su alcuni conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati a seguito della «situazione venutasi a creare» con le ultime leggi elettorali (a margine delle ordinanze nn. 277 e 280 del 2017)*, in *Consulta online*, n. 1/2018; M.C. Carbone, *Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: qualche breve considerazione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2018.

ISSN 2279-7238

ed il Senato della Repubblica. E ciò, in un certo senso, secondo la traccia definita dalla Corte costituzionale in occasione delle declaratorie di illegittimità parziale delle precedenti leggi elettorali politiche, là dove dispose che sebbene la Costituzione non imponga al legislatore l'introduzione di sistemi elettorali identici per i due rami del Parlamento, «tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee»[1461].

Quanto alla qualità redazionale, la legge n. 165 del 2017 appare piuttosto carente sotto il profilo della chiarezza e dell'intelligibilità del testo nel suo complesso. Essa infatti appronta un'intricata normativa di modifica del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957, recante «Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati», e del decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, recante «Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica», ambedue testi normativi già di per sé particolarmente logorati in seguito alle numerose modifiche ed alle pronunce della Corte costituzionale che nel tempo sono su di essi intervenute. Risulta pertanto discutibile in sé la scelta metodologica di perseverare con interventi modificativi di carattere inevitabilmente frammentato anziché definire una normativa elettorale per il Parlamento nazionale esaustiva, intesa a sostituire integralmente la normativa elettorale precedente.

Nel merito, la legge n. 165 del 2017 introduce un sistema elettorale misto, in virtù del quale poco più di un terzo dei seggi parlamentari sono assegnati in collegi uninominali[1462] attraverso il meccanismo maggioritario in cui è proclamato eletto il candidato più votato, mentre i restanti seggi sono attribuiti in collegi plurinominali con metodo proporzionale tra liste o coalizioni che abbiano conseguito, rispettivamente, almeno il 3 per cento ed il 10 per cento dei voti validi espressi sul piano nazionale. Il superamento della soglia di sbarramento del 10 per cento da parte delle coalizioni di liste, al cui computo non concorrono le liste che abbiano ottenuto su scala nazionale un risultato inferiore all'1 per cento, implica altresì che all'interno di queste ultime almeno una lista collegata abbia conseguito la citata soglia del 3 per cento sul piano nazionale[1463].

[1461] Corte cost. sent. 1/2014, punto 4 del Cons. dir., e Corte cost. sent. 35/2017, punto 15.2 del Cons. dir. A tal riguardo, v. A. Ruggeri, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità. Un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Lo Stato*, n. 8, 2017, 303 ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale trasforma l'*Italicum *in sistema elettorale maggioritario "eventuale" ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *federalismi.it*, n. 4/2017, (15 febbraio 2017).

[1462] Precisamente, 232 alla Camera dei Deputati, incluso il collegio unico della Valle d'Aosta, e 116 al Senato della Repubblica, inclusi il collegio unico della Valle d'Aosta ed i 6 collegi del Trentino-Alto Adige.

[1463] In funzione della tutela delle liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una Regione ad autonomia speciale il cui statuto o le relative norme di attuazione ne prevedano una particolare tutela, alla Camera l'accesso alla ripartizione dei seggi ed il concorso alla determinazione della cifra elettorale nazionale di ciascuna coalizione ai fini del raggiungimento della soglia del 10 per cento dei voti validi espressi è comunque previsto nel caso in cui sia superata da tali liste la soglia del 20 per cento nella Regione medesima ovvero qualora i relativi candidati siano stati proclamati eletti in almeno due collegi uninominali. In Senato, dove la circoscrizione elettorale coincide con la Regione e l'assegnazione dei seggi avviene a livello regionale, la disciplina prevista è del tutto analoga, tranne che per quanto attiene alla soglia del 20 per cento dei voti validi espressi, che in questo caso si riferisce a liste presentate in qualsiasi Regione anziché alle sole liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate

ISSN 2279-7238

L'assegnazione dei seggi spettanti alla quota proporzionale – che per il Senato si realizza a livello regionale secondo il disposto dell'articolo 57 della Costituzione seppur in considerazione di soglie che, come accennato, sono calcolate su scala nazionale – avviene secondo l'ordine di presentazione sulla base di liste decisamente corte. La loro composizione numerica – che non può essere inferiore alla metà, con arrotondamento all'unità superiore, né superiore al limite massimo di seggi assegnati al collegio plurinominale – deve necessariamente oscillare tra due e quattro candidati a fronte di una ripartizione in collegi plurinominali assegnatari di un numero variabile di seggi compreso, ad eccezione del caso della Valle d'Aosta, tra tre ed otto per quanto riguarda la Camera dei Deputati e due ed otto per quanto concerne il Senato della Repubblica[1464].

In relazione ai requisiti di candidabilità, la nuova disciplina elettorale esclude in particolare, a pena di nullità, la possibilità di candidature plurime oltre il limite massimo di cinque collegi plurinominali, nonché la candidatura in più di un collegio uninominale, la quale tuttavia è espressamente permessa in aggiunta alla candidatura in uno o più collegi plurinominali, fermo restando il limite di cinque. La candidatura nella circoscrizione Estero non permette invece di candidarsi in qualunque collegio plurinominale o uninominale del territorio nazionale[1465].

Riguardo poi le modalità di espressione del voto, all'elettore non è riconosciuta la possibilità di esprimere preferenze nel voto di lista né la facoltà di esercitare il c.d. voto disgiunto fra liste e candidati, disponendo ogni elettore di un voto da esprimere su un'unica scheda e trattandosi, pertanto, di liste bloccate.

Spetta infine all'Esecutivo provvedere, in forza della delega approntata dalla medesima legge n. 165 del 2017, alla determinazione dei collegi uninominali e plurinominali nell'ambito delle circoscrizioni in cui è ripartito il territorio nazionale, che ammontano a 28 per la Camera ed a 20 per il Senato, corrispondenti al territorio di ciascuna Regione, alla stregua dei principi e criteri direttivi ivi fissati. A tal proposito, la legge n. 165 dispone altresì che, in funzione della predisposizione dello schema di decreto legislativo, il Governo si avvalga di una commissione composta da dieci esperti, presieduta dal Presidente dell'ISTAT, e che sul medesimo schema di decreto legislativo – entro 15 giorni dalla sua trasmissione alle Camere – si esprimano le commissioni parlamentari competenti mediante la formulazione di un parere la cui mancata osservanza comporta, per il Governo, l'obbligo di adeguata motivazione[1466].

---

esclusivamente in una Regione ad autonomia speciale il cui statuto o le relative norme di attuazione ne prevedano una particolare tutela.

[1464] Artt. 1, comma 3, e 18-*bis*, comma 3, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati, come sostituiti dall'art. 1, commi 1 e 10, lett. *d)*, legge n. 165 del 2017, e artt. 1, comma 2-*bis*, e 9, comma 4, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica, come modificati dall'art. 2, commi 1 e 3, lett. *c)*, legge n. 165 del 2017.

[1465] Art. 19, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati, come sostituito dall'art. 1, comma 11, legge n. 165 del 2017, e art. 9, comma 5, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica, che espressamente rinvia alla disciplina di cui al citato art. 19, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati.

[1466] Legge n. 165 del 2017, art. 3, commi 3 e 4. La delega per la determinazione dei collegi elettorali di Camera e Senato ha da ultimo trovato attuazione con il decreto legislativo 12 dicembre 2017, n. 189.

ISSN 2279-7238

Tra i numerosi profili problematici sottolineati in dottrina in merito a diversi aspetti della nuova disciplina elettorale posta in essere[1467], alcuni dei quali appaiono in effetti in dissonanza con la Costituzione e con le indicazione fornite dalla Corte costituzionale nella sua nota giurisprudenza sulle più recenti leggi elettorali politiche[1468], merita senz'altro attenzione la disciplina degli interventi tesi ad agevolare una condizione di maggiore equilibrio tra i sessi nella composizione interna del Parlamento. Questa infatti costituisce l'ultimo tassello di una vicenda, inerente al rapporto tra legislazione elettorale e rappresentanza di genere, i cui contorni hanno assunto un rilevo notevole nell'esperienza costituzionale più recente, trovando per la prima volta applicazione, con la legge n. 165 del 2017, nell'ambito del sistema elettorale politico nazionale[1469].

2. Rappresentanza di genere e riforme elettorali nella evoluzione dell'ordinamento costituzionale italiano

Il tema della rappresentanza di genere nelle istituzioni politiche rappresentative s'inserisce in verità in un contesto che per lungo tempo si è mostrato particolarmente refrattario all'allestimento di strumenti normativi significativi volti al riequilibrio tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive.

Paradigmatica al riguardo è la nota sentenza della Corte costituzionale n. 422 del 1995, la cui perentorietà negli esiti e nelle argomentazioni ha segnato nel profondo ed in maniera durevole la declinazione del rapporto tra principio di uguaglianza e rappresentanza di genere nella elaborazione dei sistemi elettorali, suscitando in larga parte della dottrina valutazioni

[1467] In proposito, con diversità di posizioni ed accenti, M. Ainis, *Il petalo appassito del Rosatellum*, in *La Repubblica*, 7 ottobre 2017; C. Mirabelli, *Riflessioni di merito sul Rosatellum (al netto dalle polemiche politiche)*, in *federalismi.it*, n. 20/2017, (25 ottobre 2017); B. Caravita, *Sul disegno di legge in materia elettorale*, ivi, (25 ottobre 2017); A. Apostoli, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazione*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 3/2017, (26 ottobre 2017), 8 ss.; P. Maddalena, *Sovranità popolare e legge elettorale* "rosatellum", cit., 4 ss.; S. Schettino, Rosatellum bis*: continuità e discontinuità della disciplina elettorale tra discrezionalità del legislatore e (problematica...) coerenza costituzionale*, in *dirittifornamentali.it*, n. 1/2018.

[1468] V. Baldini, *Il legislatore (elettorale) "impenitente"...*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, 5 ss.; P. Pulsoni, *Note a margine della nuova legge elettorale c.d. Rosatellum bis (legge 3 novembre 2017 n. 165)*, ivi, 6 ss. Per un'analisi delle pronunce n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 della Corte costituzionale, oltre ai richiami di cui alla precedente nota (2), si rinvia al *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 629 ss.; nonché, *ex plurimis*, a M. Luciani, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2017, (27 febbraio 2017); A. Celotto, *La legge elettorale: quali prospettive?*, ivi, (4 marzo 2017); R. Romboli, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Il Foro italiano*, 2017, I, 782 ss.; M. Villone, *Rappresentatività, voto eguale, governabilità: quando una irragionevolezza diviene manifesta?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 304 ss.; A. Anzon Demmig, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'*Italicum *e il persistente immobilismo del legislatore*, ivi, 317 ss.; R. Manfrellotti, *Il fantasma della governabilità e la rigidità costituzionale*, ivi, 320 ss.; I. Massa Pinto, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017; V. Tondi della Mura, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della Consulta e il* favor *(negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2018, (30 gennaio 2018).

[1469] Sui temi della rappresentanza politica di genere secondo la prospettiva della comparazione giuridica, cfr. A. Deffenu, *La parità tra i sessi nella legislazione elettorale di alcuni paesi europei*, in *Diritto Pubblico*, 2001, 609 ss.; M. D'Amico – S. Leone, *La rappresentanza politica femminile*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 455 ss.

ISSN 2279-7238

critiche[1470]. In quella circostanza la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma per l'elezione dei consiglieri comunali che stabiliva una riserva di quote fondata sul sesso dei candidati nella composizione delle liste, in virtù della quale nessun genere poteva essere rappresentato in misura superiore ai due terzi, precisò in termini tassativi l'assoluta irrilevanza giuridica del sesso ai fini tanto della eleggibilità quanto della stessa candidabilità, intesa come condizione pregiudiziale e necessaria alla eventuale elezione, reputando contraria alla formulazione originaria dell'articolo 51, primo comma, cost. ed al principio di uguaglianza formale tra i sessi di cui all'articolo 3, primo comma, cost. ogni norma legislativa che imponesse, nella presentazione delle candidature alle cariche elettive, «qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati»[1471].

Tale conclusione, da cui la Corte fece discendere una estesa illegittimità conseguenziale nei confronti di ogni altra norma introduttiva di misure identiche o analoghe a livello nazionale, regionale o locale[1472], si sosteneva sulla base di una più ampia riflessione sulla configurazione delle «azioni positive» tese a promuovere il raggiungimento di una condizione di pari opportunità tra i sessi, riconducibili nell'ambito dell'articolo 3, secondo comma, cost., che non trovava tuttavia riscontro nelle misure legislative intraprese. Queste infatti, ad avviso della Corte, anziché agevolare la rimozione degli ostacoli che impedivano alle donne di raggiungere determinati risultati mediante interventi volti a promuovere l'eguaglianza dei punti di partenza in funzione della pari dignità sociale, attribuivano loro direttamente quei risultati medesimi, sicché la ravvisata disparità di condizioni «non viene rimossa, ma costituisce solo il motivo che legittima una tutela preferenziale in base al sesso», in questo modo contraddicendo la prescrizione di assoluta parità in tema di elettorato passivo di cui al citato articolo 51 cost. nonché, più in generale, le finalità sottese dal principio di eguaglianza sostanziale e le premesse della democrazia pluralistica[1473].

Coerentemente con l'impostazione adottata, la Corte aggiunse infine che le misure in favore del riequilibrio tra i sessi nella rappresentanza politica, sebbene risultassero costituzionalmente illegittime qualora imposte per legge, «possono invece essere valutate

---

[1470] Cfr. U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle « quote » nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3268 ss.; G. Brunelli, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, ivi, 3272 ss.; G. Cinanni, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, ivi, 3283 ss.

[1471] Corte cost. sent. 422/1995, punto 4 del Cons. dir.

[1472] Corte cost. sent. 422/1995, punto 8 del Cons. dir. Sul punto, specificamente, U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle « quote » nelle liste elettorali*, cit., 3269-3270; S. Bartole, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le Regioni*, 1996, 313 ss. Riguardo ai problemi di compatibilità con gli articoli 3 e 51 della Costituzione rispetto all'adozione di misure legislative volte al riequilibrio della rappresentanza dei sessi nelle assemblee elettive, v. F. Lanchester, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio*, Roma, Bulzoni, 1990, 97 ss., nonché, con particolare riferimento alla previsione di quote riservate in ragione del sesso contenuta nella legislazione elettorale degli anni Novanta, G. Brunelli, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne*, in *Diritto e società*, 1994, 545 ss.

[1473] Corte cost. sent. 422/1995, punto 6 del Cons. dir. Per un approfondimento in tema di azioni positive, per tutti, M. Ainis, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 582 ss. Più in particolare in relazione alla vicenda della rappresentanza politica, A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, 359 ss.; E. Palici di Suni, *Tra parità e differenza. Dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, Giappichelli, 2004, 199 ss.; S. Leone, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, Angeli, 2013, 139 ss.

ISSN 2279-7238

positivamente ove liberamente adottate» dalle forze politiche. È dunque nel quadro di «un'intensa azione di crescita culturale che porti partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare», che devono svolgersi e misurarsi gli interventi posti in essere in tal senso[1474].

Il mutamento di prospettiva sui temi della rappresentanza politica di genere prende le mosse sul piano della riforma dell'ordinamento costituzionale con l'adozione ravvicinata, soltanto nel corso dei primi anni del Duemila, di tre diverse leggi costituzionali, le quali danno tutte conto di una specificazione del principio di uguaglianza sostanziale nell'ottica della valorizzazione della pari dignità sociale, in questa maniera concretizzando una reazione, da parte della politica nazionale, alla perentorietà della chiusura fornita in proposito dalla Corte costituzionale con la citata pronuncia del 1995[1475].

In relazione dunque all'evoluzione del quadro normativo di riferimento, un primo formale riconoscimento delle istanze funzionali al perseguimento di una composizione più bilanciata tra i sessi nelle sedi rappresentative si realizza all'interno di un'opera di aggiornamento della legislazione statutaria speciale di ampio respiro, approntata con la legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, nell'ambito della quale è stato inserito nel testo dei cinque statuti delle Regioni ad autonomia differenziata un riferimento esplicito al principio di parità tra i sessi nel contesto della rappresentanza politica, in virtù del quale, con formulazioni identiche, si rimette al legislatore regionale, in sede di adozione della legge regionale che dispone in materia di assetti istituzionali e di governo, la contestuale promozione di condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali «Al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi»[1476].

Ma è con le leggi costituzionali 18 ottobre 2001, n. 3, e 30 maggio 2003, n. 1, che la prospettiva dell'equilibrio di genere nella rappresentanza politica, seppur in termini diversi, trova ingresso nella Costituzione repubblicana. Tale duplice intervento di revisione costituzionale – come noto – ha per un verso introdotto, nel solco di una ridefinizione in senso regionalista degli assetti istituzionali del Paese, una prescrizione puntuale in forza della quale la fonte legislativa regionale, oltre a rimuovere ogni ostacolo che impedisca la

[1474] Corte cost. sent. 422/1995, punto 6 del Cons. dir.

[1475] In questo senso, v. T.E. Frosini, *Tutte le contraddizioni di una scelta nell'equilibrio della rappresentanza politica*, in *Guida al diritto*, n. 12, 2003, 31; E. Rossi, *L. cost. n. 1/2003*, in G. Branca – A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, 2006, p. 458 ss.; E. Frontoni, *Eguaglianza e rappresentanza politica: quote "rosa" o norme antidiscriminatorie?*, in A. Celotto (a cura di), *Le declinazioni dell'eguaglianza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 144 ss.; L. Califano, *Eguaglianza, diritti e partecipazione femminile alla vita democratica: la parità dei sessi nella rappresentanza politica. Riforme costituzionali e 'quote di genere'*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011, 77 ss.

[1476] Art. 3, comma 1, St. Sicilia; art. 15, comma 2, St. Valle d'Aosta; art. 47, comma 2, St. Trentino-Alto Adige; art. 12, comma 2, St. Friuli Venezia Giulia. Riguardo alla Regione Sardegna, la prescrizione in questione, inserita nell'art. 15, comma 2, secondo periodo, dello statuto sardo ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. *c)*, legge costituzionale n. 2 del 2001, è stata da ultimo soppressa ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. *a)*, legge costituzionale 7 febbraio 2013, n. 3, recante «Modifica degli articoli 15 e 16 dello Statuto speciale per la Sardegna, di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, in materia di composizione ed elezione del Consiglio regionale». In proposito, L. Califano *Donne e rappresentanza politica: una riforma che riapre nuovi spazi*, in *Quaderno costituzionali*, 2001, 140 ss.

ISSN 2279-7238

piena parità tra i sessi nella vita sociale, culturale ed economica, promuove «la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive» (art. 117, settimo comma, cost.)[1477]. E per altro verso ha modificato l'articolo 51 della Costituzione aggiungendo al primo comma la previsione generale per cui, in funzione di un accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive da parte dei cittadini retto da un criterio di assoluta uguaglianza tra i sessi, «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»[1478].

Il chiaro mutamento del quadro costituzionale a cui si è fatto riferimento ha senz'altro indotto un trattamento diverso della questione dello squilibrio tra i sessi nella composizione delle assemblee elettive che tuttavia, tra gravi ritardi e perduranti resistenze, ha portato ad esiti non sempre apprezzabili in sede di attuazione legislativa del nuovo dettato costituzionale[1479].

Basti in proposito richiamare la circostanza per cui, sul versante nazionale, l'ingresso di misure in tema di rappresentanza politica di genere ha avuto luogo solamente attraverso il sistema elettorale per la Camera dei Deputati di cui alla legge 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. *Italicum*)[1480], che come noto non ha mai trovato attuazione. Nonché constatare come la versione originaria della normativa di attuazione dell'articolo 122, primo comma, cost. di cui alla legge 2 luglio 2004, n. 165, benché adottata successivamente alle richiamate novelle costituzionali, nel definire i principi fondamentali in materia di sistema di elezione dei

[1477] Sul punto, cfr. G. Brunelli, *Le «quote» riprendono quota? (A proposito di azioni positive in materia elettorale regionale)*, in *Le Regioni*, 2001, 531 ss.; E. Olivito, *Azioni positive e rappresentanza femminile: problematiche generali e prospettive di rilancio*, in *Politica del diritto*, 2002, 249 ss.; M. Cartabia, *Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma*, in T. Groppi – M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, Giappichelli, 2003, 129 ss.; A. Poggi, *Parità dei sessi e rappresentanza politica negli ordinamenti regionali*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, 133 ss.; L. Cassetti, *La parità tra donne e uomini nelle consultazioni elettorali: l'attuazione degli articoli 117, comma 7 e 51 della Costituzione*, in B. Caravita (a cura di), *La legge quadro n. 165 del 2004 sulle elezioni regionali*, Milano, Giuffrè, 2005, 194 ss.

[1478] In argomento, cfr. G. Brunelli, *Un «ombrello» costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 615 ss.; A. Deffenu, *La revisione virtuale dell'art. 51 cost.*, ivi, 617 ss.; A. Poggi, *Sulla riforma dell'art. 51 cost.: le quote alla prova della democrazia pluralista*, ivi, 619 ss.; M. Ainis, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, 25 ss.; G. Brunelli, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, ivi, 13 ss.; T.E. Frosini, *La modifica dell'art. 51 Cost.: problemi e prospettive*, in *www.archivio.rivistaaic.it*, (17 marzo 2003); S. Gambino, *Verso la democrazia paritaria... cavalcando le lumache*, in *www.astrid-online.it*, (26 febbraio 2005); L. Lorello, *Quote rosa e parità tra i sessi: la storia di un lungo cammino*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 2/2017, (14 luglio 2017), 12-13.

[1479] V. al riguardo, in termini generali, M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, Giappichelli, 2011, 47 ss.; S. Leone, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, cit., 75 ss.

[1480] Le misure di promozione dell'equilibrio nella rappresentanza di genere allestite dalla legge n. 52 del 2015 riguardavano in particolare, a pena di inammissibilità, la soglia massima del 50 per cento nella rappresentanza di un sesso nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista e del 60 per cento in relazione alle candidature a capolista nei collegi di ciascuna circoscrizione, la regola dell'ordine alternato di genere nella composizione interna delle liste (art. 2, comma 10, lett. *c)*) nonché, a pena di nullità, la c.d. seconda preferenza di genere (art. 2, comma 4). Per un approfondimento in proposito, cfr. B. Pezzini, *Democrazia paritaria o duale? Le leggi elettorali e la questione di genere*, in AA.VV., *La riforma della Costituzione. Una guida con le analisi di 15 costituzionalisti*, Milano, Corriere della Sera, 2016, 175-176; A. Falcone, *Misure di riequilibrio di genere nel disegno di revisione costituzionale e nella recente legislazione in materia elettorale e di finanziamento ai partiti politici*, in *www.forumcostituzionale.it*, (22 dicembre 2015), 2-3. Criticamente rispetto alla mancata previsione, nella precedente legislazione elettorale nazionale, di qualsivoglia misura di promozione delle pari opportunità elettorali per le donne nonostante il dettato costituzionale, M. D'Amico, *Rappresentanza politica e genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, 368 ss.; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e azioni positive in materia elettorale*, cit., 69.

ISSN 2279-7238

Consigli regionali (e del Presidente della Giunta regionale) delle Regioni ad autonomia ordinaria, non prevedeva alcunché in merito alla promozione delle pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive, riferimento di principio introdotto soltanto in seguito all'adozione della legge 23 novembre 2012, n. 215[1481], a sua volta ulteriormente specificato ad opera della legge 15 febbraio 2016, n. 20[1482] e, per quanto concerne gli Esecutivi degli enti locali, dalla legge 7 aprile 2014, n. 56[1483].

Analoga resistenza nel recepire meccanismi in favore della parità di accesso tra i sessi alle cariche rappresentative ha caratterizzato il sistema di elezione dei membri italiani del Parlamento europeo, il cui aggiornamento nel senso di una reale promozione dell'equilibrio nella rappresentanza di genere è avvenuto soltanto in forza della legge 22 aprile 2014, n. 65. Conclusa l'applicazione di una disciplina transitoria che si limitava a sancire che, nella definizione delle liste per le elezioni europee del 2004 e del 2009, nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati a pena di una riduzione proporzionale del finanziamento nei confronti della forza politica inosservante[1484], la citata legge n. 65 del 2014 ha introdotto – sempre in via transitoria poiché circoscritta alle sole elezioni del maggio 2014 – una previsione piuttosto blanda sul piano del riequilibrio della rappresentanza tra i sessi, in virtù della quale l'elettore, nel caso in cui esprima tre preferenze, deve indicare candidati di sesso diverso pena l'annullamento

[1481] Art. 3, comma 1, che introduce la lettera *c-bis)* all'art. 4, comma 1, legge 2 luglio 2004, n. 165, disponendo genericamente che la promozione della parità di genere avvenisse «attraverso la predisposizione di misure che permettano di incentivare l'accesso del genere sottorappresentato alle cariche elettive».

[1482] Art. 1, comma 1, che modifica il citato art. 4, comma 1, lett. *c-bis)*, disponendo che, in funzione del principio delle promozione delle pari opportunità, «1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima; // 2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale disponga l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale; // 3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale disponga l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale». Sulla iniziale totale assenza nella legislazione attuativa del nuovo art. 122, primo comma, cost. di previsioni in materia di pari opportunità nella rappresentanza politica di genere malgrado la prescrizione costituzionale in tal senso, criticamente, E. Catelani, *La legislazione elettorale regionale, con riferimento al principio delle pari opportunità*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*, Torino, Giappichelli, 2006, 165.

[1483] Art. 1, comma 137, ai sensi del quale «Nelle giunte dei comuni con popolazione superiore a 3.000 abitanti, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura inferiore al 40 per cento». Sulle misure in favore del riequilibrio della rappresentanza di genere negli enti locali e sull'ampia giurisprudenza amministrativa resa in tema di composizione delle Giunte regionali e degli enti locali, cfr. S. Pieroni, *La «rappresentanza di genere» negli organi collegiali degli enti locali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 1683 ss.; G. Canale, *Le pari opportunità negli organi di governo degli enti locali*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011, 145 ss.; F. Ragno, *Il rispetto del principio di pari opportunità. L'annullamento della composizione delle giunte regionali e degli enti locali*, Firenze, Firenze University Press, 2013, 59 ss.; M. D'Amico, *La lunga strada della parità fra fatti, norme e principi giurisprudenziali*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2013, (26 luglio 2013); S. Leone, *Sulla conformazione delle Giunte degli Enti locali al canone delle pari opportunità: alcune riflessioni alla luce delle innovazioni legislative e della giurisprudenza più recente*, in *www.forumcostituzionale.it*, (8 gennaio 2015); U. Adamo, *La composizione delle giunte comunali alla luce della l. n. 56 del 2014 e della (più recente) giurisprudenza amministrativa*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2016, 420 ss. In argomento, v. altresì, Corte cost. sent. 81/2012, con commenti di M.G. Rodomonte, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *federalismi.it*, n. 13/2012, (27 giugno 2012); M. Belletti, *«Torniamo allo Statuto»... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Le Regioni*, 2012, 1016 ss.

[1484] Legge 8 aprile 2004, n. 90, art. 3, in seguito trasfuso nel decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, art. 56.

ISSN 2279-7238

della terza preferenza[1485]. La stessa legge ha viceversa approntato una disciplina a regime ben più significativa stabilendo al riguardo, da un lato, che ai fini della composizione interna delle liste i candidati dello stesso sesso non possano eccedere la metà secondo un ordine di lista alternato per genere tra i primi due candidati, e dall'altro che, nel caso di più preferenze espresse, nel rispetto del limite massimo di tre, queste riguardino candidati di sesso diverso, pena l'annullamento sia della seconda che della terza preferenza[1486].

Anche il versante della legislazione regionale in tema di rappresentanza politica di genere non sembra discostarsi da un atteggiamento che per lungo tempo si è rivelato particolarmente restio nei confronti dell'introduzione di previsioni promozionali volte ad agevolare un riequilibrio in favore del sesso sottorappresentato nelle assemblee elettive, a fronte di un contesto che tuttora presenta realtà decisamente sbilanciate nella composizione del Consigli regionali, in questo senso frustrando ampiamente le aspettative sorte in funzione di un'attuazione virtuosa e tempestiva, da parte delle Regioni, delle nuove prescrizioni di cui agli articoli 51, primo comma, e 117, settimo comma, cost.[1487]. Per quanto infatti l'elaborazione dei nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria e l'adozione delle più recenti leggi elettorali regionali abbiano in linea di massima accolto la prospettiva costituzionale della democrazia paritaria attestando una diversa e più matura consapevolezza sul tema della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive, non può non essere sottolineato come l'impegno profuso dai legislatori regionali nel dar seguito a misure effettivamente in grado di determinare il perseguimento di un obiettivo di riequilibrio tra i sessi nella rappresentanza politica regionale si sia contraddistinto in realtà per il carattere spesso riduttivo e marginale della portata degli interventi messi in atto, soprattutto in relazione alla effettività e cogenza degli strumenti sanzionatori – ove previsti – rispetto ai casi di inosservanza delle misure promozionali in questione[1488].

3. (Segue) Il contributo della giurisprudenza costituzionale

[1485] Legge n. 65 del 2014, art. 1, comma 1.

[1486] Legge n. 65 del 2014, art. 1, comma 2, lett. *a)* e *c)*.

[1487] In questo senso, G. Brunelli, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle Regioni*, in *www.forumcostituzionale.it*, (aprile 2005), 3 ss.; P. Milazzo, *Come cambia la legislazione elettorale di contorno*, in A. Chiaramonte – G. Tarli Barbieri (a cura di), *Riforme istituzionali e rappresentanza politica nelle Regioni italiane*, Bologna, Il Mulino, 2007, 106 ss.; F. Pastore – S. Ragone, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere nella legislazione elettorale regionale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, (26 gennaio 2009), 10.

[1488] Per una ricognizione in proposito, con riguardo sia alla legislazione elettorale regionale ordinaria che alla legislazione statutaria, A. Poggi, *Parità dei sessi e rappresentanza politica negli ordinamenti regionali*, cit., 124 ss.; G. Chiara, *La "pari opportunità" elettorale dei sessi nella riforma degli statuti regionali speciali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 839 ss.; P.L. Petrillo, *Democrazia paritaria, «quote rosa» e nuovi statuti regionali*, in M. Carli – G. Carpani – A. Siniscalchi (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, Il Mulino, 2006, 546 ss.; E. Catelani, *La legislazione elettorale regionale, con riferimento al principio delle pari opportunità*, cit., 164 ss.; G. Maestri, *Elezioni regionali e democrazia paritaria: una trama in tre atti (con prologo)*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2017, 382 ss. Da ultimo, v. la recente legge elettorale della Regioni Basilicata del 20 agosto 2018, n. 20, la quale dispone espressamente, ai sensi dell'art. 3, comma 3, che «Le liste concorrenti su base circoscrizionale sono composte in modo che i candidati dello stesso sesso non eccedano il 60% del totale ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera c bis) punto 1, della Legge 2 luglio 2004, n. 165» e che «In caso di mancato rispetto delle suddette percentuali, i candidati eccedenti vengono esclusi dalla lista, a partire da quelli collocati in coda».

ISSN 2279-7238

Diversamente da quanto accaduto rispetto alle vicende della legislazione attuativa delle richiamate novelle costituzionali del 2001 e del 2003, la trasformazione del quadro costituzionale ha innescato un immediato cambiamento di prospettiva da parte della Corte costituzionale sui temi della parità di accesso alle cariche elettive in funzione del riequilibrio della rappresentanza politica tra i sessi.

In effetti, tanto le nuove formulazioni di cui agli articoli 51, primo comma, e 117, settimo comma, cost., quanto la constatazione per cui l'auspicio nei confronti di un autonomo e spontaneo moto di autoriforma delle forze politiche – in grado di agevolare una presenza più equilibrata tra i sessi nelle assemblee rappresentative mediante l'allestimento di regole sulla presentazione delle candidature idonee allo scopo – sia stato essenzialmente disatteso, rappresentano le premesse fondamentali in forza delle quali il giudice delle leggi ha superato la propria posizione di chiusura così rigidamente sostenuta con la sentenza n. 422 del 1995, ponendo in questo modo le basi di un nuovo corso nella giurisprudenza costituzionale sui temi della rappresentanza politica di genere, che ha preso avvio con la sentenza n. 49 del 2003 e si è consolidato con la sentenza n. 4 del 2010[1489].

Più in dettaglio, con la sentenza n. 49 del 2003 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale avanzata nei confronti di una previsione della legge elettorale della Valle d'Aosta che, molto semplicemente, stabiliva come condizione di validità ai fini della formazione delle liste elettorali la presenza di candidati di entrambi i sessi, bastando quindi – a tal proposito – la presenza in lista di un solo candidato dell'altro sesso, indipendentemente dalla sua collocazione interna[1490].

Nonostante il tentativo di mantenere un legame di coerenza con la precedente sentenza n. 422 del 1995, la Corte costituzionale non ha potuto che prendere atto del mutato contesto costituzionale e, pertanto, constatare come le nuove disposizioni costituzionali sulla parità di genere, introdotte negli statuti regionali speciali e nella carta costituzionale all'articolo

[1489] Sul superamento della sentenza della Corte costituzionale n. 422 del 1995 a fronte dell'entrata in vigore delle menzionate previsioni costituzionali, L. Califano, *Corte e Parlamento in sintonia sulle «pari opportunità»*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 367; C. Salazar, *Pari opportunità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, Giuffrè, 2006, 4088. Più in generale sul tema, F. Covino, *La natura prescrittiva del principio del riequilibrio dei sessi nella rappresentanza politica*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2012, (3 luglio 2012). Infine, rispetto alla – parzialmente – analoga vicenda francese in proposito, M. Rositani, *La Francia e le "quote per le donne"*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 354-355; A. Deffenu, *Brevi riflessioni sulla parità tra i sessi in politica: le Corti costituzionali italiana e francese*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2003, 67 ss.

[1490] Per un commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2003, con particolare riguardo al cambiamento di prospettiva rispetto alla precedente pronuncia n. 422 del 1995, cfr. L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 364 ss.; S. Mabellini, *Equilibrio e rappresentanza politica: un revirement della Corte*, ivi, 372 ss.; L. Ronchetti, *L'equilibrio dei sessi nella rappresentanza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 479 ss.; M. Montalti, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene «rappresentanza protetta»: tra riforme e interpretazione costituzionale*, in *Le Regioni*, 2003, 491 ss.; G. Brunelli, *Un* overruling *in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, ivi, 902 ss.; A. Deffenu, *Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un* revirement *circondato da limiti e precauzioni*, ivi, 918 ss.; O. Pollicino, *Storia (e conseguenze) di "uno strabismo logico": la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quaderni regionali*, 2004, 75 ss.; M. Midiri, *Art. 51*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, 1024; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e azioni positive in materia elettorale*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011, 61 ss.

ISSN 2279-7238

117, settimo comma[1491], pongano esplicitamente nei riguardi della legislazione elettorale l'obiettivo del riequilibrio, stabilendo «come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni». Questa azione promozionale, ricostruita dalla Corte nei termini della doverosità, si pone così in funzione del perseguimento di una «parità effettiva» tra i sessi nell'accesso alla rappresentanza elettiva, ovverosia dà conto di una finalità «positivamente apprezzabile dal punto di vista costituzionale» alla luce di uno squilibrio «storicamente incontrovertibile» a detrimento della componente femminile nelle assemblee rappresentative che passa anche attraverso il permanere di «ben noti ostacoli di ordine economico, sociale e di costume suscettibili di impedirne una effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese»[1492].

Ma è proprio in considerazione del mancato seguito dato dalle forze politiche alla introduzione di regole interne di autodisciplina a garanzia di una effettiva presenza delle donne nelle cariche elettive – auspicata in verità già nella sentenza n. 422 del 1995 – che si perfezionano le premesse di una evidente inversione nella giurisprudenza costituzionale. Un'inversione che non soltanto rende conforme alle nuove norme costituzionali la previsione di un vincolo legale nella formazione delle liste elettorali funzionale ad un più equo bilanciamento tra i sessi nelle candidature, che comunque «non incide in alcun modo sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto degli elettori e sulla parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale, né sul carattere unitario della rappresentanza elettiva»[1493], ma lo giustifica altresì alla stregua di un intervento doveroso che, proprio a causa dell'inerzia dei partiti politici, viene adesso legittimamente imposto dalla legge nel quadro di una finalità promozionale, inerente appunto all'equilibrio nella rappresentanza politica di genere, fatta propria dall'ordinamento costituzionale.

In questo senso, anzi, la Corte costituzionale ha intrapreso una valutazione di merito della misura posta in essere che, nel caso di specie, l'ha portata nientemeno a decretarne la sostanziale inadeguatezza allo scopo della promozione della rappresentanza politica femminile là dove sancisce che la portata oggettiva del vincolo imposto dalla legge elettorale valdostana «non appare nemmeno tale da incidere propriamente, in modo significativo, sulla realizzazione dell'obiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della

[1491] Il quadro costituzionale di riferimento richiamato dalla Corte non riguarda la modifica dell'articolo 51, primo comma, cost., introduttiva del principio di pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive. La relativa legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1 – adottata a valle di un procedimento che, in seguito all'approvazione da parte delle Camere con la maggioranza assoluta, non ha visto presentata alcuna richiesta di referendum costituzionale – risulta infatti successiva alla emanazione della pronuncia in esame, che è del 10 febbraio 2003.

[1492] Corte cost. sent. 49/2003, punto 4 del Cons. dir. Sulla configurazione di un dovere costituzionale, in virtù in particolare degli artt. 117, settimo comma, e 51, primo comma, cost., rispetto alla elaborazione di misure positive nel campo delle pari opportunità elettorali, cfr. L. Carlassare, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. Carlassare – A. Di Blasi – M. Giampieretti (a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, Cedam, 2002, 6 ss.; B. Pezzini, *Il riequilibrio di genere nella legislazione elettorale*, in R. D'Alimonte – C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2008, 114-115; A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, Giappichelli, 2012, 168 ss.

[1493] Corte cost. sent. 49/2003, punto 5 del Cons. dir.

ISSN 2279-7238

rappresentanza» che lo stesso statuto speciale espressamente dispone[1494], producendo in realtà un impatto minimale rispetto all'intento di assicurare quelle «condizioni di parità» fra i sessi nella competizione elettorale «che la norma costituzionale richiede di promuovere»[1495].

È tuttavia con la sentenza n. 4 del 2010 che la Corte costituzionale ha stabilizzato il mutamento di prospettiva sugli strumenti a sostegno della parità di accesso alle cariche elettive, dichiarando in particolare la non fondatezza della questione di legittimità inerente ad una misura dall'impatto ben più significativo sul piano del riequilibrio della rappresentanza politica di genere rispetto a quella, di carattere decisamente minimale, prevista alcuni anni prima dalla legge elettorale valdostana[1496]. Oggetto del sindacato di costituzionalità risultava infatti, in quella occasione, una disposizione della legge elettorale della Regione Campania che aveva introdotto, «per la prima volta nell'ordinamento italiano», la cosiddetta preferenza di genere, ovvero una misura in virtù della quale, qualora l'elettore decida di esprimere due voti di preferenza, questi debbano riguardare candidati di sesso diverso, pena l'annullamento della seconda preferenza.

A tal proposito, la Corte supera le censure di costituzionalità prospettate nei confronti della previsione in questione fondamentalmente sulla base di una duplice riflessione, le cui premesse ricava dalla propria pregressa giurisprudenza. Da un lato la Corte – a fronte dell'adozione, appena successiva alla sentenza n. 49 del 2003, della novella integrativa dell'articolo 51, primo comma, cost., e del nuovo articolo 5 dello statuto della Regione Campania del 2009[1497] – dà conto del mutato contesto costituzionale e statutario di riferimento, maturato in seguito alla persistente condizione di sotto-rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive, che risulta nel suo complesso ispirato al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica. Nello spirito dunque dell'articolo 3, secondo comma, cost., la previsione di misure specifiche in favore del riequilibrio nella rappresentanza politica di genere trova la sua ragion d'essere in quanto

[1494] Specificamente, art. 15, comma 2, St. Valle d'Aosta, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *c)*, legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2.

[1495] Corte cost. sent. 49/2003, punto 4.1 del Cons. dir.

[1496] Per un commento della sentenza n. 4 del 2010, cfr. L. Carlassare, *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 81 ss.; M. Olivetti, *La c.d. «preferenza di genere» al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, ivi, 84 ss.; S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per «* ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva *»*, ivi, 93 ss.; L. Califano, *L'assenso "coerente" della Consulta alla preferenza di genere*, in *www.forumcostituzionale.it*, (12 aprile 2010); G. Ferri, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, in *Le Regioni*, 2010, 902 ss.; M. Caielli, *La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale regionale: un altro "via libera" della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2010, 5 ss.; M. Raveraira, *"Preferenza di genere": azione positiva o norma antidiscriminatoria? Brevi note a margine della sent. n. 4/2010 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2010; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e azioni positive in materia elettorale*, cit., 64 ss.; A. Maresca, *La promozione della rappresentanza di genere tra ipotesi di azioni positive e normative antidiscriminatorie*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2012, 7 ss.

[1497] In base al quale, in funzione del riequilibrio della rappresentanza di genere, si affida espressamente alla legge elettorale regionale il compito di promuovere, mediante azioni positive, condizioni di parità per l'accesso alla carica di consigliere regionale.

ISSN 2279-7238

concorre «a dare effettività ad un principio di eguaglianza astrattamente sancito, ma non compiutamente realizzato nella prassi politica ed elettorale»[1498].

Dall'altro lato, la Corte costituzionale richiama la propria giurisprudenza al fine di precisare i limiti entro i quali siffatte misure di riequilibrio possono essere adottate mediante lo strumento normativo. Limiti riguardanti, in particolare, sia l'inidoneità dello strumento in questione «a prefigurare un risultato elettorale o ad alterare artificiosamente la composizione della rappresentanza» politica, sia il rispetto della libertà di voto sancita dall'articolo 48 della Costituzione, non permettendo che le modalità di votazione fissate dalla legge possano mai compromettere o condizionare nel merito le scelte dell'elettore, e pertanto andare oltre la determinazione dei criteri attraverso i quali, in piena libertà, tali scelte devono essere effettuate. La natura essenzialmente promozionale e non coattiva dello strumento posto in essere, unita al suo carattere facoltativo, colloca dunque la c.d. preferenza di genere introdotta nella legge elettorale campana entro le limitazioni prospettate dalla Corte costituzionale, lasciando così inalterati i diritti fondamentali di elettorato attivo e passivo[1499].

Il consolidamento di una valutazione radicalmente differente rispetto al passato in merito all'ammissibilità di misure legislative volte ad agevolare un riequilibrio nella rappresentanza politica tra i sessi non distoglie, tuttavia, la Corte costituzionale dal prendere nuovamente atto, come quindici anni prima[1500], della intrinseca inadeguatezza di siffatti strumenti normativi promozionali di fronte alle «resistenze culturali e sociali, ancora largamente diffuse» nel Paese, qualora non accompagnati da un processo di crescita culturale da parte del mondo politico realmente indirizzato nel senso di una presenza paritaria tra i sessi nelle istituzioni rappresentative[1501].

4. La disciplina della rappresentanza di genere nella recente legge 3 novembre 2017, n. 165

La legge 3 novembre 2017, n. 165, introduce alcune disposizioni nella legge elettorale nazionale volte ad agevolare un più equo bilanciamento tra i sessi nella rappresentanza parlamentare, le quali riguardano tanto l'elezione presso i collegi uninominali quanto quella nell'ambito dei collegi plurinominali.

L'ingresso di previsioni normative di questo tipo nella legislazione elettorale nazionale non rappresenta, in verità, una novità per l'ordinamento giuridico. Nondimeno, solamente la recente elezione parlamentare dello scorso 4 marzo è realmente avvenuta seguendo una normativa sull'equilibrio della rappresentanza tra i sessi. La previsione dell'ordine alternato di genere nella formazione delle liste di candidati, a suo tempo inserita nel sistema elettorale

[1498] Corte cost. sent. 4/2010, punto 3.1 del Cons. dir.
[1499] Corte cost. sent. 4/2010, punto 3.3 del Cons. dir.
[1500] Specificamente, Corte cost. sent. 422/1995, punto 6 del Cons. dir.
[1501] Corte cost. sent. 4/2010, punto 4 del Cons. dir.

ISSN 2279-7238

politico nazionale nel solco delle riforme elettorali degli anni Novanta[1502], è stata infatti dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte nella richiamata sentenza n. 422 del 1995, mentre la precedente legge elettorale per la Camera dei Deputati (c.d. *Italicum*) – introduttiva, come accennato, di una serie di misure di riequilibrio nella rappresentanza di genere[1503] – non ha infine, come noto, trovato attuazione.

L'entrata in vigore di queste nuove disposizioni, dunque, ha consento finalmente anche nei confronti del sistema elettorale del Parlamento nazionale, in occasione delle ultime elezioni politiche, l'applicazione di misure promozionali in materia di rappresentanza di genere. Tale circostanza, che di per sé costituisce un avanzamento sul piano dell'ordinamento positivo in ordine al perfezionamento di meccanismi sulla rappresentanza di genere nelle leggi elettorali, deve tuttavia essere necessariamente valutata alla luce della nuova disciplina elettorale nazionale complessivamente intesa, la quale in effetti si caratterizza, a differenza della legge elettorale europea e della generalità delle legislazioni elettorali regionali, come sistema misto maggioritario-proporzionale, fondato su liste bloccate e particolarmente corte nonché, per la parte proporzionale, sulla impossibilità per l'elettore di esprimere alcun voto di preferenza[1504].

Ciò premesso, la disciplina della rappresentanza di genere si articola in quattro diverse previsioni legislative di modifica dei menzionati Testi Unici per l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, di contenuto sostanzialmente identico per i due rami del Parlamento.

Le prime due previsioni sono inerenti alla quota riservata alla elezione attraverso il metodo proporzionale. Esse in particolare dispongono, per un verso, che «A pena di inammissibilità, nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali, i candidati sono collocati secondo un ordine alternato di genere»[1505], e per altro verso che nel complesso delle liste nei collegi plurinominali presentate da ciascuna lista, a livello nazionale per la Camera ed a livello regionale per il Senato, «nessuno dei due generi può essere rappresentato nella posizione di capolista in misura superiore al 60 per cento, con arrotondamento all'unità più prossima»[1506]. Ambedue tali previsioni, se considerate come regole a sé stanti estrapolate dal contesto complessivo della nuova disciplina elettorale, configurano strumenti efficaci di promozione dell'equilibrio della rappresentanza di genere poiché, in virtù della regola per cui in ciascun collegio plurinominale i candidati sono

[1502] Art. 4, comma 2, n. 2, ultimo periodo, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati, come modificato dall'art. 1, legge 4 agosto 1993, n. 277.
[1503] V. nota (21).
[1504] Per una riflessione sulle misure finalizzate al riequilibrio nella rappresentanza politica tra i sessi alla luce dei diversi modelli elettorali, G. Moschella, *Sistemi elettorali e rappresentanza di genere*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011, 87 ss.
[1505] Art. 18-*bis*, comma 3, ultimo periodo, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati, come modificato dall'art. 1, comma 10, lett. *d)*, legge n. 165 del 2017, e art. 9, comma 4, ultimo periodo, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica, come modificato dall'art. 2, comma 3, lett. *c)*, legge n. 165 del 2017.
[1506] Art. 18-*bis*, comma 3.1., T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati, come modificato dall'art. 1, comma 10, lett. *e)*, legge n. 165 del 2017, e art. 9, comma 4-*bis*, T.U. per l'elezione del Senato della Repubblica, come modificato dall'art. 2, comma 3, lett. *c)*, legge n. 165 del 2017.

ISSN 2279-7238

proclamati eletti secondo l'ordine di presentazione nella lista, non soltanto evitano che in fondo alla lista si addensino i candidati di un singolo genere, ma determinano altresì che la posizione di favore propria del capolista, da cui discende l'alternanza di genere dei candidati e dipendono, in ragione della collocazione in lista, le *chances* per questi ultimi di essere proclamati eletti, sia sottoposta ad una più equa – seppur non paritaria – distribuzione tra candidati di sesso diverso.

Analoga esigenza nei confronti di una più equa distribuzione dei candidati in base al sesso sottende la terza previsione legislativa, la quale invero sovrintende alla composizione delle candidature nei collegi uninominali e stabilisce, in termini pressoché equivalenti a quelli utilizzati per la composizione delle liste nei collegi plurinominali, che nel complesso delle candidature presentate da ogni lista o coalizione di liste nei collegi uninominali a livello nazionale per la Camera e regionale al Senato, «nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento, con arrotondamento all'unità più prossima»[1507].

Infine, la quarta previsione introdotta dalla legge n. 165 del 2017, attinente al regime dei controlli sulla presentazione delle liste dei candidati, assegna all'Ufficio centrale nazionale, per quanto concerne l'elezione della Camera dei Deputati, ed all'Ufficio elettorale regionale, per quanto invece riguarda l'elezione del Senato della Repubblica, il compito di assicurare il rispetto delle richiamate prescrizioni relative alla duplice soglia del 60 per cento quale limite massimo nella rappresentanza di un singolo genere con riferimento alla posizione di capolista nelle liste presentate nei collegi plurinominali ed alle candidature presentate in quelli uninominali[1508]. Con la precisazione che, qualora l'Ufficio centrale nazionale riscontri irregolarità al riguardo, le comunica agli Uffici centrali circoscrizionali che, a loro volta, nel caso in cui siano comunque rispettati i criteri di composizione di ciascuna lista di cui al citato nuovo articolo 18-*bis*, comma 3, del Testo Unico per la elezione della Camera dei Deputati, provvedono inserendo in coda alle liste i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti, altrimenti inseriscono direttamente nei posti rimasti vacanti nelle liste i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti[1509].

5. Aspetti problematici della nuova disciplina sulla rappresentanza di genere: la determinazione delle soglie e la questione della circoscrizione Estero

Se considerate nel contesto del sistema elettorale complessivo, le misure poste dalla legge n. 165 del 2017 a favore di un riequilibrio nella rappresentanza di genere all'interno delle Camere suscitano alcune riflessioni problematiche che investono, quantomeno, tre diversi piani d'indagine.

[1507] *Ibidem*.
[1508] *Ibidem*.
[1509] Art. 22, comma 6-*bis*, T.U. per l'elezione della Camera dei Deputati, come modificato dall'art. 1, comma 14, lett. *e)*, legge n. 165 del 2017.

ISSN 2279-7238

Il primo riguarda senz'altro il versante dell'ordinamento costituzionale, e concerne innanzitutto la finalità sottesa da tali misure normative, la quale si colloca in pieno nel solco delle revisioni costituzionali operate tra il 2001 e il 2003: analogamente a quanto in precedenza introdotto nelle legislazioni elettorali di livello regionale ed europeo, l'intento di agevolare la rappresentanza politica nazionale femminile mediante l'allestimento di misure volte ad aggredire la storica e persistente ridotta rappresentanza delle donne nelle assemblee elettive si pone in effetti in attuazione delle esigenze di parità tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive oggi espressamente indicate ai sensi delle nuove formulazioni degli articoli 51, primo comma, e 117, settimo comma, cost., nonché degli statuti speciali, trovando altresì ispirazione nel principio fondamentale di uguaglianza tra i due sessi nella partecipazione politica di cui all'articolo 3, secondo comma, della Costituzione.

Nondimeno, con particolare riferimento alle modalità attraverso cui le indicate finalità sono perseguite in concreto, le previsioni sulla rappresentanza di genere contenute nel nuovo sistema elettorale politico nazionale richiedono di essere valutate non soltanto in relazione all'evoluzione del quadro costituzionale positivo, ma anche alla luce dei limiti elaborati in via generale dalla giurisprudenza costituzionale in merito alla possibilità d'introdurre con legge strumenti specifici per realizzare il riequilibrio tra i sessi nella composizione interna delle assemblee elettive. Quest'ultima infatti, secondo quanto riferito in precedenza, richiede per un verso l'assoluta inidoneità della misura di genere in questione ad incidere sugli esiti elettorali o a falsificare la composizione della rappresentanza, configurandosi in questi termini come misura essenzialmente promozionale, e per altro verso la salvaguardia dei diritti fondamentali di elettorato attivo e passivo, i quali devono rimanere inalterati.

Ciò posto, se l'imposizione di un ordine alternato in base al genere nella composizione delle liste elettorali appare certamente rispettare i limiti imposti al riguardo dalla Corte costituzionale, altrettanta certezza non sembra accompagnare la previsione di soglie del 60 per cento nella rappresentanza massima di ciascun sesso rispetto alla posizione di capolista nel complesso delle liste presentate nei collegi plurinominali ed alle candidature complessivamente presentate in quelli uninominali. Sul presupposto che trattasi necessariamente di misure di natura promozionale e non coattiva, la definizione di soglie al 60 anziché del 50 per cento nel rapporto tra i sessi suscita perplessità in ordine ad un'idea di pari opportunità di accesso alla competizione elettorale che, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, non viene declinata nei termini della parità. Invero, tale scelta trascende i tratti di una questione meramente numerica, in quanto appare in realtà acconsentire in partenza ad una lesione di quella fondamentale «uguaglianza di opportunità» che la Corte aveva invece riscontrato nella facoltà di esprimere una seconda preferenza di genere e posto alla base della sua dichiarazione di non fondatezza della questione inerente alla legge elettorale campana, reputando la previsione non contraria a Costituzione proprio perché, «posto il reciproco e paritario condizionamento tra i due generi nell'ipotesi di

ISSN 2279-7238

espressione di preferenza duplice», essa «non offre possibilità maggiori ai candidati dell'uno o dell'altro sesso di essere eletti»[1510].

In definitiva, la mancata applicazione di soglie fondate sul criterio di equivalenza tra i sessi nella determinazione delle candidature consente una lettura in contrasto con l'orientamento della Corte costituzionale, il quale in fondo sancisce – in un'ottica prettamente promozionale e, pertanto, non in grado d'incidere direttamente sul risultato elettorale – che la configurazione degli strumenti normativi di riequilibrio nella rappresentanza politica di genere, qualora previsti, sia improntata ad un trattamento eguale e paritario nella posizione iniziale tra i candidati di sesso diverso nella competizione elettorale, in sintonia con una nozione di «parità di accesso» orientata alla garanzia ad una «parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate»[1511]. Requisito, quest'ultimo, che viene in premessa disatteso dalla legge n. 165 del 2017 là dove introduce una differenziazione fondata sul sesso tra le candidature nella definizione di limiti massimi nella rappresentanza di genere ai fini della composizione delle liste elettorali.

Un secondo piano di analisi, particolarmente problematico nell'ottica dell'armonia del sistema nel suo complesso, riguarda la questione della circoscrizione Estero. Essa infatti rimane esclusa dall'applicazione di ogni misura tesa al riequilibrio della rappresentanza di genere, in questo modo acuendo le critiche già espresse in dottrina in merito alla costituzione di una circoscrizione elettorale unica e separata dal circuito nazionale, che radica un modello di rappresentanza degli italiani all'estero a sé stante[1512]. In questo senso, l'introduzione di una disciplina sulla rappresentanza di genere da parte della legge n. 165 del 2017 riservata alla elezione dei parlamentari nelle circoscrizioni del territorio nazionale accentua il distacco tra il sistema di elezione di ambito nazionale e quello riconducibile alla circoscrizione Estero, che permane nell'assenza di misure espressamente intese ad agevolare la rappresentanza di genere, sancendo oltremodo una distonia nella rappresentanza parlamentare nazionale che sarebbe stato forse più opportuno evitare[1513].

[1510] Core cost. sent. 4/2010, punto 3.3 del Cons. dir.

[1511] Corte cost. sent. 49/2003, punto 5 del Cons. dir. In tal senso, già L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, cit., 370-371.

[1512] Sul punto, cfr. G.E. Vigevani, *Il voto all'estero: interrogativi sulla «riserva indiana» per i candidati*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 348 ss.; F. Caporilli, *Il voto degli italiani all'estero*, in S. Panizza – R. Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa, Plus, 2002, 35 ss.; L. Ronchetti, *Parità e diritto di voto degli italiani residenti all'estero o «frammentazione» della rappresentanza?*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, 131 ss.; E. Grosso, *L. cost. n. 1/2000*, in G. Branca – A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, 2006, 231 ss.; G. Tarli Barbieri, *Il voto degli italiani all'estero: una riforma sbagliata*, in R. D'Alimonte – A. Chiaramonte (a cura di), *Proporzionale ma non solo. Le elezioni politiche del 2006*, Bologna, Il Mulino, 2007, 133 ss.; G. Sica, *La legge sul voto degli italiani all'estero e la rottura del principio della rappresentanza parlamentare nazionale*, in *Politica del diritto*, 2008, 703 ss.

[1513] Ci si riferisce più precisamente agli emendamenti 2.01., riferito all'A.C. n. 2352, e 2.0.4, riferito all'A.S. 2941, che aggiungevano dopo l'articolo 2 della legge n. 165 un articolo 2-*bis*, rubricato «Parità di genere nella circoscrizione Estero», che avrebbe modificato la normativa sull'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero di cui alla legge 27 dicembre 2001, n. 459, aggiungendo, all'articolo 8, comma 3, la previsione per cui «A pena di inammissibilità della lista, i candidati sono collocati in lista secondo un ordine alternato di genere», ed all'articolo 11, comma 3, la previsione per cui «In caso di espressione della seconda preferenza, l'elettore deve scegliere un candidato di sesso diverso dal primo a pena di nullità della seconda preferenza».

ISSN 2279-7238

La previsione di cui all'articolo 8, comma 1, della legge 27 dicembre 2001, n. 459, in forza della quale, ai fini della presentazione delle liste per l'attribuzione dei seggi da assegnare nella circoscrizione Estero, si osservano, in quanto compatibili, le norme di cui agli articoli da 14 a 26 del Testo Unico per la elezione della Camera dei Deputati, e successive modificazioni, non sembra infatti sufficiente a ridurre la distanza tra i due sistemi elettorali, nazionale ed estero, in ordine alla disciplina della rappresentanza di genere. Pur ammettendo infatti la compatibilità delle richiamate disposizioni sull'ordine alternato di genere nella successione interna delle liste e sul limite del 60 per cento nella rappresentanza di un singolo genere nella posizione di capolista di cui alla nuova formulazione dell'articolo 18-*bis* del Testo Unico per la elezione della Camera dei Deputati con il modello di elezione dei parlamentari afferenti alla circoscrizione Estero, permane insuperabile la constatazione per cui quest'ultimo consiste in un sistema elettorale integralmente proporzionale che prevede il voto di preferenza, invero escluso in radice nel nuovo sistema elettorale nazionale, il cui esercizio persiste pertanto nell'assoluta assenza di qualunque correttivo a garanzia dell'equilibrio nella rappresentanza di genere.

6. (Segue) Pluricandidature e limiti di effettività delle norme sulle pari opportunità nella ineludibile prospettiva dell'autoriforma delle forze politiche. Considerazioni conclusive

Il terzo piano d'indagine riguarda invero la questione, più generale e che si aggiunge alle criticità precedenti, della reale effettività delle misure predisposte a favore del riequilibrio nella rappresentanza politica tra i sessi alla luce della disciplina elettorale complessivamente considerata. La previsione per cui nei collegi uninominali e nelle liste, in posizione di capolista, i candidati dello stesso genere non possono superare la quota del 60 per cento, con arrotondamento all'unità più prossima, deve essere infatti misurata, in sede di applicazione pratica, sia rispetto alla connotazione particolarmente corta delle liste ai fini dell'assegnazione dei seggi per la quota proporzionale, in grado di per sé di generare una distorsione sistematica e strutturale rispetto alle soglie, già diseguali, previste a garanzia della rappresentanza di genere, sia soprattutto in relazione all'effetto perverso che potrebbe innescarsi dal gioco delle pluricandidature, ovverosia da un meccanismo la cui operatività trascende completamente le misure promozionali allestite in favore della rappresentanza di genere essendo stato in realtà pensato in un'ottica di recupero dei candidati eventualmente non eletti in singoli collegi che risulta completamente slegata dalle esigenze dell'equilibrio tra i sessi nella rappresentanza parlamentare.

A prescindere dalla plausibile prospettazione di un uso strumentale della scelta delle candidature da parte dei partiti politici che, in funzione della composizione (pari o dispari) delle liste nei singoli collegi plurinominali e delle *chances* di eleggibilità che tradizionalmente caratterizzano determinate aree geografiche del Paese, è già di per sé in grado di generare un'alterazione delle misure in questione, la possibilità di essere candidati contestualmente

ISSN 2279-7238

fino a cinque collegi plurinominali e la circostanza per cui tale possibilità sia accordata anche al candidato in un collegio uninominale consente, in sede di applicazione, un facile aggiramento delle previsioni poste a sostegno di una rappresentanza di genere più equilibrata. A fronte, difatti, di candidati del medesimo sesso presentati dai partiti contemporaneamente in più collegi, la portata delle regole sulla composizione delle liste nei collegi plurinominali secondo un ordine alternato di genere e sulla determinazione delle soglie di rappresentanza del singolo genere nella distribuzione delle candidature nei collegi uninominali e nella collocazione in posizione di capolista nei collegi plurinominali risulta in larga parte inficiata, o comunque ridimensionata fortemente, poiché in fondo secondaria e soccombente rispetto all'operatività del meccanismo delle candidature plurime[1514].

In termini conclusivi, le criticità emerse sul piano della coerenza costituzionale e la potenziale inconsistenza in sede di applicazione pratica delle misure allestite in tema di rappresentanza di genere dalla nuova legge n. 165 del 2017 sembrano dunque dar conto della difficoltà di calibrare interventi funzionali alla promozione di una condizione di equilibrio nella rappresentanza politica tra i sessi mediante strumenti di carattere normativo. Eppure, nonostante l'assenza di misure volte ad agevolare la parità di genere nella rappresentanza politica nazionale, non può non tenersi conto di come, nel corso delle ultime legislature, il Parlamento nazionale abbia registrato un incremento notevole e costante della componente femminile dei suoi membri, che ha determinato un recupero tale da allineare sotto questo profilo l'Italia alla media degli altri Paesi europei[1515].

Tale constatazione impone una diversa e più ampia considerazione della questione del riequilibrio della rappresentanza di genere nelle assemblee elettive e degli strumenti normativi a tale scopo previsti all'interno dei sistemi elettorali, che non si limiti ad una valutazione del mero dato statistico ma che entri nel merito della qualità della democrazia rappresentativa alla stregua delle istanze emergenti dal più vasto contesto ideale della democrazia paritaria[1516]. Le misure a supporto della rappresentanza femminile mostrano infatti tutta la loro inadeguatezza qualora non accompagnate dalla consapevolezza, sul piano culturale, del valore della diversità di genere, premessa imprescindibile all'affermazione di una partecipazione autentica e realmente paritaria alla vita politica ed istituzionale del Paese.

In questo senso, sulla scia di quanto da ormai più di vent'anni auspicato dalla Corte costituzionale, non sembra potersi prescindere, in tema di rappresentanza politica di genere,

---

[1514] Sul punto, altresì, L. Taglieri, *Parità di genere e prima applicazione della legge n. 165/2017. Le "quote rosa" e il percorso verso la parità di genere nel sistema elettorale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, 26-27.

[1515] V. in proposito i dati raccolti nel *Gender Equality Index 2017. Measuring gender equality in the European Union 2005-2015*, a cura dell'European Institute for Gender Equality, in *http://eige.europa.eu*, 2017, spec. 49, nonché le statistiche relative alla distribuzione per sesso dei deputati e dei senatori reperibili in *Democrazia paritaria e sistemi elettorali*, Dossier n° 293 a cura del Servizio Studi della Camera dei Deputati (15 marzo 2017), 8-9, e dai siti *www.camera.it* e *www.senato.it*.

[1516] Per una riflessione di carattere generale sulla esperienza e sulle prospettive della democrazia paritaria, con particolare riguardo alle vicende della rappresentanza politica, S. Gambino, *Sui limiti della democrazia paritaria in Italia*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss.; M. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit.; F. Abbondante, *Democrazia paritaria e partecipazione politica: alla ricerca di un equilibrio fra pari opportunità ed eguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 2013; B. Pezzini, *Democrazia paritaria o duale? Le leggi elettorali e la questione di genere*, cit., 179 ss.

ISSN 2279-7238

da un processo culturale di autoriforma delle forze politiche in grado di declinare il principio della parità tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive, radicatosi nel corso degli ultimi anni nell'ordinamento costituzionale, attraverso l'impiego di criteri di selezione delle candidature idonei a garantire la qualità della rappresentanza politica in generale e non soltanto la quantità della rappresentanza di ogni singolo genere.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il contributo di Tomaso Perassi ai lavori della Costituente*

di Massimo Siclari**

Eletto nelle file del Partito Repubblicano, sia nel collegio unico nazionale sia nel collegio di Roma – Latina – Viterbo – Frosinone, Tomaso Perassi ebbe un ruolo assai rilevante nell'Assemblea Costituente, come componente della Commissione per la Costituzione (della quale fu anche segretario) – contribuendo in particolare ai lavori della seconda sottocommissione competente per l'ordinamento costituzionale della Repubblica – e del Comitato di coordinamento, poi trasformato in Comitato di redazione[1517].

Ed è proprio con riferimento ai poteri della Commissione che si registra il primo intervento di Perassi in Assemblea volto a suggerire che essa non dovesse occuparsi solo dell'elaborazione del progetto di Costituzione ma anche di "eventuali altri disegni di legge in materia costituzionale". La proposta di emendamento venne poi ritirata[1518], decidendosi nel senso di una modifica regolamentare – di cui sarebbe stato relatore lo stesso Perassi (che faceva parte anche della Giunta per il Regolamento) – consistente nell'introduzione dell'articolo aggiuntivo al Regolamento della Camera[1519] con il quale si istituivano quattro commissioni permanenti: ad esse si affidò il compito di stabilire quali fra i disegni di legge governativi dovessero essere sottoposti alla deliberazione dell'Assemblea[1520]. Già in questa occasione Perassi diede prova della sua capacità di cooperare alla ricerca di soluzioni tecniche suscettibili di ampia condivisione fra i Costituenti. Si trattava di mediare tra chi,

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi Roma Tre.

[1517] Sui lavori della Costituente, anche sotto il profilo organizzativo, si v., fra gli altri, V. Falzone – P. Grossi, *Assemblea I. Assemblea costituente italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 370 ss.; E Cheli, *Il problema storico della Costituente* (1973), ora in Id., *Taccuino di un costituzionalista* a cura di M. Manetti, Modena Mucchi, 2015, 17 ss.; Id. (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Bologna, Il Mulino, 1979.

[1518] Si v, il resoconto della Seduta di lunedì 15 luglio 1946, ne *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, 1969, 27 ss.

[1519] In base all'art. 4, terzo comma, del D. Leg. Lgt. 16 marzo 1946, n. 98, *Integrazioni e modifiche al decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del governo ed alla facoltà del governo di emanare norme giuridiche* (c.d. seconda Costituzione provvisoria), «Finché non avrà deliberato il proprio regolamento interno l'Assemblea Costituente applicherà il regolamento interno della Camera dei deputati in data 1 luglio 1900 e successive modificazioni fino al 1922». L'Assemblea stabilì di utilizzare il Regolamento della Camera dei deputati, aggiungendovi l'integrazione di cui al testo, approvata nella seduta del 17 settembre 1946.

[1520] Va detto, tuttavia, che Perassi, non era del tutto convinto della soluzione raggiunta: «Il modo, secondo il quale con quelle norme regolamentari si disciplina un intervento dell'Assemblea Costituente nel determinare caso per caso il procedimento per l'adozione di un provvedimento legislativo, lascia, per molte ragioni insoddisfatti. È qualche cosa ma è poco, troppo poco» (T. Perassi, *Assemblea Costituente e Governo e la funzione legislativa*, ne *La Costituente*, serie II, 1946, n. 5, 4). Sul dibattito relativo all'esercizio del potere legislativo ordinario da parte della Costituente, cfr. V. Falzone – P. Grossi, *Assemblea I. Assemblea costituente italiana*, cit., 376; C. Fiumanò – R. Romboli, *L'Assemblea costituente e l'attività di legislazione ordinaria*, in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, cit., 381 ss.

ISSN 2279-7238

come Piero Calamandrei, riteneva che l'Assemblea non si dovesse occupare esclusivamente dell'approvazione del testo costituzionale, ma anche di esercitare in modo significativo la funzione legislativa ordinaria, di cui possedeva la titolarità, e chi, invece, sosteneva che il Governo dovesse mantenere pressoché intatti i poteri conferitigli dalle costituzioni provvisorie salvo limitate deroghe[1521].

Ma è soprattutto su varie scelte di merito affrontate dall'Assemblea che il contributo di Perassi si rivelò fondamentale, se non decisivo.

«Può dirsi che non vi sia parte della Costituzione alla quale egli non abbia recato un suo sempre penetrante apporto. Oltre ai numerosissimi interventi rivolti a far conseguire un perfezionamento tecnico alle formulazioni proposte (e più importanti fra queste quelle relative all'adattamento automatico del diritto interno alle consuetudini internazionali generalmente riconosciute), contributi sostanziali di grande rilievo vennero da lui in numerose occasioni»[1522].

D'altronde la sua candidatura non era stata casualmente decisa dall'allora segretario del Partito repubblicano Giovanni Conti, con il quale aveva condiviso la militanza negli anni giovanili e nel movimento clandestino[1523]. Conti aveva una tale fiducia ed ammirazione per Perassi da scrivergli, nella lettera con la quale lo invitava a candidarsi alla Costituente:

«Tu comprendi che io mi sentirei solo, incapace di muovere un passo, senza la tua presenza nell'Assemblea.

La tua decisione determinerà tante conseguenze utili per la buona causa»[1524].

La conoscenza fra i due risaliva all'inizio del secolo scorso, quando Perassi, giovanissimo, dedicò ampia parte della sua riflessione a vari temi e figure del movimento repubblicano, attraverso un'intensa attività pubblicistica[1525]. Nell'ambito di questa produzione giovanile comparvero i primi scritti giuridici di Perassi, rivolti all'analisi di rilevanti temi istituzionali quali il *referendum* e più in generale il rapporto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, il ruolo del Parlamento, l'assetto territoriale dello Stato[1526]. Negli anni successivi avrebbe pubblicato un manuale di diritto pubblico[1527] ma soprattutto il suo

---

[1521] V. l'intervento di Calamandrei alla Seduta del 15 luglio 1946, cit., 19 s.

[1522] C. Mortati, *L'opera di Tomaso Perassi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1962, 213. Concorde il giudizio di G. Morelli, *Tomaso Perassi*, *ibidem*, 5, che parla di« influenza decisiva […] sulla formulazione di numerose disposizioni costituzionali».

[1523] B. Di Porto, *Conti, Giovanni*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 28, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1983, 423 sottolinea la partecipazione di Perassi al Comitato di Studi politici e sociali ispirato da Conti.

[1524] La lettera di Conti, datata 12 aprile 1946 è integralmente riportata da A. Malintoppi, *Tommaso Perassi, costituente repubblicano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. I. La Costituente e la democrazia italiana*, Firenze, Vallecchi, 1969, 305 s. Sui rapporti tra Perassi e Conti si veda anche la testimonianza di G. Negri, *L'opera di Giovanni Conti alla Costituente*, *Ibidem*, 128.

[1525] Per puntuali indicazioni al riguardo v. F. Lanchester, *Perassi, Tomaso*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 82, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2015, 304.

[1526] T. Perassi, *Le attuali istituzioni e la bancarotta del parlamentarismo* (con prefazione di A. Ghisleri), Pavia, Ottani-Bernasconi, 1907 (ripubblicato con il titolo: *Il parlamentarismo e la democrazia*, Roma, Libreria politica moderna, 1946); Id., *Confederazione di Stati e Stato federale: profili giuridici*, Manoppello, Di Fabio, 1910; Id., *Parlamenti medievali e Parlamenti moderni: contenuto e limiti della distinzione*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1910, I, 461 ss.; Id., *Il referendum. La dottrina giuridica*, Roma, Di Fabio, 1911; Id., *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1912, I, 147 ss.

[1527] T. Perassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, Bari, Casini, 1918. (successivamente pubblicato dall'editore Maio di Napoli).

ISSN 2279-7238

interesse si rivolse a temi di teoria generale[1528] e di fonti del diritto[1529], con opere che può dirsi costituiscano gli studi di "transizione" nell'ambito della sua produzione scientifica, prima di dedicarsi definitivamente al diritto internazionale. Invero, una volta superato il concorso che gli meritò la cattedra di diritto pubblico e di diritto internazionale a Bari, presso l'Istituto superiore di commercio, nel 1921 si trasferì all'Istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Napoli e, nel 1927, approdò alla cattedra di diritto internazionale dell'Istituto superiore di Roma. Del 1937 il passaggio alla Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, ove già insegnava, per supplenza, dal 1930, per sostituire Dioniso Anzilotti, impegnato come giudice alla Corte permanente di giustizia internazionale.

Non insegnò più diritto costituzionale, rinunciando ad una chiamata presso l'Ateneo cagliaritano nel 1922. È stata sottolineata da Fulco Lanchester la particolare coincidenza di date tra l'inizio del regime e l'interruzione della produzione scientifica e dell'impegno didattico sul fronte del diritto pubblico interno:

«Nel corso della crisi della liberaldemocrazia dei primi anni Venti gli interessi di Perassi si torcono necessariamente sul versante internazionalistico della disciplina pubblicistica, sia per il suo impegno crescente nell'ambito delle istituzioni dell'emigrazione, sia per le trasformazioni incrementali del diritto pubblico interno che caratterizzarono il fascismo»[1530].

Un muto dissenso, che, tuttavia, non gli impedì di ricoprire la carica di consulente giuridico presso il Ministero degli Affari Esteri e di responsabile dell'Ufficio del Contenzioso diplomatico a partire dal 1937. Ciò implicò l'avvio di un procedimento di epurazione[1531], che venne dichiarato estinto dalla Commissione per l'epurazione del personale universitario in quanto l'Alto Commissario dell'epurazione non aveva specificato

[1528] T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, Maio, 1922 (successivamente più volte ristampato a Padova dalla CEDAM: ultima ed. 2000).

[1529] T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica* (1917), ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, 191 ss.; Id., *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* (1917), *ibidem*, 237 ss. Quest'ultimo studio, secondo R. Monaco, *Perassi, Tomaso*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, 928: «pone le basi della concezione normativistica del diritto internazionale, anticipando la teoria delle fonti del diritto internazionale sviluppata da Kelsen e dalla sua scuola». Sul rilievo dei contributi di Perassi alla ricostruzione dommatica delle norme giuridiche internazionali, v. anche G. Bosco, *Premessa* a T. Perassi, *Scritti giuridici*, cit. , V ss., G. Morelli, *Tomaso Perassi*, cit. 8 ss. nonché, *amplius*. G. Salerno, *L'affermazione del positivismo giuridico sulla scuola internazionalistica italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 29 ss. Da ultimo, va ricordato che le opere ora citate sono state considerate «le espressioni più significative di questa fase della sua produzione» da C. Mortati, *L'opera di Tomaso Perassi, cit.*, 206.

[1530] F. Lanchester, *Perassi, Tomaso*, cit., 306.

[1531] In base al d.l.l. 27 luglio 1944, n. 159, l'allontanamento dalla pubblica amministrazione non era previsto per il solo fatto di aver prestato servizio durante il ventennio: la misura della dispensa dal servizio, invero, era prevista per «coloro che, specialmente in alti gradi, col partecipare attivamente alla vita politica del fascismo o con manifestazioni ripetute di apologia fascista», si fossero «mostrati indegni di servire lo Stato» o che, «anche nei gradi minori», avessero conseguito nomine od avanzamenti per il favore del partito o dei gerarchi fascisti» (art. 12, d.l.l. n. 159 del 1944, cit.), ovvero per i dipendenti che avessero «dato prova di faziosità fascista o della incapacità o del malcostume introdotti dal fascismo nelle pubbliche Amministrazioni» (art 13), per chi avesse rivestito la qualifica di squadrista, o sansepolcrista, o antemarcia, o marcia su Roma, o sciarpa littorio nonché per gli ufficiali della M.V.S.N (art. 14) o, infine, per «gli impiegati che, dopo l'8 settembre 1943, hanno seguito il governo fascista o gli hanno prestato giuramento o hanno collaborato con esso» (art. 17).

ISSN 2279-7238

gli addebiti da contestare all'interessato ai sensi del d.l.l. 27 luglio 1944, n. 159 (recante *Sanzioni contro il fascismo*), né, sollecitato a farlo, aveva mai dato risposta alla Commissione stessa[1532]. D'altra parte, dopo la liberazione di Roma, Perassi tornò ad essere partecipe della vita del rinato Partito Repubblicano, partecipando a più di un'iniziativa pubblica[1533] e riprendendo a pubblicare sulla stampa di partito[1534]; ma soprattutto contribuendo a stendere nel 1943 i *Lineamenti costituzionali della Repubblica*, nell'ambito del Comitato di Studi politici e sociali animato da Conti[1535]. A giudicare da ciò – oltre che dall'attestazione di stima, fiducia ed affetto espressa dalla lettera indirizzatagli dal segretario del Partito repubblicano che si è dianzi citata – non pareva affatto dimostrata una contiguità col regime tale da valergli la comminazione delle sanzioni previste dalla normativa sull'epurazione[1536].

[1532] L'atto con cui è stato dichiarato estinto il procedimento è rinvenibile in AS – MPI – Professori universitari B 367. Riteniamo opportuno riportarlo nella sua integrità:
«LA COMMISSIONE PER L'EPURAZIONE DEL PERSONALE UNIVERSITARIO
Composta dai Sigg.
LORUSSO CAPUTI Dr. Andrea – Consigliere della Corte Suprema di cassazione – Presidente
MARCHESE Dr. Vittorio – Ispettore Superiore nel Ministero;
CALOSSO Prof. Umberto – Designato dall' Alto Commissario aggiunto per l'epurazione,
Letti gli atti del procedimento a carico di
PERASSI Prof. Tommaso fu Giuseppe di anni 59 nato a Intra, Ordinario di Diritto internazionale nella Regia università di Roma (grado IV)
OSSERVA:
L'Alto Commissario aggiunto per l'epurazione con nota del 30 novembre 1944, n. 27851/1.9.1. denunziava il Prof. Tommaso Perassi, Ordinario di Diritto internazionale nella Regia università di Roma per gli effetti del D.L.L. 27 luglio 1944, n. 139 contenente sanzioni contro il fascismo, ma senza specificare gli addebiti da contestare all'interessato ai sensi dell'art. 19 del decreto. E con nota successiva del 29 dicembre detto anno pari numeri, provvedendo a tale specificazione nei riguardi di altri denunciati con la stessa prima nota conformemente all'apposita richiesta nemmeno faceva conoscere gli addebiti da contestare ai rimanenti professori tra cui andava compreso il Prof. Perassi.
Allo scopo poi di non far decadere l'azione contro il suddetto Professore Perassi con le note della Presidenza del Consiglio dei Ministri 22 dicembre 1944, n. 23067/10124.51.12/1.7 e del 16 gennaio 1945, n. 10124.51.12/1.7, il termine è stato più volte prorogato ai sensi dell'art. 1° del D.L.L. 27 luglio 1944, n. 139 e dell'art. 7 del D.L.L. 4 gennaio 1945, n. 2. Ma il termine è scaduto definitivamente il 28 febbraio u.s., senza che tuttavia sia stata comunicata la specificazione degli addebiti da contestare e senza che comunque dagli atti in possesso della Commissione stessa risultino elementi utili a tale scopo.
In conseguenza di quanto sopra il procedimento di epurazione si deve dichiarare estinto a termine dell'art. 25, modificato, del D.L.L. 27 luglio 1944, n. 139.
P.Q.M.
LA COMMISSIONE
dichiara estinto il procedimento di epurazione a carico del Prof. Tommaso Perassi.
Roma, lì 1° marzo 1945».

[1533] Si dà conto della partecipazione di Perassi alla vita di partito ne *La Voce repubblicana*, ad esempio, in occasione di discorsi pubblici dei leader del PRI Pacciardi e Conti (edizioni del 15 agosto e 31 ottobre 1944).
[1534] Senza pretesa di completezza, si v. i seguenti scritti: *Quale Repubblica? Costituzione e referendum*, ne *La Voce repubblicana*, 1° giugno 1946; *Assemblea Costituente e Governo e la funzione legislativa*, cit. Al Perassi dovrebbe attribuirsi anche l'articolo *Lo Stato accentratore ha rovinato l'Italia. Nei Comuni e nelle Regioni sono le sorgenti della vita nuova. Le Regioni e lo Stato*, apparso con la sigla t.p. ne *La Voce repubblicana*, 29 luglio 1944. A tali scritti va aggiunta la già citata ristampa del volumetto sul parlamentarismo del 1907.
[1535] Che a Perassi dovesse imputarsi integralmente la stesura dei *Lineamenti* è dubbio, cfr., infatti, V. Parmentola, *Contributi repubblicani*, ne *Il Movimento di Liberazione in Italia*, 1958, fasc.3-4 (che in appendice riporta il testo dei *Lineamenti* stessi) attribuendoli a Conti mentre A. Spinelli, *I repubblicani alla Costituente*, in *Annali dell'Istituto Ugo La Malfa*, vol. XIII. *Ugo La Malfa a 20 anni dalla scomparsa*, 1998, 297 ss., considera Perassi l'autore.
[1536] Pertanto non appaiono condivisibili le perplessità manifestate nel recente contributo biografico di F. Salerno, *Perassi, Tomaso*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. II, Bologna, Il mulino, 2013, 1535. Di costante

ISSN 2279-7238

Tale circostanza consente una riflessione più generale a proposito della valutazione del ruolo dei giuristi che, in vario modo, avevano ricoperto ruoli rilevanti nell'apparato dello Stato, durante il regime. Ritengo infatti che in molti casi il giudizio storico (fondato, oramai, solo su documenti ufficiali, che non sempre sono in grado di spiegare tutto) debba essere bilanciato dal giudizio del contemporanei (cioè di coloro che effettivamente potevano considerare il ruolo effettivamente svolto ricoprendo determinate cariche, talora accettate anche col fine di "limitare il danno"), per evitare sommarie condanne dell'operato di alcune personalità, pur verificatesi[1537].

Comunque sia, è certo che l'operato di Perassi alla Costituente costituì il coerente sviluppo di idee elaborate nella prima fase della sua attività di studioso[1538]. Il titolo originario del volume pubblicato nel 1907 – *Le attuali istituzioni e la bancarotta del parlamentarismo* – potrebbe essere equivocato, ma non ha niente a che vedere con le polemiche rivolte, dalla seconda metà dell'Ottocento, a ridimensionare il ruolo del Parlamento nei riguardi del sovrano. Né all'antiparlamentarismo che fu sostrato culturale dei regimi nazifascisti. Non a caso venne mutato in occasione della ristampa del '46: *Il parlamentarismo e la democrazia*. E questo diverso titolo dava conto del problema affrontato dal Perassi, che denunciava l'insufficienza del regime parlamentare – da solo – a consentire l'affermarsi di una effettiva democrazia, che necessitava di altri rilevanti istituti (*referendum*, forti autonomie territoriali e, soprattutto, instaurazione di una repubblica), sulla base dell'esperienza costituzionale svizzera. Tali temi avevano peraltro ricevuto alcuni ulteriori approfondimenti in vari altri contributi di diritto costituzionale[1539] e le critiche al sistema parlamentare erano tutte intese a rafforzare e consolidare la democrazia, come ben rilevato, a suo tempo, da Antonio Malintoppi:

«La polemica di Perassi contro le degenerazioni del parlamentarismo – polemica, si noti, condotta da sinistra e quindi volta ad una critica costruttiva e non negativa della democrazia parlamentare – individua le principali cause del fenomeno non solo nella mancanza di strumenti integrativi di democrazia diretta, ma anche nella carenza di partiti politici effettivamente organizzati e tali da fondere nel crogiuolo di un'azione politica generale i personalismi e gli interessi particolaristici. La stessa adesione di Perassi alla proporzionale da lui indicata sia nel 1907 sia quarant'anni dopo come il sistema elettorale più idoneo ad impedire la degenerazione del parlamentarismo, implicava la tendenza a favorire lo sviluppo

fedeltà agli ideali repubblicani danno testimonianza G. Morelli, *Tomaso Perassi*, cit., 5 e C. Mortati, *L'opera di Tomaso Perassi*, cit., 212.

[1537] Emblematica al riguardo la campagna di stampa riguardante Gaetano Azzariti tra il 2014 ed il 2015. Per una ricostruzione critica della vicenda v. N. Pazienza, Faciant meliora sequentes. *I giudici costituzionali del sessantennio, ritratti senza cornice*, Roma, Lithos, 2016, 19 ss. Per un sintetico profilo biografico che ne ricostruisce con equilibrio la figura ed il ruolo svolto, v. F. Lanchester, *Azzariti Gaetano*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 34, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, 211 ss.

[1538] In tal senso il giudizio è concorde, v., infatti, C. Mortati, *L'opera di Tomaso Perassi*, cit.; F. Bonini, *Tomaso Perassi*, ne *Il Parlamento italiano 1861-1988*, vol. XIV (1946-1947. Repubblica e Costituzione, dalla luogotenenza di Umberto alla presidenza De Nicola), Milano, Nuova CEI, 1988, 441; F. Lanchester, *Perassi, Tomaso*, cit.; L. Ronchetti, *Il parlamentarismo e la democrazia. A distanza di oltre un secolo dalla lezione di Tomaso Perassi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2017.

[1539] Cfr., ad es., T. Perassi, *Confederazione di Stati e Stato federale: profili giuridici*, cit.; Id., *Parlamenti medievali e Parlamenti moderni: contenuto e limiti della distinzione*, cit.; Id., *Il referendum. La dottrina giuridica*, cit.

ISSN 2279-7238

dei partiti organizzati, essendo per lui preferibile il gioco articolato di una pluralità di partiti omogenei a quella contrapposizione di due blocchi eterogenei che è il più sovente il frutto del sistema elettorale uninominale»[1540].

Non è affatto casuale, quindi, che i suoi apporti più rilevanti ai lavori della Costituente si siano concentrati sui temi della forma di governo, delle regioni, della democrazia diretta, anche se – come si è detto in apertura – Perassi ha contribuito alla stesura di gran parte della Carta costituzionale.

Tale contributo, in tema di forma di governo, culminò nel notissimo ordine del giorno ricordato col suo nome che fu utile a sbloccare il dibattito in seconda Sottocommissione e riprendeva il disegno programmatico elaborato nei già citati *Lineamenti costituzionali della Repubblica*, ove decisamente si propendeva per una forma di governo parlamentare[1541].

La Seconda Sottocommissione, udite le relazioni degli onorevoli Mortati e Conti, ritenuto che né il tipo del governo presidenziale, né quello del governo direttoriale risponderebbero alle condizioni della società italiana, si pronuncia per l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, tuttavia, con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo».[1542]

Certo, come osserva Elia[1543], Perassi non arrivò a specificare quali fossero le forme di razionalizzazione del sistema parlamentare (piuttosto fu Tosato a proporne alcune, addirittura arrivando ad ipotizzare la "sfiducia costruttiva" ben prima che venisse disciplinata dalla Carta fondamentale di Bonn nel 1949). Ma sarebbe stato un inutile sforzo

---

[1540] A. Malintoppi, *Tomaso Perassi costituente repubblicano*, cit., 314 s.

[1541] Invero, al punto 25 dei *Lineamenti* poteva leggersi «Il Capo dello Stato nominerà e revocherà il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i ministri.
I ministri saranno responsabili verso le Camere solidalmente per la condotta politica del Governo ed individualmente per gli atti del loro Ministero.
La responsabilità politica dei ministri si concreta nel principio che essi devono godere la fiducia delle Camere parlamentari.
La Costituzione, stabilendo questo principio, deve adottare alcune cautele per assicurare una conveniente continuità del Governo ed evitare che l'applicazione pratica di quel principio porti a fenomeni di degenerazione parlamentaristica. Ispirandosi a soluzioni esperimentate dalle costituzioni di diversi stati esteri, la Costituzione dovrà stabilire le modalità di presentazione e le condizioni di votazione di una mozione che implica dichiarazione di sfiducia verso il Governo o verso un ministro. Sarebbero così preclusi i voti di sorpresa, la cui possibilità è per se stessa un fomite di oscure manovre di corridoio. Il voto di sfiducia importerà l'obbligo costituzionale dei ministri di dimettersi solo quando sia stato adottato dalla maggioranza dei membri in carica della Camera dei deputati o del Senato ovvero dai due terzi dei partecipanti alla votazione, cioè quando è l'espressione di un reale mutamento della situazione politica.
Con queste cautele il principio secondo il quale il Governo deve godere la fiducia delle Camere è il criterio che meglio assicura l'equilibrio politico fra il Governo e le Camere e quindi la coordinazione delle rispettive funzioni. Non è infatti praticamente possibile il normale funzionamento di un Governo dal quale le camere dissentano sull'indirizzo politico generale. L'esperienza storica, d'altra parte, ha largamente dimostrato che quando il Governo si considera del tutto indipendente dal Parlamento questo non esercita alcun efficace controllo, con grave danno per lo Stato e per la Nazione». È agevole notare come diverse statuizioni sono state riportate pressoché alla lettera negli articoli della Costituzione dedicati alla disciplina del Governo e dei suoi rapporti con il Parlamento.

[1542] Per il dibattito in Commissione sulla forma di governo, v. ATTI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE – Commissione per la Costituzione – Seconda Sottocommissione, Resoconti sommari del 4 e 5 settembre 1946, in *La Costituzione italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. VII, Roma, 1969, 917 ss.

[1543] V. L. Elia, *La stabilizzazione del Governo dalla Costituente ad oggi*, relazione al Convegno *La costituzione ieri e oggi* (Roma, Accademia Nazionale dei Lincei 9-10 gennaio 2008) in http://www.astridonline.it/static/upload/protected/elia/elia.pdf.

ISSN 2279-7238

di fantasia: non c'erano le condizioni politiche per introdurre regole più stringenti di quelle – non prive di significato – contemplate dai commi 4 e 5 dell'art. 94[1544].

Paradossalmente le resistenze ad una maggiore razionalizzazione erano legate all'auspicio di un ruolo forte del Parlamento nel sistema, ma di certo non hanno raggiunto lo scopo. Oggi si avverte, piuttosto l'esigenza di una garanzia della funzione parlamentare, a causa della torsione che ha subito l'istituto della fiducia da strumento di condizionamento degli indirizzi governativi a strumento di pressione del Governo sul parlamento. E se Massimo Severo Giannini, agli inizi degli anni '80, poteva denunciare come fosse frequente la sollecitazione del Parlamento[1545] a richiedere l'adozione di decreti legge oggi si assiste addirittura all'auspicio da parte di parlamentari a che il governo ponga la fiducia nel corso di procedimenti legislativi. Difficile dire se l'introduzione di regole più rigide in costituzione (o nei regolamenti parlamentari) porterebbe ad un diverso equilibrio tra i due organi.

Tornando a Perassi, va detto che se il rifiuto del sistema presidenziale era da lui fortemente condiviso[1546], l'ordine del giorno costituiva un passo indietro rispetto al favore espresso da lungo tempo[1547] alla forma di governo direttoriale, per venire incontro alla maggioranza che andava profilandosi in Assemblea oltre che all'indirizzo di politica costituzionale del suo stesso partito, manifestato, come detto, nei *Lineamenti costituzionali della Repubblica*.

D'altro canto, per far fronte alle c.d. degenerazioni del parlamentarismo, Perassi perseguì il suo intento (in parte realizzato) attraverso l'impegno che profuse in favore degli istituti di democrazia diretta e dell'articolazione regionale della Repubblica[1548].

Ma fu soprattutto in ordine alla formulazione dell'attuale primo comma dell'art. 10 Cost. che Perassi diede un apporto decisivo. La versione che ora possiamo leggere fu predisposta da Perassi ed è molto più asciutta ed elegante delle altre proposte. Soprattutto fu in grado di superare le perplessità rispetto a quella che veniva avvertita come una vera e propria suobordinazione dello Stato rispetto ad un altro ordinamento. Il "grimaldello" consistè nell'espressione "generalmente riconosciute" che postulava un'adesione consapevole e *volontaria* ad una data regola[1549].

[1544] … e che raccolgono, si noti, i suggerimenti contenuti nei *Lineamenti* del PRI dianzi citati (nt. 25), al fine di evitare talune degenerazioni.

[1545] M.S. Giannini, Prefazione, a S. Labriola, *Il governo e alcune sue funzioni*, Padova, Cedam, 1981, XI.

[1546] V., al riguardo, G. Negri, *Giovanni Conti alla Costituente*, cit., 129.

[1547] È, infatti, una delle proposte contenute nella più volte citata opera giovanile *Le attuali istituzioni e la bancarotta del parlamentarismo*.

[1548] È stato notato come l'integrazione tra la centralità del Parlamento ed una democrazia basata sulle autonomie locali costituisse un tratto essenziale degli indirizzi costituzionali del PRI, pur con qualche contraddizione interna: P. Ridola, *I liberali, i repubblicani e Tosato alla Costituente*, in *Egidio Tosato costituzionalista e costituente* a cura di M. Galizia, Milano, Giuffrè, 2010, 108 ss. (spec. nt. 3). Sulla posizione di Perassi, v. anche L. Ronchetti, *Il parlamentarismo e la democrazia. A distanza di oltre un secolo dalla lezione di Tomaso Perassi*, cit.

[1549] Va detto che se, in via generale, la Costituente seguì le indicazioni emergenti dalla Relazione alla Commissione Forti di Roberto Ago e Gaetano Morelli sul tema «I rapporti internazionali dello Stato nella futura Costituzione italiana» (ora in *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato a cura di* G. D'Alessio, Bologna, Il Mulino, 1979, 224 ss.), l'adattamento automatico fu circoscritto alle sole norme del diritto internazionale generale.

ISSN 2279-7238

Ma al di là della soluzione politica, il tenore era tale da assecondare un'altra aspirazione del Perassi studioso, quello della razionalizzazione del diritto internazionale, elemento essenziale della sua costruzione giuridica.

È innegabile che, su altri terreni, Perassi non riuscì a trovare soluzioni che la maggioranza dell'Assemblea fosse disposta ad accogliere: ad esempio, non era affatto favorevole alla c.d. costituzionalizzazione dei Patti lateranensi ed auspicava un bicameralismo differenziato nel quale la seconda Camera fosse «espressione delle forze vive della nazione» ovvero rappresentativa delle Regioni e degli interessi economici e culturali[1550]. Ciò, tuttavia, non sminuisce il fondamentale apporto dato da Perassi ai lavori dell'Assemblea Costituente, della quale, a giusto titolo, può considerarsi uno dei maggiori protagonisti.

[1550] T. Perassi, *Quale Repubblica? Costituzione e referendum*, cit.

ISSN 2279-7238

Dall'«influenza» regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo*

di Salvatore Bonfiglio**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Aspetti teorici e storici della problematica dei partiti politici. – 3. Dall' «influenza» regia all'«influenza» dei partiti politici. – 4. William Pitt *The Younger*. – 5. Lo scollamento della costituzione formale dalla costituzione materiale nella concezione blackstoniana del potere regio.

1. Introduzione

La nascita della problematica costituzionale dei partiti politici si fa coincidere con il loro sviluppo organizzativo, a cominciare dalla seconda metà del XIX secolo. Ciò non è sbagliato nella prospettiva sociologica – basti pensare a Ostrogorski, Weber e Michels – in quanto nel Settecento i partiti presenti in parlamento non avevano fuori di esso alcuna rilevanza di tipo organizzativo, a causa della ristrettezza del suffragio. Questo ha condotto alcuni studiosi a considerare il partito socialdemocratico tedesco come il prototipo del partito politico moderno[1551].

Nell'ambito di un'attenta analisi politologica, Sartori ha invece indicato nell'esperienza costituzionale britannica intorno al 1820 il momento in cui i partiti «ricevono una articolazione»[1552] e, fuori dal continente europeo, Aldrich ha evidenziato che la nascita del moderno *Mass Party* si è avuta negli Stati Uniti d'America durante gli anni della *Jacksonian Democracy* [1553].

La prospettiva sociologica e quella politologica convergono su un punto fondamentale: lo sviluppo organizzativo dei partiti politici è strettamente connesso all'allargamento del suffragio maschile[1554]. Ed è ciò che favorì, ad esempio, la nascita nel Regno Unito dei due "partiti di massa": quello conservatore di Disraeli e quello liberale di Gladstone.

---

*Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
Questo scritto è parte di una più ampia trattazione sul tema "Stato rappresentativo e partiti politici" che l'autore sta curando con Roberto Luis Blanco Valdés per il *Trattato di diritto pubblico comparato* diretto da Giuseppe Franco Ferrari.
**Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

[1551] R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, W. Klinkhardt, Leipzig, 1911 (tr. it.: *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 1966); U. Cerroni, *Teoria del partito politico*, Editori Riuniti, Roma, 1978 [2. ed. 1979]. Sulla sociologia del partito politico 100 anni dopo (1911-2011), si vedano i contributi di P. Pombeni, C. Mongardini, K. M. Roberts, F. W. Rüb, F. Tuccari e M. Morini, in *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, XLVI-2012, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2012.

[1552] G. Sartori, *Parties and Party System: A Framework for Analysis*, New York, Cambridge University Press, 1976, pp. 34-35.

[1553] J. H. Aldrich, *Why Parties? The Origin and Transformation of Political Parties in America*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

[1554] M. Duverger, *Les partis politiques*, Paris, Colin, 1951.

ISSN 2279-7238

Tuttavia, è significativo che, almeno nell'esperienza del Regno Unito, non si è avuta una "frattura" costituzionale nel passaggio dal "partito parlamentare" al "partito di massa". Questa evoluzione fu resa possibile anche perché, come vedremo, le radici costituzionali dei partiti politici sono legate alla storia delle istituzioni politiche inglesi, dopo la *Glorious Revolution* del 1688, e al consolidamento dei partiti parlamentari britannici nella seconda metà del XVIII secolo[1555].

Già nella sua celebre prolusione berlinese del 1927, poi pubblicata nel 1928[1556], Heinrich Triepel affermava che il partito politico è «davvero soltanto il prodotto della moderna Costituzione rappresentativa»[1557]. Per questa ragione la «storia dei partiti politici inglesi risale all'epoca della gloriosa Rivoluzione, la storia dei partiti americani inizia con la nascita della Costituzione degli Stati Uniti, mentre la storia dei partiti dell'Europa continentale comincia con la creazione delle Costituzioni ispirate alla Rivoluzione francese»[1558]. Vista l'origine di questo breve e denso saggio di diritto comparato[1559], lo studioso tedesco presenta in modo sintetico alcuni argomenti che meritano certamente una più ampia trattazione. Basti pensare agli sviluppi teorici e, soprattutto, storico-istituzionali che, nella seconda metà del diciottesimo secolo, hanno affermato sia il requisito della stabilità organizzativa dei partiti all'interno della Camera dei Comuni, sia la loro autonoma rilevanza costituzionale nella fase di evoluzione e di consolidamento della forma di governo parlamentare. Le radici di questo sviluppo sono complesse e articolate e affondano nell'intera struttura costituzionale del Regno Unito. Non sono, quindi, riconducibili ad un unico fattore, come spesso si pensa guardando soltanto all'allargamento del suffragio e al sistema elettorale in senso stretto - ovverosia al meccanismo di trasformazione dei voti in seggi. Come vedremo, nel quadro della specifica realtà costituzionale[1560] britannica si coglie bene il significato *genetico* e *funzionale* che, dal punto di vista giuridico, assumeranno i partiti politici nello Stato rappresentativo e nella forma di governo parlamentare.

2. Aspetti teorici e storici della problematica dei partiti politici

Sotto l'aspetto teorico, nelle opere di Hume la problematica costituzionale dei partiti politici era già in buona misura presente. In *Of Parties in General* (1741), Hume distingue con

[1555] W. Hill, *British Parliamentary Parties: 1742-1832. From the Fall of Walpole to the First Reform Act*, London, 1985.
[1556] H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* (ivi 1928; 2a ed. 1930), tr.it. *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di G. Grasso - E. Gianfrancesco, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, da cui sono tratte le citazioni. Particolare rilievo all'opera di Triepel viene dato anche dalla dottrina italiana. Si veda P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982.
[1557] Già Weber aveva evidenziato il rapporto genetico tra Costituzione rappresentativa e fisionomia moderna dei partiti politici. Si veda, M. Weber, *Economia e società* (1922), Edizioni di Comunità, Milano, 1995, I, 284.
[1558] H. Triepel, *op. cit.*, p. 7. Si veda sul punto anche G. Perticone, *Partito politico*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XII, Utet, Torino, 1965, p. 519.
[1559] Si tratta, per l'appunto, della pubblicazione della suddetta conferenza. Nella *Prefazione* alla prima edizione l'autore stesso precisa che in occasione della pubblicazione ha «resistito senza esitazioni alla tentazione di esporre in modo più ampio alcuni argomenti ai quali, in una conferenza, è possibile soltanto accennare».
[1560] K. Hesse, *La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno* (1959), cur. G. Grasso, Herrenhaus, Seregno, 2012, p. 23.

ISSN 2279-7238

molta lucidità le *fazioni*, esistenti fin dall'antichità, dai *partiti politici*, che «si conoscono solo nei tempi moderni». Le prime «sovvertono il governo, rendono impotenti le leggi e seminano le più fiere animosità fra gli uomini della stessa nazione»; viceversa, i partiti politici si articolano attorno a «principi astratti e speculativi»[1561]. Questi, però, dovevano essere, a suo parere, principi "politici", perché i partiti basati su principi "religiosi" sono «più inclini alla violenza e alla rabbia delle fazioni più crudeli»[1562]. In sostanza per Hume il partito politico moderno è quello che si laicizza, operando in ambito parlamentare e in contatto con la nascente opinione pubblica. Questo suo orientamento era maturato anche in considerazione degli eventi inglesi che avevano portato alla destituzione di Giacomo II e alla *Glorious Revolution*[1563], alle tensioni derivanti dall'Atto di Unione con la Scozia del 1707, alle sollevazioni giacobite del 1715 e del 1719 in progressiva attenuazione[1564]. Dalla osservazione della esperienza storica, dunque, scaturiva la posizione di Hume contraria alle fazioni e favorevole al partito politico moderno e al pluralismo partitico. Soltanto quei partiti che mantenevano «punti di vista opposti circa gli elementi essenziali del governo» si potevano considerare, a suo parere, «pericolosi», in quanto anticostituzionali, fautori di posizioni anti-sistema[1565].

Questa lettura costituzionale sugli «elementi essenziali del governo» (ovverosia, sui principi caratterizzanti la "forma di Stato" o il "regime politico")[1566] ha alle spalle la storia dei duri contrasti tra i due principali partiti inglesi *Tories* e i *Whigs,* entrambi divisi al loro interno in numerose fazioni, come emerge già nel libro dello storico francese Paul Rapin De Thoyras[1567], autore anche di una voluminosa opera sulla storia d'Inghilterra[1568].

Risulta pertanto significativa la riflessione di Hume sulla pericolosità dei partiti anticostituzionali, visto che i *Tories* avevano dovuto dimostrare all'opinione pubblica, alla casa regnante e al Parlamento di essere diventati un partito *rispettabile*[1569], di avere rotto i ponti una volta per tutte con il torysmo giacobita, che aveva tradizionalmente difeso,

---

[1561] D. Hume, *Dei partiti in generale*, in *Saggi e trattati morali letterari politici ed economici di David Hume*, UTET, Torino, 1974, cit., pp. 234 e ss.
[1562] D. Hume, *Dei partiti in generale*, *op. it*., p. 234.
[1563] V. A. Lyon, *Constitutional History of the Uk*, London, Cavendish, 2003, pp. 248 ss. V. M. Knights, *Representation and Misrepresentation in Later Stuart Britain Partisanship and Political Culture*, Oxford, U.P., 2006.
[1564] Soltanto con la sconfitta di Charles Edward Stuart nella battaglia di Culloden, il 16 aprile 1746, si sarebbe di fatto conclusa la causa giacobita.
[1565] D. Hume, *Della coalizione dei partiti*, in *Saggi e trattati*, cit., p. 680. Sulla distinzione tra partiti costituzionali e partiti anticostituzionali si veda anche Bolingbroke, il quale però, a differenza di Hume, pensava alla soppressione dei partiti politici. H. St. J. Bolingbroke: *A Dissertation Upon Parties*, 1735, Publisher Printed by H. Haines at R. Francklin's. Sulle posizioni di Hume e di Bolingbroke si veda: J. Varela Suances-Carpegna, *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park*, Centro de Estudios Políticos y Costitucionales, Madrid, 2002, pp. 53 ss e pp. 71 ss.
[1566] F. Lanchester, *Stato (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 796-814.
[1567] P. Rapin De Thoyras, *Dissertation sur les Whigs et les Torys*, 1717, A La Haye, Chez Charles Le Vier, Libraire dans le Spuystraet, (1717), consultabile in https://play.google.com/books/reader.
[1568] *Histoire d'Angleterre*, Tome I–X, La Haye, Alexandre de Rogissart, 1724–27.
[1569] H. C. Mansfield, *Statesmanship and Party Government: a Study of Burke and Bolingbroke*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1965 (reprint edition, February 18, 2013); J. Varela Suances-Carpegna, *op. cit.*; F. Lanchester, *Dal "grande partito" al "piccolo", rispettabile e regolato,* in *Nomos - le attualità nel diritto*, n. 2/2014; C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 50; A. Torre, *Edmund Burke nell'Inghilterra di Giorgio III: politica, costituzione e forma di governo*, in *Giornale di storia costituzionale / Journal of constitutional history*, 29 / I, 2015, p. 13-45.

ISSN 2279-7238

all'epoca degli Stuart, la monarchia ereditaria di diritto divino e il principio dell'obbedienza passiva dei sudditi.

In effetti, già durante la *Glorious Revolution* si registrò una convergenza sui principi costituzionali tra i *Whigs* e i *Tories*, a cominciare dalla *sovereignty of Parliament* che, dal punto di vista del diritto positivo, venne ratificata dalla *Septennial Act* del 1716. Come i *Whigs*, così anche la maggior parte dei *Tories* dimostrava progressivamente di essere *rispettabile* e *affidabile* custode della costituzione, di esercitare un'opposizione legale, cioè quella che nel linguaggio politico britannico sarebbe stata definita in seguito «his Majesty's Opposition»[1570].

Vent'anni prima di Burke, Edwuard Spelman, in un opuscolo pubblicato nel 1747[1571], sosteneva l'importanza dell'esistenza di una opposizione organizzata e permanente per un'attenta e costante vigilanza sull'attività del governo per controllare i Ministri. Egli, dunque, rispetto a Hume si spingeva oltre gli elementi essenziali del governo e l'accettazione dei partiti come condizione dello Stato libero. I partiti politici, secondo Spelman, non erano soltanto il risultato, ma anche il «supporto della libertà».

Essendosi gradualmente spostata la conflittualità dalla sfera dei principi costituzionali a quella dei modi di gestire il potere, il *pluralismo dei partiti* (e *attraverso i partiti*) non sarebbe stato più un pericolo per l'unità della nazione, perché il partito politico non sarebbe stato più inteso come *fazione* ma come *parte* di istituzioni, regole e principi condivisi; quindi, esso sarebbe stato considerato anche come *istituzione* o *quasi-istituzione* necessaria per il funzionamento del regime parlamentare.

Ora, se è vero che dopo la rivoluzione del 1688 la maggioranza dei due partiti, i *Tories* e i *Whigs*[1572], accettò la sovranità del Parlamento; è altrettanto vero che tra i due principali partiti britannici vi era una profonda differenza sul modo di intendere l'equilibrio tra la Corona, i Lords e i Comuni. Per questa ragione la problematica costituzionale dei partiti politici era strettamente connessa alla questione maggiormente dibattuta durante il regno di Giorgio II, ovverosia quella riguardante l'esatta interpretazione degli elementi essenziali caratterizzanti la monarchia "mista" ed "equilibrata" [1573]. Il partito *whig* – che, a differenza di quello *tory*, si schierò fin dal principio e senza riserva alcuna con la dinastia degli Hannover – sosteneva l'"influenza" regia attraverso i suoi ministri. Per tale ragione, Bolingbroke chiamava polemicamente i *Whigs* il partito della Corte (*court party*), al quale egli contrapponeva il partito del Paese (*country party*) che, se ci fosse stato un "*Patriot King*"[1574],

[1570] A. S. Foord, *The Waning of the "Influence of the Crown"*, in *English Historical Review*, 1947, p. 484 ss e *His Majesty's Opposition, 1714-1830*, Clarendon Press, Oxford, 1964; J.C.D. Clark, *A General Theory of Party, Opposition and Government, 1688-1832*, in *History Journal*, 1980, p. 295 ss.

[1571] E. Spelman, *A Parallel between the Roman and British Constitution, Comprehending Polibius' Curious Discoveries of the Roman Senate; with a copious preface, wherein his Principles are applied to our Government*, London, 1747, in J. A. W. Gunn, *Factions no More. Attitudes to Party in Government and Opposition in Eighteenth Century England*, Frank Cass, Londra, 1971, pp. 151-153.

[1572] Sui due partiti politici inglesi durante i regni di Guglielmo III e Anna I, cfr. R.R. Walcott Jr., *English politics in the early eighteenth century*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1956; W.A. Speck, *Tory and Whig. The Struggle in the Constituencies:1701-1715*, Published by Macmillan / St. Martin's Press, London and New York, 1970; G. Stuart de Krey, *A fractured Society: The politics of London in the first age of party: 1968-1715*, Oxford University Press, 1985.

[1573] D. Hume, *Dell'equilibrio di potere*, in *Saggi e trattati*, *op. cit.*, pp. 525 e ss.

[1574] H. S-J., Bolingbroke, *Idea of a Patriot King* (1738), trad. it., *L'Idea di un Re Patriota*, Donzelli, Roma, 1995.

ISSN 2279-7238

sarebbe riuscito a governare al di sopra dei partiti, da lui considerati causa di discordia tra il popolo[1575]. Soltanto l'equilibrio dei poteri e, soprattutto, l'indipendenza del Parlamento avrebbero impedito, a suo parere, le possibili ingerenze non tanto del re quanto dei suoi ministri, accusati da Bolingbroke di corruzione. In sostanza, egli vedeva con preoccupazione la graduale evoluzione della forma di governo in senso parlamentare e il consolidamento dei due partiti che, nati verso la metà del XVII secolo, soltanto a partire dal primo Settecento iniziavano a influenzare la nascente "opinione pubblica", anche se ancora non si erano guadagnati un ruolo costituzionale di rilievo. Gli scritti di Bolingbroke erano, per l'appunto, rivolti all'opinione pubblica, nel tentativo di restaurare la mitica antica costituzione, in difesa dello *status quo* contro l'aggressione di quei nuovi interessi tendenti, a suo parere, a destabilizzare la costituzione. L'opposizione antiministeriale concepita da Bolingbroke tendeva a far leva sull'erede al trono Frederick principe di Galles, il quale avrebbe dovuto far da garante – nelle vesti di un "*Patriot King*" – dell'inizio di un nuovo corso, saldando le forze parlamentari di opposizione in una coalizione antipartitica e, perciò, «patriottica».

Questa aspra polemica di Bolingbroke rivolta soprattutto contro il suo maggiore avversario politico Walpole[1576] è poco rilevante se non si mette l'accento su un elemento centrale nell'evoluzione dell'ordinamento inglese: il *patronage*. Si tratta dell'utilizzazione da parte della Corona di *officies, honours, titles, pensions, government contracts* per influire sulle elezioni e dare forza al *Court party* nell'ambito del Parlamento, per sostenere i ministri e appoggiare i provvedimenti da essi presi. In connessione con la mentalità pratica inglese, furono «proprio il *patronage* da parte della Corona e dei Ministri in sede elettorale e la correlativa loro *influence* dopo le elezioni, nell'ambito dei Comuni […] a dare un senso e una direzione ai congegni elettorali e alla competizione dei gruppi e degli interessi, e a consentire così l'enuclearsi di quegli istituti costituzionali che delineano il modello di regime parlamentare» [1577].

Occorre ricordare che tale evoluzione, ancor prima del regno di Giorgio II, fu favorita – anche se in minima misura – da un fattore accidentale e secondario: Giorgio I né parlava né comprendeva l'inglese, almeno nella prima fase immediatamente successiva alla sua ascesa al trono nel 1714. Giorgio I per due anni partecipò alle riunioni di Gabinetto parlando in francese con i ministri, che anche dopo continuò a incontrare singolarmente nel *Closet*, per premere su di essi in modo meno ufficiale o segreto. L'estraniarsi di Giorgio I dal *Cabinet* era, in effetti, connesso più ai mutamenti intervenuti nelle relazioni fra Corona e Parlamento, piuttosto che al suo problema di non parlare la lingua inglese. Pur essendo ancora importante la fiducia del re accordata ai ministri, questi dovevano ormai rispondere

[1575] H. S-J., Bolingbroke, *A Dissertation Upon Parties*, cit.. L'autore dedica questo scritto al suo grande rivale Robert Walpole.
[1576] I. Kramnick, *Bolingbroke and His Circle: The Politics of Nostalgia in the Age of Walpole*, MA: Harvard University Press, Cambridge, 1968.
[1577] M. Galizia, *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento. (In tema di incompatibilità fra la carica di Ministro e appartenenza al regime parlamentare)*, estratto "provvisorio" dalla Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1969, cit. p. 15.

ISSN 2279-7238

al Parlamento, per il collegamento che si era venuto a costituire tra i Ministri e i Comuni. Così, per il Re era difficile imporre il suo punto di vista in una riunione collegiale, nella quale egli, in base ai *constitutional customs* doveva «submit his action to the judgement of his responsabile ministers».

Come Giorgio I, anche Giorgio II non partecipò alle riunioni del *Cabinet*. Ciò non significa che entrambi rinunciarono del tutto a partecipare alla funzione di governo, ma lo fecero attraverso i Ministri responsabili davanti al Parlamento[1578]. La stessa posizione di preminenza di Walpole, al potere dal 1721 al 1742, si deve sia all'appoggio dei Comuni che al favore regio. E in alcuni casi quest'ultimo aspetto sarebbe stato ancora apparentemente decisivo. Ad esempio, quando nel 1739 Walpole fu costretto a rassegnare le dimissioni a Giorgio II, per via della tenace opposizione del Parlamento, il re rifiutò di accettarle per ben due volte di seguito[1579]. Tale scelta confermava, da un lato, l'importanza, almeno sul piano formale, dell'appoggio del re e, dall'altro, evidenziava una maggiore dipendenza della Corona dai "suoi" Ministri, così come un'attenuazione della sua "influenza" nell'ambito dell'*Executive*, in cui si differenziava ineluttabilmente la posizione della Corona da quella dei Ministri.

In una prospettiva di storia costituzionale altri ancora sono i fattori, come noto, che hanno influito sugli avvenimenti sopra ricordati e sulla formazione del regime parlamentare. Quest'ultima non fu affatto *accidental,* come vedremo meglio nel paragrafo successivo. Così come non fu *accidental* la lunga permanenza al potere di Walpole, il quale fece un largo uso del *patronage* governativo che era accentrato nel tesoro. In tal modo, oltre a godere della piena fiducia dei due Giorgio, egli aveva un particolare ascendente sulla maggior parte dei membri del Gabinetto, in quanto occupava pure la carica di ministro delle Finanze (*First Lord of the Treasure* e *Chancellor of the Exchequer*)[1580]. Anche grazie a questa carica da lui ricoperta, Walpole fu in grado di guidare il *management* effettivo dei Comuni, riuscendo solitamente a garantirsi, in assenza di una rigida disciplina di partito, l'appoggio della maggioranza parlamentare[1581].

3. Dall' «influenza» regia all'«influenza» dei partiti politici

Attraverso la leva del *patronage,* la Corona e «the first man in Cabinet» riuscivano ad influire sull'atteggiamento dei gruppi parlamentari, ma non potevano fare a meno del loro appoggio. D'altra parte, il *patronage* non consentiva di ottenere un'adesione automatica di tali gruppi, anche perché dopo la *Glorious Revolution* lo scioglimento non poteva più essere

[1578] L. Namier, *Monarchy and the Party System*, in *Crossroads of Power. Essays in Eighteenth-Century England*, London, 1962.
[1579] K.R. Mackenzie, *The English Parliament*, Penguin Books, Hardmondsworth, Londra, 1950, p. 84.
[1580] P. Langford, *The Excise Crisis. Society and Politics in the Age of Walpole*, Oxford University Press, Oxford, 1975.
[1581] Si veda J. Black, *Robert Walpole and the Nature of Politics in Early Eighteenth Century England (British History in Perspective)*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1990; D. Leonard, *Eighteenth-Century British Premiers. Walpole to the Younger Pitt*, Basingstoke, Palgrave Macmillam, 2010; U. Bruschi, *Rivoluzioni silenziose: l'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la* Glorious Revolution *e il* Great Reform Act, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 227 ss.

ISSN 2279-7238

utilizzato dal re come un'arma per piegare la volontà della maggioranza parlamentare. Infatti, dopo le elezioni generali del 1715, che furono vinte dal partito *Whig*, la cui lealtà verso la successione protestante era fuori discussione, con il *Septennial Act* del 1716 si stabiliva che le elezioni generali dovessero tenersi ogni sette anni. Così i membri della *House of Commons*, pur in presenza dell'«*influence*» della *Crown*, potevano normalmente completare il proprio mandato di sette anni, accrescendo la loro autonomia.

Nel corso della trasformazione della monarchia costituzionale in monarchia parlamentare la volontà della *House of Commons*, dunque, si rende sempre più indipendente dalla *Crown* e dalla *House of Lords*. Cosicché al Gabinetto non basta più l'appoggio del re. È proprio in tale contesto che si afferma, come vedremo, la nuova nozione di responsabilità politica, che richiede anche una sempre maggiore omogeneità politica dei ministri, facendo leva sulla partecipazione dei partiti alla determinazione dell'indirizzo politico. Tale *influenza* del partito politico «permette di eliminare gli evidenti inconvenienti del *patronage*, dell'*influence*, dei *placemen*, mantenendo operanti i vantaggi connessi a questi istituti»[1582].

Queste trasformazioni possono essere colte soltanto attraverso un approccio non formalistico allo studio delle forme di governo, in grado di individuare, innanzitutto, l'evoluzione storica di alcuni significativi istituti giuridici, nonché il loro graduale affievolimento o superamento. Basti pensare, ad esempio, alla controfirma (*counter-signature*) degli atti regi, allo scioglimento parlamentare, all'*impeachment*, alla responsabilità politica. Le convenzioni costituzionali trasformarono i significati e i contenuti di questi istituti nel passaggio dalla monarchia costituzionale a quella parlamentare. Ad esempio, risulta sempre più evidente che la prevalente volontà del ministro controfirmante gli atti della Corona vale ad affermare due principi: il primo, *The King can do no wrong*, l'assenza di responsabilità del sovrano; il secondo, strettamente connesso al primo, *The King cannot act alone*, perché i suoi atti devono essere ricondotti alla responsabilità dei ministri[1583]. In questo modo la controfirma ministeriale diveniva un elemento caratterizzante il sistema parlamentare[1584], perché attraverso essa si affermava la responsabilità politica del Governo nei confronti del Parlamento, in ordine a tutti gli atti adottati dal potere esecutivo.

[1582] M. Galizia, *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento*, *op. cit.*, p. 49.

[1583] Sul punto scrive Dicey: «This responsibility, which is a matter of law, rests on the following foundation. There is not to be found in the law of England, as there is found in most foreign constitutions, an explicit statement that the acts of the monarch must always be done through a Minister, and that all orders given by the Crown must, when expressed in writing, as they generally are, be countersigned by a Minister. Practically, however, the rule exists.
In order that an act of the Crown may be recognised as an expression of the Royal will and have any legal effect whatever, it must in general be done with the assent of, or through some Minister or Ministers who will be held responsible for it» (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of Law of Constitution*, Chapter XI, *The responsibility of ministers*, 1th ed., Macmillan and Co., London 1885, Reprint. Originally published: 8th ed. Macmillan, London 1915, cit. p. 210. Available: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf . Si veda anche l'edizione italiana dal titolo: *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, con la *Presentazione* di S. Bartole e l'*Introduzione* di A. Torre, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 275 ss.

[1584] L'importanza che tale istituto riveste per l'evoluzione della forma di governo parlamentare è stata colta anche dalla dottrina francese e italiana. Sul punto: S. Bonfiglio, *Controfirma ministeriale e responsabilità politica nel regime parlamentare. Il dibattito in Francia e in Italia*, Giuffrè, Milano, 1997.

ISSN 2279-7238

Interessante è pure l'evoluzione e il superamento dell'*impeachment* da strumento di controllo repressivo contro i ministri del Re a controllo politico-costituzionale sull'operato del Governo.

La necessità di instaurare uno stabile rapporto di fiducia rese difficile l'uso dell'*impeachment* contro il singolo Ministro, per questa ragione accanto alla responsabilità giuridica individuale si affermò nell'ultimo periodo del secolo XVIII la nuova responsabilità politica collettiva di tutti i membri del governo nei confronti del Parlamento[1585]. Questo cambiamento avrebbe potuto determinare il passaggio dalla tradizionale «dependency» dei ministri dalla Corona ad una identica dipendenza dai Comuni. Il nuovo istituto della responsabilità politica, però, se, da un lato, evidenziò la maggiore incidenza della Camera bassa, dall'altro, favorì l'autonomia che il Gabinetto stava assumendo nei confronti del Parlamento. È in tale contesto che si consolidarono organizzativamente in ambito parlamentare i partiti politici, perché ciò era *funzionale* alla dinamica della forma di governo (parlamentare) e, in particolare, al rafforzamento del ruolo del Gabinetto e del Primo ministro.

4. *William Pitt* The Younger

Un forte impulso in questa direzione venne dato da William Pitt *The Younger,* che divenne Primo ministro a venti quattro anni[1586]. William Pitt si trovò subito a fare i conti con una maggioranza parlamentare a lui ostile. Non a caso nel suo *Cabinet*, composto da sette membri, non vi erano appartenenti alla Camera dei Comuni, ad eccezione di sé stesso. In una tale situazione, l'attesa di un immediato scioglimento parlamentare sicuramente rendeva molto difficile il suo percorso politico. Egli era determinato ad appellarsi all'elettorato; «but he was equally determined not dissolve until public opinion was strongly on his side»[1587]. Per avere l'opinione pubblica a lui favorevole, Pitt aveva bisogno di un po' di tempo per mutare in sede parlamentare l'orientamento della maggioranza nei suoi confronti. Ciò gli riuscì grazie agli errori del suo principale oppositore, Fox, e soprattutto per la sua abilità e determinazione, ottenendo, ad esempio, la fiducia parlamentare sull'importante *Mutiny Bill.* I suoi rapidi successi gli consentirono di fissare già la data, il 24 marzo del 1784, per l'atto di scioglimento parlamentare da parte della Corona. Con il consenso di re Giorgio III, lo scioglimento parlamentare aveva l'obiettivo di rafforzare la nuova maggioranza, ridimensionando alla Camera dei Comuni la presenza del partito guidato da Fox. Nelle elezioni generali del 1784 il successo di Pitt fu schiacciante, mentre Fox subì una clamorosa sconfitta. Pitt poteva contare ora su una solida maggioranza parlamentare alla Camera

[1585] A.H. Birch, *Representative and Responsible Government. An Essay on the British Constitution*, Allen & Unwin, London, 1964, p. 133 ss.

[1586] W. Hague, *William Pitt the Younger: A Biography*, HarperCollins Publishers, 2005; J. Ehrman, *The Younger Pitt*, volume I-IV, Constable & Co, London, 1996. Il primo volume è stato pubblicato nel 1969. Le citazioni riportate in questo lavoro sono tratte dall'edizione digitale, Constable & Robinson Ltd, London, 2004.

[1587] W. Hunt, *Pitt, William (1759–1806)*, in *Dictionary of National Biography*, vol. 45, Smith, Elder & Co, London, 1896, cit. p. 370.

ISSN 2279-7238

elettiva. Non solo: con un gran numero di Pari nominati dal sovrano, egli riuscì pure ad assicurarsi l'appoggio della Camera dei Lords. Anche questo scioglimento conferma come, a cominciare dal 1716, attraverso l'«*influence*» del re fosse via via sempre più necessario per i Ministri il collegamento con la Camera dei comuni. L'aspetto più interessante del successo di Pitt, che aveva scelto il momento migliore per lo scioglimento parlamentare [1588], consisteva ora nella rilevante capacità dell'opinione pubblica e dei partiti politici di esercitare progressivamente una sempre maggiore «*influence*» nella dinamica della forma di governo parlamentare.

Pitt, che ricoprì l'incarico di Primo Ministro sino al 1801[1589], «was the indisputable source of connexion, centre of reference for other Ministers»[1590] e indiscutibile era la sua capacità di «management» della *House of Commons*[1591]. Questo suo ruolo preminente nell'esecutivo e nel legislativo, dopo il primo grande successo elettorale nelle elezioni generali del 1784, era in buona misura dovuto al nuovo *Tory Party*[1592], di cui Pitt fu il principale artefice, contribuendo in modo decisivo ad affermare «nei suoi elementi caratteristici la forma di governo parlamentare»[1593].

Si può dire che con il governo presieduto da Pitt *The Younger*, il primo fondato su un *cabinet* avente una base monopartitica[1594], si sarebbe avviato quel processo di concentrazione nella figura del *Premier* del ruolo di capo dell'esecutivo, capo della maggioranza parlamentare, *leader* del partito di maggioranza che maturerà nel XIX secolo fino a diventare uno dei capisaldi della forma di governo britannica[1595].

[1588] Approvato come conseguenza di un accordo necessario tra conservatori e liberali, dopo le elezioni del 2010 per la Camera dei Comuni che hanno dato vita, per la seconda volta dal 1945, ad un *Hung Parliament*, il *Fixed-term Parliament Act 2011* ha segnato un relativo e momentaneo ridimensionamento della posizione egemone del Primo Ministro. Per quanto riguarda gli effetti del *Fixed Term Parliament Act 2011* sull'ordinamento britannico si veda: G. Caravale, *La fine di una legislatura atipica*, in *Nomos - le attualità nel diritto*, n. 1/2015, p. 1-12; G. Caravale, *La formazione del governo britannico in caso di Hung Parliament*, in www.forumcostituzionale, 27 aprile 2015. Per la dottrina britannica v. R. Hazell, *Fixed Term Parliaments, The Constitution Unit*, UCL, London, August 2010.

[1589] Si dimise perché la sua proposta per la concessione dell'emancipazione ai cattolici incontrò l'opposizione del re, dell'opinione pubblica e del partito di maggioranza parlamentare. Fu nuovamente nominato Primo Ministro dal 1804 e ricoprì l'incarico fino al giorno della sua morte: il 23 gennaio 1806.

[1590] J. Ehrman, *The Younger Pitt. The Consuming Struggle*, vol. III, cit., p. 455.

[1591] J. Ehrman, *The Younger Pitt*, *op. cit.*, p. 475.

[1592] Che nulla aveva a che vedere con quello sorto dopo la fine della Repubblica di Cromwell che era una fazione favorevole all'incondizionato sostegno alla prevalenza del potere regio sulle Camere e ostile nei confronti di ogni forma di tolleranza religiosa, a sostegno dell'anglicanesimo ritenuta come unica religione praticabile.

[1593] C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 117.

[1594] A. Torre, *Interpretare la Costituzione Britannica. Itinerari culturali a confronto*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 660; O. Massari, *Come le istituzioni regolano i partiti. Modello Westminster e partito laburista*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 25.

[1595] D.C.M. Yardley, *The Effectiveness of the Westminster Model of Constitution*, in G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (Ed.), Year Book of World Affairs, Stevens & Sons, London, 1977, p. 345 ss; A. Lijphart, *Patterns of Democracy. Goverment Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, II ed., Yale University Press, London, 2012 (si veda l'edizione italiana: *Le democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 2014); e, più di recente, A. Marchetti, *Il Westminster Model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese. Un nuovo assestamento della forma di governo britannica*, in *rivista AIC*, n. 1/2018, p. 7.

ISSN 2279-7238

Con Pitt *The Younger* si realizzava quell'idea di forma-partito che, nelle parole di Edmund Burke, si doveva considerare «a body of men united for promoting by their joint endeavors the national interest upon some particular principle in which they are all agreed»[1596].

Ancor prima dell'esperienza di governo di Pitt *The Younger*, Burke, a differenza di Bolingbroke [1597], aveva colto una tendenza che si sarebbe via via decisamente affermata nell'ambito della forma di governo parlamentare: il sistema dei partiti sarebbe diventato fondamentale per assicurare il necessario legame tra il legislativo e l'esecutivo[1598]. Burke aveva posto l'accento sull'importanza di far dipendere il Ministero non dalla Corona ma dal Parlamento – in particolare dalla Camera dei Comuni – e di valorizzare il ruolo dei partiti politici nella struttura costituzionale dello Stato.

5. Lo scollamento della costituzione formale dalla costituzione materiale nella concezione blackstoniana del potere regio

Dovettero trascorrere molti decenni prima che venisse compreso pienamente questo fenomeno, in parte intuito pure da altri autori precedenti di certo molto meno influenti di Burke[1599].

Certamente questo ritardo fu dovuto anche alla mancanza negli studi di William Blackstone – si vedano i suoi celebri *Commentaries on the Laws of England,* pubblicati fra il 1765 e il 1769 – di alcuni aspetti che già allora iniziavano ad essere rilevanti per la comprensione della dinamica della forma di governo. Nella sua opera colpisce il silenzio sui due partiti politici britannici, sul Gabinetto e la responsabilità politica del Governo davanti alle due Camere. Considerato il giurista inglese più influente del secolo XVIII, Blackstone continuava però ad interpretare la monarchia britannica sulla base degli elementi propri caratterizzanti la forma di governo monarchico-costituzionale, nonostante l'innegabile sviluppo del sistema di governo parlamentare. Egli intendeva preservare l'equilibrio costituzionale, sostenendo che il potere esecutivo dovesse esercitare parte del potere legislativo attraverso il potere di veto del re sulle leggi approvate dalle Camere. Ma nella sua trattazione non segnala il fatto che il veto regio non fosse stato più esercitato dai tempi della regina Anna, ovverossia nel 1707. In realtà, la partecipazione del re alla funzione legislativa si era ormai trasformata in una mera formalità.

[1596] E. Burke, *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, in S.E. Scarrow (ed.), *Perspectives on political parties*, Palgrave Macmillan, New York, 2002, pp. 37-43.

[1597] Sulla polemica Bolingbroke-Burke sui partiti politici H. C. Mansfield, *Statesmanship and Party Government: a Study of Burke and Bolingbroke*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1965 (reprint edition,February 18, 2013).

[1598] J. Valera Suanzes-Carpegna, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690-1832)*, nella collana del Centro studi *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 73, Giuffrè, Milano, 2007, p. 77. Sul punto si veda di M. Galizia, *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento*, *op. cit.*, in cui scrive che il meccanismo idoneo a realizzare la «benefica corrispondenza fra Esecutivo e Legislativo è per Burke il sistema dei partiti, i quali, adottando una struttura libera e articolata, dovrebbero essere in grado a suo parere di superare gli inconvenienti emersi al riguardo nell'esperienza inglese dell'epoca» (citazione tratta dall'estratto, pp. 51-52).

[1599] J. A. W. Gunn, *Factions no more*, *op. cit.*

ISSN 2279-7238

A cosa era dovuto questo scollamento della costituzione formale dalla costituzione materiale nella concezione blackstoniana del potere regio e, in generale, del sistema di governo è presto detto: il professore di Oxford si era dimenticato delle consuetudini, delle convenzioni e delle prassi costituzionali che si erano andate affermando dopo la rivoluzione del 1688. E proprio un suo studente all'Università di Oxford, Jeremy Bentham, che sarebbe diventato un altro gigante della cultura giuridica inglese di fine Settecento, avrebbe avuto come obiettivo quello di demolire, già nelle sue prime opere[1600], il metodo di analisi giuridica e i contenuti dottrinali dell'impianto blackstoniano. Del resto, anche le tesi di Bentham esposte nella sua opera matura, il *Constitutional Code*[1601], si sarebbero rivelate molto lontane dalla realtà costituzionale del Regno Unito, sia da quella allora esistente sia da quella che si andava delineando[1602].

Nonostante il ritardo della prevalente dottrina nella descrizione giuridica del sistema di governo, la realtà costituzionale a partire da Pitt *The Younger* evidenziava una maggiore affermazione dell'«opinione pubblica» e l'ineludibile rafforzamento della disciplina di partito[1603]. In tal modo, il partito politico si trasformava in un *elemento funzionale* alla dinamica del regime parlamentare, in quanto sia il rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, sia la responsabilità politica collegiale richiedevano una sempre maggiore omogeneità politica dei ministri.

In questa nuova struttura istituzionale il partito di maggioranza e il Gabinetto diventavano, dunque, sul piano istituzionale gli anelli di "stretta unione" tra il potere esecutivo e quello legislativo, in grado di garantire la funzionalità del Governo britannico[1604].

[1600] J. H. Burns and H. L. A. Hart (eds), *The Collected Works of Jeremy Bentham: A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Oxford University Press, 1977.

[1601] Dieci anni dopo l'inizio (nel 1822) della redazione dell'opera la morte sorprese l'autore impedendogli di portarla a termine. Sulla lunga elaborazione di questa opera si veda: F. Rosen e J. H. Burns (eds), *Editorial Introduction* al *The Collected Works of Jeremy Bentham: Constitutional Code*, vol. I, Oxford University Press, 1991, pp. XI-XLV. Tra i migliori lavori sul *Constitutional Code* va segnalato quello di F. Rosen, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A study of the Constitutional Code,* Oxford University Press, 1983. Nel 1830 era apparso il primo volume, mentre l'autore era ancora in vita, pubblicato col titolo *Constitutional Code; for the use of All Nations and All Government professing Liberal Opinios*, in https://archive.org/details/constituco00bentguat

[1602] Le tesi di questa opera, rivolta anche all'attenzione dell'opinione pubblica di lingua spagnola e portoghese, avrebbero avuto comunque una notevole influenza all'interno della sinistra britannica.

[1603] J. Valera Suanzes-Carpegna, *op. cit.*, pp. 90-91.

[1604] W. Bagehot, *The English Constitution*, (1867), Glasgow, Fontana Collins, 1963, XIV rist. (1ª ed.: 1867), tr. it., *La Costituzione inglese*, Il Mulino, Bologna, cit., p. 52.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il contributo di Vincenzo Mazzei all'Assemblea Costituente

di Roberto Borrello*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Profilo biografico 3. L'attività scientifica fino alla Costituente 4. Vincenzo Mazzei alla Costituente - 4.1 L'apporto al tema dei poteri legislativi dell'Assemblea costituente 4.2 L'apporto alla disciplina delle istituzioni e dei diritti connessi al pluralismo sociale ed economico 4.3 L'apporto ai temi dell'organizzazione dello Stato- 5. Conclusioni

1. Premessa

Il contributo di Vincenzo Mazzei alla Costituente[1605], nel momento in cui viene raccordato, come metodologicamente corretto, al pregresso processo di formazione culturale e scientifico, nel suo caso collocato successivamente al consolidamento dell'ordinamento costituzionale fascista (1925-29), negli anni dell'evoluzione totalitaria piena e della sua fine (1938-43)- disvela una personalità del tutto peculiare ed originale, eccentrica per certi versi, rispetto alla posizione degli altri Costituenti docenti della Sapienza.

Tale connotazione, come si cercherà di dimostrare nel presente scritto, costituisce anche la chiave di lettura per comprendere le ragioni di un percorso di vita[1606], che, dopo un brillantissimo e precoce esordio accademico e politico, culminato proprio negli anni della Costituente, non ha inteso, successivamente, per precisa scelta del suo protagonista, conseguire la stabilizzazione dell'attività universitaria e la prosecuzione dell'attività politica in alte istituzioni rappresentative. Il resto della sua parabola esistenziale longeva (la morte lo colse a 97 anni) fu caratterizzato dalla concentrazione della sua attività nell'attività forense, condotta per altro ad altissimi livelli e da una appartata collocazione di "padre nobile" (nell'accezione positiva del termine), che commentava lucidamente, fuori da ogni logica di parte, alcuni momenti dell'evoluzione-involuzione di quell'ordinamento repubblicano che aveva appassionatamente contribuito a costruire nei suoi fondamenti.

2. Profilo biografico

Vincenzo Mazzei nacque il 21 agosto 1913 in provincia di Catanzaro, a Nicastro (che, dal 1968, in unione con i comuni di Sambiase e S.Eufemia Lamezia, ha dato vita all'attuale

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Siena.

[1605] Il presente scritto si inserisce, *ex post*, nell'ambito dei contributi che sono stati elaborati, sia sul piano generale, sia con riferimento a specifiche figure, nell'ambito del Convegno i *'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso l'Università La Sapienza di Roma, le cui relazioni sono per ora disponibili alla pagina web http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/tag/i-costituenti-de-la-sapienza/

[1606] In mancanza di una biografia ufficiale o di organici studi su Vincenzo Mazzei, chi scrive ha effettuato un diretto accesso alle carte dell'illustre Costituente, grazie alla estrema cortesia della vedova, Sig.ra Maria Luisa Milani. Preziose indicazioni sono pervenute anche dall'Avv. Giuseppe Zupo, illustre penalista del Foro di Roma, a lui molto vicino, assieme all'Avv. Raffaele Cavaliere, tra i vari allievi e collaboratori di studio avuti nel tempo.

ISSN 2279-7238

comune di Lamezia Terme), da una stirpe di giuristi (un bisnonno notaio ai primi dell'ottocento ed il nonno ed il padre avvocati). Sulla base di una tradizione che ha visto nell'ateneo romano della Sapienza il riferimento per la formazione universitaria della medio-alta borghesia calabrese, si iscrisse giovanissimo alla Facoltà di Giurisprudenza, laureandosi, a soli 21 anni di età, il 12 luglio 1934, con una tesi in Filosofia del Diritto, relatore Giorgio Del Vecchio, sulla filosofia politica hegheliana. Nel 1937 si laureò anche in Scienze politiche nel medesimo Ateneo. Nell'anno accademico 1937/38 iniziò la sua attività accademica proprio presso tale ultima Facoltà, venendo nominato assistente volontario di Diritto pubblico comparato (che avrebbe assunto, subito dopo, la dizione di Diritto italiano costituzionale e comparato), su proposta dell'allora titolare Vincenzo Zangara. Dall'anno accademico 1938/39 svolse anche le funzioni di assistente volontario presso la cattedra di Dottrina dello Stato di Sergio Panunzio. Nel 1940 venne nominato (con decorrenza dal 29 ottobre 1939) assistente straordinario incaricato presso l'Istituto di Diritto pubblico e Legislazione sociale della medesima Facoltà di Scienze politiche. Con D.M. 31 dicembre 1942 ottenne l'abilitazione alla libera docenza in Storia delle Dottrine politiche, risultando il primo nel relativo esame-concorso. Nel frattempo, la carica di assistente straordinario fu confermata fino al novembre 1943. Ma prima di quella data la situazione precipitò, con le note vicende che portarono all'occupazione tedesca di Roma del 13 settembre 1943.

Vincenzo Mazzei, subito dopo la laurea, aveva anche intrapreso una brillante attività forense, preso lo studio romano (aperto anni prima dal padre a Corso Trieste), dove avrebbe operato ininterrottamente quasi fino alla morte. Quello studio diventò un luogo di incontro e di riflessione con alcuni esponenti delle forze antifasciste, con i quali aveva iniziato a prendere contatti sin dal 1942, allorchè si avvicinò al Partito d'Azione, costituitosi clandestinamente in casa del repubblicano Federico Comandini il 4 giugno. Fu lì che conobbe Ugo La Malfa, con il quale instaurò un rapporto di amicizia personale e nel contempo di forte dialettica politica. In quei mesi della "Roma città aperta" si realizzò per il Mazzei una piena e più matura adesione ai valori democratico-pluralistici, già latente in lui, come si vedrà più avanti, nella peculiarità delle posizioni prese da subito nel periodo del Regime e che lo portarono a rendersi diretto partecipe del processo di transizione. Fino alla liberazione di Roma, operò nell'ambito del CLN, lavorando con il gruppo facente capo ad Ivanoe Bonomi e svolgendo attività di propaganda antifascista nell'ambito universitario e, successivamente, pubblicando articoli su giornali clandestini e sul Popolo di Roma, durante la direzione di Corrado Alvaro, nell'agosto-settembre 1943[1607]. Fu quello l'inizio di una

[1607] Queste informazioni sono state reperite da chi scrive nel curriculum ufficiale, che il Prof. Vincenzo Mazzei aveva stilato in anno imprecisato, reperito nel suo archivio professionale (v. *supra*, nota 2). Indicazioni sono reperibili anche in L. LA ROVERE, *L'eredità del fascismo. Gli intellettuali, i giovani e la transizione al postfascismo 1943-1948*, Bollati Boringhieri,, Torino 2008, p. 264-265, che fa riferimento ad una testimonianza di Vittorio Gorresio che ricordava che Vincenzo Mazzei, assieme a Vincenzo Zincone, Mario Nigro ed Enrico Paresce aveva partecipato alla redazione del Manifesto programmatico del Movimento Demolaburista del giugno 1944, intitolata "Ai lavoratori italiani". Vedi anche R. ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo. Contributo alla storia di una generazione*, Feltrinelli, Milano 1964, p. 553, dove Mazzei viene ricordato tra i giovani docenti che avevano alimentato la fronda tra gli studenti del GUF nel 1943, tra cui Eugenio Scalfari ed Enzo Forcella.

ISSN 2279-7238

intensa, successiva, attività pubblicistica che lo vide collaborare tra l'altro, con il Tempo (sotto la direzione di Leonida Repaci), con Epoca, con il Momento ed il Momento Sera.

Nel 1945 avvenne la sua adesione al Partito repubblicano. Tale forza politica, trasferitasi a Parigi nel 1927 ad opera di alcuni transfughi, si era ricostituita in Italia dopo il 25 luglio 1943. A Roma, in particolare, ciò era avvenuto sotto la guida di Giovanni Conti, che aveva anche riavviato la pubblicazione della *Voce Repubblicana*. La decisione da parte della direzione del partito di non aderire al CLN, non impedì a vari esponenti repubblicani di partecipare attivamente alla lotta armata dentro Roma fino alla liberazione della città e successivamente al centro-Nord. Dopo il 25 aprile 1945 e fino all'esito del referendum istituzionale del 2 giugno 1946, dopo un'iniziale apertura dovuta alla segreteria Pacciardi, prevalse la linea della non partecipazione alla fase preparatoria del processo costituente ed in particolare alla Consulta Nazionale. Solo quando fu manifestata la scelta del popolo italiano verso la decretazione irreversibile della fine della monarchia, iniziò la partecipazione ai governi della fase transitoria e la presentazione di candidati all'elezione dell'Assemblea costituente.

Vincenzo Mazzei, si candidò per tale partito nel XXVIII collegio elettorale di Catanzaro e fu eletto il 28 giugno 1946 con 2.646 voti di preferenza. Nel frattempo, si era ripresentato fin dai primi giorni successivi alla liberazione di Roma, nel giugno 1944, alla Sapienza per riprendere servizio. L'atmosfera era quella del commissariamento e dei processi di epurazione. Fino all'elezione alla Costituente, nell'anno accademico 1945/46 tenne il corso di Filosofia del Diritto, al posto di Volpicelli, che era stato sospeso. Appena eletto iniziò, ovviamente, il periodo di aspettativa.

Finito il mandato parlamentare, riprese servizio presso la Sapienza il 1 maggio 1948, avendo ricevuto il 26 aprile dello stesso anno la conferma nella libera docenza e divenendo nel contempo, sul piano della vita politica, membro della Direzione Nazionale del PRI (nel 1947 era stato nominato Segretario politico dei Giovani Repubblicani).

Dopo avere ricevuto nell'anno accademico 1949/50 l'incarico di Storia delle Dottrine politiche, nel 1951 cessò la funzioni di assistente straordinario presso la Cattedra di Dottrina dello Stato. L'ultima traccia di un incarico di insegnamento risulta nell'anno accademico 1962/63 in Filosofia del Diritto, sempre presso Scienze politiche. Da quel momento si disinteressò dall'attività didattica, restando ovviamente nell'elenco dei liberi docenti di quella stessa Facoltà.

Sul piano politico dal 1955, a causa di dissidi con Ugo La Malfa, era passato nel PSI, anche sulla base di un'antica amicizia con Pietro Nenni. Ritiratosi comunque dalla vita politica attiva[1608], si concentrò, come si è ricordato in premessa, sull'attività professionale, che esercitò fino a pochi anni dalla sua morte avvenuta nel 2010, partecipando nel

[1608] Il Prof. Mazzei risulta comunque essere rientrato, come membro del Consiglio Nazionale del PRI, quale, tuttavia, esponente "esterno" del mondo civile, sulla base di una iniziativa promossa dall'allora segretario Nucara per allargare il partito alla società civile, al mondo della cultura e delle professioni, attraverso un ampliamento della propria composizione a intellettuali, dirigenti, managers, professionisti di chiara fama (comunicato del 22 febbraio 2002 in http://www.partitorepubblicanoitaliano.it/old/CN/Relazionecn22febbraio.htm

ISSN 2279-7238

contempo a convegni e tavole rotonde su temi politico-istituzionali, con interventi successivamente pubblicati.

3. L'attività scientifica fino alla Costituente

La parte pregnante dell'attività scientifica di Vincenzo Mazzei si radica nell'area della Filosofia politica, della Dottrina dello Stato e della Storia delle Dottrine politiche, disciplina, quest'ultima, dove conseguì, come sopra si ricordava, la libera docenza.

La Facoltà romana di Scienze politiche tra la fine degli anni trenta e la prima metà degli anni quaranta dello scorso secolo, periodo cui si colloca la fase iniziale e per certi versi più importante della riflessione del Mazzei, è stata oggetto di attento studio dottrinario, nell'ottica della ricostruzione di quelle che, in modo articolato e spesso dialettico, sono state le radici dell'evoluzione di alcune fondamentali figure della giuspubblicistica italiana dell'epoca repubblicana. Oltre che nell'ambito del Convegno alle cui tematiche il presente scritto si connette, ciò è avvenuto già in precedenza, in altre importanti iniziative, nell'ambito delle quali appaiono fondamentali i contributi di Fulco Lanchester, sia come curatore di raccolte di studi, che come diretto autore[1609].

Intorno alla fine degli anni venti ed agli inizi degli anni trenta nell'ateneo romano, tra Giurisprudenza e Scienze politiche erano preesistenti docenti calati nella tradizione liberale, rappresentata da Vittorio Emanuele Orlando e da Luigi Rossi e da figure collocate tra passato e presente, ma in forma varia vicini, con diversi retroterra e impostazioni, al nuovo regime fascista, rappresentate da Santi Romano, allievo di Orlando, Giorgio Del Vecchio, rettore dell'Ateneo nel 1925 e fondatore dell'Istituto di Filosofia del Diritto nel 1933 e da Sergio Panunzio, ordinario di Dottrina dello Stato dal 1927.

Questi ultimi due erano l'avanguardia di quel "mondo politico-accademico fascista, oramai stabilizzato" che "penetra in maniera decisa nell'Università di Roma, con un più profondo condizionamento della stessa organizzazione delle Facoltà"[1610]. Tale processo viene rafforzato, nella seconda metà degli anni trenta, dopo il pensionamento di Orlando e, successivamente di Rossi, dall'arrivo a Scienze politiche di Vincenzo Zangara e a Giurisprudenza di Carlo Costamagna, poi passato nel 1940 al posto di Zangara, dopo l'epurazione di quest'ultimo, del 1940. Il risultato fu lo stimolo per una riflessione sulla profonda trasformazione dello Stato liberale alla luce del processo di innovazione costituzionale realizzato a partire dalla XXVII legislatura (Capo del Governo, Gran

[1609] F. LANCHESTER (a cura di), *Passato e presente della Facoltà di Scienze politiche,* Giuffrè, Milano 2003 F. LANCHESTER, *Origini e sviluppi della Facoltà romana di Scienze politiche*, in *Le scienze politiche. Modelli contemporanei*, a cura di V.I. COMPARATO - R. LUPI - G.E. MONTANARI, Milano 2011, pp. 106 ss.; S.CECCANTI e F. LANCHESTER (a cura di) *La "Sapienza" del giovane Leopoldo Elia 1948-1962* : atti del convegno, Roma 27 marzo 2014, Giuffrè Milano 2014.

[1610] F. LANCHESTER, *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, in S. CECCANTI e F. LANCHESTER (a cura di) *La "Sapienza" del giovane Leopoldo Elia 1948-1962*, cit. p. 323 e ss.

ISSN 2279-7238

Consiglio, atti normativi del Governo, la Carta del lavoro e la riforma della rappresentanza politica ecc.) fino alla ulteriore svolta delle leggi razziali[1611].

Chi ne è maggiormente influenzata in tal senso, è la giovane dottrina degli anni trenta, rappresentata dagli assistenti di Panunzio, come Mortati e Crisafulli e di Rossi e Romano, come Carlo Lavagna , M.S. Giannini.e Carlo Esposito, che, come ricorda sempre Fulco Lanchester "si formano sotto le ali di una prospettiva che sta tra la dottrina dello Stato, la filosofia del diritto e l'approccio storico-politico"[1612].

E' questo l'humus in cui si sviluppa il pensiero di Vincenzo Mazzei, appartenente alla generazione successiva rispetto agli studiosi sopra menzionati, anche attraverso i suoi primi contatti con Giorgio Del Vecchio, al momento della tesi di laurea. In realtà, già da giovane studente di giurisprudenza, il Mazzei aveva dato dimostrazione di uno spiccato interesse per la filosofia politica, dando alle stampe, in proprio, un anno prima della laurea, un piccolo saggio su Giordano Bruno[1613]. Era quel Giordano Bruno che nel 1907 era stato oggetto da parte di Mussolini, giovane maestro, di una commemorazione in chiave anticlericale[1614] e che la propaganda del regime aveva ripreso come precursore della visione statolatrica, del "*in libertate coactus*", della libertà nello Stato come ente superiore e dominante, come ricordava uno degli esponenti di tale apparato propagandistico, Cornelio Di Marzio, citato nel volumetto[1615].

Gli echi del pensiero del Del Vecchio, già presenti nel volumetto con riferimento, in filigrana, alla visione di derivazione kantiana dello Stato come sintesi armonica dei diritti della persona, vengono poi sviluppati in senso antihegeliano, nella tesi del 1934, poi pubblicata nel 1935[1616] proprio sulla Filosofia politica di Hegel. Nella presentazione del volume, Carlo Manes, libero docente di Diritto amministrativo presso la Sapienza, di origine calabrese e già deputato nella XXV legislatura del Regno d'Italia[1617], evidenziava una vena

---

1611 F. LANCHESTER, L*a dottrina costituzionalistica italiana dal Fascismo alla Repubblica*, in *Rivista AIC* n.2/2018, data pubb. 22 maggio 2018, p. 5.

1612 F. LANCHESTER, *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, cit. p. 10.

1613 V. MAZZEI, *Considerazioni su Giordano Bruno*, Gigliotti, Nicastro 1933. Nel 1932 lo stesso Mazzei aveva dato alle stampe, sempre in proprio, il testo di una conferenza, con il titolo *Stato, Nazione , Impero* (un esemplare del volume si trova presso il Polo Bibliotecario Parlamentare).

1614 Su cui vedi L. CECI, *L'interesse superiore: il Vaticano e l'Italia di Mussolini*, Laterza, Bari 2013, p. 31 e ss.

1615 V. MAZZEI, *Considerazioni*…cit., p.85 che riporta la considerazione del Di Marzio secondo la quale "Nel motto del Bruno c'è tutta la passione della fede fascista … Lo Stato etico non si realizza senza sacrifici". Su Cornelio Di Marzio v. la relativa voce del 1991 di A. VITTORIA nel Dizionario biografico degli Italiani Treccani, riportata sulla pagina web http://www.treccani.it/enciclopedia/cornelio-di-marzio_%28Dizionario-Biografico%29/

1616 V. MAZZEI, *La Filosofia politica di Giorgio Hegel*, Gigliotti, Nicastro 1935.

1617 Manes aveva aderito nel 1924 all'Unione Nazionale delle Forze Liberali e Democratiche, fondata da Giovanni Amendola. Il Partito era stato sciolto nell'ambito delle leggi liberticide del regime nel 1926 e dalla sua eredità culturale erano nate quelle formazioni, quali Giustizia e Libertà e poi il Partito d'Azione che cercarono, come è noto, di coniugare liberalismo e socialismo. Dopo lo scioglimento dell'Unione, il Manes, che avrebbe poi fatto parte della Consulta Nazionale del 1945, si era ristretto, come molti intellettuali che non andarono in esilio o che subirono la violenza del regime, ad una posizione defilata. Il rapporto tra Mazzei e Manes attesta sicuramente un processo formativo articolato e dialettico per il giovane studioso, interessato, come si vedrà infra nel testo, ai capisaldi teorici della dottrina fascista, ma aperto ad una multiformità di prospettive teoriche generali e metodologiche.

ISSN 2279-7238

"neogiusnaturalistica" nella posizione del Mazzei, nella critica dell'impostazione idealistica hegeliana che tendeva allo schiacciamento della posizione dell'individuo[1618].

Tale vena antihegeliana si riscontra anche in quello che si può considerare come un *continumm* rispetto alla precedente opera, rappresentato da una dissertazione pubblicata il 1937 sul pensiero etico politico di Schelling[1619], del quale il Mazzei vuole evidenziare una posizione originale rispetto ai temi in questione, specie a quello sulla libertà, in ordine ai quali vorrebbe affrancare il filosofo tedesco da quella tradizionale ricostruzione che vede il suo pensiero, in senso riduttivo, quale tappa intermedia verso la posizione suprema dell'idealismo assoluto di Hegel.

Nello stesso anno il Mazzei inizia la pubblicazione di una serie di articoli sulla rivista "*Regime corporativo*" nei quali sviluppa la sua riflessione sulle basi teorico-filosofiche del fascismo e sulle innovazioni nel campo costituzionale da esso apportate a partire dalla seconda metà degli anni venti, in linea con le tendenze della dottrina giuspubblicistica del periodo, come sopra si rilevava.

Nel primo contributo[1620] appare evidente l'influenza del Panunzio, del quale richiama la visione del fascismo come "conservazione rivoluzionaria"[1621], che vede, quale elemento propulsivo decisivo, il "fattore sindacale corporativo", divenuto "quarto potere accanto ai tre tradizionali"[1622]. Nella ricostruzione dello studioso calabrese, il fascismo rappresenta la risposta al problema della effettività dei diritti di libertà rispetto all'eguaglianza formale dello Stato liberale e si pone quale razionale alternativa all' "aspirazione folle all'eguaglianza economica" della rivoluzione socialista. Ecco che, quindi, ricorda il Mazzei, l'uomo riceve nel fascismo uguale considerazione, come singolo, entità morale autonoma, come membro della collettività nazionale, organizzata a Stato e come elemento della società civile, appartenente ad una determinata classe sociale e soggetto dell'attività economica[1623]. La Corporazione fascista, in ciò, secondo Mazzei, che fa riferimento a Del Vecchio, è "l'originale mediazione tra i due caposaldi teorici, l'individuo e lo stato"[1624] ed introduce, in ciò richiamandosi al pensiero mazziniano, accanto ai doveri sociali ed ai doveri pubblici, il dovere del lavoro, sostituendo "all'utopia proletaria della stato senza classi…l'accordo delle classi sotto l'egida dello Stato"[1625].

[1618] In ciò, anche in senso critico rispetto alle tendenze del neoidealismo crociano e gentiliano (su tali profili vedi F. MATTEI*, Liberalismo, neo-giusnaturalismo, eticità. Il problema dell'individuo in Carlo Antoni*, in *Giornale di pedagogia critica*, 2013, p. 97 e ss.).

[1619] V. MAZZEI, *Il pensiero etico-politico di Federico Schelling*, Ed. Regime Corporativo, Roma 1937.

[1620] V. MAZZEI, *La quintessenza del Fascismo*, in Regime corporativo 1937 (estratto).

[1621] Su tale aspetto del pensiero di Panunzio, vedi F. LANCHESTER, L*a dottrina costituzionalistica italiana dal Fascismo alla Repubblica*, cit., p.6.

[1622] V. MAZZEI, *La quintessenza*… cit., pp. 9 ed 11 dell'Estratto.

[1623] Op. ult. cit. ,p. 15. La posizione riecheggia, ma solo in parte, la triade di Panunzio: Potere, Partito, Lavoro, come i tre cunei contro lo Stato liberale, parlamentare, individualistico ed agnostico (F. LANCHESTER, lc,. ult. cit.).

[1624] V: MAZZEI, op. ult. cit. ,p. 17.

[1625] Op. ult.cit., pp.18 e 19.

ISSN 2279-7238

In altri due contributi, entrambi del 1939[1626], viene esaminato, rispettivamente, il profilo dell'inquadramento della rappresentanza politica nell'architettura del sistema fascista e della posizione costituzionale, all'interno del medesimo, della Milizia.

Particolarmente importante appare il primo, nel quale il Mazzei interviene nel dibattito dottrinario innestatosi sul superamento della tradizionale concezione della rappresentanza parlamentare, attraverso una analisi dell'opera di Zangara, pubblicata nell'anno precedente, sul nuovo stato rappresentativo fascista[1627]. Lo studioso calabrese critica sia la teoria della piena identificazione, nella prospettiva del regime fascista, tra individuo e stato e società e corporazione[1628], sia la teoria dello svuotamento del concetto di rappresentanza dal suo afflato politico, quale forma di risoluzione dell'antitesi tra sovrano e popolo, mediante l'evidenziazione della sua mera funzione tecnico-organizzativa[1629].

Con riferimento a tale seconda posizione il Mazzei rivendica, sulla scorta dell'insegnamento giuspubblicistico tradizionale [1630] , l'insuperabilità, nell'ambito di qualsivoglia ricostruzione teorica dei connotati della forma di Stato, del "dualismo tra Stato e Popolo, tra "governanti e governati"[1631]. In tal modo viene attentamente analizzata in forma adesiva, ma con interessanti spunti originali e critici, la tesi dello Zangara che fornisce una ricostruzione rigorosamente giuridica della rappresentanza nel diritto pubblico, attuata attraverso una trasposizione delle teorie elaborate da Alfredo Rocco[1632], giungendo il Mazzei alla conclusione del carattere rappresentativo dello Stato fascista, in virtù dell'innesto nella forma di governo della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, anche alla luce di una distinzione tra la posizione di tale organo nel suo complesso come organo dello Stato e dei suoi componenti, *uti singuli*, che "rappresentano lo Stato, che loro assegna i compiti determinandone i limiti e rappresentano il popolo che li esprime nel suo seno, interpretandone, manifestandone e tutelandone i molteplici interessi spirituali e materiali"[1633]. In conclusione, lo Stato fascista è, secondo Mazzei, sulla scorta di Zangara, Stato totalitario ma rappresentativo, nella forma della rappresentanza istituzionale, nella

---

[1626] V. MAZZEI, *Intorno ad una recente teoria della rappresentanza politica* e ID., *L'ordinamento giuridico della milizia*. Il primo scritto costituirà la base per una relazione tenuta in occasione del Convegno Giuridico Interuniversitario su "*La rappresentanza politica nel sistema fascista corporativo"* (Roma 25_26 novembre 1939), successivamente pubblicata sotto forma di articolo nella *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 1942, con il titolo "*Le basi filosofiche e giuridiche della nuova rappresentanza* politica", ivi, p. 22 e ss.

[1627] V. ZANGARA*, Il partito ed il nuovo Stato rappresentativo in Italia e Germania*, Bologna 1938.

[1628] V. MAZZEI, *Intorno ad una recente teoria della rappresentanza politica*, cit., p. 1 dell'Estratto, che fa riferimento alle teorie del Volpicelli (*Stato rappresentativo e Stato corporativo*, in *Nuovi Studi di Economia, Diritto e Politica* 1937) e del Barbieri, (*Il problema della rappresentanza nello Stato coroporativo*, in *Archivio di Studi corporativi* 1934). Ritiene sostanzialmente in linea con tale visione anche Cesarini Sforza e Ravà.

[1629] V. MAZZEI, op. ult. cit., p. 2, che si riferisce alle posizioni del Chiarelli, del Navarra del Lionello R. Levi.

[1630] Il riferimento è a Luigi Rossi ed a Santi Romano (op. ult. cit., p. 3 note 2 e 3).

[1631] Op. ult. cit., p.3.

[1632] Sull'influenza della posizione di Alfredo Rocco sulla scienza giuspubblicistica nel periodo fascista v. F. LANCHESTER, *Arturo Rocco e le origini dello Stato totale*, in *Arturo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. GENTILE - F. LANCHESTER - A. Tarquini, Roma 2010, pp. 15-39; ID.,*La dottrina costituzionalistica italiana dal Fascismo alla Repubblica*, cit., p. 3.

[1633] V. MAZZEI, *Intorno ad una recente teoria della rappresentanza politica*, cit., p. 15 dell'Estratto. Su tali temi vedi S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 131 e ss,, con particolare riguardo al ruolo della Camera dei Fasci e delle Corporazioni.

ISSN 2279-7238

quale appare decisiva la collocazione nella dimensione pubblicistica dei due soggetti che nello stato parlamentare erano nel sociale (partiti e sindacati)[1634], ma in una prospettiva che consente di dare una base popolare allo Stato.

Tale prospettiva è stata collocata nell'ambito di quel filone di pensiero che appariva critico, sia pure all'interno del fascismo, verso una tendenza ritenuta invalsa nella realtà istituzionale ad una "introversione dello Stato" ed ad una "chiusura alla realtà sociale", che avrebbe snaturato la autentica, supposta, vocazione "democratica" del fascismo, ovviamente alternativa al modello di derivazione liberale della rappresentanza di tipo parlamentare[1635].

Tale visione viene autonomamente elaborata dal Mazzei e sviluppata in una serie di scritti collocati agli inizi degli anni quaranta, nei quali l'attenzione si focalizza sul sindacato e sull'ordinamento corporativo, attraverso una critica a quella che egli definisce la "burocratizzazione" dell'organizzazione sindacale, quale specifica deriva di quella già denunciata tendenza a soffocare quell'elemento "volitivo e consensuale" che avrebbe dovuto essere proprio di quelle istituzioni[1636]. Sono sempre gli anni della vicinanza a Sergio Panunzio, con il quale Mazzei aveva intensificato i rapporti, divenendo, come si ricordava più sopra, prima assistente volontario e poi assistente straordinario presso la cattedra di Dottrina dello Stato a Scienze politiche[1637], ma soprattutto alle tendenze, a cui sopra si è fatto cenno, di cui un esponente era il figlio di Sergio, Vito Panunzio, con riferimento proprio alla tematica sindacale[1638]. Dopo la pubblicazione di un articolo con il quale esprimeva le sue inquietudini sulla mancata realizzazione del vero spirito corporativo-sindacale[1639], il Mazzei ribadisce le sue posizioni in risposta ad uno scritto critico del Porena, nell'ambito di una complessiva polemica che lo aveva visto contrapposto ad alcune posizioni ufficiali del regime sul tema sindacale[1640].

[1634] Op. ult. cit., p.18.

[1635] Come ricorda, in particolare, L. RAPONE, U*n plebiscitarismo riluttante. I plebisciti nella cultura politica e nella prassi del fascismo italiano*, in *Vox populi? Pratiche plebiscitarie in Francia Italia Germania (secoli XVIII-XX)*, a cura di E. FIMIANI, Clueb , Bologna, 2010, pp. 145 e ss., vedi spec. p. 172., dove si fa riferimento anche al saggio di Mazzei, *Le basi filosofiche e giuridiche della nuova rappresentanza* politica" cit. , dove si affermava il mancato riconoscimento della "necessità di inserire le più genuine forze del popolo nell'azione politica generale e nell'attività legislativa".

[1636] Sul punto v., ancora , L. RAPONE, U*n plebiscitarismo riluttante*… , cit. p. 177.

[1637] In tale qualità aveva curato la raccolta e la pubblicazione delle lezioni di Dottrina dello Stato dell'anno accademico 1939/40 (S. PANUNZIO, *Appunti di Dottrina dello Stato: metodologia, sistematica, storia*, DUSA Roma 1940) ed aveva recensito alcune opere del Panunzio, tra le quali, *Spagna nazionalsindacalista*, Bietti, Milano 1942, sulla «*Civiltà fascista*», 1942, p. 520 ss. (su tale recensione vedi A. BOTTI, *L'immagine del franchismo nella pubblicistica fascista (1939-1943)*, in *Fascismo e franchismo. Relazioni, immagini, rappresentazioni*, a cura di G. DI FEBO e R. MORO, Rubettino, Soveria Mannelli 2005, p.344

[1638]Il diario postumo di tali vicende Vito Panunzio lo espresse, come è noto, in *Il "secondo fascismo", 1936-1943: la reazione della nuova generazione alla crisi del movimento e del regime*, La Monnier, Milano 1988. Su Vito Panunzio vedi A. DE FRANCESCO*, Mito e storiografia della «Grande rivoluzione». La Rivoluzione francese nella cultura politica italiana del '900*, Guida, Napoli 2006, p. 209.

[1639] V. MAZZEI, *Discussioni sul Sindacato*, in *Civiltà fascista* 1942. L'inizio della riflessione risale comunque al necrologio di Enrico Leone, esponente del sindacalismo rivoluzionario e nazionalista (in *Riv. Int. Fil. Dir.* 1940). Sulla crisi di un corporativismo mai attuato, vedi A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino 2003, p. 221 e ss.

[1640] V. MAZZEI, *L'attuale sistema sindacale ed un suo avvocato d'ufficio*, in *Civiltà fascista* 1943. L'articolo di E. Porena era *L'efficienza dei sindacati sotto il profilo politico e sociale*, in *Riv. Lav.* 1942. Sulla polemica, che era stata contro le tesi di Ugo

ISSN 2279-7238

Ma sono soprattutto le sue due più importanti monografie di questi anni che denotano la graduale maturazione di una posizione dissenziente che, in un primo momento, si colloca all'interno della evidenziata dialettica endofascista, per poi evolvere nell'adesione ai valori della democrazia pluralista.

Si tratta del volume "Razza e Nazione" del 1942[1641], presentato per la libera docenza e di quello dell'anno successivo "Il socialismo nazionale di Carlo Pisacane"[1642]

Tali due opere hanno suscitato un notevole interesse, anche da parte di studiosi stranieri, a livello di studi storiografici, che, su un piano generale si sono occupati, rispettivamente, del dibattito susseguente alle leggi razziali del 1938 e dell'emergere, a partire dal 1936, del movimento inteso a ricollegarsi al Risorgimento al fine di portare a compimento, in senso antiborghese, la supposta, ancora incompiuta, rivoluzione fascista.

Per quanto riguarda il primo profilo, Vincenzo Mazzei sviluppa nel volume del 1942 delle idee critiche che aveva già cominciato ad elaborare nel 1939 nei confronti del "Manifesto della Razza" pubblicato sul Giornale d'Italia il 14 luglio 1938[1643].

La posizione è quello di un reciso rifiuto del modello aberrante nazista della dominanza del valore della razza, basato su fattori di ordine biologico, con la rivendicazione, per converso, di una visione, considerata come radicata profondamente nella cultura sociopolitica nazionale, che intendeva l'elemento razziale come puramente strumentale e, quindi subordinato, al concetto preminente di Nazione, di cui rappresentava il sostrato naturalistico, dal quale parte lo slancio ideale che porta alla costruzione della Nazione stessa, come momento unificante, fortemente spirituale, di un popolo[1644].

In tale quadro, Vincenzo Mazzei appare contrario sia ad una individualizzazione e differenziazione delle nazioni, in relazione all'elemento unificante rappresentato dal fattore etnico, che porti alla chiusura ed alla esclusività verso gli altri, sia ad ogni pretesa "di assoluta

---

Indrio, Direttore di "Roma Fascista" e sostenitore del sindacato unico di lavoratori e datori di lavoro, nell'ambito della quale Mazzei si era trovato assieme a Vito Panunzio, vedi G. PARLATO, *La sinistra fascista. Storia di un progetto mancato*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 57.

[1641] V. MAZZEI, *Razza e Nazione*, Edizioni Italiane, Roma 1942, Collana Studi di Scienze politiche della Facoltà di Scienze politiche n. 1. Il volume è stato ripubblicato presso l'editore Brenner, Cosenza 2006, con prefazione di C. STANCATI e P.B. HELZEL e le citazioni che seguiranno si riferiscono a tale edizione.

[1642] V. MAZZEI, *Il socialismo nazionale di Carlo Pisacane*, Edizioni Italiane 1943, Collana Studi di Scienze politiche della Facoltà di Scienze politiche n. 4. Anche tale opera è stata ripubblicata nel 1999, presso l'editore Grisolia, Lamezia Terme, con prefazione di M. D'ADDIO.

[1643] Nella prefazione del volume si afferma che "Si ripubblica, qui, riveduto e notevolmente aumentato, il saggio comparso sulla *Rassegna sociale dell'Africa italiana* del 1939, col titolo *Presupposti per l'espansione imperiale: Razza e Nazione*".

[1644] Come evidenzia nell'ultimo capitolo del suo volume il Mazzei, "il fondo di uniformità biopsichica degli individui di un determinato popolo, che è la razza, è un dato di fatto la cui presenza facilita il dispiegarsi dell'interiore e sempre attuale processo formativo di quell'unità spirituale in cui risiede l'essenza più vera del concetto di nazione" (*Razza e Nazione*, cit., cap.VI, p.75). Lo stesso autore aggiunge che "non si può disconoscere che possa esservi nazione anche senza unità di razza" (facendo l'esempio della Svizzera e degli USA), L'eterogeneità razziale rappresenta in tal caso, a suo avviso, solo un fattore di impedimento della piena realizzazione della menzionata unità spirituale sottesa alla Nazione (ivi, pp. 79 ed 80). Su tali profili vedi anche l'introduzione alla riedizione del volume di P.B. HELZEL, p. VI e VII.

ISSN 2279-7238

supremazia da parte di un popolo nei confronti degli altri popoli che eguali diritti nazionali e razziali possono a proprio favore invocare"[1645].

Analizzata nella sua contingenza storica, tale posizione è stata valutata come comunque racchiusa all'interno del dibattito sorto a seguito della conseguita priorità assiologica attribuita al tema razziale nell'agenda del regime[1646]. Una parte della dottrina storiografica la ha anche collegata a quel filone di pensiero che poneva l'accento, in positivo, sulla necessità della costruzione di un *homo novus*, reale interprete della rivoluzione fascista, inteso a superare le ambiguità e le debolezze del "borghese", anche attraverso la proiezione esterna del regime, quale portatore di una istanza civilizzatrice superiore, attraverso l'esperienza dell'espansione coloniale[1647]. In realtà occorre ritenere che quella espressa da Vincenzo Mazzei nel volume in esame, è una posizione molto particolare, da valutare con estrema attenzione, senza affrettate catalogazioni in tendenze in atto in quel momento storico. Essa è stata giustamente definita come "uno dei tentativi più originali di azzerare la questione della razza"[1648], rendendo nei fatti tale fattore evanescente, rispetto alla attribuzione di una valenza finale e fondante alla Nazione, in un momento storico molto delicato, di una svolta ipertotalitaria del regime, nell'ambito della quale l'elemento razziale era fondamentale[1649]. In essa appaiono rilevanti, soprattutto, come si è detto, la ferma condanna del razzismo nazista e il sostanziale rifiuto dell'antisemitismo[1650].

[1645] V. MAZZEI, *Razza e Nazione* cit., p.84, nota 3 (prosecuzione dalla prec. pagina). Tale aspetto fu messo in risalto già in quel momento storico da Eugenio Di Carlo, ordinario, all'epoca, di Filosofia del Diritto presso l'Università di Palermo, in un articolo apparso sull'Osservatore romano del 31 marzo 1943, intitolato *Discussioni sul concetto di nazione* (riportato in appendice alla riedizione di Razza e Nazione del 2006). Altra recensione favorevole, sempre nell'ambiente cattolico, era apparsa nella rivista *La Civiltà cattolica*,, Vol. I del 1943, p. 376-377 (riportata anch'essa nell'appendice cit.).

[1646] Secondo una certa visione espressa in sede storiografica, il Mazzei andrebbe collocato nell'ambito del c.d. nazionalismo-razzismo, accanto a Giacomo Acerbo ed all'ambiente che ruotava attorno alla rivista «Razza e Civiltà», diretta da Antonio Le Pera, ed all'attività dell'Istituto nazionale di cultura fascista (INCF): v. in tal senso F. CASSATA, *«Guerra all'ebreo»: la strategia razzista di Giovanni Preziosi e Julius Evola (1937-1943)*, in M. SARFATTI (a cura di), *La Repubblica sociale a Desenzano. Giovanni Preziosi e l'Ispettorato Generale per Razza,* La Giuntina, Firenze 2008, p. 52.

[1647] Vedi su tali profili, in generale e con specifico riferimento al Mazzei, J. DAGNINO, *The Myth of the New Man in Italian Fascist Ideology*, in *Fascism. Journal of fascism comparative studies,* 2016, p. 130 e ss., spec. p. 145.

[1648] M.A. MATARD BONUCCI, *L'Italia fascista e la persecuzione degli ebrei, Bologna, il Mulino, 2008*., p.234.

[1649] Va anche aggiunto che, sulla estraneità del concetto nazionalsocialista di «razza», rispetto a quello di «nazione», appare evidente l'influenza su Mazzei , sia pure rielaborata in modo originale, di Sergio Panunzio, citato più volte nel volume, che sin dal 1935 aveva teorizzato tale profilo (S. PANUNZIO, *Teoria generale della dittatura*, in «Gerarchia», XIV, 1935, 5, pp. 303-316, in particolare p. 309; ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 19392, p.32: sul punto v. P.E. DI RIENZO, *Intellettuali italiani ed antisemitismo-1938-1948* cit., p. 343.

[1650] La posizione del Mazzei è stata focalizzata in tali termini da R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, 3 ed. Einaudi, Torino 1974, p. 386 e ss., spec. p. 393, che evidenzia come Vincenzo Mazzei aveva ritenuto come l'antisemitismo del regime fosse un atteggiamento di mera convenienza politica, da rivedere una volta finito il conflitto a fianco dell'alleato nazista. Marie Anne MATARD-BONUCCI, sopra citata, che è una studiosa francese di antisemitismo che si è interessata molto al Mazzei, ritiene che quest'ultimo, pur decisamente contrario alla visione nazista, dava comunque una certa adesione all'antisemitismo (l'autrice parla di "diverse sensibilità al tema razziale"), non basandosi, appunto, sull'elemento biologico-materiale, ma sull'argomento secondo il quale gli ebrei non si erano mai integrati, volutamente, nella nazione (*Langue fascisme et race. Considérations autour d'un dessein totalitaire*, in *Melanges de l'Ecole francaise de Rome,* 2005, p. 302, nota 11. Della stessa autrice su Mazzei, v. anche *Intervento*, in *Politiche dell'italianità tra culture e cittadinanza* (a cura di S. NERI SERNERI) in *Contemporanea. Rivista di Storia dell'800 e del '900,* 2010, p. 143 e *L'Italia fascista e la persecuzione degli ebrei*, cit., p. 234 e ss.). Vedi anche P.E. DI RIENZO, *Intellettuali italiani ed antisemitismo-1938-1948. A proposito di un libro recente,* in *Nuova Rivista* storica 2013, p. 342, il quale colloca, in modo non condivisibile, *tout court* Mazzei tra i razzisti "militanti".

ISSN 2279-7238

Era quindi inevitabile una forte reazione da parte dei sostenitori ufficiali delle posizioni nazionalsocialiste, ormai dominanti, nei confronti del volume su "Razza e Nazione". Tale reazione vide in testa a tutti il quotidiano di Interlandi il *Tevere*, con un feroce articolo dell'11 settembre 1942, dal titolo "Antirazzismo accademico", ripreso sul periodico *La difesa della Razza*[1651] e seguito da un intervento di Julius Evola su *La Vita italiana*[1652]. Soprattutto l'articolo apparso sul *Tevere* , come si evinceva già dal suo titolo, esprimeva un *J'accuse* nei confronti dell'ambiente della Sapienza, accusato di essere il laboratorio di teorie sostanzialmente antagoniste all'ortodossa visione in materia di razzismo. In tale contesto non appare quindi un fulmine a ciel sereno l'intervento del Ministero della Cultura nazionale che, con apposita missiva inviata al Rettore, denunciava la sussistenza, nel volume del Mazzei, oltre che di "inesattezze, confusioni ed errori" , anche di "un pensiero politico piuttosto diffuso in certe zone della nostra cultura universitaria, che mal si accorda con i principi e le direttive del regime, specie in materia razziale"[1653]. La nota si concludeva con un invito alla "Direzione della Collana" della Facoltà di agire, per il futuro, con maggiore oculatezza nella selezione dei lavori da pubblicare[1654]. Il Rettore trasmise la nota alla Facoltà, che rispose, a mezzo del Preside, che erano state assunte informazioni presso l'autore e che era risultato che l'opera, già nella sua prima apparizione sulla *Rassegna sociale dell'Africa italiana*, era stata recensita favorevolmente e che era stata giudicata positivamente, nella sua stesura arricchita in forma di monografia in sede di conferimento della libera docenza, da parte di una Commissione composta da "uomini di indubbia competenza e di non meno indubbia fede fascista e nazionale"[1655]. Veniva altresì ricordato che, anche dopo la sua pubblicazione definitiva, aveva ricevuto recensioni favorevoli, tra le quali quella della autorevole rivista "Lo Stato", diretta da Carlo Costamagna. La vicenda, comunque, per quanto risulta dalla documentazione ufficiale ebbe termine in tal modo.

Venendo ora al volume su Carlo Pisacane del 1943, esso, che costituisce il momento finale di una riflessione iniziata con articoli su riviste[1656], si inserisce, come si anticipava più sopra, in un contesto storico caratterizzato dalla presenza di una tendenza, espressa nella

[1651] In data 20 settembre 1942.

[1652] Intitolato "*In alto Mare",* numero del novembre 1942. Sul ruolo di Evola e di Preziosi nel contrasto al c.d. razzismo nazionale, a cui si faceva riferimento più sopra, vedi ancora F. CASSATA, *«Guerra all'ebreo»: la strategia razzista di Giovanni Preziosi e Julius Evola (1937-1943)* cit., p. 53. Vedi anche R. DE FELICE, op. cit. p. 386 e A. DE FRANCESCO, *Mito e storiografia della «Grande rivoluzione»* cit.,p. 267.

[1653] La nota 1 ottobre 1942, prot. 4285 (con firma illeggibile" per il ministro") si trova nel fascicolo personale di Vincenzo Mazzei, custodito nell'Archivio della Sapienza. Nel fascicolo si trovano anche le pagine originali dell'articolo del *Tevere*.

[1654] Vedi p. 2 del documento cit.

[1655] La nota 26 ottobre 1942, a firma di A. de Stefani, presente sempre nel cit. fascicolo personale della Sapienza, conteneva il riferimento ad una recensione apparsa su *Razza e Civiltà* del 1941.

[1656] Mazzei si era occupato già in prospettiva generale di Pisacane in una recensione sul volume di P.E. TAVIANI, *Problemi economici nei riformatori sociali del Risorgimento italiano*, Ancora, Genova 1940, apparsa in *Civiltà fascista* dell'agosto 1941 e con un breve articolo su *Il Fascismo* n. 3 del 1943, dal titolo *Falsità e luoghi comuni sul Risorgimento italiano*, seguito sulla stessa rivista nel numero di maggio-giugno dello stesso anno , da *I presupposti teorici della concezione sociale di Pisacane* e per finire con *Pisacane e Garibaldi a Roma nel '49*, in "*Italia*" del 1943.

ISSN 2279-7238

fase finale del regime fascista, da una parte di intellettuali, la c.d. Sinistra fascista[1657], attraverso una enfatizzazione ed una ripresa della supposta componente di socializzazione del movimento, arenatasi, secondo i suoi sostenitori, in un modello conservatore-moderato. In ciò, nella prospettiva di un Risorgimento tradito ed incompiuto, attraverso il recupero di Mazzini, di Pisacane e poi di Filippo Corridoni, si rivendicava una originalità della rivoluzione fascista rispetto a quella nazionalsocialista, secondo una linea di continuità con tali figure risorgimentali e del primo dopoguerra, che poteva e doveva ancora essere recuperata in un rinnovato slancio del regime[1658]. Tale connessione al Risorgimento, per altro, rappresentava anche la risposta ai rovesci che l'avanzare della guerra aveva determinato nei confronti della supposta politica di potenza dell'Italia, che ora andava declinando e l'azione bellica veniva ora presentata "sotto le improbabili insegne d'una guerra comunque patria, e dunque correlata ai precedenti conflitti che avevano forgiato la nazione"[1659].

L'attenzione da parte di Mazzei per Pisacane, viene collocata dalla storiografia prevalente nell'ambito della citata Sinistra fascista, ritenendolo vicino a figure come Giaime Pintor [1660], De Begnac[1661] e Delio Cantimori[1662]. E' stata anche evidenziata una contrapposizione critica, sia a Nello Rosselli che aveva pubblicato nel 1932 una monografia su Pisacane nel Risorgimento[1663], sia ad Aldo Romano, curatore della edizione dell'Epistolario[1664]. Quanto al primo, Mazzei contesta una lettura in senso democratico-liberale dell'eroe di Sapri, resa dal Rosselli attraverso non condivisi accostamenti con Cattaneo, Romagnosi e una acritica, rilevata, contiguità con Mazzini[1665]. Tale lettura, ad avviso del Mazzei stesso, non coglie il carattere profondamente rivoluzionario e radicale del pensiero di Pisacane, configurante un modello di socialismo legato ad un certo retroterra culturale e sociale tipicamente italiano, ben distante, nelle sue radici, dal modello giacobino del 1789[1666] .

Quanto al secondo, il Romano, Mazzei evidenzia la mancata realizzazione di una seria edizione critica, che rivelasse la pregnanza innovativa del pensiero del Pisacane[1667].

[1657] Sulla quale vedi ancora G. PARLATO, *La sinistra fascista. Storia di un progetto mancato*, cit. 52 e ss.e p. 103 e ss.e, che ricorda Vincenzo Mazzei tra quelli che denunciavano i "ritardi rivoluzionari" del Fascismo (p. 104). .

[1658] Vedi su tali profili, P. BUCHIGNANI, *Ribelli d'Italia. Il sogno della rivoluzione, da Mazzini alle Brigate Rosse*, Marsilio, Venezia 2017, p. 97 es ss. (p. 106 su Mazzei) e ancora G. PARLATO, op. ult. cit. p. 103.

[1659] E. GENTILE, *La grande Italia. Ascesa e declino del mito della nazione nel ventesimo secolo*, Milano, 1997, pp. 212 e ss., ripreso da A. DE FRANCESCO, *"Il meglio che io abbia scritto in vita mia". Note sulla rivoluzione francese di Gaetano Salvemini*, in *Nuova Rivista storica* 2005, p. 281.

[1660] C. PISACANE, *Saggio sulla Rivoluzione*, a cura di G. PINTOR, Torino, 1942.

[1661] C. PISACANE, *Cenno storico d'Italia* , a cura e con introduzione di Y. DE BEGNAC, *Appunti su Pisacane*, Gnutti, Roma 1943.

[1662] D. CANTIMORI, *Utopisti e riformatori d'Italia-1794-1847*, Sansoni, Firenze 1943, che si occupa di Pisacane nella parte iniziale (p.11).

[1663] N. ROSSELLI, *Carlo Pisacane nel Risorgimento italiano*, Bocca, Torino 1932.

[1664] C. PISACANE, *Epistolario*, a cura di A. ROMANO, Società anonima editrice Dante Alighieri, Milano-Genova-Roma-Napoli 1937.

[1665] V. MAZZEI, *Il socialismo nazionale*… cit., pp. 134 e 150.

[1666] V. MAZZEI, op.ult. cit., p. 209 e ss.. Lo stesso Mazzei aveva già evidenziato il carattere originale e nazionale del Risorgimento italiano nel saggio cit. supra, alla nota 48, su *Falsità e luoghi comuni sul Risorgimento italiano*. Su tali profili, anche per la nota precedente, vedi A. DE FRANCESCO, *Mito e storiografia della «Grande rivoluzione»* cit., p. 268.

[1667] Ivi, p.. 155 (sul punto v. A. DE FRANCESCO, op.ult. cit., p. 269).

ISSN 2279-7238

Nella presente sede, comunque, ciò che può interessare è che l'attenzione per Pisacane da parte di Vincenzo Mazzei, da un lato rappresenta una rigorosa e ragionata ricostruzione storiografica e filosofica della figura di Pisacane e, dall'altro, sottende un chiaro e sincero anelito, che si astrae dallo stretto contesto storico di riferimento, alla realizzazione di un radicale rinnovamento della società italiana –ritenuta chiusa alla partecipazione delle masse e profondamente ingiusta- rimasto incompiuto a seguito dell'involuzione del Risorgimento a guida sabauda.

Tale anelito, tra i giovani che avevano creduto in una funzione catartica del fascismo rispetto a tale retaggio storico, da un lato ha portato alcuni ad aderire, in una *cupio dissolvi*, alla Repubblica sociale[1668] ed altri, quali lo stesso Mazzei, alla definitiva maturazione di una posizione critica nei confronti del regime nella sua realtà storica e non come in precedenza idealizzato -già anticipata, nel suo caso, nella contestazione alla politica razzista filonazista- ed all'adesione ai valori democratico-pluralisti.

In tale adesione, egli porta con sé, una forte critica, da un lato, per la tradizione dello Stato liberale antefascista e, dall'altro, anche, in una certa misura, per il marxismo-leninismo nelle sue estreme applicazioni, che più volte aveva avuto modo di criticare, da altra angolazione, nei suoi scritti sull'ordinamento corporativo e sulla rappresentanza.

In ciò, la scelta, prima per il Partito d'Azione e poi per il Partito repubblicano, erano coerenti con il mantenimento di una visione che, ora orientata per il modello democratico-pluralista, si ricollegava sempre profondamente alla tradizione mazziniana e, soprattutto, ai suoi sviluppi successivi, anche originali.

Nel 1945 l'attività di Vincenzo Mazzei, come si è anticipato nei cenni biografici, si intensifica e si cala appieno nel clima preparatorio della costruzione del nuovo ordinamento. Accanto all'intensa attività di scrittura su giornali e periodici, Vincenzo Mazzei riprende l'attività scientifica, curando la riedizione, con ampia introduzione, de la "Rivoluzione d'Italia" di Giuseppe Montanelli, il teorizzatore, come è noto, della "Costituente d'Italia", quale formula politica preconizzatrice e paradigmatica dei processi di transizione democratica[1669]. Ciò, come è stato efficacemente osservato[1670], si inquadra nel clima della rinascita della saggistica politica nell'immediato dopoguerra ed in particolare nel contesto romano, dove la liberazione era avvenuta già da tempo, rinascita nell'ambito della quale, tra le forze politiche particolarmente attivo appariva il Partito repubblicano[1671], al quale Mazzei aveva appena aderito. L'opera appare in una collana ("Pensiero politico italiano") edita da una piccola casa editrice indipendente, il Sestante, nell'ambito della quale era stato pubblicato lo scritto di Cattaneo sulle "Interdizioni israelitiche", con prefazione di Giulio Andrea Belloni, già segretario nazionale della federazione giovanile del Partito repubblicano

[1668] P. BUCHIGNANI, *Ribelli d'Italia*,cit., p. 106 e ss.
[1669] V. MAZZEI, *Il pensiero politico e sociale di Giuseppe Montanelli*, in G. MONTANELLI, *La rivoluzione d'Italia*, Sestante, Roma 1945.
[1670] I. PIAZZONI, *Rileggere la tradizione. Collane di cultura politica a Roma tra 1944 e 1946*, in *Italia contemporanea* 2018, p. 87 e ss.
[1671] I. PIAZZONI, op. cit., p. 89.

ISSN 2279-7238

tra 1924 e 1925 e insieme a Giovanni Conti protagonista della riorganizzazione clandestina del Partito repubblicano, nonché esperto delle origini del movimento repubblicano[1672].

La prefazione di Mazzei evidenzia il momento di tensione che i futuri protagonisti della Costituente stavano vivendo, quasi presago del futuro travaglio, esprimendo il suo interesse per uno dei c.d scrittori politici minori molto più vicino ed attento alla realtà delle cose e che "lascia meglio trasparire i momenti delicati e difficili del faticoso processo di travaso delle dottrine nella concretezza della prassi politica", mettendo a nudo "le insuperabili antinomie e le incompiutezze dei meditati sistemi" e "i punti di frizione fra le esigenze ideologiche e lo stato d'animo collettivo"[1673].

Nel 1946, alla soglia delle elezioni e del referendum istituzionale, Mazzei cura, nell'ambito della collana "Testi e documenti costituzionali" promossa dal Ministero per la Costituente, la traduzione della costituzione rumena del 1938[1674], predisponendo una accurata prefazione nella quale offre una chiave di lettura del fallimento della costituzione del 1923, da lui definita "fra le tecnicamente più perfette delle costituzioni nate dopo l'altra guerra europea"[1675], chiave individuata nella mancanza, da un lato, di un "sano equilibrio sociale, dovuto all'assenza di una sana e robusta borghesia liberale mediatrice tra i grandi proprietari …e le masse contadine, divenute, ormai insofferenti per via di una incipiente coscienza dei loro diritti e della loro forza" e, dall'altro, per le pressioni provenienti dal regime nazista, mediante il movimento delle "Guardie di Ferro"[1676]. La costituzione del 1938 viene letta dal Mazzei come il prodotto di un atto instaurativo di tipo autocratico (con irrilevanza in senso democratico di un plebiscito previsto con voto palese), che, sia pure inteso a "salvare la Nazione dalla disgregazione politica e di difenderla da non desiderate ingerenze straniere", dava luogo ad un modello di "totalitarismo regio" che, ammoniva lo studioso calabrese, appariva "sommamente istruttivo per coloro che insistono nel considerare, aprioristicamente, come una garanzia di libertà l'istituto monarchico e il suo cosiddetto "*pouvoir modérateur*" rispetto all'azione delle parti politiche"[1677].

4. Vincenzo Mazzei alla Costituente

Eletto alla Costituente, Mazzei diviene segretario del Gruppo Repubblicano. Come tale, faceva parte di un manipolo di deputati non particolarmente nutrito, ma molto qualificato, specie nel settore giuridico, professionale e universitario[1678].

Il modo in cui il deputato calabrese si mosse all'interno dell'assemblea fu, da un lato, aderente alla visione repubblicana, anche nelle sue radici mazziniane, da lui richiamate

[1672] I. PIAZZONI, op.ult. cit. ,p.99.
[1673] V. MAZZEI, op. cit., pp. XII e XIII, passaggi evidenziati da I. PIAZZONI, op. ult. cit., p. 102.
[1674] V. MAZZEI (a cura di), *La costituzione rumena*, Testi e documenti costituzionali n. 24, Sansoni, Firenze 1946.
[1675] V. MAZZEI, op.ult. cit., p.11
[1676] Op.ult. cit., p.12.
[1677] Op. ult. cit., p. 14.
[1678] Come ricorda U. DE SIERVO, *Il ruolo dei giuristi alla Costituente, in Nomos-le attualità del diritto* on line, Anticipazioni al n. 3 del 2017, p. 6 e ss.

ISSN 2279-7238

spesso nei suoi interventi, ma, dall'altro, non mancarono iniziative che lo videro schierarsi, dinanzi a temi cruciali in cui si era formato una personale opinione, con iniziative intraprese da esponenti autorevoli di altri parte politiche, comunque contigue, quali partito socialista (poi socialista dei lavoratori italiani) e autonomisti.

4.1 L'apporto al tema dei poteri legislativi dell'Assemblea costituente

Il suo esordio in aula è nella fase iniziale di riflessione da parte dell'Assemblea sulle modalità concrete di esercizio delle proprie complessive funzioni. In particolare, alla seduta dell'Assemblea del 13 settembre 1946, interviene nella discussione relativa alla questione della funzione legislativa ordinaria "delegata" al Governo dall'art. 3 del d.lgs. luog. 16 marzo 1946, n. 98, "ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali, le quali saranno deliberate dall'Assemblea".

Tale questione coinvolgeva il problema della vincolatività della c.d. seconda costituzione provvisoria nei confronti di un'assemblea ad ampia legittimazione democratica, susseguente alle prime elezioni libere dopo l'era fascista, come tale ritenuta in grado, da molti dei deputati, di disporre della funzione legislativa ordinaria fuori dalla "gabbia" imposta, anche in rottura o deroga al d. lgs. luog. n. 98 del 1946[1679]. Come è noto, si trovò una soluzione di compromesso, consistente in una modifica aggiuntiva al regolamento dell'Assemblea, che stabiliva che il Governo avrebbe trasmesso i progetti di decreto all'Assemblea, la quale, mediante apposite commissioni, avrebbe stabilito quali lasciare all'approvazione governativa e quali riservare all'approvazione dell'Assemblea stessa. Tale soluzione, sul piano formale, lasciava che la fonte della delega al Governo del potere legislativo ordinario fosse sempre nel decreto luogotenenziale, anche se introduceva margini sostanziali di condizionamento da parte dell'Assemblea, stante anche la sussistenza del rapporto fiduciario, sulla base dell'art. 3, commi 3 e 4 del D.lgs. luog. n. 98 del 1946.

La posizione di Mazzei, rispetto a tale problematica, è quella di schierarsi a favore dell'attribuzione di una posizione di superiore dignità all'Assemblea costituente nell'ambito dei meccanismi procedurali della fase transitoria. Con tagliente lucidità, Vincenzo Mazzei evidenzia la necessità di essere consapevoli che la modifica regolamentare, in quel momento in discussione, non risolveva in radice il problema dei rapporti tra Assemblea e Governo sul piano della funzione legislativa, considerata in ogni suo aspetto, compresa l'iniziativa legislativa.

In realtà, egli nota, "la modifica del Regolamento che oggi è in discussione, fa esplicito e reiterato richiamo alla competenza dell'Assemblea costituente come determinata dal citato Decreto luogotenenziale" lasciando inalterato l'assetto che, sul piano delle fonti di produzione, esso delineava e, quindi, la Costituente "riconosce la sua non sovranità, perché

[1679] Fu, come si sa, Calamandrei a sollevare il problema, nel corso della seduta del 15 luglio 1946 dell'Assemblea, allorchè sostenne che il fondamento della delega della funzione legislativa ordinaria al Governo dovesse scaturire da una manifestazione formale di volontà della stessa Assemblea e non dal decreto luogotenenziale.

ISSN 2279-7238

accetta la determinazione della propria competenza da parte di una autorità che non è quella propria"[1680]. La via di uscita che egli allora propone è quella, se si approvava la modifica regolamentare, di far approvare subito dopo da parte dell'Assemblea una legge di rango costituzionale che ridefinisse la materia innovando al decreto luogotenenziale, da non considerare "una specie di tabù, una superlegge, una specie di statuto non modificabile"[1681]. Tale legge costituzionale, sempre secondo Mazzei, sarebbe stata da elaborare mediante una commissione speciale e avrebbe dovuto estendersi anche ad una più ampia rimeditazione dell'assetto delineato dalle altre disposizioni del decreto luogotenenziale del 1946 (in particolare gli artt. 4, 5 e 6), ritenute non adeguate "alla situazione repubblicana", anche mediante l'attribuzione, sin da subito, al Capo provvisorio dello Stato, della denominazione di Presidente della Repubblica[1682]. Come ebbe modo di annotare anni dopo, questa proposta aveva il senso anche di coinvolgere l'Assemblea costituente, non solo nella fondamentale opera di stesura del testo della legge fondamentale, ma anche di procedere, parallelamente, all'emanazione delle prime leggi ordinarie di attuazione, in una virtuosa contiguità, superando il modello che demandava solo al futuro parlamento che sarebbe scaturito dal nuovo testo costituzionale, tale funzione, ivi inclusa la ratifica dell'attività legislativa esercitata dal Governo ai sensi dell'art. 3 del decreto luogotenenziale del 1948[1683].

4.2 L'apporto alla disciplina delle istituzioni e dei diritti connessi al pluralismo sociale ed economico

Per il resto, i suoi interventi, sono concentrati nella fase di discussione del progetto di costituzione dinanzi al *plenum* dell'assemblea e, quindi, a partire dal marzo 1947. Essi, coerentemente con la sua attenzione, sul piano politico e giuridico, per il fenomeno del pluralismo sociale, quale fattore fondamentale di funzionamento, per dirlo con Mortati, dello Stato Comunità, riguardano essenzialmente alcuni dei protagonisti di tale pluralismo, quali la famiglia e, soprattutto, il sindacato, estendendosi anche la sua attenzione ad alcuni segmenti dello Stato sociale, quale il diritto allo studio, all'assistenza ed al lavoro, con particolare riguardo al diritto di sciopero.

La particolarità di tale attenzione, consiste, ovviamente, vista la sua formazione culturale e la sua posizione politica, in una visione del pluralismo che appare ben differenziata da quella cattolica. E' proprio contestualmente alla sua entrata in scena, nel vivo dell'approvazione del testo costituzionale che il deputato calabrese ha modo di fornire una riflessione sul tema, nel contesto di un volume, dal significativo titolo "La Repubblica dei

[1680] Atti Ass. cost.,res. sten. seduta 13 settembre 1946, p.534. Aggiunge (ivi) Mazzei che la "Costituente è in tanto veramente sovrana, in quanto ha la competenza di determinare la propria competenza. Qui nella Assemblea vi sono valenti giuristi, che possono darmi atto della validità di questo elementare principio".
[1681] Lc. ult. cit.
[1682] Lc. ult. cit.
[1683] Così è indicato nel citato Curriculum, custodito nel suo archivio professionale (vedi supra note 2 e 3).

ISSN 2279-7238

Repubblicani", nel quale esprimeva su temi fondamentali, appunto il suo modo di essere repubblicano[1684].

Per Mazzei la sua concezione di Stato è "profondamente e positivamente rivoluzionaria" in quanto rifiuta il modello dello Stato "moderno", burocratico e centralizzato" per assumere le connotazioni di uno Stato "sociale", inteso come centro di coordinamento delle molteplici espressioni dell'autonomia sociale[1685]. Contro la "statizzazione della vita", secondo la lezione di Ortega y Gasset, occorre costruire, secondo Vincenzo Mazzei, "un sistema di organizzazione politica fondato su una vita rigogliosa delle autonomie sociali (associazioni professionali, culturali, patriottiche, mutualistiche, sportive, università, istituzioni locali varie ecc.)", da intendersi anche come ulteriore elemento di contrappeso allo schiacciamento della maggioranza (prepotere governativo e centralismo burocratico), accanto ai tradizionali congegni costituzionali[1686]. Alla base di tutto ciò, risiedeva una adesione del Mazzei ad una visione socialista propria secondo lui dei repubblicani, da lui descritta nel volume sotto il titolo "Il nostro socialismo", che si poneva come terza via tra l'individualismo ed il collettivismo, alla ricerca della conciliazione tra libertà e giustizia sociale, secondo la lezione di Mazzini, Pisacane e Ferrari, attraverso una società senza gerarchie tra i lavoratori, ma solo distinzioni di funzioni e di compiti, in cui le classi fossero sostituite dalle professioni [1687]. Questa era a suo avviso la "Repubblica", non vuota forma di governo, ma "compiuta concezione di vita morale, politica e sociale" ispirata al socialismo proudhoniano ed anche a "quei valori ancora vitali del marxismo"[1688].

Venendo ora alla partecipazione alla Costituente con riguardo alla tematica in esame, un primo intervento viene effettuato dal Mazzei in sede di approvazione della disposizione che del pluralismo sociale si configura come la matrice e cioè l'art. 2 cost.

La disposizione originaria (art. 6 del Progetto) prevedeva l'attribuzione dei diritti, denominati al momento come "essenziali", all'individuo e, direttamente, alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità. L'attuale formulazione è invece dovuta, come è noto, ad un emendamento dell'On.le Fanfani ed altri, reiterato anche da esponenti del Partito comunista (primo firmatario On.le Amendola). Come ebbe modo di spiegare Aldo Moro, tra gli altri firmatari per la DC, la modifica era dovuta alla volontà di fornire criteri identificativi per le formazioni sociali, tra le varie ipotizzabili, che potevano essere titolari, al pari dei singoli, dei diritti inviolabili. Tali criteri individuavano assiologicamente, secondo Moro, quelle nelle quali "si esprime e si svolge la dignità e la libertà dell'uomo",

[1684] V. MAZZEI, *La Repubblica dei Repubblicani*, Editrice Atlantica, Roma 1947.
[1685] V. MAZZEI, op. ult. cit. ,p.33.
[1686] Op. ult. cit., p. 34.
[1687] Op. ult. cit., p. 50 e ss.
[1688] Op. ult. cit., p. 52. Sotto tale punto di vista appaiono calzanti le considerazioni contenute in un necrologio senza firma apparso sul sito del Partito repubblicano-Voce repubblicana l'anno della morte dello studioso calabrese, nel 2010, nel quale veniva evidenziata soprattutto l'apertura di Mazzei ad una visione socialista, che appariva vicina, per certi versi, al "socialismo utopistico e libertario che trovava espressione nella formula "libertà ed associazione", in ciò avvicinandosi, secondo il redattore, al pensiero di Aleksandr Herzen.

ISSN 2279-7238

rappresentando tali formazioni la proiezione sociale di quello che è il valore pregiudiziale ed unitario della persona umana in sè[1689].

L'intervento di Vincenzo Mazzei appare interessante, in quanto al di là della proposta di modifica da lui prospettata, che tendeva a una più rigorosa formulazione del concetto sul piano linguistico[1690], si sostanzia in una felice sintesi della sua visione dei diritti fondamentali della persona umana, che si raccorda al suo retroterra culturale, ora filtrato e maturato attraverso l'angolazione della *Weltanschauung* repubblicana. In particolare, Mazzei conferma l'adesione del gruppo repubblicano alla nuova formulazione dell'art. 6 (che diventerà 2), da un lato, per le sue chiare ridondanze mazziniane, ma dall'altro anche (e qui riemerge quella sua vena neogiusnaturalistica che l'amico Manes aveva individuato in lui nella presentazione del volume su Schelling[1691]) perché, come da lui sottolineato, nella disposizione "è implicita una concezione dello Stato che poggia sui diritti individuali essenziali dell'uomo, che vengono poi riconosciuti dallo Stato: vale a dire i diritti di libertà sono anteposti alla stessa formazione statale, come esigenza inderogabile di qualsiasi stato civile"[1692].

Sulla famiglia, in via preliminare, Vincenzo Mazzei interviene, invece, nel contesto della animata discussione che caratterizzò l'esame dell'ordine del giorno Orlando, il 23 aprile 1947. Tale ordine del giorno, come noto, esprimeva il punto di vista critico, proprio del vecchio e glorioso giurista dello Stato liberale, nei confronti di una parte della costituzione infarcita, a suo dire, di una serie di enunciazioni prive di valenza giuridica e da norme troppo dettagliate, che pretendevano, nella parte sul diritto di famiglia, a sovrapporsi al Codice civile e, comunque, a pregiudicare le scelte del futuro legislatore ordinario[1693]. Mazzei interviene a nome del Gruppo repubblicano, con dichiarazione di voto favorevole, condividendo le perplessità sopra evidenziate dall'Orlando, tra cui, in particolare la critica della volontà espressa nel Progetto di fornire una definizione della famiglia mediante la dizione "società naturale"[1694].

L'ordine del giorno Orlando viene rigettato e Mazzei porta avanti comunque il proposito di filtrare, da un lato, secondo un adeguato rigore tecnico, la formulazione delle disposizioni costituzionali in materia coinvolte e, dall'altro, di neutralizzare alcuni principi che si volevano affermare sulla famiglia. In tal modo egli propone di sostituire i tre articoli dedicati alla materia nel progetto di costituzione[1695] con un unico articolo.

[1689] Atti Ass. cost., seduta del 24 marzo 1947, res. sten. p. 2416.

[1690] Ivi, p. 2419. La proposta consisteva nel sostituire " sia nelle formazioni sociali…" con "sia come appartenente alle formazioni sociali", che il Mazzei ironicamente avvertiva essere una correzione necessaria per evitare che fosse dato adito alla stampa che "noi ignoriamo la sintassi" (ivi p. 2420). Tuttavia tale correzione formale, assieme ad altre proposte, era stata considerata da Moro (lc. ult. cit.) come idonea ad alterare sostanzialmente un delicato assetto di "sfumature" linguistiche che l'emendamento Fanfani-Amendola aveva faticosamente raggiunto tra le parti politiche ed era stata relegata tra le raccomandazioni per il Comitato per il coordinamento finale del testo, senza essere messa in votazione.

[1691] Vedi supra p.

[1692] Atti Ass. cost., res. sten. ult. cit., p. 2419.

[1693] Vedi l'ampio dibattito, con la lunga prolusione di Vittorio Emanuele Orlando, in Atti Ass. cost., res. sten. del 23 aprile 1947, p. 3239-3246

[1694] Ivi, p. 3249.

[1695] Articoli 23, 24 e 25

ISSN 2279-7238

Nella sua proposta vengono espunti la definizione di famiglia, il riferimento a "diritti della famiglia" e, soprattutto il principio della indissolubilità del matrimonio. Restano, in tal modo: a) l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nell'unità della famiglia; b) il dovere di mantenimento, educazione ed istruzione dei figli; c) la garanzia per i figli nati fuori del matrimonio di una condizione giuridica che escluda inferiorità morali e sociali e comprenda il mantenimento, l'educazione e l'istruzione; d) la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù. Particolarmente vibrante ed appassionato è l'intervento che Mazzei effettua sul profilo dell'indissolubilità. Egli sottolinea[1696] in particolare l'inammissibile incidenza (che definisce "una vera e propria prepotenza maggioritaria della Democrazia cristiana") di tale principio essenzialmente su quella parte di matrimoni celebrati col solo rito civile, rispetto ai quali non comprende "perché si voglia sbarrare assolutamente questa piccola valvola di sicurezza, perché mai -in altri termini- si voglia imporre anche alla coscienza degli acattolici o degli anticattolici di accettare un principio, che, per loro, non è necessario e non è coerente con la loro concezione della vita familiare". Con uno sguardo rivolto al futuro, lo studioso calabrese ritiene che, in ogni caso, la difesa dell'indissolubilità del matrimonio non deve risiedere nella costituzione, ma nella "potenza del sentimento cattolico degli italiani", qualsiasi potesse essere l'evoluzione della legislazione civile[1697].

Anche per la problematica degli aiuti alle famiglie, previsto nell'ultimo comma dell'art. 25 del Progetto (ora art. 31 comma 2) Mazzei sostiene che non si può ammettere che nella Carta costituzionale si fissi il principio che la famiglia debba essere aiutata già al suo formarsi e che le famiglie numerose debbano avere un particolare trattamento di favore. In particolare, in ordine a tale ultimo profilo, egli contesta, alla luce di un dato statistico che in quel momento segnalava una tendenza all'incremento molto netto, si dovesse cristallizzare in costituzione un principio politicamente equivalente a quello dell'incremento demografico[1698]. Mazzei ammette che tra i compiti, che lo Stato democratico deve prefiggersi, c'è anche la tutela del miglioramento demografico del Paese, ma non nel senso quantitativo, ma nel senso qualitativo. In tal senso, retrospettivamente, fu un errore, a suo avviso, il credere, secondo la politica demografica fascista, che lo Stato diventi forte coll'aumento della popolazione. Uno Stato, nota Mazzei, diventa più forte col miglioramento fisico qualitativo degli individui, evitando la diffusione delle malattie sociali, e curando che le giovani generazioni crescano sane[1699].

Mazzei contesta, infine, anche l'accenno dell'articolo 25 al «favorire gli istituti necessari a tali scopi» in vista della protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, perché

[1696] Gli interventi di Mazzei del 23 aprile 1947 sono alle pp. 3249, 3260, 3261, 3279, 3281.
[1697] Ivi p. 3261.
[1698] Ivi, p. 3260. Al riguardo Mazzei precisa che "eventuali provvidenze, limitate e ragionevoli, che lo Stato volesse adottare, per lenire certe situazioni particolarmente dolorose, potrebbero essere adottare egualmente, anche senza l'esistenza d'una norma costituzionale… In politica l'implicito e l'esplicito non si equivalgono. Una cosa è un principio affermato esplicitamente; una cosa è il tacito consenso che si assolva una certa esigenza con provvidenze da valutare e da deliberare caso per caso".
[1699] La lucida analisi che Mazzei fa della pregressa politica del regime è nel senso che "i premi di nuzialità e di natalità facevano credere ai cittadini che, mettendo al mondo, in modo irresponsabile, numerosi figli ad un certo momento vi dovesse provvedere lo Stato. Era una politica allegra, che noi evidentemente non possiamo seguire"(lc. ult. cit.).

ISSN 2279-7238

questa espressione "potrebbe far sorgere l'idea che noi sentiamo il bisogno urgente di nuovi enti e di nuovi commissariati là dove di enti e di commissariati ne abbiamo anche troppi: vi è una legge sulla maternità e l'infanzia, vi sono disposizioni che, opportunamente coordinate e modificate, possono rispondere allo scopo"[1700].

Per quanto riguarda l'area dell'istruzione, il deputato calabrese, nelle sue varie iniziative, si schiera decisamente a favore di una forte connotazione pubblica della medesima, con il riconoscimento della possibilità di scuole non statali, ma non in una logica di piena equipollenza. In quella sede coglie anche l'occasione, in coerenza con una parte dello spirito del sopra citato e condiviso Ordine del Giorno Orlando, per suggerire modifiche del testo del Progetto intese, non solo formalmente, ad asciugare le disposizioni da enunciazioni, a suo avviso, prive di valenza giuridica o contradittorie, per determinarne un efficace grado di perfezione tecnica delle disposizioni stesse sul piano giuridico

Al riguardo, in primo luogo, firma assieme agli onorevoli Paolo Rossi, Binni, Preti, del Gruppo del Partito Socialista Lavoratori Italiani, un emendamento riguardante l'art. 27 del Progetto (oggi 33) . Oltre che per esprimere in forma ritenuta più corretta l'enunciato "l'arte e la scienza sono libere", affermando invece che sono libere le manifestazioni della scienza e dell'arte, come è libero il loro insegnamento [1701], l'emendamento propone l'inserimento nel testo costituzionale del principio secondo il quale l'istruzione, di qualunque grado, è precipua funzione dello Stato, dovendo dettare norme generali anche per le scuole private, determinandone con legge gli obblighi e le sostanziali garanzie e ciò anche nel caso che non sia chiesta la parificazione[1702].

In secondo luogo, con riguardo all'art. 28 del Progetto sulla scuola[1703] (ora art. 34), Mazzei stesso propone un emendamento sostitutivo[1704].

Tale emendamento riguarda, innanzitutto, il primo comma della disposizione, di cui veniva chiesta la soppressione. L'enunciato «La scuola è aperta al popolo», viene dal Mazzei ritenuto "un mediocre *slogan* propagandistico, non certo un comma di Costituzione" e,

[1700] Lc. ult. cit.

[1701] Atti Ass. cost. res. sten. 24 aprile 1947, p. 3313. Ricorda Paolo Rossi, chiamato ad illustrare l'emendamento che, o l'arte e la scienza sono libere, o non sono né arte né scienza. Aggiunge poi che "l'arte di Stato, contenuta e costretta nello stivaletto malese di una qualsiasi dottrina maggioritaria, è tutto fuori che arte; la scienza piegata alle tesi prestabilite di una qualsiasi politica viene a negare se stessa, a contraddire al proprio fine a alla propria essenza, determinando la più stridente delle antinomie. L'arte e la scienza sono la libertà stessa nella sua forma più alta: dire che arte e scienza sono libere è come dire che la libertà è libera!".

[1702] Conclude Paolo Rossi che lo Stato mancherebbe al proprio compito se restringesse la sua attività ad una pura tutela di polizia e cioè a sorvegliare che le scuole private non si pongano in conflitto con la morale pubblica e il diritto comune (così era formulato l'originario testo della Commissione).

[1703] Comma 1: La scuola è aperta al popolo. Comma 2: L'insegnamento inferiore, impartito per almeno otto anni, è obbligatorio e gratuito. Comma 3:I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti dell'istruzione. Comma 4: La Repubblica assicura l'esercizio di questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie, ed altre provvidenze, da conferirsi per concorso agli alunni di scuole statali e parificate.

[1704] «L'insegnamento inferiore, impartito per almeno otto anni, è obbligatorio e gratuito.
«La Repubblica assicura agli allievi meritevoli, privi di mezzi, la possibilità di raggiungere i più alti gradi dell'istruzione mediante borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze da conferirsi per concorso».

ISSN 2279-7238

comunque "tecnicamente errato e politicamente inaccettabile"[1705]. In particolare il deputato calabrese censura l'utilizzo del termine "popolo", che, se inteso nel significato dell'art. 1 Cost. quale "universalità dei cittadini", sarebbe stato del tutto pleonastico, mentre, ove, come appariva verosimile, stesse ad indicare il complesso dei ceti meno abbienti, dei ceti «popolari», sarebbe stata una espressione inaccettabile "perché è o classista, o significativa di una inferiorità sociale che siamo ben lungi dall'ammettere… Per noi mazziniani il popolo è tutta la società nazionale"[1706]. A tale stregua Mazzei conclude che "E' un'esigenza tecnica indiscutibile che in un testo costituzionale i termini — specie certi termini di importanza fondamentale, come la parola «popolo» — vengano usati sempre nel medesimo senso".

Un altro punto critico rispetto alla coerenza della disposizione in esame viene individuato dal Mazzei nel riferimento ad un «diritto» che avrebbero i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, «di raggiungere i gradi più alti dell'istruzione». A suo avviso non si poteva configurare un diritto di questo genere, da intendersi come distinto dal diritto di accesso a tutte le scuole di tutti gli ordini e gradi, un diritto, quest'ultimo, non contestato e non contestabile, di cui sarebbe stato superfluo fare menzione. Se l'intento della Commissione, nel formulare il terzo ed il quarto comma, era quello di esprimere l'esigenza di assicurare a tutti la possibilità di percorrere tutti i gradi dell'istruzione e, più precisamente, di assicurare a tutti, anche ai non abbienti, attraverso opportune provvidenze economiche, la possibilità, di frequentare le scuole medie e superiori di ogni ordine, il modo tecnicamente corretto e preciso di esprimere tale concetto sarebbe stato, secondo Mazzei, quello di usare la formulazione "la Repubblica assicura a tutti la possibilità di raggiungere i più alti gradi dell'istruzione mediante borse di studio, ecc." escludendo la sussistenza di un diritto di raggiungere i più alti gradi dell'istruzione» -che giuridicamente non avrebbe avuto senso - garantendo agli allievi meritevoli, privi di mezzi, aiuti economici e provvidenze adeguate da parte dello Stato[1707].

Infine, l'emendamento prevedeva l'esclusione degli studenti delle scuole non statali parificate dalle borse di studio previste dallo Stato. Mazzei definisce la scuola non statale come" un'impresa economica privata che ha lo scopo di gestire un istituto di istruzione", rispetto alla quale, visto che l'istruzione dei cittadini è un precipuo interesse pubblico, lo Stato può trovare utile ed opportuno di accordare dei benefici anche a scuole private o agli allievi di scuole private. Ma una cosa, a suo avviso, è che possa farlo e lo faccia quando lo ritiene utile ed opportuno, altro è che sia tenuto, giuridicamente e costituzionalmente, a farlo, cosa questa da lui ritenuta inammissibile.

Gli elementi critici posti in evidenza dal deputato calabrese non vengono, tuttavia, colti in assemblea nella loro pregnanza e solo, per altra via, la dizione "popolo" rispetto all'apertura della scuola, viene sostituita con il termine "tutti". Nonostante gli sforzi

[1705] Atti Ass. cost., seduta del 29 aprile 1947, res. sten., p. 3385
[1706] Lc. ult. cit.
[1707] Lc. ult. cit.

ISSN 2279-7238

dialettici del Mazzei, le sue proposte sono frettolosamente valutate come intese ad introdurre modifiche puramente formali, venendo da lui stesso, alla fine, accantonate[1708].

Per quanto riguarda la parte della costituzione economica, il deputato Mazzei interviene nell'area giuslavoristica, con riferimento al diritto al lavoro, alla libertà sindacale e al diritto di sciopero.

Per quanto riguarda il primo ambito, assieme agli On.li Foa e Valiani (Gruppo autonomista), e Tremelloni (Partito Socialista Lavoratori Italiani) presenta un emendamento all'art. 30 del Progetto inteso a valorizzare, con spirito profetico rispetto all'odierna dimensione eurounitaria, un "diritto alla libera circolazione internazionale dei lavoratori"[1709].

Illustra, inoltre, la presa di posizione del Gruppo repubblicano sull'emendamento Montagnana ed altri del Gruppo comunista all'art. 31 del Progetto (futuro art. 4), inteso a introdurre, a tutela del diritto al lavoro di tutti i cittadini, una attività di coordinamento e direzione dell'attività produttiva, mediante un "piano che dia il massimo rendimento per la collettività"[1710]. Tra le motivazioni che portano alla decisione del rigetto dell'emendamento Montagnana, viene ancora una volta evidenziata dal Mazzei una esigenza di rigore terminologico nella formulazione del testo costituzionale, tuttavia con immediate ricadute sostanziali [1711]. In particolare, viene puntato l'obiettivo sull'uso del termine "piano" nell'emendamento in esame. Partendo dalla premessa che i Repubblicani non erano pregiudizialmente contrari all'intervento statale nell'economia, il deputato calabrese avverte che se con il termine in questione si intendeva una pianificazione generale e totale, "la quale fa sì che lo Stato investa con la sua azione tutto il movimento economico-sociale", ciò sarebbe stato in contrasto, non solo con il pensiero repubblicano italiano, ma con il pensiero repubblicano di tutta Europa[1712].

Mazzei a questo punto richiama l'esistenza nel DNA repubblicano di una estrema attenzione per una effettività del diritto al lavoro per tutti, attenzione "tradizionale della scuola repubblicana italiana, di quella scuola che ha iniziato il movimento operaio in Italia

[1708] E' il Presidente Terracini nel corso della seduta del 30 aprile 1947 che più volte ribadisce tale concetto. Mazzei obietta (res. cit., p. 3403) che "quando io rifondo tutto un articolo, lo riorganizzo, lo dispongo tecnicamente in modo diverso, lo muto interamente... Il suo, signor Presidente, è un ragionamento già fatto l'altro giorno e lei ha avuto ragione perché l'Assemblea le ha dato ragione. Vi sono principî elementari di logica giuridica, che anche se disconosciuti da tutte le Assemblee di questo mondo, restano sempre validi. Ed è proprio questo il caso nostro. Anche se l'Assemblea mi dà torto, io non posso non continuare a ritenere di aver egualmente ragione. Quando si aggiunge o si toglie qualche cosa ad un articolo di legge è evidente che se ne vuol mutare il contenuto".

[1709] E' l'On.le Foa a illustrare l'emendamento alla seduta dell'8 maggio 2018 (res. sten., p. 3715).

[1710] Atti Ass. cost., Seduta del 9 maggio 1947, res. sten., p. 3776. La versione poi concretamente proposta in assemblea era comunque leggermente "addolcita" rispetto a quella proposta nel testo:"Allo scopo di garantire il diritto al lavoro di tutti i cittadini, lo Stato interverrà per coordinare e orientare l'attività produttiva, secondo un piano che assicuri il massimo di utilità sociale".

[1711] Questa volta Mazzei richiama quella che definisce "una precisa tradizione dottrinaria nel nostro partito, alla quale noi cerchiamo sempre, per quanto possibile, di attenerci scrupolosamente...Le parole che si usano in un testo costituzionale devono essere usate in quella che è l'accezione corrente" (res. ult. cit., p. 3791 e ss.).

[1712] Lc. ult. cit.

ISSN 2279-7238

e alla quale, quindi, nessuno può in buona fede rimproverare di non curare l'interesse degli operai". Tuttavia, secondo Mazzei -che ricorda come tale posizione fosse quella, ampiamente condivisa, emersa nella Commissione dei 75- la realizzazione di tale effettività può avvenire solo secondo la logica del diritto al lavoro quale diritto potenziale, "vale a dire come una esigenza etico-giuridica, che lo Stato riconosce valida" e per le quale adotta le misure più idonee per renderlo più che possibile concreto e reale. Ciò che invece i Repubblicani rifiutano, sempre secondo l'On.le Mazzei, è il diritto al lavoro inteso come diritto positivo al quale si attribuisce una immediata e concreta garanzia, "quale quella d'un piano economico, che, in questo caso, non può non essere inteso nel senso di quella pianificazione totale, che non possiamo accettare perché non siamo marxisti"[1713]. Ciò che invece i repubblicani accettavano, conclude Mazzei, era un modello di razionalizzazione inteso a far sì che "… quei puntuali, certi interventi statali, che oggi sono disordinati ed episodici, possano essere coordinati in un piano organico, in modo tale che l'intervento statale, anziché essere rimedio a dei mali, non si traduca in un ulteriore aggravamento di questi mali". Tale modello era già prospettato nell'art. 37 (ora 41) del Progetto della Commissione (dove si affermava che "La legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate ai fini sociali"), che legittimava che lo Stato potesse adottare tutti quei provvedimenti e quelle forme di programmazione economica che possono avere carattere sostanziale di piani, per fini determinati e contingenti, dando una risposta a livello costituzionale del problema del rapporto tra iniziativa economica privata ed interventi dello Stato nell'economia. Una disposizione, quale quella prospettata nell'emendamento Montagnana, nella quale l'uso del termine piano, di cui era nota l'accezione corrente, evocava scenari di tipo collettivista, appariva, nello scenario evocato dall'On.le Mazzei, contraddittoria ed anche potenzialmente pregiudizievole del diritto alla libera scelta dell'attività lavorativa ed andava pertanto rifiutata[1714].

In ordine ad uno snodo cruciale dell'erigendo Stato sociale, quale il diritto all'assistenza sociale, il deputato Mazzei non manca di intervenire, questa volta affiancandosi ad Ugo La Malfa, con un emendamento inteso ad espungere dal primo comma dell'art. 34 del Progetto (ora 38) la locuzione "al mantenimento", quale attributo, distinto dall'assistenza sociale, del diritto previsto a favore del "cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari alla vita"[1715]. Nell'illustrare l'emendamento il deputato calabrese delinea una concezione cauta e realistica, anticipatrice dei tempi, della possibilità di prevedere oneri a carico della spesa pubblica, anche in ordine a situazioni estreme di disagio. Con il prevedere, sottolinea l'On.le Mazzei, un diritto al mantenimento, distinto dall'assistenza, "sembrerebbe che lo Stato voglia assumere rispetto ai cittadini un impegno aggiuntivo oltre agli impegni già presi con

[1713] Lc. ult. cit.
[1714] Vedi sempre l'intervento dell'On.le Mazzei , res. ult. cit., p. 3792.
[1715] Atti Ass. cost. seduta del 10 maggio 1947, res. sten. p. 3833.

ISSN 2279-7238

il complesso degli oneri assistenziali", impegno che nella sua ampia connotazione "non può che andare a carico della famiglia, non già dello Stato". Lo Stato, egli annota, ha il dovere dell'assistenza e l'assistenza ha una serie di gradi e, solo in qualche caso, giunge a quella intensità per cui si può dire che lo Stato mantiene gli inabili al lavoro. Ma formulare *sic et simpliciter* un "diritto ad essere mantenuti dallo Stato", appariva, a suo avviso, fuorviante sia ancora una volta per ragioni formali di tecnica giuridica, sia perché "in sostanza il mantenere gl'individui inabili non si saprebbe poi dove precisamente si fermi e quale onere importi per lo Stato, che di oneri ne ha fin troppi"[1716]. E qui, fondamentali appaiono le sue profetiche parole finali, secondo le quali, appariva evidente che " lo Stato repubblicano (questo Stato repubblicano ancora gracile) debba assumere solo gli impegni che può effettivamente mantenere"[1717].

L'area sindacale rappresenta sicuramente il terreno dove appare ancora più interessante esaminare il contributo di Vincenzo Mazzei alla Costituente, vista la parabola della sua attività scientifica iniziata, come si è visto, nell'ambito degli studi sull'ordinamento sindacalcorporativo fascista e la sua successiva attenzione, come si anticipava più sopra, per il pluralismo sociale nelle sue varie espressioni anche nel settore economico.

Il modello di sindacalismo del Mazzei, convinto sostenitore della democrazia pluralista, era stato da lui descritto, nel già citato volume del 1947, come il sindacalismo "critico", trascendente come tale il mero ambito della questione operaia, e operante come "metodo di organizzazione della libertà e della giustizia per tutte le categorie sociali e di educazione civile dei lavoratori[1718]. In quanto tale il sindacato, quale componente più importante del "Federalismo sociale" (che Mazzei definisce come la forma di organizzazione politica di sintesi e coordinamento delle autonomie), diviene "un organo primario per la costruzione della nuova democrazia", che deve essere presente in ogni sede rappresentativa istituzionale in modo che "la politica sia calata nel vivo dei concreti problemi collettivi, i quali sono sempre economico-sociali o, quantomeno, dalla situazione economico-sociale condizionati"[1719]. Corollario di tale cruciale posizione del sindacato, divengono allora, sempre secondo Mazzei, due connotati che tale istituzione deve possedere: la sua unicità all'interno di ogni categoria e la sua obbligatorietà. Per quanto riguarda il primo profilo, secondo Mazzei, se è unico il gruppo professionale, unico il movente che spinge i lavoratori a sindacarsi , unico l'interesse di classe in nome del quale il Sindacato parla ed agisce, unico deve essere il Sindacato[1720]. Per quanto riguarda il secondo profilo, sempre secondo Mazzei, se il sindacato è espressione genuina di una rappresentanza elettiva unitaria, le sue decisioni

[1716] Lc. ult. cit.
[1717] Lc. ult. cit. Sul tema della spesa pubblica e degli sprechi annessi, Mazzei ritornerà anni dopo partecipando con un intervento in un convegno dopo la relazione di S. BUSCEMA, pubblicato nel volume collettaneo A. C. JEMOLO ed altri (a cura di), *Lo sperpero del denaro pubblico*, Giuffrè, Milano 1965, p. 221 e ss.
[1718] V. MAZZEI, *La Repubblica dei Repubblicani*, cit., p. 35. Ancora una volta viene effettuato un riferimento alle radici del pensiero repubblicano e specificamente di Montanelli, a partire dalla Fratellanza artigiana d'Italia (ivi, p 43).
[1719] Op. ult. cit. ,p.36.
[1720] Ivi, p.37.

ISSN 2279-7238

non possono che essere vincolanti per tutti[1721]. Sembra così abbozzato un modello di rappresentanza degli interessi[1722], concorrente con la tradizionale rappresentanza politica, all'interno del quale il Sindacato assume una posizione preminente, ma rigorosamente apolitica (conservando i suoi connotati di formazione sociale autonoma), come viene a sottolineare il Mazzei, in quanto deve evitare di essere "strumento di manovre di parte, con evidente pregiudizio dei veri interessi degli associati[1723] , senza tuttavia escludersi una "benefica interinfluenza" con i partiti politici, i quali ultimi, nella distinzione di ruoli[1724], potevano così "affondare le radici nelle viscere profonde degli interessi sociali"[1725].

Sulla base dell'analisi di tale complesso retroterra, appare allora agevole ricostruire le scelte del deputato Mazzei alla Costituente.

Quest'ultimo infatti propone rispetto al testo dell'art. 35 del Progetto (ora 39) una riformulazione[1726] intesa, coerentemente con la sua visione, ad attuare il modello del sindacato unico giuridicamente riconosciuto, superando il sistema proposto nel Progetto di una organizzazione sindacale di tipo pluralistico, a sindacati concorrenti.

In particolare Mazzei pone l'accento, al riguardo, sulla criticità del concetto di "rappresentanza unitaria" contenuta nel terzo comma dell'art. 35, a suo avviso "assolutamente inconsistente", in quanto inattuabile in una logica pluralistica di sindacati, quale quella sancita dal primo comma, giuridicamente ognuno dotato di propria personalità giuridica ed in fatto diversi e solo artificiosamente ed in modo contingente tenuti insieme[1727]. La scelta da effettuare sarebbe stata, al più, tra un sistema di sindacati concorrenti, con piena libertà sindacale, secondo un principio rigorosamente liberistico ed un sistema ispirato ad un'organizzazione giuridica unitaria dei sindacati, superando la logica ritenuta spuria ed incerta dell'art. 35[1728]. Viene quindi evocato il modello del sindacato

---

[1721] Lc. ult. cit.

[1722] Il Mazzei riprenderà il tema anni dopo, in un intervento pubblicato su *Rass. Parl.* del 1960, p.1522, nell'ambito degli *Incontri sui problemi della Legislazione*, dedicato alla *Riforma del Senato*, dove afferma che il "pluralismo sociale, indeclinabile premessa filosofico-politica di una democrazia sociale che voglia preservare le libertà ed ottenerne il massimo dispiegamento, avrebbe potuto trovare nella seconda camera espressione specifica, arricchendo il nostro sistema rappresentativo e realizzando un Parlamento più rispondente alla reale vita sociale e politica del Paese", ciò anche in virtù del ruolo centrale attribuito dalla costituzione all'autonomia professionale mediante il Sindacato.

[1723] Lc. ult. cit.

[1724] Op. ult. cit., p.42, dove Mazzei mette in guardia contro i "sindacati asserviti a partiti politici" che perdono di vista la loro funzione di organizzazione professionale. Se sui partiti politici Mazzei non interverrà con organiche proposte durante i lavori della Costituente, tuttavia, il suo interesse per queste concorrenti articolazioni del pluralismo si manifesterà più avanti negli anni, con riflessioni sulla regolamentazione del partito, quale potere di fatto (V. MAZZEI, Intervento, in *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia- Soluzioni costituzionali* (Atti del Convegno dell'aprile-luglio 1963), Giuffrè, Milano 1964, p. 65 e ss.; ID., MAZZEI V., *Il finanziamento statale dei partiti politici*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol.II, ed. Vallecchi, Firenze 1969; ID, *Esigenze di attuazione della Costituzione italiana*, relazione al Convegno *La costituzione italiana: storicità ed attualità*, in *Annuario di Diritto comparato e di Studi legislativi* 1979, p. 83 e ss.

[1725] Op. ult. cit., p 38.

[1726] *Sostituire i commi secondo, terzo e quarto con un solo comma del seguente tenore*:
«La legge regola il riconoscimento giuridico dei Sindacati e determina le condizioni necessarie perché i contratti collettivi di lavoro abbiano efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali i contratti stessi si riferiscono».

[1727] *Atti Atti Ass. cost.* seduta 10 maggio 1947, res. sten. p.3845.

[1728] Lc. ult. cit.

ISSN 2279-7238

obbligatorio, da Mazzei ricollegato alla "vecchia tesi sostenuta dalla tradizione del sindacalismo riformista e perfettamente rispondente ad un moderno sindacalismo critico"[1729]. Solo il sindacato obbligatorio, secondo il deputato calabrese, avrebbe potuto creare la possibilità di spoliticizzare veramente l'organizzazione sindacale, costituendo un ente giuridico professionale -all'interno del quale tutte le varie forze sindacali, in vario modo politicamente qualificate, potevano, per così dire, circolare liberamente- in grado di stipulare contratti dotati di obbligatorietà erga omnes.

Interessante è, poi, l'indicazione che il Mazzei fornisce in ordine alla possibilità che la legge "sindacale", indicata nel suo emendamento quale forma di attuazione del modello prospettato, delineasse forme di realizzazione di una effettiva democrazia interna nelle organizzazioni sindacali[1730]. Al riguardo sottolinea la contiguità del suo emendamento con quello, ben noto, presentato da Mortati, inteso, tra l'altro, a prevedere per i sindacati, per poter partecipare a funzioni di carattere pubblico, un ordinamento di tipo democratico[1731].

Durante il suo intervento Mazzei, esprime, altresì, un giudizio negativo sulla Confederazione, considerata "riunione direi contingente, anzi senz'altro contingente, di questi sindacati, a titolo pseudo-federativo", aggiungendo "Poiché questo e nulla più è la tanto vantata unità sindacale attuale"[1732]. Di Vittorio, nella dichiarazione di voto con la quale annuncia il voto negativo del Gruppo comunista su tutti gli emendamenti presentati, incluso quello di Mazzei, non manca di spendere, allora, qualche critica nei confronti dell'idea del sindacato unico obbligatorio, qualificato in modo *tranchant*, senza cogliere, in realtà, la finezza delle argomentazioni di Mazzei, come" un sindacato burocratico, un sindacato di tipo fascista"[1733].

Alla fine l'emendamento Mazzei, come molti altri, viene respinto[1734].

In materia di diritto di sciopero, come è noto, la formulazione proposta nel Progetto era estremamente sintetica[1735]. Nella Relazione di accompagnamento al Progetto di Meuccio Ruini si legge che "La dichiarazione pura e semplice del diritto di sciopero è prevalsa sulle altre tesi che la costituzione ne tacesse, o la subordinasse a norme di legge. Si è con ciò

[1729] Lc. ult. cit. Il modello del sindacato obbligatorio era emerso, per altro, nella forma dell'ente di diritto pubblico, quale oboettivo della componente cattolica della Confederazione sindacale nata dopo il Patto di Roma del 1944 (su tale profilo vedi P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra,* Il Mulino, Bologna 1977, p. 32).
[1730] Res. ult.cit. lc.
[1731] Res. cit., p. 3846. Da tale pagina inizia anche l'intervento di Mortati a sostegno dei suoi emendamenti. Come è noto, l'indicazione presente nell'art. 39 Cost. sull'obbligatorietà dell'ordinamento interno democratico al fine della registrazione, scaturì dalla recezione di una parte dell'emendamento di Mortati, in altro emendamento presentato dal Gruppo comunista in extremis, sempre alla seduta del 10 maggio 1947.
[1732] Lc. ult. cit.
[1733] Res. cit., p.3855. Afferma Di Vittorio: "Infatti, in Europa i sindacati obbligatori sono stati istituiti soltanto nei Paesi fascisti ed in quelli che hanno voluto in qualche modo imitare il fascismo. In nessun Paese democratico si è mai parlato di un sindacato unico obbligatorio, né vi è una corrente democratica qualsiasi che sostenga il sindacato obbligatorio".
[1734] Il tema del sindacato ritorna nel pensiero di Vincenzo Mazzei nel 1979 (V. MAZZEI, *Esigenze di attuazione della Costituzione italiana*, cit., p. 85 e ss.), allorchè, molti anni più tardi, critica lo sconfinamento di ruolo di tale istituzione nell'ambito politico ed auspica una, ancora per lui possibile, attuazione dell'art. 39 Cost. intesa a restituire al sindacato stesso la sua pura funzione di rappresentanza degli interessi di categoria e di stipula dei contratti collettivi (ivi, p. 87).
[1735] Art. 36: "Tutti i lavoratori hanno diritto di sciopero".

ISSN 2279-7238

voluto affermare più vigorosamente, e senza restrizioni, quel diritto, ma non si è escluso dai sostenitori della tesi prevalente che la legge possa provvedere alla sua applicazione".

A fronte di un dibattito che, quindi, si era dipanato già pregiudizialmente sulla opportunità o meno di prevedere lo sciopero nel testo costituzionale, la proposta presentata dal deputato Mazzei, appare ancora una volta lungimirante, in quanto, da un lato, condivide la necessità del riconoscimento esplicito, ma, dall'altro, aggiunge la previsione nel testo di una attuazione legislativa specificamente finalizzata ad "assicurare le funzioni essenziali della vita dello Stato", tema che sarà cruciale, come ben noto, nel dibattito italiano e che avrebbe portato solo poco più di quarant'anni dopo all'emanazione della legge 12 giugno 1990, n. 146 [1736].

La concezione generale dello sciopero che il deputato Mazzei esprime alla Costituente parte dal deciso rifiuto di un suo inquadramento nell'area della libertà del lavoro, quale, sostanzialmente, pretesa "facoltà data a tutti di abbandonare il lavoro"[1737]. La collocazione che egli invece dà dell'istituto è nell'area della legittimazione di un atto che è in principio arbitrario (egli usa il termine volutamente forte di "atto di violenza" [1738]) al fine del riequilibrio della "diseguaglianza» dei contraenti nel contratto di lavoro, che rende conforme al diritto un atto che, altrimenti, costituirebbe un inadempimento secondo le ordinarie regole civilistiche. Si tratta quindi di una forma di anche rilevante pressione sociale, una forma di autotutela, conferita alla parte debole per costringere l'altra a modificare le originarie condizioni contrattualmente stabilite".

E' da quella che egli definisce la "funzionalità sociale del diritto di sciopero" che, secondo il deputato Mazzei, occorre, allora, partire per configurare limiti al diritto di sciopero, nel senso che questo diritto, come ogni altro diritto, non può essere esercitato contro quella specifica "funzione sociale alla quale esso risponde"[1739].

Sulla base di tale ragionamento il deputato calabrese esclude la titolarità del diritto di sciopero in capo a "quelle categorie di lavoratori che non si trovano nella condizione di avere di fronte un datore di lavoro che ha interessi privati diametralmente opposti" e cioè per i dipendenti statali, per i quali non sussiste un contratto di lavoro quale "risultato di uno sforzo che l'imprenditore da una parte e il salariato dall'altra parte fanno per ottenere ciascuno di più, per aver retribuito meglio il contributo che portano all'opera comune: la produzione"[1740].

Lo Stato democratico, a suo avviso, non può essere, nei confronti di chi agisce per suo conto, una controparte portatrice di interessi opposti da comporre, in una logica di disparità

[1736] La formulazione è il frutto di un ampliamento di un testo precedente più semplice, come l'On.le Mazzei stesso specifica alla seduta del 12 maggio 1947 (Atti Atti Ass. cost. res. sten p.3903 e ss.) ed è intesa a "chiarire il criterio secondo il quale si potrà dal legislatore futuro stabilire dei limiti al diritto di sciopero".

[1737] Res. ult. cit., lc. ult. cit. Afferma Mazzei che "Se così fosse, si avrebbe, a tacer d'altre, questa conseguenza: che il crumiraggio, a sciopero avvenuto, sarebbe altrettanto legittimo e sacrosanto — non solo da un punto di vista giuridico, ma anche da un punto di vista morale — quanto lo sciopero stesso. Poiché è chiaro che anche colui che invece di abbandonare il lavoro vuole continuare a lavorare, esercita il suo diritto di libertà del lavoro".

[1738] Res. ult.cit,p. 3904.

[1739] Lc. ult. cit.

[1740] Lc. ult. cit.

ISSN 2279-7238

iniziale dei contraenti nel contratto di lavoro. In altri termini, secondo Mazzei, "[n]on ha senso, in un moderno Stato sociale, lo sciopero contro lo Stato. Lo Stato, egli ricorda, è un complesso di istituzioni e di organi che vengono espressi dalla collettività nazionale, ed è chiaro che la collettività nazionale, se organizzata democraticamente mediante rappresentanze scelte liberamente, non può permettere che la volontà particolare di un gruppo o di una categoria tenti di esercitare pressioni e si contrapponga alla volontà generale. Sotto tale punto di vista, il deputato Mazzei, realisticamente, non disconosce "che vi sono casi in cui lo Stato, non ancora pienamente democratizzato, non tutela adeguatamente tutte le categorie, e vi sono anche casi in cui lo Stato, per ragioni di squilibrio finanziario e di scarsezza di mezzi, finisce per sacrificare determinate categorie di suoi funzionari", ma questa è, a suo avviso, la patologia del sistema, che va combattuta, restando saldo il quadro di principio delineato.

Il modello che l'On.le Mazzei intravede, attraverso la legge attuativa prevista nel suo emendamento è quella della estrema attenzione e dei massimi limiti per chi esercita direttamente funzioni pubbliche fondamentali, mentre per le altre categorie di dipendenti dello Stato e degli Enti pubblici o esercenti pubblici servizi, operanti nell'area della gestione, avrebbero potuto essere previste forme di preavviso e modelli di arbitrato obbligatorio[1741]. In ogni caso ciò che il Mazzei sottolinea è che dall'esercizio di questa libertà "non venga un danno alla vita democratica dello Stato repubblicano" e che, in generale, lo sciopero sottende una "profonda drammaticità sociale", verificandosi casi di cittadini che si vedono costretti dal sindacato a scioperare, anche se non ravvisano tutti i motivi per arrivare allo sciopero, rinnovandosi, a suo avviso, l'antinomia, che Proudhon (autore come noto preferito da Mazzei) ravvisò tra l'esigenza della libertà del lavoro e l'altra non meno sacra e feconda della solidarietà operaia[1742].

Il tema dell'impatto dello sciopero sulla vita democratica era stato condiviso nel dibattito anche dall'On.le Clerici, che aveva presentato un emendamento inteso a vietare lo sciopero per i soli esercenti funzioni pubbliche ed a prevedere l'arbitrato obbligatorio per le controversie riguardanti tali funzionari[1743] . Nel dibattito stesso erano emersi, altresì, gli eco di un recente sciopero dei magistrati che aveva sollevato scalpore proprio in relazione al quadro problematico sopra tracciato[1744]. Alla fine il tema, come è noto, rimase assorbito nell'approvazione dell'emendamento Merlin che, attraverso il generico riferimento all'esercizio dello sciopero "nell'ambito delle leggi che lo regolano", rinviava alle scelte del futuro legislatore anche tale questione[1745].

[1741] Res. ult. cit., p. 3905. Afferma Mazzei: "È chiaro che è assurdo lo sciopero dei carabinieri, come è assurdo lo sciopero delle guardie municipali, come è assurdo anche lo sciopero dei magistrati, come sarebbe assurdo lo sciopero dei prefetti e voi lo vedete subito che è assurdo. Perché un depositario del pubblico potere che sciopera, sciopera in sostanza contro il potere legislativo, perché è il legislativo che regola, in una corretta democrazia repubblicana, le condizioni di lavoro delle predette categorie".

[1742] Lc. ult. cit.

[1743] Res.ult. cit. p. 3907 e ss.

[1744] Lc. ult. cit.

[1745] In tale prospettiva, il Gruppo repubblicano votò, alla fine, per l'emendamento Merlin. Come ebbe modo di specificare in seduta l'On. Le Camangi, "per noi repubblicani il diritto di sciopero era ed è, naturalmente, fuori

ISSN 2279-7238

4.3 L'apporto ai temi dell'organizzazione dello Stato

Meno intenso sul piano quantitativo, ma non su quello qualitativo appare il contributo di Vincenzo Mazzei alla parte II della Costituzione[1746].

Il suo pensiero sulla parte relativa all'ordinamento dello Stato, quale emersa nel Progetto, il deputato calabrese lo aveva iniziato ad esprimere, in realtà, quando ancora non ne era iniziato l'esame, in sede di discussione sulla disciplina del sindacato. In quell'occasione, nell'esporre la sua interessante ma difficile idea di sindacato obbligatorio, sconsolatamente afferma che "[p]er questo presento il mio emendamento, anche se mi rendo conto della difficoltà che l'Assemblea, quasi tutta orientata in altro senso, trova a prendere in esame un problema di fondo quale è quello da me posto"[1747]. Subito dopo chiarisce cosa significhi "Assemblea quasi tutta orientata in altro senso". Per Mazzei il compito della Costituente, da lui, come si rilevava più sopra, sin da subito evocato in senso rivoluzionario, quale "costruzione di una nuova democrazia", non era stato svolto secondo le sue aspettative. Ciò, a suo avviso si sarebbe visto meglio quando si sarebbe passati a trattare dei successivi titoli riguardanti l'ordinamento dello Stato. Sarebbe allora emerso che non era stato fatto "neppure quel poco che da noi si poteva legittimamente aspettare, cioè a dire, di dare al Paese per lo meno un regime parlamentare rettificato"[1748].

Alla fine, quando si passò realmente alla discussione del Progetto, il deputato Mazzei disvelò la sua visione della "rettificazione" del regime parlamentare, che si dimostrò molto equilibrata e non pendente in modo decisivo solo sul versante dell'esecutivo.

Significativo appare il suo apporto al tema di rapporto fiduciario.

In sede di discussione della disposizione risultante dall'unificazione in unico testo degli art. 87 ed 88 del Progetto, poi trasfusa nell'attuale art. 94, Vincenzo Mazzei presenta, infatti, un emendamento sulla disciplina della mozione di sfiducia, che nel Progetto stesso era configurata come necessariamente motivata e firmata da un quinto dei componenti della Camera di riferimento, con il divieto di discussione prima che fossero decorsi tre giorni dalla presentazione. La modifica proposta si incentra sulla abolizione del limite della firma da parte di almeno un quinto dei componenti della camera di riferimento (in tal modo la mozione può essere presentata anche da un solo parlamentare) e sullo spostamento del limite al momento in cui la mozione, messa all'ordine del giorno[1749], deve essere discussa.

---

discussione, come tutti i diritti di libertà" e, pertanto, a suo dire, la presentazione dell'emendamento Mazzei rappresentava solo la preoccupazione circa la salvaguardia del regolare funzionamento dell'attività dello Stato repubblicano. L'emendamento Merlin tranquillizzava questa preoccupazione e per questo che sarebbe stato votato al posto dell'emendamento Mazzei

[1746] La acutezza di analisi in tema di forma di governo di Mazzei si manifesta anni dopo nell'ambito di un dibattito sulla *Crisi di governo nel sistema costituzionale italiano*, pubblicato in *Rass. Parl.* 1960, p. 858 e ss. , nel quale vengono compiute riflessioni di estrema attualità sul ruolo del Capo dello Stato nella nomina del Ministri.

[1747] *Atti Atti Ass. cost.* seduta 10 maggio 1947, res. sten. p.3846.

[1748] Lc. ult. cit.

[1749] Al riguardo, come specificato dall'On.le Mazzei e confermato dal Presidente Terracini in sede di discussione (Atti Atti Ass. cost., seduta del 24 ottobre 1947, res. sten., p.1535), occorreva ritenere che la presentazione della mozione

ISSN 2279-7238

Infatti, per procedere alla discussione, occorre che si pronuncino, pregiudizialmente e favorevolmente, almeno un quarto dei componenti della camera di riferimento.

In sede di illustrazione dell'emendamento, il deputato Mazzei fa presente come la sua proposta sia in linea con la finalità perseguita dalla Commissione dei 75 in sede di stesura della disposizione e cioè quella "di assicurare quanto più possibile la stabilità dei Governi in regime parlamentare e cercare di far sì che il regime parlamentare non decada facilmente in parlamentarismo"[1750]. Tuttavia, la sua reale preoccupazione si disvela subito dopo, quando afferma che il modello della Commissione rischia di pregiudicare le minoranze, prevedendo un numero elevato di firmatari. Il meccanismo da lui proposto avrebbe consentito, invece, di far arrivare la mozione dinanzi alle Camere, anche ad opera di un solo firmatario o di gruppi parlamentari esigui, lasciando poi ad un numero più consistente di parlamentari (un quarto od un quinto al limite) la decisione di passare alla discussione ed al voto sulla mozione[1751]. In tal modo, secondo Mazzei, si sarebbe contemperata l'esigenza della stabilità dei Governi e dell'eliminazione dei dibattiti con scarsa probabilità di alcun concreto risultato, con l'esigenza di non escludere e non menomare l'esercizio pieno del diritto di opposizione da parte dei gruppi di scarsa consistenza numerica e dei singoli deputati.

Gli elementi originali della proposta consistono, in effetti, nella visibilità che parti anche sparute dell'opposizione avrebbero potuto avere in sede parlamentare, anche considerando la pubblicità delle sedute e (con gli occhi dell'oggi) la possibilità di un indotto mediatico, mentre la previsione di un serio limite al passaggio alla votazione, avrebbe consentito di evitare colpi di mano.

L'assemblea, come è noto, alla fine, affrontò le problematiche che la proposta Mazzei aveva fatto emergere, limitandosi ad abbassare il quorum delle firme per la mozione di sfiducia ad un decimo dei componenti), mediante l'approvazione dell'emendamento Targetti[1752]. Tale soluzione, a stretto rigore non coglieva a pieno, ancora una volta, la finezza della costruzione del Mazzei, ma, nel corso del dibattito, Tosato, a nome della Commissione, dinanzi alla richiesta del deputato calabrese di esprimere il parere sull'emendamento, liquidava sbrigativamente la questione, affermando che "date le ragioni per cui abbiamo stabilito il requisito di un decimo, non mi pare che possiamo accogliere la proposta dell'onorevole Mazzei". Alla fine, messo comunque in votazione, l'emendamento non passa.

---

rendeva obbligatoria la sua inserzione nell'ordine del giorno e che essa non avrebbe potuto essere insinuata in fine della seduta, come una qualsiasi comunicazione ordinaria.

[1750] Atti Atti Ass. cost., seduta del 24 ottobre 1947, res. sten., p.1528. Mazzei ribadisce ancora questo concetto, affermando che "noi I repubblicani, sentiamo fermamente l'esigenza della stabilità dei Governi, esigenza inderogabile per chi non vuole ricadere nel vecchio parlamentarismo e vuole viceversa creare una democrazia nuova, rettificando alla luce dell'esperienza politica del nostro e degli altri Paesi, lo schema tradizionale del regime parlamentare per adeguarlo di tempi nuovi.

[1751] Res. cit., p,1529.

[1752] Res. cit., p. 1526.

ISSN 2279-7238

Per completare la ricostruzione di tale parte dell'apporto di Vincenzo Mazzei alla Costituente, va fatto un breve accenno ad un intervento di ampio respiro, effettuato al di fuori dei lavori sul testo costituzionale, sul profilo del sistema elettorale, in sede di approvazione della legge 6 febbraio 1948 n. 29 per l'elezione del Senato.

In quella sede, il deputato calabrese si schiera a favore della proposta emersa in sede di Commissione da parte della minoranza, di combinare il sistema proporzionale con quello uninominale.

Dopo un primo intervento nel quale evidenzia come la dichiarata motivazione della proposta della minoranza risieda nell'esigenza di coordinare il sistema elettorale scelto per il Senato con il principio fissato dalla Costituzione, secondo il quale il Senato è a base regionale [1753], l'On.le Mazzei passa ad una acuta analisi critica delle motivazioni che sorreggono a loro volta la soluzione pura dell'uninominale, delineando un orizzonte di riflessione di più ampio respiro.

A suo avviso, la tesi di fondo dei sostenitori, in quella sede, dell'uninominale era che tale sistema elettorale potesse servire non solo a differenziare la composizione della seconda camera, ma anche e soprattutto a "mettere un po' in movimento la situazione politica italiana, nel senso di sbloccare la cosiddetta partitocrazia", correggendo quello che poteva essere un difetto del sistema democratico e, cioè, di "avere troppe forze organizzate e di vedere qualche volta sacrificata la più ampia libertà e lo sviluppo dell'autonomia individuale alle esigenze di partito" [1754]. In ordine a tale impostazione il deputato calabrese mette in evidenza come essa non tenga conto della profonda mutazione della realtà dei tempi che aveva visto il consolidarsi dei partiti di massa, come partiti organizzati e stabili, rispetto ai quali l'adozione del sistema proporzionale aveva rappresentato il necessario adeguamento alla loro presenza, al fine precipuo della tutela delle forze politiche minori, secondo una logica di effetto e non di causa rispetto all'ampliarsi del fenomeno partitico nelle dimensioni contemporanee[1755]. In tal modo Mazzei intravede, con uno sguardo, che, rispetto ai suoi contemporanei, appare in grado di vedere molto lontano, la problematica di un maggioritario uninominale non già, anacronisticamente in grado di restituire l'elitaria rappresentanza personalistica dell'epoca liberale, ma di potenziare in modo eccessivo i grandi partiti, secondo quello che poi si è dipanato, nel dibattito attuale. nel conflitto rappresentanza vs. governabilità.

5. Conclusioni.

Riguardando la parabola esistenziale di Vincenzo Mazzei, come sopra si è tentato di ricostruire, emerge come egli abbia portato con sé il travaglio di una generazione nata e cresciuta per intero, al momento della prima giovinezza, nel momento cruciale per la

[1753] Atti. Atti Ass. cost., seduta del 21 gennaio 1948, res. sten. p. 3830.
[1754] Ivi, seduta del 25 gennaio 1948, p. 3956.
[1755] Lc. ult. cit.

ISSN 2279-7238

propria formazione, nel clima del fascismo consolidato e apparentemente trionfante. Ha quindi subìto, inevitabilmente il malsano fascino di una pesante ideologia, che vellicava demagogicamente anche la naturale apertura per un giovane dal cuore indubbiamente generoso, per le esigenze del sociale.

Tuttavia, come altri di quella generazione, ebbe modo di avvertire fin da subito un senso di insoddisfazione e di dubbio, che all'inizio si manifestò all'interno del recinto ideologico fascista, al fine di un suo illusorio cambiamento, per la realizzazione di quelle promesse ideali non mantenute, ma poi, dinanzi alle scellerate scelte razziali e agli orrori sempre più vicini della guerra, avvenne in lui la convinta e totale conversione agli ideali della democrazia pluralista.

La fucina in cui tale processo virtuoso si innescò, fu indubbiamente La Sapienza della fine degli anni trenta e dei primi anni quaranta, dove i giovani studiosi come Vincenzo Mazzei ebbero modo, attraverso, specie nel suo caso, la riflessione, molto precoce, sui classici del pensiero filosofico-politico ed un reciproco confronto, di maturare la rottura con il regime forse più rapidamente e in modo netto rispetto ad altri loro colleghi più anziani, che per altro, diedero successiva prova di grande apporto alla costruzione della democrazia[1756].

Nel caso di Vincenzo Mazzei che, possiamo dire, pur calato nel fascismo non fu mai sostanzialmente fascista, ha giocato sicuramente, come si è evidenziato più sopra, il forte radicamento della sua visione nel pensiero di Mazzini, di Pisacane, nel pensiero azionista e nel socialismo utopistico, gradualmente decantato dalle distorsioni e della strumentalizzazioni che, dei primi due, il fascismo, che tentava di rinnovarsi nel suo ultimo periodo, aveva elaborato.

E' tale visione, connotata di forti spunti originali e confrontata con il pensiero del nuovo Partito d' Azione e poi con i Repubblicani, che egli ha portato alla Costituente, dove, pure rendendosi conto che i giochi spesso venivano fatte nelle segrete stanze della politica, non esitò a farsi portatore di originali proposte ed a sostenerle sempre, senza tentennamenti e senza mai scoraggiarsi, con la forza degli argomenti.

Mi piace concludere queste pagine -dedicate ad una persona che è nata nella stessa città dove ho trascorso la mia infanzia e prima giovinezza e, per una strana combinazione, nello stesso mese ed anno di mio padre, anch'egli appartenente a quella terra di Calabria- ricordando un Prof. Mazzei più che ottuagenario, invitato, assieme ad Antigono Donati e Luigi Preti, ad un incontro, nel 1994, sulla proposta di legge Rotondi, intesa ad una riforma della parte seconda della costituzione, realizzata mediante una nuova assemblea costituente[1757]. Il disegno di legge (art. 2 comma 2) prevedeva che di tale nuova assemblea

[1756] Come ricorda F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana dal Fascismo alla Repubblica* cit., p. 9, a proposito di Mortati, che secondo Mario Galizia al crollo del regime pianse e interpretava la vicenda del 25 luglio criticando, anche in prosieguo, l'azione della monarchia nel non aver mantenuto le regole prospettate dalla legge sul Gran Consiglio del Fascismo.

[1757] AC n. 118 del 15 aprile 1994, Rotondi ed altri "*Elezioni di un Assemblea per la riforma della costituzione*" . L'intervento è reperibile su www.radioradicale.it

ISSN 2279-7238

facessero parte gli ex appartenenti alla Costituente del 1946, quali membri di diritto, ma con funzioni puramente consultive.

Con antico orgoglio Vincenzo Mazzei criticò quella scelta, come egli disse, di "membri di serie B" per gli ex costituenti, dichiarando comunque la piena e sincera disponibilità, anche se da esterno, a dare il suo contributo, avvertendo tuttavia che la Costituzione è come un castello di carte: puoi provare a spostare delicatamente qualche carta, ma se sposti quella sbagliata cade tutto e bisogna ricominciare tutto da capo, "costruendo sul niente" e, questo, egli aggiunge, è molto rischioso, perché dipende da chi è il protagonista di tale costruzione.

ISSN 2279-7238

Family reunification in international law: the current united nations legal framework and the practice of human rights bodies*

di Luigino Manca**

Content: 1. Introduction. - I. The United Nations Human Rights Framework and Family Reunification. 1. From the Declaration of Human Rights to the UN Covenants: The Indirect Protection of Family Reunification and the Practice of the UN Human Rights Committee. - 2. The UN Convention on the Rights of the Child. - II. Family reunification in the International legal instruments concerning refugees and migrants. - 1. The 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees and the Standard-Setting Role of the UNHCR Executive Committee. Introductory Observations on the General Practice Concerning the Adoption of Conclusions and their Legal Impact. - 1.1. More Specifically: The Conclusions Relating to Family Reunification. - 2. The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrants Workers and Members of their Families (ICMW). A Missed Opportunity to Strengthen the Protection of Family Reunification at Universal Level. - III. The Practice of other United Nations human Rights bodies. - 1. The Contribution of the Human Rights Council to the Promotion of Family Reunification and the Practice of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. - IV. Concluding Remarks.

1. Introduction

Il According to recent statistical data residence permits for family reasons have been the type most frequently issued in the regional context of the European Union[1758]. In several countries (for instance Germany, Luxembourg, Italy and Spain) "family reasons accounted for more than 50% of all first permits issued"[1759]. These data reveal an important but perhaps unsurprising feature, i.e. that movements for family reasons constitute a significant part of the migration flows in the European area. As known, the term "family reasons" applies to a broad and general category of residence permits that also includes the ones issued for family reunification.

Generally speaking, there is no doubt that family reunification is seen as one of the fundamental pillars of the family life of immigrants and beneficiaries of international protection. In this perspective, in order to promote and protect family unity, the inclusion

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatore di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

[1758] Data referred to 2015 and released in 2016. See EUROSTAT, Statistic Explained available at: http://ec.europa.eu/eurostat/statisticexplained/. (Last access: June 2017.

[1759] *Ibidem*.

ISSN 2279-7238

at domestic level of specific and adequate legislative measures aimed to ensure reunion with family members must be made a priority. Moving from theory to practice, unfortunately, a quick overview of the domestic laws of several European States reveals the presence of restrictions that may constitute an obstacle to family reunion[1760], in spite of the widely recognised importance of the family unity goal.

Under these circumstances, broadly speaking, all States are encouraged to introduce and strengthen national policies on family reunification, taking into particular account the relevant international obligations.

With this in mind, we must underline that, from the point of view of international law, family reunification is regulated, directly or indirectly, by several international legal instruments at universal and regional level, especially – in the latter regard – within the institutional framework of the European Union[1761]. Therefore, an overview of the international legal framework applicable to family reunification would help us identify the main legal obligations of the States.

However, we should also specify in advance that the analysis of the regional legal instruments is not included in this study, although some unavoidable references will be made with regard to specific issues and in a comparative key. The actual purpose of this contribution is to discuss the current legal framework on family reunification at universal level and, more specifically, in the United Nations context.

From a methodological point of view, the first part of the study will be an in-depth analysis of the main relevant human rights international instruments, both those of a general character (such as the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights) and those devoted to the protection of specific groups of individuals, in particular the Convention on the Rights of the Child (a very interesting treaty indeed, in that various parts of it make direct and specific references to family reunification, as will be discussed further on). This will be followed by a study of the specific international instruments aimed to promote and protect the rights of refugees and migrants.

The analysis in its whole will not only focus on normative standards but also pay close consideration to the practice of the pertinent monitoring bodies, some of which have in

[1760] According to recent data of the European Union Agency for Fundamental Rights, in fact, "some EU Member States have reduced the timeframe for lodging an application for preferential family reunification, or have made fulfilling necessary conditions more burdensome". See European Union Agency for Fundamental Rights, Thematic Focus: Family Tracing and Family Reunification, available at: http://fra.europa.eu/en/theme/asylum-migrationborders/overviews/focus-family. (Last access: October 2017).

[1761] More important is also the contribution of the Council of Europe. Within this regional Organization, family reunification is regulated by numerous soft law acts adopted both by the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly and by some treaties. In this latter regard see, in particular, the European Social Charter adopted in 1961 (Art. 19, para. 6). This provision was reiterated, without amendments, by the following 1996 European Social Charter (Revised). To complete this brief legal overview, we should also recall that while the European Convention on Human Rights (ECHR) does not explicitly regulate family reunification, it is widely known that, thanks to the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR), the right to family reunification is included in the sphere of application of Art. 8 ECHR, devoted to the protection, *inter alia*, of the right to family life.

ISSN 2279-7238

fact provided significant contributions to the development of international standards in the field of family reunification.

I. The United Nations Human Rights Framework and Family Reunification.

1. From the Declaration of Human Rights to the UN Covenants: The Indirect Protection of Family Reunification and the Practice of the UN Human Rights Committee

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted by the General Assembly in 1948 in Paris[1762], does not contain a specific rule concerning the right to family reunification. However, one may argue that this right is indirectly protected by Art. 16, para. 3 relating to family rights, in particular by the passage stating that "[t]he family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State". Similarly, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted in 1966[1763], does not expressly include the right to family reunification among the list of rights protected; as the relevant provisions are formulated along the lines of the Universal Declaration, the Covenant also includes a specific provision dedicated to the protection of the family (Art. 23). In this respect, the wording of Art. 23, para. 1 of the Covenant is substantially identical to that of the Universal Declaration and it merely provides that the "family" is "[…] the natural and fundamental group unit of society and is entitled to

[1762] See the General Assembly Resolution 217 A (III) of 10 December 1948. There is an abundance of literature on the UDHR: see, among others, G. SPERDUTI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 1950, pp. 216-235; R. CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, in *Recueil des cours*, 1951, pp. 237-367; J. P. HUMPHREY, *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character*, in B. G. RAMCHARAN (*ed.*), *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, L'Aja, 1979, pp. 21-37; M. R. SAULLE, *I sessant'anni della Dichiarazione universale dei diritti umani*, in G. TARANTINO (a cura di), *Vita, libertà e sicurezza della persona nella Costituzione italiana e nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. Atti delle giornate di studio (Università del Salento, 23-25 ottobre 2008), Napoli, 2011, pp. 133-139; L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 67-77; C. ZANGHÌ, *La tutela internazionale dei diritti umani*, 3nd ed., Torino, 2013, pp. 19-29; F. KLUG, *The Universal Declaration of Human Rights: 60 Years on*, in *Public Law*, 2009, pp. 205-217; M. R. ISHAY, *The Sixtieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: Exploring the Past, Anticipating the Future*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2010, pp. 639-654; U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012.

[1763] See the General Assembly Resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966. For an analysis of this Covenant see, among others, F. CAPOTORTI, *Patti internazionali sui diritti dell'uomo. Studio introduttivo*, Padova, 1967; G. GAJA, *I Patti internazionali sui diritti economici, sociali e culturali e sui diritti civili e politici*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI, *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Padova, 1981, pp. 47-63; L. HENKIN, *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1981; F. POCAR, I. VIARENGO, *Il Patto internazionale sui diritti civili e politici*, Milano, 2004, M. NOVAK, *The International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, 2nd ed., 2005; L. PINESCHI, *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in Id. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, op. cit., pp. 78-128; C. ZANGHÌ, *La tutela internazionale dei diritti umani*, op. cit., pp. 100-107; E. DECAUX (sous la dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques: commentaire article par article*, Paris, 2011; S. JOSEPH, M. CASTAN (eds.),*The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 3nd ed., Cambridge, 2013.

ISSN 2279-7238

protection by society and the State"[1764]. The subsequent paragraphs of the rule, provide, *inter alia,* for the right of men and women – of marriageable age – to marry and to found a family (para.2)[1765]. However, it is important to note that neither of these international legal instruments contains a definition of the term "family"[1766], due to the lack of a universally agreed definition.

Under the ICCPR, the mentioned rule constitutes, without a doubt, the main legal frame of reference governing the right to family reunification. Nevertheless, in this context, it is also important to note that the rule must be read in conjunction with Art. 2, which prohibits any form of discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Covenant[1767].

After these preliminary remarks, we may now proceed to the analysis of Art. 23. First of all, it should be made clear that this rule is not self-executing, and that this interpretation has been confirmed by the Committee established to oversee the implementation of the Covenant (the so-called "Human Rights Committee", CCPR)[1768]. As the monitoring body stressed in its General Comment No. 19 "[…] ensuring the protection [provided by Art. 23] requires that States parties should adopt legislative, administrative or other measures"[1769]. In other words, we might say that the rule imposes on States positive obligations aimed to protect the family.

The next consideration concerns the scope of application of the rule. From this point of view, the aforementioned monitoring body pointed out that "the right to found a family", protected by Art. 23, para. 2, of the Covenant "[…] implies, in principle, the possibility to procreate and *live together*"[1770]. Sensing a necessity to specify these concepts further, the CCPR went on to note that the possibility to live together "*implies the adoption of appropriate*

[1764] A similar wording was also included in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (see Art. 10, para. 1) approved by the General Assembly with the aforementioned Resolution 2200A.

[1765] It is important to point out that this restrictive approach relating to the concept of family, enshrined in the aforementioned provision, was amended by monitoring body of the Covenant which has developed a more wide and inclusive concept of family. This practice will be mentioned further in this work.

[1766] For an overview of the international legal framework relating to the protection of the family see, among others, OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS AND THE DEPARTMENT FOR ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, New York, 1999; M. R. SAULLE, *Famiglia e diritto internazionale*, in *Iustitia*, 1999, pp. 306-315.

[1767] More specifically, the provision contains a non-exhaustive list of forbidden grounds of discrimination. According to Art. 2 "[e]ach State Party to the […] Covenant undertakes to respect and to ensure to *all individuals* within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the […] Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status" (emphasis added).

[1768] On the practice of this Committee see generally S. GHANDHI, *The Human Rights Committee of the International Covenant on Civil and Political Rights: Practice and procedure in the New Millennium*, in *Indian Journal of International Law*, 2008, pp. 208-231; Y. TYAGI, *The UN Human Rights Committee: Practice and Procedure*, Cambridge, 2011.

[1769] See CCPR Committee, General Comment No. 19 (1990): Article 23 (Protection of the Family), para. 3. The adoption of General Comments is a consolidated practice not only of the CCPR but also of other UN treaty bodies. On this topic see generally H. KELLER, L. GROVER, *General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy*, in H. KELLER, G. ULFSTEIN (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge, 2012, pp. 116-198; E. KLEIN, D. KRETZMER, *The UN Human Rights Committee: The General Comments. The Evolution of an Autonomous Monitoring Instrument*, in *German Yearbook of International Law*, 2016, pp. 189-229.

[1770] Emphasis added.

ISSN 2279-7238

measures, both at the international level and as the case may be, in cooperation with other States, *to ensure the unity or reunification of families,* particularly when their members are separated for political, economic or similar reasons"[1771]. In other words, the format of Art. 23 has been interpreted to give additional weight to the issue of family reunification.

This milestone interpretative approach has been confirmed by the practice of the monitoring body in regards to reporting and individual complaint procedures. With respect to the former mechanism, the CCPR, in a number of Concluding Observations, has often invoked Art. 23 to express its disappointment and to make specific recommendations to States parties when necessary: for instance, the monitoring body has expressed concern about the length of family reunification procedures for recognised refugees[1772] or about some legal restrictions on the definition of eligible "family members"[1773]. More recently, the CCPR has also expressed concern on legislative amendments to the Aliens Act adopted by Denmark, which introduce "restrictions on family reunification for persons under temporary protection status"[1774], requiring them, in particular, to have held a residence permit for more than three years. In this case, the monitoring body has called upon the State "to reduce the duration of residence required of persons under temporary protection in order for them to obtain family reunification, in compliance with the Covenant"[1775].

On the other hand, with regards to complaint procedures, the monitoring body has only had the opportunity to deal with family reunification in a few individual cases.

The case of *Benjoumin Ngambi, Marie-Louise Nébol v. France* is an important example wherein the monitoring body clarified its position on the right to family reunification[1776]. The authors, of Cameroonian origin and under refugee status in France, claimed to be the victims of violations of Art. 17, relating to the right to family life[1777], and of the quoted Art. 23 of the Covenant.

The CCPR ruled that the communication was inadmissible, but, interestingly, it also noted that "Art. 23 […] guarantees the protection of family life *including the interest in family reunification*"[1778]. To this end, the CCPR "recalls" that the term "family […], must be understood broadly as to include all those comprising a family as understood in the society

[1771] See CCPR Committee, General Comment No. 19 (1990), quoted, para. 5). Emphasis added.
[1772] See CCPR Committee (2008), Concluding Observations, France, CCPR/C/FRA/CO/4. On this practice, see S. JOSEPH, M. CASTAN (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentaries*, cit., p. 675.
[1773] See CCPR Committee (2007), Concluding Observations, Austria, CCPR/C/AUT/CO/4). See, again, S. JOSEPH, M. CASTAN (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentaries*, cit.
[1774] See CCPR Committee (2016), Concluding Observations, Denmark, CCPR/C/DNK/CO/6, para. 35).
[1775] *Ibid*., para. 36.
[1776] See CCPR Committee (2004), Communication No. 1179/2003, *Benjoumin Ngambi, Marie-Louise Nébol v. France,* CCPR/C/81/D1179/2003.
[1777] Art. 17 read as follows: "1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his […] family […]. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks".
[1778] *Ibid*., para. 6.4. Emphasis added.

ISSN 2279-7238

concerned"[1779], according to the law and national practice. This decision is important for several reasons, chiefly because it offers a definition of "family" and also a clear indication that Art. 23 can legitimately be invoked for the exercise of the right to family reunification, although such right is not specifically enshrined in the Covenant.

Similarly, in the case *El Dernawi v. Libyan Arab Jamahiriya*, the author of the communication, a Libyan national resident in Olten (Switzerland), where he had applied for asylum, claimed violations of several articles of the Covenant (more specifically, Art. 12, 17, 23 and 24)[1780]. In detail, he contended that the refusal by Libyan authorities to allow his wife and his three youngest children to join him in Switzerland was an illegitimate imposition, "apparently motivated by a desire to punish the author [of the communication]"[1781]. This, according to the claimant, constituted an arbitrary interference with family life, in breach of Art. 17 and 23 of the Covenant.

The monitoring body determined that the "action [confiscation of passport and refusal to permit the departure] amounted to a definitive, and sole, barrier to the family being reunited in Switzerland"[1782]. Considering the absence of justification by the State party, it concluded, first of all, that "the interference with family life was arbitrary in terms of Article 17 with respect to the author, his wife and the six children"[1783]; more relevantly to the topic under examination, the monitoring body also stated that the "State party failed to discharge its obligation under Article 23 to respect the family unity in respect of each member of the family"[1784].

As a consequence of this ascertained infringement "*the State party is under an obligation to ensure that the author, his wife and their children have an effective remedy, including compensation* and *return of the passport of the author's wife without further delay in order that she and the covered children may depart the State party for purposes of family reunification*"[1785].

2. The UN Convention on the Rights of the Child

As known, the Convention on the Right of the Child (CRC), adopted at universal level in 1989[1786], is the main treaty specifically dedicated to the protection of the human rights of

[1779] *Ibid.* More specifically, the monitoring body stated that "The protection of such family is not necessarily obviated, in any particular case, by the absence of formal marriage bonds, especially where there is a local practice of customary or common law marriage".

[1780] See CCPR Committee (2007), Communication No. 1143/2003, *El Dernawi v. Libyan Arab Jamahiriya,* CCPR/C/90/D1143/2002.

[1781] *Ibid*., para. 3.2.

[1782] *Ibid*., para. 6.3.

[1783] *Ibid.* para. 7.

[1784] *Ibid.*

[1785] *Ibid*., para. 8. Emphasis added.

[1786] The CRC was adopted by the General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989 and entered into force on 2 September 1990 (within a year of its adoption). The CRC has been ratified by 196 States (data available at: https://treaties.un.org. Last access: October 2017). This ranks the Convention among the list of the UN international human right treaties with the highest number of ratifications. As known, the CRC has been integrated by two additional

ISSN 2279-7238

children, and it is no coincidence that this legal instrument is usually considered the *Magna Charta* of the Child[1787].

The rights and freedoms protected by the CRC include, *inter alia*, the rights to life, name, nationality, registration after birth, privacy, education, social security and freedom of thought, conscience, religion and association. In other words, the treaty contains all human rights, in accordance with the fundamental principle of interdependence and indivisibility of human rights[1788]. The CRC also endorses the well-known and more important principle of the best interest of the child (Art. 3)[1789], previously included in the former (and legally non-binding) 1959 UN Declaration of the Rights of the Child[1790]. This principle, codified in other regional treaties on the protection of the child[1791] and also recalled by the jurisprudence of some regional human rights courts, is especially relevant to the analytical purpose of this study[1792]. As recently noted by the monitoring body of the treaty, the Committee on the Rights of the Child (CRC Committee), "[w]hen the child's relations with his or her parents are interrupted by migration (of the parents without the child, or of the

Protocols, adopted in 2000 (see the General Assembly Resolution 54/263 of 25 May 2000), concerning the involvement of children in armed conflicts and the trafficking of children, child prostitution and child pornography. A third Protocol was adopted in 2011 (see infra note 56). On the Convention there is a wide bibliography; see, among others, S. DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "travaux préparatoires"*, Dordrecht, Boston, London, 1992; ID., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999; M. R. SAULLE, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; M. R. SAULLE, F. KOJANEC, *The Rights of the Child: International Instruments*, Napoli, 1995; W. VANDENHOLE, *The Convention on the Rights of the Child*, in F. GOMEZ ISA, K. DE FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Bilbao, 2009; S. MARCHISIO, *La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo quale Magna Carta internazionale*, in R. CADIN, L. MANCA, V. R. PELLEGRINI (eds.), *I minori stranieri in Italia*. Atti del Convegno in memoria di Maria Rita Saulle e Lê Quyên Ngô Đinh, Roma, 2014, pp. 43-56; C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN (sous la direction de), *La Convention international des droits de l'enfant (CIDE): une convention particulière*, Paris, 2014;

[1787] See in this regard, S. MARCHISIO, *La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo quale Magna Carta internazionale*, *op. cit.*, p. 56.

[1788] This principle was introduced by the United Nations General Assembly since 1950 (See Resolution 421 (V) of 4 December 1950) and reaffirmed in 1993 (see the Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights, para. 5).

[1789] For an analysis of this principle see, among others, J. WOLF, *The Concept of the 'Best interest, in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child*, in M. FREEMAN, P. VEERMAN (eds.), *The Ideologies of Children's Rights*, Dordrecht, 1992, pp. 125 ff.; S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999, pp. 85-99; C. FOCARELLI, *La Convenzione sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 981-993 and more recently E. SUTHERLAND, L.A. BARNES MACFARLANE (eds.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interest, Welfare and Well-being*, Cambridge, 2016.

[1790] Adopted by the UN General Assembly Resolution 1386 (XIV) of 20 November 1959.

[1791] At regional level, see, for instance, the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, adopted by the Assembly of Heads of State and Governments of the Organization of African Unity (today African Union) on 11 July 1990, entered into force on 29 November 1999 (Art. 4) and the European Convention on the Exercise of the Children's Rights, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 25 January 1996, entered into force on 1 July 2000 (Art. 6).

[1792] At domestic level, it is interesting to note that in some countries the best interest of the child is explicitly enshrined, as general principle, in the Constitution. That is the case, for instance, in Kenya, South Africa and Venezuela. Art. 53, para. 2, of the Constitution of Kenya states that "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child". An analogous provision has been included in the 1996 South African Constitution (see Art. 28, para. 2). Again, according to Art. 78 of the Constitution of Venezuela "[t]he State, families and society shall guarantee full protection and an absolute priority, taking into account their best interest in actions and decisions concerning them [children and adolescents]". For an analysis of this national practice, with reference to South Africa, see E. BONTHUYS, *The Best interest of Children in the South African Constitution*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, pp. 23-43.

ISSN 2279-7238

child without his or her parents), *preservation of the family unity should be taken into account when assessing the best interest of the child in decisions on family reunification*"[1793].

Having said this, it should also be noted that, unlike previous UN legal instruments, the CRC contains specific references to family reunification. In this respect, Art. 10 is of particular significance: some commentators have noted that this is an "innovative" rule[1794]. It must be read in conjunction with other conventional rules, in particular with Art. 2, para. 1 (concerning the principle of non-discrimination[1795]), Art. 9, para. 1, (aimed to protect, in general terms, the family unity[1796]) and Art. 12 (concerning the right of the child to be heard)[1797]. According to the aforementioned Art. 9, para.1, "States parties shall ensure that a child not be separated from his or her parents against their will […]".

The subsequent Art. 10, para. 1, provides a general obligation whereby "[…] the application by a child or his or her parents to enter or leave a State party for the purpose of family reunification, shall be dealt with by States parties in a *positive, humane and expeditious manner*"[1798]. As can be observed, the wording of the first sentence is too vague and it could be interpreted as a reflection of the States' cautious – some might say timorous – approach to immigration issues; a literal interpretation of the provision would lead to the conclusion that it does not explicitly recognize the right to family reunification[1799]. In facts, however, this provision places on States parties several specific procedural obligations regulating the treatment or examination of requests that concern family reunification. For instance, the obligation to deal with a request in an "expeditious manner" means that national authorities, when assessing cases of family reunification, must be able to come to a decision within a

[1793] CRC Committee, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Art. 3, para. 1). Emphasis added.

[1794] S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, *op.cit.*, p. 185.

[1795] Similarly to other international legal instruments, Art. 2, para. 1, contains a non-exhaustive list of ground of discrimination prohibited. It provides that "States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the […] Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status". In this respect, it is important to note that, at universal level, the CRC is one of the few international legal instruments that expressly include disability in the list of prohibited grounds for discrimination. As stressed by the CRC Committee in its General Comment No. 9, the insertion can be explained "[…] by the fact that children with disabilities belong to one of the most vulnerable groups of children". See CRC Committee, General Comment No. 9 (2006): The Right of Children with Disabilities, para. 8.

[1796] According to the provision "States parties shall ensure that a child not be separated from his or her parents against their will […]".

[1797] According to Art. 12 "1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. 2. For this purpose, *the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child* [included those concerning the family reunification], either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law". Emphasis added. States parties' obligations under this rule have been clarified by the CRC Committee in its General Comment No. 12 (See CRC Committee, General Comment No. 12 (2009) on the right of the child to be heard). For details and analysis of this right see O. PORCHIA, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 79-99; A. PARKERS, *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, London, 2013.

[1798] Emphasis added.

[1799] This interpretation is confirmed by UNICEF. See the *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Third ed., Geneva, 2007, p. 135.

ISSN 2279-7238

reasonable timeframe and without undue delay. This procedural obligation is wholly understandable considering the imperative to provide effective and immediate protection to minors due to their vulnerability. In a comparative key, it is worth noting that a more detailed and specific provision was included at regional level: according to Art. 5, para. 4 of the European Union Directive on the right to family reunification, adopted in 2003[1800], "[t]he competent authorities of the member States shall give the person, who has submitted the application, written notification of the decision as soon as possible and in any event no later than nine months from the date on which the application was lodged".

Unfortunately, in spite of these remarkable provisions, the length of family reunification procedures is still very much a matter of concern. It is no coincidence that the UNHCR, on the basis of a report drawn by some practitioners, recently lamented that procedures in some States could "often [be] lasting several years"[1801].

For the sake of completeness, it must be pointed out that all the procedural obligations imposed by the conventional rule under examination have been reaffirmed by the CRC Committee in its General Comment No. 6, devoted to the protection of unaccompanied and separate children[1802].

Returning now to the analysis of Art. 10, para. 1 of the CRC, in addition to the above considerations, it seems clear that the whole national procedure governing the assessment of family reunification requests must respect the aforementioned principle of the best interest of the child, even in the absence of any direct reference to such principle in the provision. Anyway, as outlined earlier, the consensus is towards a rule of general application in favour of the child. The CRC Committee explained in its General Comment No. 14 that the "child's best interests is a threefold concept […]"[1803] and in particular it stated that the best interest of the child is "(a) A substantial right […] (b) A fundamental, interpretative principle [and finally] (c) A rule of procedure […]"[1804]. On this last point, the monitoring body specifies that "whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or children concerned"[1805]. This is, for instance, the case with decisions concerning

[1800] See Council Directive 2003/86 of 22 September 2003 on the right to family reunification (OJ L 251 of 3 October 2003). For a commentary on this Directive see, among others, N. JOUANT, *Harmonisation du droit au regroupement familial dans l'Union européenne*, in *Revue du droit des étrangers*, 2003, pp. 539-546; N. COLACINO, *Il diritto al ricongiungimento familiar e la disciplina introdotta dalla Direttiva 2003/86/CE*, in M. R. SAULLE (ed.), *L'Europa tra Costituzione, Asilo e Migrazione*, Napoli, 2004, pp. 133-150; H. SCHNEIDER, A. WIESBROCK, *The Council Directive on Family Reunification: Establishing Proper Rights for Third Country Nationals?* In H. SCHNEIDER (ed.), *Migration, Integration and Citizenship: A Challenge for the Europe's Future*, volume II, *The Position of Third Country Nationals in Europe*, Maastricht, 2005, pp. 35-70; R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012, pp. 143-180.

[1801] UNHCR, Family Reunification in Europe, October 2015, p. 3.

[1802] CRC Committee, General Comment No. 6 (2005) on the treatment of unaccompanied and separate children outside their country of origin, para. 83.

[1803] See CRC Committee, General Comment No. 14 (2013), cit., para. 6.

[1804] *Ibid.*

[1805] *Ibid.*

ISSN 2279-7238

family reunification, as explicitly stated by the CRC Committee in this General Comment and in line with the aforementioned General Comment No. 6[1806].

As we continue our discussion of Art. 10, para. 1, it is important to note that another general legal obligation was included in the second part of the provision: in fact, States parties are required to ensure that "the submission of […] a request [of family reunification] shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of the family". This provision was likely inserted due to the occurrence of national practices of intimidation (as reported by some commentators) against persons who decide to submit an application to leave their country, whether for family reunification or for other purposes[1807]; it can therefore be regarded as a safety mechanism designed to avoid and prevent intimidations or reprisals being inflicted upon the individuals involved in the reunification procedure.

From a legal perspective, under the above-mentioned provision there is a general and negative obligation of non-interference in the exercise of family reunification.

Lastly, the right of the child to maintain "personal relations and direct contacts with both parents" when residing in different countries is guaranteed by the subsequent para. 2 of Art. 10, as well as the right of the child and his or her parents "to leave any country, including their own, and to enter their own country". The specific right to leave any country is not a novelty, since similar provisions were already included in the UDHR[1808] and in the ICCPR[1809]. In this respect, we should note that the exercise of this right is not absolute: in conformity with the aforementioned ICCPR[1810], the provision under consideration sets out some restrictions, which should be imposed by law and for specific aims[1811].

In order to give a full picture, a further noteworthy reference to family reunification is found in Art. 22, para. 2 of the CRC, which concerns refugee children and, in short, places upon States a duty to provide co-operation "in any efforts by the United Nations and other competent intergovernmental or, with the consent of the State concerned, non-governmental organizations to protect and assist such a child and trace the parents or other members of the family of unaccompanied refugee children in order to obtain information necessary for reunification with his family"[1812].

As anticipated, in line with other UN human rights treaties, the CRC provides for a monitoring mechanism based on the activity of a Committee of independent experts – the aforementioned CRC Committee. Up to 2014, the CRC Committee would only monitor

---

[1806] See CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), cit., para. 83.

[1807] On this point see S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, *op. cit.*, p. 194.

[1808] See Art. 13, para. 2. It stipulates that "Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country".

[1809] See Art. 12, para. 2.

[1810] See Art. 12, para. 3.

[1811] The final phrase of the Art. 10, para. 2, stipulates that "[t]he right to leave any country shall be subject only to such restrictions as are prescribed by law and which are necessary to protect the national security, public order, public health or morals or the rights and freedoms of others and are consistent with the other rights recognized in the […] Convention".

[1812] For a detailed analysis of the provision see again S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, *op. cit.*, p. 361 ff.

ISSN 2279-7238

the implementation of the treaty and the two Optional Protocols by examining reports submitted by States parties. However, following the entry into force in 2014 of the new Optional Protocol aimed to strengthen monitoring procedures, in addition to the reporting procedure the CRC Committee is also entitled, *inter alia*, to receive and examine individual communication submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals claiming to be victims of a violation of any of the rights set out in the CRC and in the 2000 Optional Protocols[1813].

At the time of writing, the CRC Committee has received only four individual communications, none of which concern family reunification. However, as explained, the Committee has had ample opportunity to evaluate national legal practices in this respect through its main reporting procedure. In some Concluding Observations, for instance, the monitoring body expressed concerns about restrictions on family reunification of unaccompanied and separate refugee children and therefore invited the State party concerned to review its asylum policy[1814]; in other Concluding Observations the CRC Committee specifically pointed out that "the procedures for family reunification [were] not physically and economically accessible for many asylum seekers and refugees and [were] overly demanding in terms of requirements for documentation and physical verification of applicants"[1815]. The monitoring body therefore advised the State party "to take all necessary measures to safeguard the principle of the family unity for refugees and their children"[1816] and in particular, to make "[…] administrative requirements for family reunification more flexible and affordable"[1817].

In conclusion, this overview of the practice demonstrates that the CRC Committee exercised its monitoring activities in a broad manner, making very precise observations on procedural and substantial aspects of the national practices governing the recognition of family reunification.

II. Family reunification in the international legal instruments concerning refugees and migrants.

[1813] See the third Optional Protocol on a communication procedure, approved, partly under impulse from the civil society, by the General Assembly Resolution 66/138 of 19 December 2011. Unfortunately, at the time of writing (October 2017), the Protocol has only been ratified by 36 States. This data is hardly suprising, as it reflects a certain reluctance of States to accept international monitoring mechanisms that extend beyond mere State reporting procedures. For a detailed analysis of the Protocol see, among others, G. DE BECO, *The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?*, in *Human Rights Law Review*, 2013, pp. 367-387; O. FERRAJOLO, *Ricorsi individuali (ma non collettivi) al Comitato per i diritti del bambino nel Protocollo del 2011 alla Convenzione di New York*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, Napoli, 2014, pp. 595-619; I. INGRAVALLO, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del terzo Protocollo opzionale alla Convenzione del 1989*, in *La Comunità internazionale*, 2014, pp. 341-357.

[1814] See CRC Committee (2016), Concluding Observations, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CRC/C/GBR/CO/5), para. 76.

[1815] See CRC Committee (2016), Concluding Observations, Bulgaria, CRC/C/BGR/CO/3-5), para. 50, let. f).

[1816] *Ibid.*

[1817] *Ibid.*

ISSN 2279-7238

Having now examined the international legal instruments concerning human rights in general, the following pages will focus on the current legal framework of family reunification, in the light of the main instruments specifically aimed to protect refugees and migrants.

1. The 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees and the Standard-Setting Role of the UNHCR Executive Committee. Introductory Observations on the General Practice Concerning the Adoption of Conclusions and their Legal Impact

By general agreement, the main legal point of reference with regards to refugees is the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees, as amended by the 1967 Optional Protocol[1818]. The Geneva Convention contains a universal definition of refugees and, more specifically, it protects their rights: as some commentators have noted, the Convention is "[…] the first agreement which covers every aspect of life […]"[1819] of refugees and in particular it ensures "a minimum standard of rights"[1820] for them (for instance, the right to association, access to the Court, freedom of movement). Nevertheless, this legal instrument does not contain any specific provision concerning the right to family reunification or the right to family unity. In this respect, the importance of the unity of family (and, implicitly, the right to family reunification) were underlined in the Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, adopted on 25 July 1951[1821]. Although it is not a treaty, nor is it legally binding, this document is undoubtedly relevant for several reasons. Firstly, by referencing the definition of family contained in the UDHR, the Final Act explicitly affirms that the "the unity of the family,

[1818] At the time of writing (October 2017) the Convention and the Protocol have been ratified by 145 respectively 146 States. The United States ratified the Protocol but not the Convention. For an overview on the Convention and more generally on the international protection of refugees see, among others, N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953; F. DURANTE, *Tutela internazionale dei rifugiati e diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, pp. 557-568; L. HENKIN, *Refugees and their Human Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, pp. 1079-1081; M. R. SAULLE, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, Roma, 2002; J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3th ed., Oxford, 2007; G. S. GOODWIN-GILL, P. WECKEL, *Protection des migrants et des réfugiés aux XXIe siècle, aspects de droit international*, Leiden, Boston, 2015. The importance of such international legal instruments has been reaffirmed also by the recent New York Declaration for Refugees and Migrants of 19 September 2016 (see para. 65). As known, this Declaration is a historic document adopted at the end of the first world Summit, hosted by the United Nations General Assembly, to address large movements of refugees and migrants. In general, the document contains State commitments that apply to both refugees and migrants, and separate commitments for refugees and for migrants. Moreover, it provides for the adoption in 2018 of a Global Compact on Refugees and a Global Compact for safe, orderly and regular migration. On this Declaration see generally, V. TÜRK, M. GARLIK, *From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive Refugee response Framework and a Global Compact on Refugees*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, pp. 656-678.

[1819] See N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, *op.cit.*, p. 6.

[1820] *Ibid.*, p. 10.

[1821] The Final Act is available at: www.unhcr.org.

ISSN 2279-7238

[defined as] the natural and fundamental group unity of the society, *is an essential right of the refugees*"[1822]. Secondly, it contains some general recommendations to States, chiefly the exhortation to "[…] take the necessary measures for the protection of the refugee's family, especially in the view to: (1) ensuring that the unity of the refugee's family is maintained particularly where the head of the family has fulfilled the necessary conditions for admission to a particular country; (2) the protection of refugees who are minors, in particular unaccompanied children and girls […]". As mentioned earlier, the document is not technically binding but it may be seen as one of the first expressions of a common stance of States on the issue of family reunification.

Unlike the other UN international instruments discussed above, the Convention does not provide for the appointment of a body of experts tasked to monitor its implementation. However, a crucial role in this context has been played by the UNHCR[1823], the permanent body established by the General Assembly in 1950[1824] for the specific purpose of promoting and protecting the rights of refugees[1825]. Within this institutional framework, of particular relevance is the practice of the UNHCR's Executive Committee (commonly known as ExCom)[1826] through the adoption of the so-called Conclusions. Generally speaking, these constitute a specific typology of non-binding acts, adopted by *consensus*[1827], by which the ExCom expresses its point of view and its concerns, and also formulates recommendations on the protection of refugees and asylum seekers. In spite of their legal nature as soft law acts[1828], the Conclusions are not devoid of efficacy: they unquestionably carry significant

[1822] Emphasis added.

[1823] The UNHCR has the duty to supervise the Convention. This is formally recognized by the Art. 35, para. 1, of the 1951 Geneva Convention according to which "The Contracting States undertake to co-operate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, or any other agency of the United Nations, which may be succeed it, in the exercise of its functions, and *shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of this Convention*". Emphasis added.

[1824] The Statute was adopted by the General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950. Initially, the UNHCR was established with a temporary mandate (renewable). Since 2003 it became a permanent body (See General Assembly Resolution 58/153 of 22 December 2003). For a comprehensive account on the UNHCR and its activity see, among others, P. VAN KRIEKEN, *The High Commissioner for Refugees and Stateless Persons*, in *Netherlands International Law Review*, 1979, pp. 24-36; V. TURK, *The Role of UNHCR in the Development of International Refugee Law*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), Refugee *Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, 1999, pp. 153-174; M. R. SAULLE, *Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (ACNUR)*, in *Enc. Dir.*, IV aggiornamento, Milano, 2002, pp. 1-7; C. LEWIS, *UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundation and Evolution*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, pp. 67-90; E. FELLER, A. KLUG, *Refugees, United Nations High Commissioner for (UNHCR)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013; J. C. SIMEON (ed. by), *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law*, Cambridge, 2013.

[1825] Over time the mandate of the UNHCR was expanded to include, for example, asylum seekers and stateless persons.

[1826] The ExCom was established in 1958 by the United Nations Economic and Social Council (see Resolution 672 (XXV) of 30 April 1958), under a specific request of the General Assembly (see Resolution 1166 (XII) of 26 November 1957). Generally speaking, it is a consultative body, composed by representatives of the UN Member States or members of any specialized agencies, elected by the aforementioned Council.

[1827] For some remarks on the drafting process see M. FRESIA, *Building Consensus within UNHCR's Executive Committee: Global Refugee Norms in the Making*, in *Journal of Refugee Studies*, 2014, pp. 515-533 and also A. CORKERY, *The Contribution of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law*, in *Australian International Law Jour.*, 2006, pp. 97-127, especially, pp. 113-115.

[1828] For an in-depth analysis of their status in international law see, among others, J. SZTUCKI, *The Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme*, in *International Journal of Refugee*

ISSN 2279-7238

political and moral weight and in this respect they may be considered one of the fundamental normative reference points for all States[1829], although we should also underline that State practice does not always conform to the Conclusions.
As regards their content, the Conclusions are quite heterogeneous: in general terms they aim to cover all aspects of the life of persons in need of international protection – for instance, access to the procedure, cessation of refugee status, access to adequate housing, and non-refoulement[1830].

1.1. More Specifically: The Conclusions Relating to Family Reunification

Since 1975, the ExCom has also adopted several Conclusions relating to family unity and reunification. The role of the UNHCR in this context is clearly outlined in its Conclusion No. 9, which specifies that the body has a "co-ordinating role […] with a view to promoting the reunion of separated refugees families through appropriate interventions with Governments […]"[1831].
At this point we should clarify that an in-depth analysis of the content of all pertinent Conclusions is beyond the scope of this article: instead, in the following pages we will aim to provide a general overview of the most salient Conclusions adopted so far, in order to illustrate the main strategies of the body in promoting and protecting family reunification.
First of all, since its first Conclusions, the ExCom has acknowledged the "fundamental importance of the principle of family reunion"[1832] and affirmed that "in keeping with the fundamental principles of family unity, members of refugee families should be given every opportunity to be reunited […]"[1833].
In other Conclusions, it has specified the categories of family members eligible for reunification (for instance, spouses, minors or dependant children). In this regard, it is worth noting that States authorities are encouraged to apply "liberal criteria in identifying family members"[1834]. This remarkably flexible approach has been reiterated in several occasions[1835] and its importance has been further highlighted, more recently, by the UNHCR in its aforementioned position paper on "Family Reunification in Europe"[1836].

Law, 1989, pp. 285-318 and A. CORKERY, *The Contribution of the UNHCR Executive Committee to the Development of International Refugee Law*, *op. cit.*, p. 107 ff.
[1829] Conclusions are generally aimed to influence the conduct of States but in several instances the ExCom also addressed its Recommendations to non-State actors, such as Non-Governmental Organizations.
[1830] The Conclusions are reproduced by the UNHCR in the following document, UNHCR, *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 7th edition, June 2014.
[1831] See UNHCR Executive Committee, Conclusion on Family Reunion, No. 9 (XXVIII)-1977, para. b.
[1832] *Ibid.*, para. a.
[1833] See UNHCR Executive Committee, General Conclusion on International Protection, No. 1 (XXVI)-1975, para. f.
[1834] UNHCR Executive Committee, Conclusion on Family Reunification, No. 24 (XXXII)- 1981, para.5
[1835] See, for instance, UNHCR Executive Committee, Conclusion on the Protection of the Refugee's Family, No. 88 (L)-1999, para. b, sub-para. (ii).
[1836] See UNHCR, Family Reunification in Europe, cit.

ISSN 2279-7238

Moreover, in some of its Conclusions the ExCom has adopted specific recommendations on the national procedures governing the assessment of refugees' family reunification requests. In this context, for instance, it has reiterated the general obligation included in Art. 10, para. 1 of the CRC, according to which all requests must be processed "in a positive and humanitarian spirit, and without undue delay" [1837]. It has also adopted specific recommendations aimed to resolve the problematic issue of documenting family links. On this topic, since 1981 the ExCom has stated that "[w]hen deciding on family reunification, the absence of documentary proof of the formal validity of a marriage or a filiation of children should not per se considered as an impediment"[1838]. This is, without a doubt, a very important procedural guideline[1839]; unfortunately, although the ExCom has suggested specific ways to address the problem, an overview of current practice reveals that the issue is far from resolved. According to the UNHCR, in fact, difficulties with providing evidence of family links continue to be one of the main obstacles to family reunification[1840].

Aside from these procedural regulatory measures, no less relevant are the recommendations aimed to facilitate the integration of family members in the host country. In some Conclusions, the ExCom has highlighted the need to fast-track the integration of refugee families[1841]: more specifically, it has suggested that "[…] joining close family members should in principle be granted the same legal status and facilities as the head of the family who has been formally recognized as a refugee"[1842].

Lastly, systematic attention has been drawn to the protection of vulnerable groups such as children, including those with disabilities[1843] and, in particular, unaccompanied minors[1844]. In fact, since 1981 the ExCom has adopted recommendations aimed to encourage States to establish and strengthen their protection, a practice that has consolidated in the last few decades, as the phenomenon has taken on ever-increasing proportions [1845]. From an

[1837] See UNHCR Executive Committee, Conclusion on International Protection, No. 85 (XLIX)-1998, para. w.

[1838] See UNHCR Executive Committee, Conclusion on Family Reunification, No. 24 (XXXII), cit. para. 6.

[1839] On this point, it appears opportune to remember that a specific obligation was included in the mentioned Council Directive 2003/86. The Art. 11, para. 2, stipulates that "Where a refugee cannot provide official documentary evidence of the family relationship, the Member States [of the European Union] shall take into account other evidence, to be assessed, in accordance with national law, of the existence of such relationship". In any case, the second part of the provision, in line with the ExCom's practice, provides that "*A decision rejecting an application may not be based solely on the fact that documentary evidence is lacking*". Emphasis added

[1840] See UNHCR, Family Reunification in Europe, cit.

[1841] See UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 24 (XXXII), cit., para. 8 and also UNHCR Executive Committee, Conclusion on Local Integration, No. 104 (LVI) - 2005, para. iv.

[1842] See UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 24 (XXXII), cit., para. 8.

[1843] See UNHCR Executive Committee, Conclusion on Refugees with disabilities protected and assisted by the UNHCR, No. 110 (LXI) – 2010.

[1844] For a survey of unaccompanied minors in international law see, among others, E. D. PASK, *Unaccompanied Refugee and Displaced Children; Jurisdiction, Decision-Making and Representation*, in *International Journal of Refugee Law*, 1989, pp. 199-219; F. LENZERINI, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, pp. 271-295; and more recently A. CRESCENZI, *Unaccompained Minors in International Law*, in ROSSKOPF (ed.), *Unaccompanied Minors in International, European and National Law*, Berlin, 2016, pp. 29-39.

[1845] Recent statistical data at regional level, more specifically in the European Union context, is particularly impressive. The highest number of unaccompanied minors asylum seekers has been recorded in 2015 (almost 96,500). The number was down to 63,300 in 2016 but it continues to be high, especially when compared with the general trend of the

ISSN 2279-7238

overview of the various Conclusions, it emerges that the attention of States has been addressed on three different but related points. Firstly, States are urged to make any effort necessary "to trace the parents or other close relatives of unaccompanied minors before their resettlement"[1846]. Secondly, the adoption of a refugee children "should only be considered when all feasible steps for family tracing and reunification have been exhausted"[1847]. Thirdly, the national decision-makers always have to take into account the fundamental principle of the best interest of the child[1848]. From the substantial point of view, it is evident that these international standards are in line with the CRC and the practice of the CRC Committee on the treatment of unaccompanied minors[1849].

2. The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrants Workers and Members of their Families (ICMW). A Missed Opportunity to Strengthen the Protection of Family Reunification at Universal Level

The ICMW was adopted in 1990 after lengthy negotiations[1850] and its subsequent entry into force took over ten years. In fact, following the deposit of the 20th ratification or accession, the ICMW only entered into force, according to Art. 87, para. 1, on 1 July 2003[1851]. As known, one of the main characteristics of this international legal instrument is that it applies to all migrants, regardless of their status: therefore, the ICMW aims to protect both irregular and regular migrants.

Unlike the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, the ICMW contains a specific reference to family reunification in its Art. 44. In particular, this reference is included in Part IV of the Treaty, expressly devoted to the "Rights of Migrant Workers and

previous years. In 2016, the European country with the highest number of unaccompanied minors asylum seekers is Germany, followed by Italy, Austria, the United Kingdom, Bulgaria, Greece and Sweden. For more details about the reported data see EUROSTAT, Newsrelease No. 80 /2017 of 11 May 2017.

[1846] See UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 24 (XXXII), cit., para. 7. In this respect, see also the UNHCR Executive Committee, Conclusion on Children at Risk, No. 107 (LVIII) – 2007, para. h, subpara. iii. For an overview of the drafting process of this latter Conclusion see M. FRESIA, *Building Consensus within UNHCR's Executive Committee: Global Refugee Norms in the Making*, op. cit.

[1847] UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 88 (L), cit., para. c.

[1848] *Ibid.* and UNHCR Executive Committee Conclusion No. 107 (LVIII), quoted, para. h, subpara. iii.

[1849] See CRC Committee, General Comment No. 6 (2005), cit., para. 91.

[1850] See General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990. On this Convention see generally, G. CELLAMARE, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori e dei membri della loro famiglia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pp. 861-875; A. EGGERS, *Recent Developments in Human Rights: The International Convention on the Protection of All Migrants Workers and Members of their Family*, in *German Yearbook of International Law*, 1992, pp. 429-437; R. BARATTA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, pp. 764 ss; R. CHOLEWINSKI, P. DE GUCHTENEIRE, A. PECOUD (eds.), *Migrations and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, 2009; L. S. BOSNIAK, *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Worker's Convention*, in V. CHETAIL, *International Law and Migration*, Volume II; Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2016, pp. 28-58.

[1851] Unfortunately, as of October 2017, the ICMW has only been ratified by 51 States; it is worth mentioning that no Member State of the European Union has so far ratified the Treaty.

ISSN 2279-7238

Members of their Family who are Documented or in a Regular Situation". On the basis of this initial consideration, it appears that the rule concerning family reunification only applies to regular migrants. However, both regular and irregular migrants are entitled to the right to family life; in fact, according to Art. 14 "No migrant worker or member of his or her family shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family […]. Each migrant worker and member of his or her family shall have the right to the protection of the law against such interference or attacks".

An analysis of the rule concerning family reunification shows that it comprises three different but interrelated parts[1852]. The wording of the first paragraph is similar to other international legal instruments and, more specifically, it reaffirms the concept of family "as natural and fundamental group unity of the society". In this context, the provision explicitly imposes on States parties a general obligation to "take appropriate measures to ensure the protection of the unity of the families of migrant workers". Along the line of Art. 23 of the ICCPR and the pertinent practice of the CCPR, it is quite evident that the provision is not self-executing.

More relevant to the purpose of this study is the subsequent paragraph 2, which contains a direct reference to family reunification. According to the provision, in fact, "States parties shall take measures that they deem appropriate and that fall within their competence to facilitate the reunification of migrant workers with their spouses or persons who have with the migrant worker a relationship that, according to the applicable law, produces effects equivalent to marriage, as well as with the minor dependent unmarried children". A careful reading leads us to conclude that, first of all, much like the previous paragraph, the provision is not self-executing. In addition to this important and preliminary observation, we can also note that the provision affords States broad discretion in regulating family reunification, as confirmed by the wording of the provision, and in particular by the rather generic reference to "measures that [States] deem appropriate" to adopt for its implementation. Again, from the substantial point of view, the provision appears unsatisfactory, in that it provides a mere obligation "to facilitate" and not "to ensure" or "to guarantee" family reunification. There is little doubt that the wording chosen by the drafters ultimately weakens the scope of the obligation. Finally, unlike analogous international legal instruments containing an express reference to family reunification, the ICMW details the family members eligible for reunification. As anticipated, included are the spouses or "persons who have with the migrant worker a relationship that […] produces effects equivalent to marriage" and minor, dependant, unmarried children. It is quite obvious that States retain a degree of discretion to extend the right to reunification to other

[1852] In this case the pertinent rules concerning family reunification must also be read in conjunction with the principle of non discrimination endorsed by Art. 7 of the ICMW, which provides that "States Parties undertake, in accordance with the international instruments concerning human rights, to respect and to ensure to all migrant workers and members of their families within their territory or subject to their jurisdiction the rights provided for in the […] Convention without distinction of any kind such as to sex, race, colour, language, religion or conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic position, property, marital status, birth or other status".

ISSN 2279-7238

family members beside those detailed by the provision. According to para. 3 of Art. 44, in fact, "States of employment, on humanitarian grounds, shall favourably consider granting equal treatment, as set forth in paragraph 2 […] to other family members of migrant workers". In any case, in the same context, it is important to underline that States may also adopt more favourable rules, on the basis of the safeguard clause included in Art. 81, para. 1[1853].

Having described the content of the relevant provisions concerning family reunification, our attention must inevitably shift to the practice of the monitoring body of the Convention. The Committee of independent experts (so-called UN Committee on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Members of their Family, CWM), similarly to other United Nations treaty bodies, is entitled to receive and examine periodic reports submitted by States parties. Under specific conditions, it may also receive and examine inter-State and individual complaints[1854]; the latter competencies are facultative and subject to the deposit of a minimum of 10 declarations of acceptance by States parties. At the time of writing (October 2017), unfortunately, neither procedure is in force and, in fact, only few States have accepted the competence of the monitoring body[1855]. Therefore, there have been no cases relevant to the implementation of the conventional rule governing family reunification.

Due to the facultative character of complaints procedures, the CMW may monitor the conduct of States parties only through the broader – and weaker – mechanism of the reporting procedure, which leads to the adoption of non-binding acts such as the "Concluding Observations".

Within the context of treaty body practice, outside of these monitoring mechanisms, the CMW has had occasion to recall the States parties' obligations in the field of family reunification in its General Comment No. 1 devoted to migrant domestic workers[1856]. In this General Comment, the monitoring body confirmed the application of Art. 44 only to regular migrants and reaffirmed the content of Art. 44, para. 2, although with a slightly different wording. In particular, it maintained that "States should take appropriate measures with regard to migrant domestic workers […] to facilitate their reunification with their spouses and children […]"[1857].

[1853] Art. 81, para.1, ICMW reads as follows: "1. Nothing in the […] Convention shall affect more favourable rights or freedoms granted to migrant workers and members of their families by virtue of : (a) The law or practice of a State party; or (b) Any bilateral or multilateral treaty in force for the State party concerned".

[1854] See respectively, Artt. 76 and 77 of the ICMW.

[1855] In line with the low number of ratifications, the inter-State complaint procedure was accepted by 5 States parties (El Salvador, Guatemala, Mexico, Turkey and Uruguay). The current status of theindividual complaints procedure looks even gloomier, as only 2 States (Mexico and Uruguay) have deposited the declaration of acceptance. Data available at: https://treaties.un.org (last access: October 2017).

[1856] See CMW General Comment No. 1 (2011) on migrant domestic workers. This term was defined by the CMW as follows: "[…] person who performs work within an employment relationship in or for other people's private houses, whether or not residing in the household". See *Ibid.*, para. 5.

[1857] *Ibid.*, para. 55. From a careful reading of the sentence one cannot fail to notice that, incomprehensibly, the Committee uses the different wording "State should take" instead of "States shall take" as expressly provided by Art. 44, para. 2 of the ICMW.

ISSN 2279-7238

III. The Practice of other United Nations human Rights bodies.

This overview of the universal normative framework would not be complete without a few brief considerations about the activities of other United Nations bodies mandated to promote and protect human rights. Unlike the monitoring bodies discussed above, the bodies under consideration in the next paragraphs are not directly established by the human rights treaties. However, they play an analogous and equally important role in the development of human rights law at universal level, as well as in monitoring the States' compliance with international obligations and soft-law instruments.

1. The Contribution of the Human Rights Council to the Promotion of Family Reunification and the Practice of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants

As known, the Human Rights Council (HRC), created in 2006[1858], is the intergovernmental body which superseded the former Commission on Human Rights set up since the very first years of activity of the United Nations Organization.
The HRC is currently engaged in the promotion of family reunification, in particular through the adoption of non-binding acts, among which it is worth mentioning the Resolutions devoted to protecting unaccompanied migrant children. These international acts, all drafted using the same wording, share the common goal of encouraging all countries (countries of origin, transit and destination) "to facilitate" family reunification, considered "as an important objective to promote the welfare and the best interests of migrant children, including adolescents […]"[1859]. The reading of these Resolutions once again confirms the relevance of the principle of the best interest of the child, in line with the above-referred practice of United Nations treaty bodies. However, the approach taken by the Resolutions seems rather more cautious: by using the same terminology as the 1990 ICMW, the HRC merely invited States to "facilitate" family reunification. In this perspective, on the other hand, the HRC suggested detailed ways to achieve this goal: in particular, States are constantly called to respect due process, the pertinent provisions of the CRC and some of the obligations outlined in the 1963 Vienna Convention on Consular

[1858] See the General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006. The bibliography relating to the HRC is quite wide. Among the most recent contributions see R. FREEDMAN, *The United Nations Human Rights Council: More of the Same?*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2013, pp. 208-251; B. G. RAMCHARAN, *The Law, Policy and Politics of the UN Human Rights Council*, Leiden, Boston, 2015; J. GALLEN, *Between Rhetoric and Reality: Ten Years of the United Nations Human Rights Council*, in *Irish Studies in International Affairs*, 2016, pp. 1-19.
[1859] Among the most recent Resolutions see Human Rights Council, Resolution 29/12 of 2 July 2015, para. 1; Resolution 33/7 of 29 September 2016, para. 1. Both Resolutions are entitled "Unaccompanied Migrant Children and Adolescents and Human Rights".

ISSN 2279-7238

Relations concerning consular notification and access; the latter is seen as requisite "to provide child-friendly consular assistance, as appropriate, including legal assistance"[1860]. A further look at the practice, on the other hand, shows that in other Resolutions the HRC took a much stronger stance: for instance, the Resolution concerning the human rights of migrant children urged States "*to ensure* that repatriation mechanisms allow for the identification and special protection of children, and [more specifically] that repatriation processes […] *take into account* […] the principles of the best interest of the child and non-refoulement, *and family reunification*"[1861].

Before concluding this survey, within the same institutional framework we should also mention the Special Procedures[1862], chiefly the one related to the "Thematic Mandates"[1863]. Of particular relevance to the purpose of the study is the activity of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. From an institutional point of view, the Special Rapporteur is a monocratic independent body, created in 1999 by the former Commission on Human Rights [1864]and whose mandate has also been confirmed by the current HRC[1865]. In general terms, this independent body's[1866] task is to promote and protect the rights of migrants in all countries, regardless of their ratification of the 1990 ICMW. The Special Rapporteur carries out these important tasks through a variety of instruments and in particular it may receive communications concerning violations of the human rights of migrants, conduct field visits (with the consent of the host State) and elaborate thematic reports.

Given these premises, an examination of the practice shows that the Special Rapporteur has had the opportunity to deal with the family reunification on several occasions, mainly as part of its reporting activity and on-site visits. Among the various general thematic reports adopted we may mention, for instance, the one devoted to the Protection of Children in the Context of Migration[1867]. In terms of substance, it is a detailed document

---

[1860] *Ibid.*

[1861] See HRC Resolution 12/6 of 1 October 2009 on "Human Rights of Migrants: Migration and the Human Rights of the Child", para. 3, lett. f). Emphasis added.

[1862] For a general overview of the United Nations Special Procedures see, among others, I. NIFOSI, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Antwerpen, Oxford, 2005; H. CANTÚ RIVERA, *The Special Procedures of the Human Rights Council*, Cambridge, Antwerpen, Portland, 2015 and more recently A. NOLAN, R. FREEDMAN, T. MURPHY (eds.), *The United Nations Special Procedures System*, Leiden, 2017.

[1863] The practice of the "Thematic Mandates" was introduced by the former Commission on Human Rights. See generally, M. T. KAMMINGA, *The Thematic Procedures of the UN Commission on Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1987, pp. 299-323; J. GUTTER, *Thematic Procedures of the United Nations Commission on Human Rights and International Law: In Search of a Sense of Community*, Antwerpen, Oxford, 2006.

[1864] See Commission on Human Rights Resolution E/CN.4/RES/1999/44 of 27 April 1999.

[1865] The Special Rapporteur is usually appointed for a renewable mandate of three years. The latest renewal was set forth by HRC Resolution A/HRC/RES/34721 of 24 March 2017.

[1866] The Code of Conduct for Special Procedures Mandate-Holders of the Human Rights Council provides that "Mandate-holders exercise their functions on a personal basis, their responsibilities not being national but exclusively international" (Article 4, para. 1). More specifically, the subsequent para. 2, states that "When exercising their functions, the mandate-holders are entitled to privileges and immunities as provided for under relevant international instruments, including section 22 of article IV of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations". Such Code of Conduct was adopted, by *consensus*, by the Human Rights Council (see Resolution 5/2 of 18 June 2007).

[1867] See Report, A/HRC/11/7 of 14 May 2009.

ISSN 2279-7238

reviewing the international legal framework and in particular the main responsibilities of States in the promotion and protection of the rights of migrant children. Some paragraphs of the Report deal with family unity and reunification, specifically acknowledging the importance of national measures aimed to "promote family unity and facilitate the reunion of children with their parents in host countries"[1868]. In this respect, it is also specified that such measures are necessary "to address adequately the special needs and the protection of children left behind"[1869]. This last term was further clarified by the Special Rapporteur as being referred to "children raised in their home countries or in their countries of habitual residence who have been left behind by adult migrants responsible for them, such as one or both parents, extended family members, legal guardians or caregivers"[1870]. Other paragraphs of the Report address the topic of unaccompanied minors: after stressing out the greater condition of vulnerability of such minors, the Special Rapporteur expressly affirms that "the possibility of reunification in the country of destination […] could […] be considered"[1871] among the protection measures suggested.

A reading of the Report, and particularly of the parts relating to the family reunification of minors, reveals that the Independent Expert has chosen the same approach taken by some Resolutions of the Human Rights Council. This is apparent from the wording of the Report and more specifically from its use, once again, of the verb "to facilitate" instead of "to guarantee" or "to ensure".

No less important among the activities of the Special Rapporteur is the practice of country visits. This is a monitoring mechanism, common to other Thematic Mandate holders, that affords an opportunity to gain first-hand information about the treatment of migrants. The Special Rapporteur's first on-site visit took place in Canada in 2000; several other countries have since been visited, including South Africa, Japan, Senegal, Turkey, Malta and Italy. At the end of each visit, the Rapporteur routinely drafts a detailed report on the situation observed and, if appropriate, adopts specific recommendations. Moreover, the report contains a section detailing the degree of co-operation received from the national authorities during the visit of the Rapporteur. This is typically comprised in the first section of the report and aims to underline the importance of States co-operation throughout the course of the visit in ensuring the success of the enquiries.

Apart from these interesting and important practices, the Rapporteur has also occasionally raised the issue of family reunification and addressed recommendations to the State concerned. One notable example would be the Rapporteur's recent follow-up visit to Greece[1872], which took place from 12 to 16 May 2016. The final Report issued at the end of the visit specifies that the Rapporteur had the opportunity to meet a wide range of

[1868] *Ibid.*, para. 51.
[1869] *Ibid.*
[1870] *Ibid.*, para. 45.
[1871] *Ibid.*, para. 58.
[1872] See Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants on his mission in Greece, A/HRC/35/25/Add.2 of 24 April 2017.

ISSN 2279-7238

stakeholders (governmental representatives, civil society members and also, more importantly, the migrants themselves). In terms of substance, the Report contains two specific paragraphs relevant to the issue under consideration. In fact, the Rapporteur was informed during its visit of critical issues regarding the Dublin procedure, which is "often" lengthy[1873], to the point that "it may take 15 to 18 months for children to be reunited with their family members, due to DNA tests required by the receiving States"[1874]. In this regard, the Rapporteur has taken a strong stand, clearly stating that this practice "is unacceptable"[1875] and therefore issuing a specific recommendation to the State concerned which emphasizes the need to expedite family reunification procedures[1876].

Although the Rapporteur does not have the power to adopt binding acts, its contribution cannot be underestimated, given its unique position as an independent expert. In this respect, what we can observe is that the adoption of its Recommendations and, more specifically, the publication of the results of its investigative activity generates the kind of public pressure capable of influencing the conduct of States.

IV. Concluding Remarks

The analysis carried out in this study shows that family reunification, in the institutional framework of the United Nations, is regulated by heterogeneous sources comprising both hard and soft law instruments.

Within the former typology of acts, the ICCPR and the CRC undeniably constitute the main normative points of reference. As discussed in the previous paragraphs, while the ICCPR does not contain a specific rule on family reunification, the monitoring body of the treaty has provided a fundamental contribution in this field through its interpretative activity. In this respect, first, the analysis of CCPR's practice has shown that family reunification is indirectly protected by the Covenant. Notably, such analysis has further revealed that the concept of "family", enshrined in Art. 23 of the ICCPR, needs to be "understood broadly" [1877] as it includes not only the marriage based relationships but, for instance, de facto family ties.

This wide and dynamic definition of family, equally reaffirmed by some regional human rights courts[1878], is crucial and it constitutes a benchmark for national policies relating to

[1873] *Ibid.*, para. 98.
[1874] *Ibid.*
[1875] *Ibid.*
[1876] *Ibid.*, para. 147.
[1877] See, i.e. CCPR Committee (1994), Communication No. 1179/2003, *Manuel Balaguer Santacana v. Spain*, CCPR/C/51/D417/1990, para. 10.2, CCPR Committee (1988), Communication No. 201/1985, *Hendricks v. The Netherlands*, CCPR/C/33/D/201/1985, para. 10.3. For further examples of the CCPR's approach see more recently CCPR Committee (2015), Communication No. 2279/2013, *Z. v. Australia*, CCPR/C/115/D2279/2013, para. 7.2.
[1878] Within this specific context, the European Court of Human Rights has undoubtedly given a fundamental contribute through its evolutive jurisprudence relating to the interpretation of Art. 8 of the European Convention on Human Rights. For an overview on the concept of family in the light of the main international human rights instruments and the regional jurisprudence see, more recently, F. BANDA, J. EEKELAAR, *International Conceptions of the Family*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, pp. 833-862.

ISSN 2279-7238

the identification of family members eligible for reunification. The definition of "family" is an important issue that has also been emphasized by the UNHCR Executive Committee in its Conclusions. In fact, as already noted in this survey, such body, in line with the mentioned practice, has consistently called upon States to apply "liberal criteria" in identifying family members "[…] with a view to promoting a comprehensive reunification of the family"[1879].

All this considered, it is undeniable, as one commentator explained, that we are dealing with matters that, generally speaking, are left to the competency of States[1880].

As a result, it is not surprising that often there is a lack of uniformity in domestic legislation and regulations. However, the CCPR has had the opportunity to clarify that "[…] when a group of persons is regarded as a family under the legislation and practice of a State, *it must be given the protection referred to in article 23*"[1881]. As mentioned above, such protection includes family reunification.

Unlike the ICCPR, the CRC is directly relevant due to the inclusion of a specific reference to family reunification: a careful reading of this treaty, also in the light of the respective monitoring body's practice, has enabled us to identify its core principles and the main obligations on States parties, especially from a procedural point of view.

In this latter respect, among the central provisions of the CRC are obviously the principle of the best interest of the child and the requirement in Art. 10, para. 1, that States deal with a request of family reunification in an "expeditious manner"[1882].

The examination of the practice of the CRC Committee was especially relevant also for the identification of several criticalities occurred within some States, i.e. not economically accessible procedures or less flexible administrative requirements[1883]. It is quite evident, that these criticalities constitute a serious legal and practical obstacle to family reunification. Therefore the monitoring body takes the opportunity (when reviewing the periodic report of States) to urge governments to introduce corrective measures at domestic level.

Lastly, the relevant legal framework is completed by the 1990 ICMW, although the latter has largely failed to achieve sufficient ratifications by States and the legal formulation of its relevant provisions appears frankly unsatisfactory. This last issue is particularly striking when one considers that this international legal instrument was adopted with the

[1879] UNHCR Executive Committee, Conclusion on Family Reunification, No. 24 (XXXII), cit. para. 5.

[1880] On this point see more specifically R. K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, Oxford, 2016, p. 373. The State discretion in defining the notion of family was also reaffirmed by a recent and extensive Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights entitled "Protection of family: contribution of the family to the realization of the right to an adequate standard of living for its members, particularly through its role in poverty eradication and achieving sustainable development", and submitted to the attention of the Human Rights Council (A/HRC/31/37, 15 January 2016, para. 26). It is more important to note that this Report, taking into account the practice of several monitoring bodies, specifies that such State discretion is not unlimited. Notably, it stated clearly that "[…] some forms of relation, such as *polygamy and child marriage are contrary to international human rights standards*" and therefore "should be prohibited" (emphasis added), *Ibid.*

[1881] See CCPR Committee, General Comment No. 19 (1990), quoted, para. 2), emphasis added.

[1882] On this specific point, the study has also shown that, generally speaking, the length of proceedings for family reunification is a common matter of concern of several UN monitoring bodies.

[1883] See *infra.*

ISSN 2279-7238

commendable and specific purpose to protect the rights of migrants and members of their families, as clearly stated in its title. Obviously, much more could have been done; however, at this point, any hopes for further developments in terms of protection rest upon the interpretative action of the CMW.

More generally, a common feature of all the aforementioned treaties is that the pertinent conventional rules are not self-executing, with the obvious exception of some CRC provisions incorporating key principles in favour of the child. Moreover, from a strictly legal point of view and in the light of the observations made in this study, some of these principles (such as the best interest of the child) can be regarded as forming part of customary international law[1884].

Finally, within the context of soft law acts, no less significant are the aforementioned Conclusions adopted by the UNHCR Executive Committee. These Conclusions are important for several reasons. Firstly, they are an expression of the *opinio iuris* of States, negotiated and adopted within the frame of an intergovernmental body. Secondly, as illustrated above, they introduce relevant rules both from the substantial and the procedural point of view, especially in the field of the family reunification of refugees. Lastly, but no less remarkably, these Conclusions are, in a certain sense, truly universal, as they apply to all States, regardless of whether or not they have ratified the 1951 Geneva Convention on the status of refugees.

[1884] On this regard, see also I. INGRAVALLO, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del terzo Protocollo opzionale alla Convenzione del 1989*, op. cit., p. 347; D. SUPAAT, *Establishing the Best Interests of the Child Rule as an International Custom*, in *International Journal of Business, Economic and Law*, 2014, pp. 109-114.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Sviluppi costituzionali e della forma di governo nella Repubblica ceca alla luce delle elezioni della Camera dei Deputati dell'ottobre 2017. Il persistere di difficoltà storiche e loro rilevanza europea nell'attuale contesto storico*

di Simone Benvenuti**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Uno sguardo d'insieme sulle tendenze elettorali. – 3. La forma di governo tra modello formale e prassi. – 4. L'impossibile omogeneizzazione della rappresentanza parlamentare attraverso la riforma del sistema elettorale. – 5. La debolezza del Governo tra fattori strutturali e insufficiente razionalizzazione. – 6. La posizione del Capo dello Stato: non garante né governanante, bensì elemento di disturbo. – 7. I più recenti sviluppi costituzionali della forma di governo ceca nel contesto interno ed europeo.

3. Premessa

Il 20-21 ottobre 2017, a pochi giorni dalle elezioni parlamentari austriache in cui il partito di estrema destra FPÖ aveva messo seriamente in questione la posizione dei socialdemocratici come secondo partito dopo l'ÖVP di Sebastian Kurz, anche la Camera dei Deputati della Repubblica ceca è stata rinnovata.[1885] Le elezioni della camera bassa ceca, che si rinnova ogni quattro anni, hanno seguito la scadenza naturale di questa nonostante la crisi politica che nel maggio precedente aveva costretto alle dimissioni il Ministro delle finanze Andrej Babiš.[1886] Alle elezioni partecipavano, accanto alle forze politiche tradizionali[1887], alcuni partiti di più recente creazione. Tra questi, *Akce nespokojených*

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Faculty Member, Masaryk University, Faculty of Law - Department of Constitutional Law and Political Studies.

[1885] Il Parlamento ceco è bicamerale, con una camera bassa composta da 200 deputati e una camera alta composta da 81 senatori. Ques'ultima si rinnova per un terzo con cadenza biennale e le ultime elezioni si sono tenute nell'autunno del 2016. Il Governo è legato da rapporto fiudiciario alla sola Camera dei Deputati. Quanto ai poteri legislativi, disegni e progetti di legge sono sempre presentati in prima battuta alla Camera dei Deputati, e il Senato non ha competenza in materia di bilancio. Si vedano gli articoli 15, 41 e 42 della Costituzione della Repubblica ceca.

[1886] *Infra* nota 98.

[1887] Il sistema partitico ceco include tradizionalmente due forze relativamente stabili: il Partito socialdemocratico (*Česká Strana Sociálně Demokratická*, ČSSD, affiliato al PSE), alla guida del governo tra dal 1998 al 2006 e dal 2013 al 2017, e il Partito civico democratico (*Občanská Demokratická Strana*, ODS, affiliato al Gruppo dei Conservatori e dei Riformisti europei) fondato nel 1991 da Václav Klaus e alla guida del governo dal 1993 e il 1997, dal 2006 al 2009 e dal 2010 al 2013. Accanto ad essi occorre menzionare l'Unione Cristiana e Democratica - Partito Popolare Cecoslovacco (*Křesťanská a demokratická unie - Československá strana lidová*, KDU-ČSL, affiliato al PPE) e il Partito Comunista di Boemia e Moravia (*Komunistická strana Čech a Moravy*, KSČM, affiliato alla sinistra unitaria europea). Il Partito dei Verdi (*Strana Zelených*, SZ) ha avuto un sostegno sempre limitato pur partecipando a coalizioni di governo tra il 2006 e il 2010. È utile ricordare che il KSČM è l'unico partito comunista rimasto nei paesi già satelliti dell'URSS e non ha mai partecipato ad alcun governo, mentre le origini del partito socialdemocratico e del partito cristiano democratico risalgono rispettivamente alla seconda metà del XIX secolo e ai primi anni successivi alla prima guerra mondiale. Per una panoramica del sistema partitico ceco nei primi quindici anni di vita della Repubblica, si veda A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 98-102.

ISSN 2279-7238

občanů (letteralmente, Azione dei Cittadini Insoddisfatti, ANO 2011), fondato nel 2011 proprio dall'ex Ministro delle finanze, ha ottenuto la maggioranza relativa dei voti (29,64%) e 78 seggi (39%)[1888].

Le elezioni parlamentari ceche dell'ottobre 2017, seguite dalle elezioni presidenziali nel gennaio, e i successivi sviluppi costituzionali testimoniano dei problemi interni con cui anche altri ordinamenti costituzionali dell'Unione si confrontano in questo frangente storico[1889]. Da un lato, si confermano le difficoltà dell'ordinamento ceco nel garantire condizioni di stabilità e coerenza di governo. Dall'altro si consolida la dinamica per cui l'ingovernabilità, sviluppatasi sullo sfondo di una cultura politica litigiosa e polarizzata e non risolta da interventi di riforma istituzionale finalizzati all'omogeneizzazione della rappresentanza politica e alla razionalizzazione dell'architettura istituzionale, costituisce fattore di ulteriore aggravamento delle condizioni politiche di contesto.

Al fine di evidenziare questi aspetti, nelle pagine che seguono fornisco anzitutto una sintetica lettura dei risultati elettorali, evidenziando quattro tendenze, riscontrabili anche a livello europeo, le quali sono significative allorché si esaminino i problemi della forma di governo. Queste sono la destrutturazione del sistema partitico, la personalizzazione della leadership[1890], la diffusione del fenomeno populista e l'astensionismo (paragrafo 2)[1891]. La presentazione del contesto politico ed elettorale introduce la problematica istituzionale dell'ordinamento ceco, in cui il funzionamento della forma di governo ha scontato sin dalla seconda metà degli anni '90 una scarsa efficienza (paragrafo 3). A tal fine, presento i tre nodi principali, sottolineandone la persistenza lungo tutto l'arco di vita della Repubblica,

[1888] Cinquantatré in più del secondo partito ODS e nove in più di quelli ottenuti nel loro insieme dal secondo, dal terzo e dal quarto partito. Creato nel 2011 dall'imprenditore Andrej Babiš, ANO 2011 si caratterizza per il discreto opportunismo politico, una piattaforma programmatica moderata e non anti-europea (il partito è membro dell'ALDE) ma un posizionamento più radicale espresso nel corso della campagna elettorale: opposizione netta alla politiche di ricollocazione dei rifugiati, rifiuto della moneta unica, contrarietà a ogni approfondimento del processo di integrazione. Già in occasione delle ultime elezioni parlamentari dell'ottobre 2013, il partito ANO, non presente alle elezioni del 2010, aveva ottenuto una sorprendente seconda posizione con poco più del 18% dei voti, sopravanzato dal partito socialdemocratico ČSSD (20%).

[1889] Da ultimo, quello italiano; ma anche altri ordinamenti europei – tra cui quelli tradizionalmente caratterizzati da maggiore stabilità – affrontano con sempre maggiore frequenza problemi simili in un periodo storico in cui i sistemi partitici nazionali sono in trasformazione. Si pensi, da ultimo, proprio alle difficoltà di formazione di un esecutivo in Germania successivamente alle elezioni del settembre scorso, G. DELLEDONNE, *Il crepuscolo dell'ipotesi-Giamaica: osservazioni comparatistiche sulle trattative per la formazione del Governo in Germania*, in *diritticomparati.it*, 4 dicembre 2017. Problemi nella formazione dei governi in seguito a elezioni si sono avuti in anni recenti in Belgio, in Spagna e più recentemente in Austria.

[1890] Soprattutto nel quadro di quelli che certa dottrina politologica ha definito "partiti-azienda".

[1891] A queste tendenze si aggiunge la crisi della socialdemocrazia, sui cui profili generali M. KEATING – D. MCCRONE, *The Crisis of Social Democracy*, in M. KEATING – D. MCCRONE (a cura di) *The Crisis of Social Democracy in Europe*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2013, pp. 1-13; M. KEATING – D. MCCRONE, *Social Democracy in Crisis: Outlining the Trends in Western Europe*, in M. KEATING – D. MCCRONE (a cura di) *The Crisis*, cit., pp. 29-34; M. A. VACHUDOVA, *The Positions and Fortunes of Social Democratic Parties in East Central Europe*, in M. KEATING – D. MCCRONE (a cura di) *The Crisis*, cit., p. 47. Se ci si limita all'anno appena trascorso, lultime elezioni francesi e olandesi da questo punto di vista sono state dirompenti, mentre in area tedesca la sconfitta della socialdemocrazia è stata attenuata ma comunque significativa. Si ricordi, in particolare, l'esclusione del candidato socialdemocratico dal ballottaggio delle presidenziali austriache, fatto la cui rilevanza è relativizzata solo dagli scarsi poteri di cui gode il Capo dello Stato in tale ordinamento. Alle legislative, i socialdemocratici austriaci sono stati il secondo partito, quasi alla pari con l'FPÖ. Dopo le elezioni ceche e tedesche, i partiti socialdemocratici risultano al governo in soli cinque Stati membri: Malta, Portogallo, Romania, Svezia e Slovacchia, *End of an Era? The Slow Death of Europe's Social Democrats*, *Der Spiegel Online*, 22 settembre 2017.

ISSN 2279-7238

l'aggravamento dalla metà del decennio scorso e il loro riproporsi a seguito delle elezioni dell'ottobre scorso. Tali nodi riguardano la disomogeneità e la polarizzazione della rappresentanza politica (paragrafo 4), la debolezza del Governo (paragrafo 5) e la posizione ambigua del Capo dello Stato (paragrafo 6). Si traggono infine le conclusioni dell'attuale situazione politico-costituzionale. Si sottolinea in particolare che l'acuirsi dei problemi storici della forma di governo nella Repubblica ceca non ha per ora un impatto decisivo sugli «assetti istituzionali e le dinamiche consolidate» della forma di governo[1892]. Inefficienze decisionali e incongruenze istituzionali sono però suscettibili di innescare un'erosione della legittimazione delle istituzioni che opera su tempi più lunghi ed è favorita dalle disfunzioni conseguenti la riforma dell'elezione presidenziale del 2012. Nel breve periodo, tuttavia, le ricadute di maggior momento sono probabilmente esterne, riguardando il rapporto tra le inefficienze della forma di governo e i processi decisionali europei (paragrafo 7).

4. Uno sguardo d'insieme sulle tendenze elettorali

I risultati delle elezioni di ottobre hanno riprodotto alcuni indirizzi rilevabili a livello generale in altri Paesi europei. Ad essi la Repubblica ceca sembrava essere sino ad ora rimasta relativamente immune, nonostante i segnali apparsi in occasione delle elezioni del 2010. Il primo consiste nell'aumento della volatilità elettorale [1893]. Tale fenomeno caratterizza come noto tutte le democrazie liberali contemporanee[1894], incidendo sulla stabilità dei sistemi partitici e, di riflesso, sulle virtù stabilizzatrici della forma di governo. A titolo esemplificativo, basti rilevare che dal 1996, anno delle prime elezioni successive alla dissoluzione della Cecoslovacchia, fino alle elezioni del 2013 il Partito civico democratico (ODS, centro-destra liberale) e il partito socialdemocratico (ČSSD) sono stati stabilmente i principali, raccogliendo assieme una percentuale di voti variabile tra il 55% (2002) e il 68% (2006)[1895]. Al crollo nelle recenti elezioni (18.59% i voti raccolti dai due partiti assieme), si somma il disperdersi di voti tra più soggetti partitici in ambito liberal-conservatore e populista.

A partire da questi dati, è utile ricordare, accanto alla relativa frammentazione del sistema partitico favorita dal sistema elettorale, la sua discreta stabilità nel corso dei quindici anni di

[1892] Così M. MAZZA, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca: profili costituzionalistici*, in *DPCE online*, 2017, 3, p. 543, con riferimento alla fase subito antecedente alle elezioni di ottobre.

[1893] La volatilità elettorale *netta* è sia misura del cambiamento del comportamento elettorale tra due elezioni che indice della effettiva diminuzione della *party loyalty*, S. FISHER, *Electoral Volatility*, in I. MCLEAN – A. MCMILLAN, *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, Oxford, OUP, 2009.

[1894] B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambrisge University Press, 1997, pp. 218 e 222 ss.

[1895] Nel 1996, la somma dei voti ottenuti fu pari al 56% dei voti totali espressi, nel 1998 pari al 60%. Tra il 1996 e il 2006, ODS ha ottenuto tra il 24,47% (2002) e il 35,38% (2006) dei voti; i socialdemocratici, tra il 26,44% (1996) e il 32,32% (2006). La crisi del sistema ceco della rappresentanza aveva iniziato a manifestarsi nel maggio 2010, allorché il Partito socialdemocratico ČSSD e il Partito civico democratico ODS avevano ottenuto assieme circa il 42% dei voti validi, con un calo rispettivamente del 10% e del 15% rispetto alla precedente tornata elettorale. In occasione di quella tornata elettorale, tale caduta si spiegava principalmente con la fondazione un anno prima del partito di orientamento liberal-democratico e conservatore di Miroslav Kalousek TOP 09 e il relativo successo del partito populista *Věci veřejné* (VV, letteralmente Affari pubblici), favorevole alla democrazia diretta e propugnatore di politiche della "trasparenza", similmente ad altri partiti politici quali, in Italia, il Movimento 5 Stelle.

ISSN 2279-7238

consolidamento democratico. Quello si è infatti costruito essenzialmente attorno a quattro partiti principali, seppure con scarso potenziale di coalizione e in presenza discontinua di formazioni minori[1896]. Dal 2010 si è entrati in un nuovo ciclo politico, confermato dalle recenti elezioni. Da tale anno si è infatti riscontrata una controtendenza, con l'aumento dei partiti rappresentati[1897]. Il sistema si è dunque destrutturato, entrando in una fase di transizione di non facile interpretazione ma le cui conseguenze istituzionali possono essere più agevolmente ipotizzate[1898].

La destrutturazione del sistema partitico si è accompagnata all'affermazione di partiti personalistici[1899] e al consolidarsi di partiti anti-establishment[1900]: ancora, due caratteri

---

[1896] Comunisti e socialdemocratici sul lato sinistro dello spettro politico (i primi sempre esclusi dal governo), i cristiano democratici al centro e ODS rappresentativo della destra liberal-conservatrice (v. *supra* nota 3). Nel 1996, erano rappresentati alla Camera anche l'Alleanza civica democratica (*Občanská demokratická aliance*, ODA, destra liberale) e il Partito repubblicano (*Sdružení pro Republiku - Republikánská strana Československa*, SPR–RSČ, destra); nel 1998, l'Unione liberale-Unione democratica (*Unie Svobody–Demokratická unie*, US–DEU, destra liberale); nel 2002, ODA e US-DEU; nel 2006, il partito dei verdi (*Strana zelených*, SZ). Lungo l'arco di esistenza della Repubblica ceca si è dunque assistito alla progressiva riduzione dei partiti rappresentati nella camera bassa: sei nel 1996, cinque nel 1998, quattro nel 2006. La relativa frammentazione, comunque in diminuzione, si inquadra entro uno spettro limitato di varianti ideologiche lungo l'arco centro-sinistra/centro-destra. Le altre formazioni minori si sono caratterizzate in senso liberale, mentre non hanno trovato terreno fertile ali estremiste (diversamente ad esempio da quanto avvenuto in Slovacchia).

[1897] Cinque partiti rappresentati nel 2010, sette nel 2013 e nove dopo le elezioni di ottobre. Se i segnali di destrutturazione del sistema partitico erano dunque presenti già nel 2010 (T. HAUGHTON – T. NOVOTNÁ – K. DEEGAN-KRAUSE, *The 2010 Czech and Slovak Parliamentary Elections: Red Cards to the 'Winners'*, in *Western European Politics*, 2011, 2, p. 394 s.), è nel 2013 che il sistema partitico ha intrapreso una più profonda ristrutturazione con il crollo dell'ODS (7,72%), l'ulteriore, relativa discesa dei socialdemocratici (20,45%) e il buon risultato del partito comunista (14,91%). Ma soprattutto – a spiegare la crisi dell'ODS – è stato l'exploit di ANO (18,65%). I quattro partiti che hanno rappresentato per vent'anni il pilastro del sistema politico ceco hanno raccolto il 32,15% dei suffragi.

[1898] È stato anche calcolato che metà dei deputati eletti nell'ottobre scorso appartengono a partiti presenti in Parlamento da un solo mandato e circa due terzi a partiti creati successivamente al 2008, T. HAUGHTON – T. NOVOTNÁ – K. DEEGAN-KRAUSE, *Czech elections have become really volatile. This year was no exception*, *The Washington Post*, 24 ottobre 2017. Sui problemi sollevati dai processi di selezione della élite dirigente parlamentare, si veda a Z. MANSFELDOVÁ, *The Czech parliament on the road to professionalization and stabilization*, in E. SEMENOVA - M. EDINGER - H. BEST (a cura di), *Parliamentary Elites in Central and Eastern Europe. Recruitment and representation*, London-New York, Routledge, 2014, pp. 33-53.

[1899] ANO è l'esempio più eclatante di partito azienda legato alla leadership del fondatore Andej Babiš. L'emergere di partiti personalistici e di una rappresentanza basata sulla leadership personalistica nelle democrazie contemporanee è stato collegato all'impatto della tecnologia sulla comunicazione politica e alla complessità delle politiche di governo; quest'ultima in particolare spinge l'elettorato a concentrarsi sulle qualità personali piuttosto che sulla coerenza delle piattaforme politiche, B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, cit., p. 220 s.

[1900] Il dato rilevante degli ultimi anni è il costante aumento di questa area di contestazione dello *status quo*. È stato calcolato che, mentre alle elezioni del 2002 e del 2006 non erano presenti partiti classificabili come populisti, nel 2010 essi hanno raccolto il 10,88% dei voti e nel 2013 il 25,53%, V. HAVLÍK, *The Economic Crisis in the Shadow of Political Crisis*, cit. Alle ultime elezioni, si è arrivati al 51,07% (contro il 32,15% raccolto dai quattro partiti "storici"). Si tratta d'altro lato di un area invero eterogenea. Questi sono apparsi nella loro versione estremista o meramente critica nei confronti della classe dirigente. Con riguardo alla costellazione dei partiti estremisti, anti-establishment e in generale populisti, è da segnalare il successo del partito anti-immigrazione SPD (Partito della libertà e della democrazia diretta), creazione del politico di origini nippo-coreane Tomio Okamura (10,6%, in quarta posizione), e del Partito Pirata di orientamento liberale (10,8%, in terza posizione). L'erosione dei partiti tradizionali si manifesta dunque sotto le forme della destra xenofoba ed euroscettica (SPD) o sotto quella del rinnovamento attraverso il discreto risultato del Partito Pirata che vale anch'esso a spiegare il drenaggio di voti dai partiti tradizionali. In un'ottica europea, il relativo successo di SPD va accostato a quello dei partiti del raggruppamento dell' "Europa delle nazioni e della libertà", mentre il Partito Pirata può ricordare alcune posizioni del M5S italiano, ma su basi libertarie. A tali partiti occorre anche aggiungere il partito vincitore della tornata elettorale, che è classificato come populista. Sulla varietà dei partiti c.d. antipartito, E. MOSTACCI, *Sintomo, patologia, talora medicina: il partito antipartito e la multiforme crisi delle democrazie europee*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2015, 3, pp. 583-598.

ISSN 2279-7238

riscontrabili trasversalmente in altri ordinamenti europei, ma che in area centro-europea assumono un valore specifico[1901].

Il quadro è completato dal fenomeno dell'astensionismo, anch'esso caratterizzante le democrazie contemporanee e particolarmente evidente negli ordinamenti di democrazia rappresentativa di consolidamento più recente dopo esperienze di centralismo democratico. Nella Repubblica ceca, l'astensionismo è così salito dal 23,7% delle elezioni del 1996 al 39,6% delle recenti elezioni[1902].

In breve, le elezioni ceche dell'ottobre scorso si caratterizzano per quattro tendenze riscontrabili a livello generale anche in altri ordinementi europei e particolarmente accentuate nell'area centro-orientale: destrutturazione del sistema partitico, rappresentanza personalistica, populismo, astensionismo. Esse si consolidano in seno a un ordinamento rimasto sino ad ora parzialmente immune, restituendo l'immagine della crisi di alcuni elementi cardine della democrazia rappresentativa. Esse da un lato sono una conseguenza delle tradizionali inefficienze della forma di governo ceca, dall'altro sono suscettibili di perpetuare e acuire dette inefficienze, come evidenziato dalla non ancora conclusa vicenda della formazione del governo a seguito delle elezioni di ottobre (su cui v. *infra*).

5. La forma di governo tra modello formale e prassi

La forma di governo ceca rientra nel modello parlamentare, ma con alcune caratteristiche tipiche della variante semipresidenziale[1903]. Il Governo, definito l'organo principale del potere esecutivo dall'articolo 67 della Costituzione, è legato da un rapporto di fiducia con la Camera dei Deputati, di fronte alla quale ha l'obbligo di presentarsi per ottenere la fiducia esplicita a maggioranza semplice entro trenta giorni dalla nomina[1904]. Di fronte al rifiuto

[1901] È utile ricordare che alla vigilia delle elezioni, il ČSSD si trovava alla guida della coalizione di governo dal 2013, in un quadro di crescita e di relativo benessere economico (https://www.czso.cz/csu/czso/engaktualniinformace) e con il più basso tasso di disoccupazione in seno all'Unione (http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Unemployment_statistics), sebbene l'economia ceca abbia registrato un forte rallentamento tra il 2008 e il 2010, V. HAVLÍK, *The Economic Crisis in the Shadow of Political Crisis: The Rise of Party Populism in the Czech Republic*, in H. KRIESI – T. S. PAPPAS (a cura di), *European Populism in the Shadow of the Great Recession*, Colchester, ECPR Press, 2015, pp. 199-216.

[1902] Si ricordi che alle elezioni europee del 2014, la Repubblica ceca aveva addirittura registrato il più basso tasso di partecipazione elettorale tra tutti gli Stati membri (18,2%, dunque un tasso di astensionismo superiore all'80%), mentre otto dei nove ordinamenti dell'area centro-orientale entrati nella UE nel 2004-2007 si trovavano nella metà bassa (e sette chiudevano la "classifica"), P. DECRESTINA, *L'astensionismo in Italia e nel mondo. Dove e perché domina il partito del non voto*, *Il Corriere della Sera*, 29 giugno 2016. La Repubblica ceca ha così raggiunto i livelli di altri Paesi dell'area: in Ungheria, l'astensione dal voto alle elezioni del 2014 ha ad esempio raggiunto il 39%, il tasso più alto dal 1998; in Polonia, dove l'astensionismo è tradizionalmente elevato, nel 2015 è stato del 49%; in Slovacchia, del 40%, stabile rispetto alle elezioni precedenti ma in aumento rispetto alla media del decennio precedente.

[1903] La dottrina è pressoché unanime nel considerarla una forma di governo parlamentare a tutti gli effetti, pur riconoscendo la peculiarità del ruolo del Presidente della Repubblica. Per alcuni autori, è però possibile prospettare un'evoluzione in senso semipresidenziale, J. WINTR – M. ANTOŠ – J. KYSELA, *Direct election of the president and its constitutional and political consequences*, in *Acta Politologica*, 2016, 2, p. 149; secondo Jan Kudrna la forma di governo è già definibile come semipresidenziale M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989: Origins, Developments and Challenges*, in *Acta Politologica*, 2016, 2, p. 15. La Corte costituzionale ha a sua volta espressamente definito come parlamentare la forma di governo della Repubblica ceca M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 12.

[1904] Articolo 68 della Costituzione.

ISSN 2279-7238

reiterato della Camera di votare la fiducia al Governo di nomina presidenziale, spetta al presidente dell'assemblea stessa il compito di nominare un nuovo Governo e in tal caso l'ulteriore rifiuto della fiducia comporta la *possibilità* per il Presidente della Repubblica di sciogliere l'assemblea. La Costituzione ha introdotto elementi deboli di razionalizzazione, prevedendo la maggioranza assoluta per l'approvazione di una mozione di sfiducia[1905]. Sono previste ipotesi tassative di scioglimento anticipato della Camera, relative specialmente a difficoltà di formazione del Governo o a disfunzionalità decisionali, e in ogni caso ispirate a un forte profilo tecnico[1906]. Nel 2009, in seguito a una *impasse* istituzionale, è stata inoltre introdotta la possibilità dell'autoscioglimento[1907].

Questo impianto, che si pone in parziale continuità con l'esperienza cecoslovacca tra le due guerre, ha dato luogo a governi deboli rispetto a legislature frammentate, e perlopiù dipendenti da coalizioni scarsamente coese. I fattori sono rinvenibili nel quadro partitico e nel disegno istituzionale[1908]. Da un lato, il sistema partitico ceco è tradizionalmente caratterizzato da moderate ma crescenti frammentazione e polarizzazione, aggravate dalla presenza del partito comunista senza alcun potenziale di coalizione per via di una sorta di *conventio ad excludendum* che ha caratterizzato tutta la vita della Repubblica[1909]. Ne è derivata la prevalenza di governi instabili, di minoranza o frutto di coalizioni post-elettorali politicamente frammentate seppur mai ampie. Inoltre, gli stessi partiti cechi sono debolmente istituzionalizzati e internamente indisciplinati, cosicché crisi di governo sono state anche il risultato di defezioni interne dei c.d. *přeběhlík*, letteralmente transfuga, indice della rilevanza del trasformismo nella cultura politica ceca[1910]. Ne sono conseguiti tentativi di omogeneizzazione politica attraverso modifiche al sistema elettorale mirate a rendere più coerente la rappresentanza parlamentare. L'obbiettivo perseguito di rendere bipolare il contesto partitico può però considerarsi fallito nel 2001[1911]. Sul fronte istituzionale, per spiegare l'instabilità è stata chiamata in causa l'assenza di leve nelle mani del Governo per indirizzare i rapporti con la Camera, che è eletta secondo il principio proporzionale[1912], e disciplinarla, ad esempio attraverso forme di scioglimento governativo. L'assenza di

---

[1905] A. DI GREGORIO, *I tormenti della forma di governo ceca. Tra profili europei e rimescolamenti interni*, in *Federalismi*, 2010, 6, p. 2 ss. A. DI GREGORIO – C. FILIPPINI – M. GANINO, *Governi e Parlamenti nei paesi dell'Europa Orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica Ceca): l'equilibrio innanzitutto*, Padova, CEDAM, 2012.

[1906] Articolo 35 della Costituzione. Il Presidente *può* sciogliere la Camera nel caso in cui questa non approvi al fiducia al nuovo Governo nominato su proposta del presidente della Camera stessa (occorrenza possibile dopo due fiducie negate a esecutivi di nomina presidenziale), qualora non si esprima entro tre mesi su un disegno di legge su cui il Governo abbia posto la questione di fiducia, nei casi in cui la sessione sia stato prolungata per un periodo più lungo di quello ammesso e, infine, se per più di tre mesi la Camera non raggiunga un quorum che ne permetta l'attività decisionale. Per una descrizione dettagliata di queste ipotesi e sulle ragioni della disciplina restrittiva dello scioglimento, J. KUDRNA, *Dissolution of the Chamber of Deputies in the Czech Republic – The Origin and Essence of Applicable Legislation*, in *Jurisprudencija-Jurisprudence*, 2009, 3, pp. 73-78.

[1907] Su richiesta di tre quinti dei Deputati; in questo caso il Presidente ha l'obbligo di sciogliere la Camera.

[1908] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 17 ss.

[1909] Il partito comunista ceco ha ottenuto a ogni elezione una percentuale di seggi alla Camera dei deputati variabile tra il il 10% e il 20%, ottenendo solo alle utlime elezioni una percetuale di seggi pari al 7,5%.

[1910] R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 183. Sulla debolezza del soggetto partito e la sua disciplina, v. *infra* p. x.

[1911] *Infra* par. 4.

[1912] Articolo 18 della Costituzione.

ISSN 2279-7238

meccanismi a tutela della stabilità del Governo non si manifesta poi solo sotto il profilo esterno, ma anche sotto quello interno: essa riguarda il prevalere di una concezione collegiale dell'esecutivo che, nel considerare il Primo ministro un *primus inter pares*, non gli fornisce strumenti esclusivi di direzione politica e di coesione della squadra di governo[1913].
In questo quadro, la figura del Presidente della Repubblica, che la Costituzione include espressamente e in posizione precedente il Governo tra gli organi del potere esecutivo disciplinati nel Capitolo III e che dal 2012 è eletto direttamente dal corpo elettorale[1914], può partecipare alle sedute degli organi parlamentari e alle riunioni del Governo[1915] e gode di alcuni poteri rilevanti nell'ambito dei rapporti interorganici, per l'esercizio dei quali non è richiesta la controfirma ministeriale[1916]. Tra tali poteri, vi è quello di nominare e di revocare il Primo ministro e su proposta di questo i ministri (solo dopo ciò il Governo ha, come detto, l'obbligo di presentarsi alla Camera entro trenta giorni per ottenere la fiducia). Inoltre, sempre in assenza di controfirma, il Presidente della Repubblica scioglie la Camera, sebbene come detto la tassatività delle ipotesi non consenta una caratterizzazione realmente presidenziale dello scioglimento. È stato inoltre osservato che la collaborazione con altri organi, Senato e Camera dei deputati *in primis*, è necessaria per l'esercizio di gran parte delle competenze non controfirmate[1917]. Il modello parlamentare risente alla tradizione parlamentare interbellica per quanto concerne l'attribuzione al Presidente di una posizione non meramente cerimoniale[1918]. A sua volta, l'intervento sulla fonte di legittimazione dell'esecutivo presidenziale, con l'introduzione dell'elezione diretta nel 2012, non è del tutto coerente con l'architettura istituzionale.
Nell'ambito di una forma di governo parlamentare su cui si sono innestati per tradizione storica e vicende politiche più recenti elementi semi-presidenziali, emergono dunque tre dimensioni che ne caratterizzano il funzionamento concreto: frammentazione del

[1913] V. *infra* p. x.
[1914] Articolo 54 della Costituzione.
[1915] Articolo 64 della Costituzione. Il Presidente può inoltre richiedere relazioni al Governo o ai suoi membri e discutere con essi questioni che rientrino nella loro competenza.
[1916] Articolo 62 della Costituzione.
[1917] A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 68. Anche M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 12, secondo i quali il Presidente non può sciogliere la Camera discrezionalmente, ma tale potere opera piuttosto come valvola di sfogo di impasse parlamentari. Tra gli altri poteri esercitati senza controfirma, il Presidente convoca le sedute della Camera dei deputati, affida al Governo l'esercizio provvisorio delle funzioni fino alla nomina del nuovo Governo, nomina i giudici della Corte costituzionale, inclusi il presidente e i vice presidenti, e il presidente e i vice presidenti della Corte suprema, il presidente e il vice presidente dell'Ufficio Supremo di Controllo e i membri del Consiglio bancario della Banca nazionale ceca, condona le pene comminate dal tribunale, rinvia al Parlamento le leggi e le firma.
[1918] Su questa si innesta una conformazione della figura presidenziale che tradisce il peso della prassi tra il 1918 e il 1935, quando il Presidente Masaryk aveva dato un'interpretazione del proprio ruolo influenzata dall'esperienza americana, V. HLOUŠEK – L. KOPEČEK, *Caretaker Governments in Czech Politics: What to Do about a Government Crisis*, in *Europe-Asia Studies*, 2014, 8, p. 1327 s.; M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 7 s.; M. PEROTTINO, *Les évolutions de la function présidentielle tchèque*, in *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2008, 2, pp. 51-56; J. KYSELA – Z. KÜHN, *Presidential Elements in Government. Czech Republic*, in *EuConst*, 2007, p. 92 s. L'articolo 64 della Costituzione cecoslovacca del 1920 attribuiva poteri rilevanti al Presidente della Repubblica, i quali erano però tutti soggetti a controfirma (articolo 68). Inoltre, il Presidente era eletto dal Parlamento in seduta comune (articolo 56), come anche originariamente previsto dalla Costituzione della Repubblica ceca del 1992. *The Constitution of the Czechoslovak Republic. With Introduction by Jiří Hoetzl and V. Joachim*, Edition de la Société, Prague, 1920.

ISSN 2279-7238

Parlamento, debolezza del Governo, carattere obliquo del Presidente rispetto al modello parlamentare classico. Queste dimensioni, pur radicate nella storia più risalente della Cecoslovacchia interbellica e in quella più recente della Repubblica ceca, hanno conosciuto negli ultimi tre lustri un aggravamento. I successivi tre paragrafi mirano dunque a mettere a fuoco tre aspetti: il sistema elettorale propizio alla formazione di legislature frammentate (per quanto concerne la Camera dei deputati) e gli ostacoli che la sua riforma ha incontrato; la debolezza del governo come conseguenza di tale frammentazione, cui non è corrisposta l'adeguata razionalizzazione dell'impianto; la collocazione del Presidente della Repubblica, tale da farne elemento di disturbo del corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, e di aggravamento dei suoi problemi più tipici.

6. L'impossibile omogeneizzazione della rappresentanza parlamentare attraverso la riforma del sistema elettorale

La legislazione elettorale ceca [1919] è stata a lungo considerata tra le cause indirette dell'instabilità per la sua natura proiettiva di una struttura partitica frammentata e polarizzata [1920]. Negli anni della transizione, il forte accento posto sul principio del pluralismo, necessario in un momento in cui occorreva "misurare" gli orientamenti presenti nella società e dietro l'influenza dei richiami all'esperienza democratica tra le due guerre[1921], ha giustificato la cristallizzazione nell'articolo 18 della Costituzione dell'opzione proporzionale per l'elezione della Camera dei deputati (non per il Senato però, per cui il medesimo articolo impone il principio maggioritario: rispetto al Senato il Governo non è comunque legato come detto a un rapporto di fiducia)[1922]. A ciò è corrisposta in una fase successiva l'incapacità di garantire la funzione integrativa.

La costituzionalizzazione del sistema proporzionale lascia invero una certa discrezione nella definizione del dettaglio legislativo, il quale permette teoricamente di ricreare effetti anche

[1919] Secondo il sistema attuale, l'assegnazione dei seggi avviene col metodo D'Hondt in quattordici circoscrizioni plurinominali, con soglia sbarramento del 5% che sale al 10%, al 15% e al 20% in caso di coalizioni rispettivamente di due, tre e quattro o più liste. L'elettore ha la possibilità di indicare fino a un massimo di quattro preferenze all'interno delle stessa lista. I candidati che ricevano oltre il 5% delle preferenze a livello regionale risultano piazzati al vertice della lista in ordine discendente in base al numero assoluto delle preferenze ottenute.

[1920] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 11.

[1921] Già l'articolo 8 della Costituzione del 1920 prevedeva infatti la costituzionalizzazione del sistema proporzionale, A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 660 s. e 664. Alla nascita della Cecoslovacchia democratica, esistevano posizioni favorevoli al sistema maggioritario all'interno del Forum Civico, prima tra tutte quella di Václav Havel che collegava il sistema maggioritario alla possibilità di eleggere candidati indipendenti dai partiti (da Presidente della Cecoslovacchia, Havel propose una reforma in tal senso nel dicembre 1991). Questa posizione si poneva in ottica polemica rispetto all'esperienza tra le due guerre e al ruolo, considerato negativo da Havel, ivi giocato dai partiti. Il sistema elettorale introdotto nel 1990 per il Consiglio nazionale ceco e l'Assemblea federale attenuava comunque alcuni elementi proporzionalistici e partitocratici del sistema in vigore tra le due guerre, in particolare attraverso l'introduzione di una soglia del 5% e delle liste aperte, P. KOPECKÝ, *The Czech Republic: Entrenching Proportional Representation*, in J. COLOMER (cur.), *The Handbook of Electoral System Choice*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2004, p. 348 s. Nei primissimi anni della transizione, l'introduzione di un sistema proporzionale si giustificava anche con la volontà dei partiti provvisti di maggiore sostegno elettorale di condividere le responsabilità del passaggio da un'economia pianificata a un'economia di mercato.

[1922] La scelta di un diverso sistema per il Senato è il risultato dell'influenza di Havel al momento della redazione della Costituzione ceca approvata alla fine del 1992, P. KOPECKÝ, *The Czech Republic*, cit., p. 350.

ISSN 2279-7238

ampiamente selettivi. Per tale ragione, la riforma del sistema elettorale è stata tra i temi più discussi nell'arco di vita della Repubblica[1923]. Il margine di libertà del legislatore è stato però nel tempo definito in termini rigidi dalla Corte costituzionale[1924], mentre la varietà delle posizioni nello spettro politico-partitico non ha consentito di prospettare alcuna riforma dell'articolo 18 della Costituzione. Secondo alcuni, questo si giustificava, assieme all'adesione al modello consensuale di democrazia parlamentare, unicamente in ragione delle eccezionali condizioni della transizione, mentre il richiamo all'esperienza cecoslovacca tra le due guerre è da considerarsi fuorviante data la natura assai meno omogenea della società cecoslovacca dell'epoca rispetto a quella ceca attuale[1925].

Dopo l'adozione della legge elettorale del 1995, basata sulla legge cecoslovacca del 1990[1926], il legislatore ceco dietro la spinta della riflessione accademica[1927] ha perciò approvato modifiche volte ad accrescere la selettività, agendo sull'ampiezza delle circoscrizioni, sulla formula elettorale e sulla soglia di sbarramento per accedere alla ripartizione dei seggi. Tali modifiche, realizzate nel contesto della tensione tra l'alta frammentazione del sistema partitico e le esigenze di governabilità, si sono dimostrate nella sostanza inefficaci[1928], pur avendo consentito negli anni una progressiva diminuzione dei partiti rappresentati alla Camera[1929].

Il periodo a cavallo tra gli anni '90 e 2000 ha rappresentato un passaggio cruciale in cui si è prospettata concretamente la possibilità di rafforzare significativamente la natura selettiva del sistema elettorale e di prospettare una transizione della democrazia ceca dal modello consensuale al maggioritario bipolare. Tale possibilità è però naufragata per resistenze politiche e limiti costituzionali, che hanno bloccato di fatto ogni sviluppo futuro in tal senso. Successivamente alle elezioni del 1998, cui era seguito l'accordo politico tra i due maggiori partiti[1930], il Parlamento nel giugno 2000 aveva infatti aumentato il numero delle circoscrizioni da otto a trentacinque (riducendone così sensibilmente le dimensioni), innalzato le soglie di sbarramento per le coalizioni, e modificato la formula elettorale[1931]. La

[1923] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 22.
[1924] A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 668.
[1925] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 20 s.
[1926] La legge del 1995 riproduce la legge del 1990 con modifiche minime, A. RENWICK, *Electoral System Change in Europe since 1945: Czech Republic*, Report disponibile all'indirizzo http://www.electoralsystemchanges.eu/Files/media/MEDIA_127/FILE/Czech_Republic_summary.pdf
[1927] Pioniere a questo riguardo è stato Miroslav Novák, professore di scienza politica presso l'Università Carlo IV di Praga, T. LEBEDA, *Le système électoral en République tchèque et ses conséquences politiques*, in *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2009, 1, p. 51. Proprio a quegli anni risale la diatriba tra chi, come Novák, sosteneva che la stabilità dimostrata dal sistema di governo ceco sino ad allora fosse legata a fattori temporanei, e fosse perciò opportuno intervenire con misura di stabilizzazione per il futuro, e chi come Klaus considerava la Repubblica ceca un paese ormai stabile e in questo del tutto distante dalla Cecoslovacchia interbellica, M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Crisis f the Czech Politics 25 Years after the Velvet Revolution*, in *Politeja* 2014, 2, p. 164.
[1928] P. KOPECKÝ, *The Czech Republic*, cit., p. 347.
[1929] Sei nel 1996, cinque nel 1998 e quattro nel 2006.
[1930] Il ČSSD, al Governo, e l'ODS, il cui leader Václav Klaus era in principio favorevole a un sistema maggioritario ma che includeva posizioni contrastanti al suo interno. Sulle posizioni differenziate e mutevoli all'interno dei due partiti, si veda P. KOPECKÝ, *The Czech Republic*, cit., pp. 351 s. e 356.
[1931] T. LEBEDA, *Le système électoral en République tchèque*, cit., p. 52; A. RENWICK, *Electoral System Change*, cit., p. 8 e A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 687 ; A. DI GREGORIO, *Repubblica Ceca*, cit., p. 84. La formula

ISSN 2279-7238

Corte costituzionale, adita dalle opposizioni e dal Presidente della Repubblica Havel che già aveva esercitato senza successo il potere di veto sospensivo, aveva dichiarato incostituzionali la maggior parte delle nuove norme, mantenendo solo quelle relative alle soglie di sbarramento[1932]. La Corte si è fatta così garante di una interpretazione rigorosa sebbene non formalista della *natura* proporzionale-proiettiva del sistema elettorale[1933]. In seguito a questo tentativo, è stata approvata una nuova riforma nel gennaio 2002, che tra l'altro è intervenuta meno radicalmente sulla dimensione dei collegi senza determinare conseguenze significative[1934]. Alcuni autori ritengono perciò che la decisione della Corte abbia rappresentato «il più importante e, nel lungo periodo, il più gravido di conseguenze tra i controlli mai operati nei confronti dei del Parlamento nella storia della Repbblica ceca»: essa avrebbe non solo bloccato un significativo cambio istituzionale nel sistema politico ceco, ma anche limitato ogni tentativo di ingegneria elettorale nel futuro[1935].

Accanto ai paletti fissati dalla Corte, che precluderebbe anche l'introduzione di un sistema misto, le condizioni politiche attuali di estrema volatilità e accentuata polarizzazione allontanano la prospettiva di una riforma del sistema elettorale in senso selettivo, tanto più attraverso la modifica della norma costituzionale che cristallizza il principio della rappresentanza proporzionale. L'adozione di un sistema di tipo maggioritario, presupposta come necessaria nell'ambiente accademico fin dalla seconda metà degli anni '90[1936],

elettorale basata sul metodo *Hagenbach- Bischoff* era sostituita dal metodo *D'Hondt* modificato. Mentre la soglia rimaneva al 5% per le liste non coalizzate, passava dal 7% al 10% per le coalizioni di liste, dal 9% al 15% per le coalizioni di tre liste, e dall'11% al 20% per le coalizioni di quattro o più liste. Questa scelta, paradossale, andava nel senso di sfavorire le coalizioni e deve essere letta come misura contingente di contrasto dell'accordo politico tra quattro partiti minori di centro-destra – KDU-ČSL, US, DEU e ODA – come contrappeso all'accordo di governo tra l'ODS e il ČSSD.

[1932] Contemporaneamente, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della legge di finanziamento ai partiti che pure era stata sottoposta al suo giudizio per iniziativa del Presidente Havel, P. KOPECKÝ, *The Czech Republic*, cit., p. 352 e K. CRAWFORD, *A system of Disproportional Representation: The Proposed Electoral Law for the Czech Republic*, in *Representation*, 2001, 1, pp. 47 e 55. Secondo la Corte, sebbene le soglie possano distorcere sensibilmente la rappresentatività, esse svolgono una efficace funzione coesiva e si giustificano sulla base del principio del funzionamento efficace delle istituzioni. Questo principio può interferire lo stretto necessario col principio di differenziazione del corpo elettorale e dei suoi rappresentanti. La Corte ha al contrario ritenuto la diminuzione delle dimensioni dei collegi e la formula *D'Hondt* modificata incompatibili con l'eguaglianza del voto, poiché avrebbero sfavorito eccessivamente i partiti più piccoli creando un sistema "ibrido", non proporzionale, A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., pp. 696 e 702. In effetti, alcuni studi hanno indicato il carattere altamente selettivo della normativa dichiarata incostituzionale: si veda in particolare T. LEBEDA, *Le système électoral en République tchèque*, cit., p. 54 e la bibliografia in P. KOPECKÝ, *The Czech Republic*, cit., p. 352. Secondo K. CRAWFORD, *A system of Disproportional Representation*, cit. p. 53 s., però, è probabile che il nuovo sistema elettorale non avrebbe dato i risultati sperati, date i mutati rapporti di forzatra i partiti sui quali la legge elettorale era stata ritagliata. Sul bilanciamento operato dalla giurisprudenza costituzionale ceca tra il principio dell'eguaglianza del voto e l'esigenza di governabilità, si veda H. SMEKAL – L. VYHNÁNEK, *Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5% threshold in the 2014 European Parliament Elections. Czech Constitutional Court 19 May 2015, Pl. ÚS 14/14*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 2, p. 153 s.

[1933] A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 696.

[1934] A. RENWICK, *Electoral System Change*, cit., p. 8.

[1935] L. KOPEČEK – J. PETROV, *From Parliament to Courtroom: Judicial Review of Legislation as a Political Tool in the Czech Republic*, in *East European Politics and Societies and Cultures*, 2016, 1, p. 133.

[1936] L'opzione maggioritaria al fine di ridurre il numero dei partiti ed eliminare la rappresentanza del Partito comunista è sostenuta da Michal Kubát e Miloš Brunclík, docenti di scienza politica presso l'Università Carlo IV di Praga, M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 21 s. Il primo in particolare sostiene l'introduzione di un sistema a doppio turno alla francese. Secondo tale autore, il sistema proporzionale non si giustifica rispetto alla struttura della società politica ceca la cui disomogeneità non risiede nell'esistenza di clivages significativi in seno alla società. Favorevole alla riforma in senso maggioritario del sistema elettorale è anche Petr Fiala, docente di

ISSN 2279-7238

richiederebbe infatti una maggioranza qualificata dei tre quinti di ciascuna camera[1937]. Così esclusa pare dunque l'introduzione del doppio turno alla francese, che accoglie i favori della dottrina[1938] così come del sistema maggioritario uninominale secco proposto da ANO e in vigore per il Senato[1939]. Peraltro, seppure secondo gli attuali rapporti di forza – comunque fluidi – ANO risulterebbe favorito da quest'ultimo sistema[1940], deve osservarsi che dalle elezioni del 2010 esso non ha frenato il processo di frammentazione nemmeno nella camera alta. Ciò, per inciso, conforta la tesi di chi sostiene che il sistema elettorale non vada considerato il maggiore o l'unico imputato dell'instabilità. Secondo una parte consistente della dottrina infatti, i problemi del sistema di governo nella Repubblica ceca sono da attribuire in larga parte non tanto ai *clivages* interni alla società, bensì alla natura delle fratture in seno all'élite dirigente, caratterizzate da una scarsa propensione al compromesso per motivi non solo ideologici ma anche anche personali[1941], e dalla scarsa istituzionalizzazione dei soggetti partitici[1942].

7. La debolezza del Governo tra fattori strutturali e insufficiente razionalizzazione

La debolezza dell'esecutivo ceco e lo squilibrio tra questo e il legislativo si manifestano a diversi livelli. Il primo è nella procedura di formazione, per cui la Costituzione delinea una procedura classica in due fasi fasi: il Presidente nomina il Primo ministro, quindi, su proposta di questo, i ministri, dando così vita al Governo nel suo insieme.

La nomina del Primo ministro è configurata come potere propriamente presidenziale e non è sottoposta a controfirma[1943], sebbene le scelte presidenziali debbano necessariamente rispettare la volontà riflessa nei risultati elettorali[1944]. Ciò ha implicato la prassi di nominare in prima battuta il leader del partito che abbia ottenuto la maggioranza. Ciò è avvenuto

scienza politica presso l'Università Masaryk di Brno e attuale leader dell'ODS, A. ROBERTS, *Czech Democracy in the Eyes of Czech Political Scientists*, cit., p. 566 s. Nel 1998, alcune forze politiche avevano proposto anche l'inversione dei sistemi elettorali delle due camere, A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 691.

[1937] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 21.

[1938] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 22.

[1939] Il sistema elettorale del Senato è dunque un *first-past-the-post* applicato a 81 collegi uninominali.

[1940] S. HANLEY, *Czech election preview: is Andrej Babiš heading for a Pyrrhic victory?*, *LSE European Politics and Policy (EUROPP) Blog*, 16 ottobre 2017. ANO sopravanza infatti di diciotto punti percentuali il secondo partito classificato.

[1941] K. CRAWFORD, *A system of Disproportional Representation*, cit., p. 56; P. KOPECKÝ, *The Czech Republic*, cit., p. 356 Questo spiega il giudizio negativo che Kopecký esprime verso le modifiche successive del sistema elettorali, giudicate frutto non della volontà di garantire un sistema capace di blanciare efficacia di governo e garanzia del pluralismo bensì di calcoli tattici. Simile giudizio negativo è espresso da A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 696.

[1942] Sulla base della considerazione che gli scandali finanziari sono favoriti dal debole consolidamento delle strutture partitiche, secondo alcuni autori prioritaria è la riforma della disciplina relativa ai partiti e al loro finanziamento, che sono pure all'origine della debole istituzionalizzazione dei partiti e della crescente polarizzazione. Su questi aspetti si rimanda all'articolata analisi di A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., pp. 618-635, 657, 678-705.

[1943] R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 184.

[1944] La Costituzione della Prima Repubblica cecoslovacca non imponeva l'obbligo di presentarsi alle camere per ottenere l'investitura, A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 64 s. Ciò permetteva almeno teoricamente la costituzione di gabinetti presidenziali, R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 187.

ISSN 2279-7238

anche nel dicembre scorso, con la nomina di Babiš[1945]. In ogni caso, la nomina della compagine di Governo consegue dalla capacità del Primo ministro incaricato di negoziare i termini di un'eventuale accordo di coalizione (o di un sostengo esterno, come è avvenuto ad esempio nel 1998), e comunque il Primo ministro è responsabile della scelta dei ministri. La prassi della formazione del Governo in un ambiente frammentato e polarizzato ha visto l'emergere di convenzioni costituzionali. Tra queste, l'attribuzione di un pre-incarico prima della nomina a Primo ministro che, tra l'altro, ha permesso un coinvolgimento più diretto del Presidente nei negoziati[1946]. Sotto il profilo temporale nulla è statuito[1947]. Di fatto, la formazione dei governi è stata spesso laboriosa e in alcuni casi prolungata, come testimonia anche la fase successiva alle ultime elezioni. Nel 1999, come parte dell'accordo tra ČSSD e ODS, si era proposto di definire termini temporali e formalizzare la regola che fosse nominato in prima battuta Primo ministro il leader del partito che avesse ottenuto la maggioranza dei seggi[1948]. Si trattava di un tentativo di ridurre la discrezionalità del Presidente, che va contestualizzato nell'ambito della riforma in senso selettivo del sistema elettorale, ispirata alla volontà di rendere il sistema bipolare[1949]. Recentemente si è avanzata l'ipotesi di definire con maggiore precisione i compiti di ciascun organo, con la previsione esplicita di termini temporali[1950].

In condizioni normali, dalla data dell'elezione alla nomina del Governo trascorrono mediamente circa trenta giorni[1951]. In tre casi, dopo le elezioni dell 2006 e del 2013, la nomina del Governo si è prolungata oltre i tre mesi[1952]. La nomina nel dicembre scorso

---

[1945] J. WINTR – M. ANTOŠ – J. KYSELA, *Direct election of the president and its constitutional and political consequences*, in *Acta Politologica*, 2016, 2, p. 157. Ciò non è avvenuto solo nel 2010 (Primo ministro Nečas) e in occasione della nomina dei tre Governi tecnici.

[1946] Si tratta di una prassi criticata da chi ritiene che allunghi ulteriormente la procedura. Inoltre, in alcuni casi il Presidente ha chiesto al potenziale Primo ministro pre-incaricato di fornire una lista di firme di 101 deputati disponibili a supportare un eventuale Governo (laddove per al fiducia allo stesso è sufficiente il voto di 100 deputati) R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 189.

[1947] Se questo da un lato è comprensibile, la vaghezza del testo costituzionale permette teoricamente un'interpretazione tale che il Primo ministro possa prolungare artificialmente il tempo di perfezionamento della compagine governativa e dunque procrastinare il momento in cui è obbligato a presentarsi di fronte alla Camera, configurando possibilità di esecutivi presidenziali, R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 185. È quanto si prospetta oggi con il reincarico di Andrej Babiš, *infra* par. 6.

[1948] J. KUDRNA, *Dissolution of the Chamber of Deputies*, cit., p. 98 s.

[1949] R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 188.

[1950] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 18. A diverse riprese, e da ultimo nel 2012 è stata anche avanzata la proposta di introdurre la sfiducia costruttiva, ma senza successo, R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 188; M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 21.

[1951] Mediamente, questo è stato il tempo necessario per la nomina del nuovo Governo nel 1996, nel 1998 e nel 2002, come anche per la formazione del governo tecnico Tošovský tra il 1997 e il 1998 e del Governo Gross nel 2004, costituiti successivamente a crisi di governo. In altri casi la durata è strata di poco più di quaranta giorni, come nel caso del Governo tecnico Fischer e del Governo Nečas.

[1952] Successivamente alle elezioni del giugno 2006, in cui i maggiori partiti di centrodestra (ODS) e centrosinistra (ČSSD), avevano ottenuto un risultato pressoché eguale e assieme avevano ottenuto quasi il 78% dei suffragi, aveva comportato una sostanziale *impasse*. Il presidente Klaus aveva nominato Primo ministro il segretario dell'ODS Mirek Topolánek nell'agosto, due mesi e mezzo dopo le elezioni, senza che questi riuscisse a mettere assieme una coalizione con i cristiano democratici e i verdi, ma solo un governo di minoranza nel mese successivo. Il Governo Topolánek I, nominato a distanza di tre mesi dalle elezioni, non ha poi ottenuto al fiducia. Il secondo episodio segue proprio la mancata investitura del Governo di minoranza Topolánek. In seguito alla negazione della fiducia il 3 ottobre, il

ISSN 2279-7238

dell'attuale Governo dimissionario guidato da Andrej Babiš è stata raggiunta a distanza di quasi due mesi dalle elezioni.

La Costituzione prevede che dopo la nomina il Governo abbia l'obbligo di presentarsi entro trenta giorni alla Camera per ottenere la fiducia. Dalla mancata fiducia consegue la nomina di un nuovo Primo ministro e relativo Governo secondo la procedura stabilita dall'articolo 68 della Costituzione[1953], ma nulla è stabilito qualora il Governo non si presenti per ottenere la fiducia o comunque nel caso di mancato rispetto del termine[1954]. Si tratta, nella sostanza, di un caso di scuola che evidenzierebbe un conflitto interorganico e solo in due occasioni tale termine è stato superato di pochi giorni.

Tre dei tredici governi nominati dal 1996 e il 2017 non hanno ottenuto la fiducia della Camera: nel 2006 (Governo monocolore di minoranza Topolánek I), nel 2013 (Governo tecnico Rusnok)[1955] e, da ultimo, nel gennaio scorso il Governo con a capo Andrej Babiš. Con l'insediamento della nuova Camera dei deputati il 20 novembre si sono aperte le trattative, senza che alcuno dei partiti rappresentati si dichiarasse disponibile a entrare in coalizione, né a sostenere dall'esterno un eventuale Governo di minoranza a guida ANO (tranne i comunisti, che però non disponevano un numero di deputati sufficiente a proteggere il Governo da eventuali voti di sfiducia). La nomina di Babiš il 13 dicembre scorso si è quindi scontrata con un muro politico, nell'attesa delle elezioni presidenziali poi vinte da Zeman. Presentatosi alla Camera a metà gennaio per l'investitura, al Governo di minoranza ANO è stata quindi negata la fiducia – terzo caso come detto in poco più di dieci anni – facendo permanere il Paese in un quadro di forte instabilità. Il nuovamente

presidente Klaus aveva nuovamente nominato lo stesso leader ODS a inizio nvembre, e dopo tentativi infruttuosi (che avevano anche tentato il coinvolgimento dei socialisti) si era arrivati nel gennaio all'accordo con i cristiano democratici e i verdi. Questo permetteva nell'insieme di mettere assieme la metà dei seggi, non sufficienti però per garantire con certezza la fiducia della Camera. Questa fu dunque resa possibile dall'assenza al voto di tre membri dell'opposizione socialista. Il Governo Topolánek II, nominato più di tre mesi dopo dalle dimissioni del precedente e sette mesi dopo le elezioni del giugno, entrava così nel pieno delle funzioni il 19 gennaio. Il terzo episodio seegue le elezioni dell'ottobre 2013, che avevano visto il primo exploit del partito di Andrej Babiš, la crisi dell'ODS e il deludente risultato dei socialdemocratici (i quali avevano comunque mantenuto la posizione di primo partito). I dissidi interni al ČSSD che miravano a sostituire Sobotka (il c.d. putsch di Lansky, *Lánský puč*) avevano inizialmente rallentato la nomina del Primo ministro, che per prassi spetta al leader del primo partito. La successiva nomina di Sobotka aveva poi faticosamente portato a individuare l'accordo tra ČSSD, ANO e KDU-ČSL, formalizzato con la nomina del nuovo Governo alla fine di gennaio.

[1953] La fiducia è votata in via di prassi sulla base di un programma presentato al momento del voto, A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 73. Sulla natura del programma di Governo e sul suo status di convenzione costituzionale, R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 189.

[1954] Secondo una parte minoritaria della dottrina, il silenzio della Costituzione quanto alle conseguenze del non rispetto del termine dei trenta giorni implica che l'ordinamento ceco abbracci il parlamentarismo negativo: il Governo può dunque esercitare le sue piene funzioni fino a che non intervenga un voto di sfiducia (a maggioranza assoluta) e non è dunque obbligato a dimettersi, R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 186. L'introduzione espressa del termine costituisce però una deviazione rispetto al parlamentarismo negativo della Costituzione del 1920 della Prima Repubblica cecoslovacca, che non imponeva l'obbligo di presentarsi alle camere per ottenere l'investitura, A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 64 s.; R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 187.

[1955] Il Governo Topolánek I, a distanza di quattro mesi dalle elezioni del giugno 2006, si era visto negato la fiducia per quattro voti (96-99). Successivamente alle dimissioni del Governo Nečas nel giugno 2013, il Presidente Zeman contro la volontà della maggioranza dei partiti (a confermare la tensione esistente tra il ruolo del Presidente e la volontà dei partiti) aveva nominato l'ex Ministro dell finanze (e ora governatore della Banca nazionale) Jiři Rusnok alla guida di un Governo tecnico, a cui nell'agosto la Camera aveva però negato la fiducia (93-100).

ISSN 2279-7238

eletto Presidente Zeman ha dunque reincaricato Babiš, a cui pochi giorni prima la camera bassa aveva sospeso l'immunità secondo quanto previsto dall'articolo 27 della Costituzione[1956], di verificare la fattibilità di un Governo. Al momento, la Repubblica ceca è guidata da un Governo dimissionario nell'attesa di un nuovo Governo, senza che sia al momento chiaramente prospettata la soluzione né i tempi della stessa[1957].

La permanenza in carica di governi sprovvisti della fiducia è un aspetto rilevante anche negli altri due casi sopra menzionati. Dopo la mancata fiducia nell'ottobre 2006, il Governo Topolánek I era infatti rimasto in carica con funzioni di ordinaria amministrazione per altri tre mesi, fino alla nomina del nuovo Governo di coalizione ODS, KDU-ČSL e SZ anch'esso guidao da Topolánek. Caso ancor più controverso, dopo la mancata fiducia nell'agosto 2013, il Governo Rusnok è rimasto in carica sino alle elezioni anticipate dell'ottobre – e oltre, per le sopra menzionate difficoltà di formazione del nuovo Governo Sobotka (che sarebbe entrato in carica solo nel gennaio successivo). Tutto ciò ha comportato la permanenza in carica per oltre sei mesi di un Governo cui la Camera aveva precedentemente negato la fiducia.

Queste difficoltà hanno stimolato le recenti proposte volte a introdurre il meccanismo della sfiducia costruttiva e la possibilità di scioglimento nel caso di mancata formazione del Governo[1958]. La realtà è che spesso le coalizioni, espressione di maggioranze ridotte, sono state determinate strutturalmente dalla sola necessità di ottenere il voto di investitura[1959]: situazione peraltro che si è concretizzata dopo le elezioni dell'ottobre scorso. Più realisticamente, si è perciò proposta l'introduzione di un sistema simile a quello in uso in Svezia, una sorta di voto di fiducia negativo in base alla quale è sufficiente che una maggioranza di deputati non voti contro la nomina.

La debolezza dei governi cechi si manifesta in effetti specialmente una volta che entrino nel pieno delle loro funzioni, come riflesso di coalizioni non omogenee o di condizioni di minoranza rese possibili dal sostegno esterno o accordi di "desistenza" (in due casi). Dei dieci governi che tra il 1996 e il 2018 hanno ottenuto la fiducia della Camera, solo quattro si sono retti su maggioranze di discreta ampiezza, due dei quali erano però governi tecnici[1960]. Nella maggior parte dei casi i Governi si sono retti su coalizioni espressione di maggioranze ridottissime, determinate strutturalmente anzitutto dalla necessità di ottenere

[1956] Tale articolo al quarto comma dispone che procedimenti penali per reati commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni possano essere iniziati solo con il consenso della camera di appartenenza. La misura ha riguardato anche Jaroslav Faltynek, vice di Babiš alla presidenza di ANO.

[1957] Le concrete condizioni politiche, ovvero le difficoltà a individuare una coalizione o un sostegno esterno, hanno fatto avanzare ipotesi di scioglimento anticipato a pochi mesi dalle elezioni dell'ottobre – soluzione criticata dallo stesso Zeman e ora non accolta con favore dagli altri partiti di fronte all'aumento del consenso per ANO nei sondaggi.

[1958] R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 188; M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 21.

[1959] R. ZBÍRAL, *Changing snvestiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 192.

[1960] Si tratta dei governi tecnici Tošovský nel 1998 e Fischer tra il 2009 e il 2010 e dei governi Nečas tra il 2010 e il 2013 e Sobotka tra il 2013 e il 2017. Degli altri sei, due non disponevano di una maggioranza (Governo Klaus II tra il 1996 e il 1998 e Governo Zeman tra il 1998 e il 2002), quattro si sono retti su maggioranze ridottissime (Špidla, Gross e Paroubek nella legislatura 2002-2006 e Topolánek II tra il 2007 e il 2009).

ISSN 2279-7238

il voto di investitura[1961]. Gli accordi di coalizione sono così sempre stati successivi alle tornate elettorali (fors'anche per le alte soglie di sbarramento per le coalizioni), in molti casi a seguito di tentativi infruttuosi di costituire coalizioni alternative, soprattutto a partire dal 2006[1962]: è, ancora, il caso che va prospettandosi a seguito della seconda nomina di Babiš dopo la mancata fiducia del gennaio scorso. Queste debolezze spiegano l'esistenza di governi tecnici – tre su tredici nel periodo considerato, di cui due nominati dopo il 2009[1963]. Sino al dicembre scorso, tutti i governi sono stati guidati dal partito di centro-destra ODS o dal partito di centrosinistra ČSSD. Nelle coalizioni, l'elemento pressoché costante con funzione di perno è stato costituito dal piccolo partito cristiano-democratico KDU-ČSL fino al terremoto elettorale del 2010, che per la prima volta ne ha escluso la rappresentanza alla Camera. Il Governo monocolore nominato nel dicembre scorso (ora dimissionario) costituisce dunque il primo nella storia della Repubblica a non reggersi sui partiti storici. Il partito ANO dispone tuttavia di un potenziale di coalizione limitato, come visto allorché si sono descritte le difficoltà di formazione del primo governo Babiš, il mancato voto di investitura del gennaio scorso e le difficoltà incontrate successivamente al reincarico del leader di ANO.

Una volta formato il Governo, la sua tenuta sarebbe dovuta essere garantita secondo i redattori della Costituzione dall'aggravamento dei requisiti per l'approvazione della mozione di sfiducia, per cui come detto è necessaria la maggioranza assoluta. La Costituzione della Prima Repubblica cecoslovacca, in cui il voto di investitura non era peraltro obbligatorio, prevedeva al contrario la sola maggioranza semplice per l'approvazione di una mozione di sfiducia. Ciononostante, l'instabilità di governo è rimasto un tratto tipico della Repubblica ceca, facendola accostare all'esperienza italiana della c.d. prima repubblica[1964]. Nel corso di 22 anni, tra il 1996 e il 2018, si sono susseguiti tredici governi, per una vita media di meno di due anni ciascuno. Degli otto governi non tecnici che abbiano ottenuto la fiducia in entrata, in cinque non sono giunti al termine della legislatura[1965]. Nella metà dei casi, si è trattato di crisi extraparlamentari[1966], e in un solo caso

[1961] R. ZBÍRAL, *Changing snvestiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 192.

[1962] Nel 1998, i tentativi falliti di costituire coalizioni post-elettorali hanno poi portato all'accordo di desistenza tra il ČSSD alla guida di un governo di minoranza e l'ODS garante di un supporto esterno. Nel 2006, la difficoltà di formazione del Governo aveva comprotato un impasse di sette mesi (vedi *supra*): inizialmente il Presidente Klaus aveva incaricato Topolánek che aveva tentato di costituire un governo di coalizione con i cristiano-democratici e i verdi; Topolánek aveva quindi tentato la via del governo di minoranza con supporto esterno dei socialisti, i quali avevano rifiutato, guardando a loro volta ai counisti e ai verdi coe potenziali partner di governo. Topolánek si era quindi presentato alle Camera senza che questa ne approvasse l'invstitura. Dopo il reincarico e un primo ulteriore fallimento dei negoziati con socialisti, cristiano-democratici e verdi, era finalmente riuscito a raggiungere l'accordo con questi ultimi due, ottenendo la fiducia ma solo grazie alla volontaria astensione di due deputati socialisti. Seppur senza raggiungere questi livelli, accordi di coalizione sono stati raggiunti con difficoltà anche successivamente alle elezioni del 2010 e del 2013.

[1963] Tošovský (1997-1998), Fischer (2009-2010) e Rusnok (2013-2014).

[1964] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., pp. 11 e 16-20.

[1965] Zeman, Paroubek e Sobotka, ma solo il primo e il terzo hanno coperto l'intera durata della stessa.

[1966] In altre quattro occasioni i Governi si sono dimessi in assenza di un voto di sfiducia espresso. Ad esempio, il secondo Governo Klaus fu costretto alle dimissioni alla fine del 1997, pur avendo resistito a due tentativi di sfiduciarlo nel giugno e nel novembre dello stesso anno, M. MILIVOJEVIK, *Political Parties in Czech Republic*, in B. A. Cook (cur.), *Europe since 1945*, vol. I, London, Routledge, 2013, p. 271. Le dimissioni furono la conseguenza della defezione dei

ISSN 2279-7238

– il Governo Topolánek II nel 2009 – l'esecutivo è stato formalmente sfiduciato nel pieno della sua presidenza del semestre europeo[1967]. Si è discussa perciò all'inizio del decennio l'ipotesi di introdurre il meccanismo dell sfiducia costruttiva[1968].

Le maggior parte delle crisi, come detto di natura extraparlamentare, è dovuta a quattro elementi. Sul fronte politico, vi è anzitutto la debole coesione delle coalizioni cui si è accennato sopra. Accanto a ciò, ha contribuito la debole istituzionalizzazione della forma partito, che ha fatto sì che talune crisi non fossero conseguenza (solo) di dissidi intracoalizione ma anche interni ai partiti stessi[1969]. Anche questo carattere tipico della democrazia ceca sembra oggi accentuato dal successo di partiti-azienda fondati sull'unico elemento coesivo e transitorio della leadership[1970], collegandosi all'elemento della volatilità elettorale sottolineato nel secondo paragrafo. Sul fronte istituzionale, rileva l'incapacità del Primo ministro di mantenere coesa la compagine di Governo per via della sua posizione relativamente debole al suo interno. In base agli articoli 76 e 77 della Costituzione, il Governo prende infatti le decisioni collettivamente a maggioranza assoluta dei propri membri, mentre al Primo ministro, che non ha la funzione di determinare la politica del

cristiano-democratici dalla coalizione, ma Klaus aveva perso sostegno anche all'interno dell'ODS e le sue dimissioni erano state caldeggiate dal presidente Havel, A. S. BANKS – T. C. MULLER – W. R. OVERSTREET – J. F. ISACOFF, *Political Handbook of the World 2009*, Washington, CQ Press-Sage, 2009, p. 348. Quindi, nel giugno 2004 fu la volta del Governo Špidla, di coalizione a guida socialista, e nel marzo dell'anno successivo del Primo ministro socialista Gross che perse il sostegno dei cristiano democratici in seguito a scandali finanziari in cui era stato coinvolto. Infine, nel giugno 2013 il Governo di coalizione Nečas a guida ODS si è dimesso in seguito ad alcuni scandali, dopo aver perso il supporto di alcuni rappresentanti del partito Affari Pubblici, che in tale occasione si scisse.

[1967] Nel marzo del 2009, il secondo Governo di coalizione guidato dall'allora leader dell'ODS Mirek Topolánek è incappato in una mozione di sfiducia dopo due anni di vita. Di fronte alla ridotta maggioranza di partenza (101 deputati), avevano espresso voto contrario alla sfiducia 96 deputati. La mozione di sfiducia, promossa dai socialdemocratici, era stata approvata in conseguenza alla defezione di due deputati del partito del Primo ministro e di due membri del partito dei verdi, in coalizione. Fino a quel momento, il Governo Topolánek, che poggiava sul sostegno di soli 100 deputati, aveva superato quattro voti di sfiducia tra il 2007 e il 2008.

[1968] A. ROBERTS, *Czech democracy in the eyes*, cit., p. 566, R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 188.

[1969] La debole disciplina interna è all'origine di crisi di governo nel 1998 (su cui M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Crisis f the Czech Politics*, cit., p. 167), del 2009 e del 2013. Su quest'ultima vicenda, vale ricordare che il Governo di centro-destra Nečas nel 2013 fu conseguenza della scissione del partito Affari pubblici (VV) e dei conflitti interni all'ODS che si sarebbe poi scisso, V. HAVLÍK, *The Economic Crisis in the Shadow of Political Crisis*, cit., p. 132. Queste circostanze spiegano l'inclusione nel regolamento d'assemblea di disposizioni volte a evitare la frammentazione dei gruppi parlamentari e rafforzare la disciplina di partito, le quali però non si sono rivelate in grado di neutralizzare il problema, Z. MANSFELDOVÁ, *The Czech parliament on the road to professionalization*, cit., p. 42. La debole istituzionalizzazione dei partiti è alla base delle successive proposte volte a modificare il regolamento della Camera nel senso di garantire maggiore disciplina all'interno dei gruppi e ridurne la frammentazione interna, M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 22. Di fronte a queste difficoltà, si è sviluppata una corrente di riforma, espressa ad esempio da Vladimíra Dvořáková, docente di scienza politica presso l'Università di economia di Praga, che ritiene opportuno intervenire alla radice della "fluidità" del sistema partitico ceco. Alla base di questa non vi sarebbero infatti profonde fratture sociali (di tipo religioso, economico o etnico, ad esempio), bensì una struttura della società civile di tipo corporativo caratterizzata dal confronto tra gruppi economici, che si riflettono poi sul piano partitico condizionando la stabilità del sistema. Secondo i sostenitori di questa lettura, la governabilità potrebbe essere favorita da interventi riguardanti il corretto rapporto tra mondo politico ed economico, anche attraverso l'introduzione di norme chiare sull'utilizzo dei fondi pubblici, statali ed europei, e una più chiara responsabilità dei titolari dei singoli dicasteri. Per un'interessante panoramica delle cause dei problemi della democrazia parlamentare ceca, A. ROBERTS, *Czech democracy in the eyes of Czech political scientists*, in *East European Politics*, 2017, 4, pp. 562-572.

[1970] V. HLOUŠEK – L. KOPEČEK, *Entrepreneurial Parties: A Basic Conceptual Framework*, in *Politologický časopis/Czech Journal of Political Science*, 2017, 2, pp. 83-91; IDEM, *The Political Entrepreneurs: The Czech Republic in Comparative Perspective*, in *Politologický časopis/Czech Journal of Political Science*, 2017, 2, pp. 92-115.

ISSN 2279-7238

Governo, è espressamente attribuita quella di organizzarne le attività e di presidenza. In breve, il Primo ministro corrisponde formalmente alla figura del *primus inter pares*[1971], sebbene la dottrina si sia interrogata sulla possibilità di derivare dalle disposizioni costituzionali una posizione gerarchicamente sovraordinata dello stesso come certa prassi, accolta dalla dottrina, sembra pur indicare[1972]. In ogni caso, l'incertezza a questo riguardo e la relativa debolezza del Primo ministro hanno spinto alcuni a proporre l'introduzione di forme di cancellierato[1973]. Infine, la debolezza dei governi cechi è ricondotta alla disciplina restrittiva dello scioglimento *ex* dell'articolo 35 della Costituzione, tale che il Presidente, pur esercitando tale potere senza controfirma, non può sciogliere la Camera in maniera discrezionale, intendendosi tale meccansimo principalmente come una valvola di sfogo nel caso di *impasse* istituzionali[1974], mentre l'unico caso di scioglimento non tecnico è l'autoscioglimento introdotto del 2009, che non ha contribuito alla soluzione dello squilibrio tra esecutivo e legislativo.

8. La posizione del Capo dello Stato: non garante né governanante, bensì elemento di disturbo

Si è accennato alla posizione peculiare del Presidente della Repubblica ceco, incluso tra gli organi del potere esecutivo, dal 2012 eletto direttamente dal corpo elettorale e con poteri esercitati senza controfirma ministeriale. Quanto alla prassi, i resoconti precedenti alla riforma del 2012 ne hanno sottolineato l'attivismo, definendolo un «garante con accenni di

[1971] A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 75.

[1972] R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 186 s. Ci si è chiesti ad esempio se le dimissioni del Primo ministro implichino o meno le dimissioni di tutto il Governo, o se egli possa obbligare alle dimissioni tutti i ministri rimanendo Primo ministro e modificare la coalizione.

[1973] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 19 e 21.

[1974] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 12. A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 67. Il carattere restrittivo della disciplina ha comportato che in due frangenti di crisi acuta, nel 1998 e nel 2009, siano emersi rischi di rottura della Costituzione. Nel primo caso, la nomina di un Governo tecnico con a capo l'ex governatore della Banca centrale Josef Tošovský aveva fatto seguito alla crisi della coalizione di minoranza di centro-destra guidata da Václav Klaus, a sua volta generata da una crisi interna proprio al partito del Primo ministro, l'ODS. Il Governo tecnico sarebbe rimasto in carica fino alle elezioni anticipate di giugno. Considerata la difficoltà a percorrere la via ordinaria dello scioglimento anticipato della Camera, seguendo le ipotesi tassative indicate dall'articolo 35 della Costituzione, si rese necessaria l'adozione di una legge costituzionale *ad hoc* di "accorciamento delle funzioni" della Camera. Nel 2009 il problema dello scioglimento anticipato si è riproposto in termini simili. In tale occasione, il Governo di coalizione di centro-destra guidato da Mirek Topolánek venne sfiduciato – nel pieno della presidenza del semestre europeo – a seguito della defezione di due membri dell'ODS. Anche in questo caso, non ricorrevano le condizioni fissate dall'articolo 35 della Costituzione e fu perciò nuovamente adottata una legge costituzionale *ad hoc* e quindi indette nuove elezioni. Diversamente che nel 1998, questo iter verso lo scioglimento è stato però ostacolato da un ricorso costituzionale diretto ad opera di un deputato che ha portato all'invalidazione della legge costituzionale e, conseguentemente, del decreto di indizione delle elezioni. Ciò ha indotto il Parlamento a emendare l'articolo 35 della Costituzione, integrato da un secondo comma in base al quale il Presidente della Repubblica scioglie la Camera dei deputati se tre quinti dei deputati approvano una risoluzione in tal senso, K. WILLIAMS, *When a Constitutional Amendment Viloates the "Substantive Core": The Czech Constitutional Court's September 2009 Early Elections Decision*, in *Review of Central and East European Law*, 2011, 36, pp. 33-51 e M. BRUNCLIK, *Problem of early elections and dissolution power in the Czech Republic*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2013, 46, p. 223. Alla fine, una risoluzione di scioglimento non è stata però approvata per la scelta di socialdemocratici e comunisti di attendere la scadenza naturale nel 2010. Su queste complesse vicende, si rimanda alla articolata ricostruzione di A. DI GREGORIO, *I tormenti della forma di governo ceca*, cit., pp. 8-17 e A. DI GREGORIO, *La Costituzione della Repubblica ceca (1992)*, in M. GANINO, Codice delle Costituzioni, vol. III, Padova, CEDAM, 2013, p. 220.

ISSN 2279-7238

protagonismo»[1975]. Le vicende costituzionali – non ultima, la complessa elezione di Klaus nel 2003[1976] – ha spinto l'intero arco politico a convergere nel 2012 verso l'elezione diretta, rispetto alla quale larga parte della dottrina si esprimeva, e tuttora si esprime, con toni estremamente critici[1977].

In effetti, contro gli assunti di alcuni protagonisti della scena politica[1978], l'elezione presidenziale era considerata suscettibile di contribuire alla ulteriore politicizzazione presidenziale. Di riflesso, ciò avrebbe costituito un elemento di destabilizzazione del

[1975] Così A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 66. Occorre ricordare che il mandato del Presidente della Repubblica è quinquennale e sino ad ora sono stati eletti tre Presidenti, ciascuno dei quali per due mandati: Havel (1993-1998 e 1998-2003), Klaus (2003-2008 e 2008-2013) e Zeman (2013-2018 e 2018-2023). Havel aveva intrattrenuto rapporti conflittuali con il Primo ministro Klaus e svolto una funzione di guida nella transizione verso le elezioni anticipate del 1998, con la nomina di un governo tecnico, non accogliendo una concezione cerimoniale del proprio ruolo. Egli non era invece riuscito a essere incisivo nel periodo della convergenza tra i due maggiori partiti tra il 1998 e il 2002 (la quale aveva anzi portato al tentativo di limitarne poteri e discrezionalità con l'approvazione da parte della Camera – ma non del Senato – di un progetto di revisione costituzionale), A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 71. A sua volta il già leader dell'ODS Klaus, eletto Presidente nel 2003, ha ulteriormente accentuato la politicizzazione del Presidente, in special modo, nel periodo immediatamente antecedente all'ingresso della Repubblica ceca nell'Unione europea, nell'ambito della politica estera, rispetto alla quale l'articolo 63 della Costituzione attribuisce alcuni poteri comunque sottoposti a controfirma ma anche in altri ambiti: non ultimo, nell'utilizzo del potere di veto (M. PEROTTINO, *Les évolutions de la function présidentielle*, cit., p. 61), nei rapporti con il Governo in occasione della crisi del governo Gross o nella costituzione del governo Topolánek. Quest'ultima vicenda ha però allo stesso tempo messo in evidenza i limiti dei poteri presidenziali, A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 72. Sulla politicizzazione e la prassi presidenziale, anche J. KYSELA – Z. KÜHN, *Presidential Elements*, cit., pp. 96-111.

[1976] Sull'episodio politicamente e istituzionalmente rilevante dell'elezione di Klaus alla presidenza, si veda A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 71 s.

[1977] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 5; M. KUBÁT – J. KYSELA, *L'élection du Président au suffrage direct en République tchèque: beaucoup de paroles, peu d'arguments*, in *Revue Est Europa*, 2013, pp. 231-245; J. KUDRNA, *The Question of Conducting Direct Elections of the President of the Republic in the Czech Republic*, in *Jurisprudencija-Jurisprudence*, 2011, 4, p. 1313. La fragilità dell'esecutivo ha solo in parte motivato l'introduzione dell'elezione diretta del Capo dello Stato nell'ottobre del 2012. Questa opzione era stata già discussa negli anni della transizione ed è stata oggetto di proposte durante tutta la vita della Repubblica, provenienti da diverse aree politiche con differenti giustificazioni (A. DI GREGORIO, *La Costituzione della Repubblica ceca*, cit., p. 217; A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 70; J. KUDRNA, *The Question of Conducting Direct Elections*, cit., pp. 1310-1317). La scelta fatta nel 2012, obliqua rispetto alle radici storiche dell'ordinamento parlamentare del 1920 e fortemente criticatata in dottrina, era giustificata dai suoi sostenitori dalla prassi presidenziale, dunque dall'autorevolezza e dall'attivismo delle presidenze Havel e ancor più Klaus. Alcuni ritenevano che il potere del Presidente di emanare atti non controfirmati secondo quanto previsto dalla Costituzione del 1992, avrebbe richiesto coerentemente una più chiara legittimazione popolare. In realtà, questa giustificazione contrasta con il fatto che la riforma del 2012 ha anche lievemente diminuito l'ambito degli atti presidenziali per i quali non sia necessaria la controfirma. Un'ulteriore giustificazione si collegava a caratteri esterni alla forma di governo ma essenziali al suo funzionamento: il sistema elettorale proporzionale e il contesto partitico frammentato, M. BRUNCLIK, *Problem of early elections*, cit., p. 222.. Una leadership di governo "presidenziale" legittimata direttamente dal corpo elettorale poteva in tale contesto svolgere funzione integrativa, di collante, con possibili riflessi sull'intero sistema politico. Questa posizione metteva in realtà in ombra il rischio di effetti divisivi e di contrasti in seno all'esecutivo bicefalo, che sono stati confermati dalla prassi del Presidente Zeman, il primo a essere eletto direttamente dal corpo elettorale, nel 2013. La varietà delle giustificazioni e la loro incoerenza mette in evidenza la scarsa ponderazione della scelta fatta dall'intero arco politico, ma all'epoca criticata in maniera pressoché unanime dalla comunità accademica. Di fatto, l'introduzione dell'elezione diretta sembra essere principalmente la conseguenza dell'impatto negativo sull'opinione pubblica delle modalità di svolgimento dell'elezione del Presidente nel 2008 da parte del Parlamento, caratterizzata da lunghe diatribe interpartitiche e scarsa trasparenza. Sull'introduzione dell'elezione diretta, caldeggiata negli anni '90 anche da Maurice Duverger, M. PEROTTINO, *Les enjeux multiples du mode d'élection présidentiel tchèque*, in *Revue Est Europa*, 2013, p. 248 ss. E J. WINTR – M. ANTOŠ – J. KYSELA, *Direct election of the president*, p. 150 ss.

[1978] I socialisti avevano ad esempio inserito nel loro programma l'elezione diretta del Presidente nel 2005, in reazione all'approccio tenuto dal Presidente Klaus in occasione della crisi del governo Gross.

ISSN 2279-7238

Governo e di indebolimento del Primo ministro[1979]. L'esperienza della presidenza Zeman (2013-2018) avvalora questa lettura, che trova anche una conferma negli effetti polarizzanti determinari dalle elezioni presidenziali del 2013 e in misura ancora maggiore del gennaio 2018[1980]. Tale presidenza non ha svolto una funzione integrativa, accentuando al contrario la conflittualità sistemica e il carattere antagonista rispetto alla Camera, al Governo, e al Primo ministro in particolare, proprio della figura presidenziale[1981]. Lo si è visto specialmente in due occasioni: la nomina del gabinetto "presidenziale" Rusnok, definito il governo più controverso e contestato nella storia della Repubblica ceca, nominato contro la volontà della maggioranza parlamentare che aveva anzi individuato un candidato premier con il sostegno di 101 deputati[1982]; e in occasione della crisi del maggio 2017 in cui il Presidente si era opposto alle dimissioni del Ministro delle finanze[1983]. In entrambi i casi, il Presidente non era certo riuscito ad affermare in maniera conclusiva la propria volontà, ciononostante il corso degli eventi costituzionali ne era stato influenzato, specialmente nel primo caso.

L'elezione diretta ha dunque turbato un equilibrio già precario. Ancora in tempi recenti, alcuni autori hanno affermato che l'esecutivo ceco si trova in una fase di transizione avviata nel 2012 con la potenziale ridefinizione dei ruoli del Governo e del Presidente[1984]. Secondo una parte della dottrina, invero minoritaria, è infatti possibile una evoluzione in senso semipresidenziale della forma di governo[1985], mentre taluni autori hanno considerato l'elezione diretta dannosa per la potenziale «deformazione» del regime parlamentare che essa comporta[1986]. Sino ad ora la prassi non ha avuto come detto uno sbocco di tipo presidenziale, dimostrando al contrario il prevalere della volontà dei partiti rispetto a quella

[1979] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 19 s., per cui «the government is thus situated between two mill wheels – the Chamber of Deputies and the president

[1980] M. KUBÁT – J. KYSELA, *L'élection du Président au suffrage direct*, cit., p, 240.

[1981] Ciò è la conseguenza della non coincidenza del ciclo elettorale parlamentare con quello presidenziale.

[1982] Z. MANSFELDOVA – P. GUASTI, *Parliamentary Opposition in the Czech Republic*, in *Paper prepared for the 7th ECPR General Conference*, Bordeaux, 4-7 September 2013, p. 5; J. WINTR – M. ANTOŠ – J. KYSELA, *Direct election of the president and its constitutional and political consequences*, in *Acta Politologica*, 2016, 2, p. 157 ss.; R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, cit., p. 194.

[1983] La crisi aveva coinvolto la coalizione di governo costituita dal Partito socialdemocratico ČSSD del Primo ministro Bohuslav Sobotka, dai cristiano democratici e dal partito di Babiš, ANO. Essa aveva fatto seguito alle indagini nei confronti del Ministro delle finanze e leader di ANO Babiš, che era stato costretto alle dimissioni, su pressione del Primo ministro. Il Presidente della Repubblica Miloŝ Zeman si era inizialmente opposto alle dimissioni, tentando in seconda battuta di far nominare una personalità a lui vicina. Si vedano A. DI GREGORIO - L. A. NOCERA, *A political crisis in the Czech Republic?*, in *DIPEO-Diritto Pubblico dei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, 25 maggio 2017, e M. MAZZA, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca*, cit., pp. 543-550. Ma la conflittualità tra Presidente e Primo ministro si era già manifestata in altre occasioni, ad esempio nella formazione del Governo Sobotka, allorché Zeman sostenne la possibilità di rifiutarsi di nominare ministri anche sulla base di considerazioni politiche. Storicamente, la conflittualità tra Zeman e Sobotka (e una parte del partito socialista) risale almeno alla mancata elezione del primo alla presidenza della Repubblica nel 2003, proprio per l'opposizione di parte del suo partito alla sua candidatura.

[1984] M. KOPA - M. TOMOSZEK - Z. ČERVÍNEK, *Developments in Czech Constitutional Law: The Year 2016 in Review*, in I-CONnectBlog, 24 dicembre 2017; M. PEROTTINO, *Les enjeux multiples du mode d'élection*, cit., p. 256.

[1985] V. *supra* nota 19.

[1986] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 16.

ISSN 2279-7238

del presidente[1987], secondo una linea già definitasi in precedenza[1988]. L'effetto è stato piuttosto di tipo destabilizzante e fonte di tensioni.

Anche il ruolo di Zeman nella recente vicenda della formazione del Governo Babiš è indicativo. Come si è detto[1989], nonostante la improbabile individuazione di una maggioranza di governo a guida ANO, in un frangente caratterizzato dalla imminenza delle elezioni presidenziali, Zeman ha nominato Primo ministro il leader di ANO, che ha costituito un governo a sola rappresentanza ANO. Questo si è visto negata la fiducia, ottenendo solo 78 voti favorevoli la settimana precedente al secondo turno delle presidenziali. In tale occasione, Zeman aveva annunciato il reincarico Babiš anche nel caso di sua sconfitta nella sfida che lo opponeva a Jiří Drahoš. In altre parole, Zeman prospettava l'esercizio del proprio potere di nomina prima della scadenza formale del mandato presidenziale a inizio marzo per togliere allo sfidante, e allora ancora potenziale vincitore, Drahoš la possibilità di nominare il Primo ministro in caso di vittoria di quest'ultimo.

Il profilo dei due candidati presidenziali era infatti suscettibile di avere un impatto sul corso degli eventi per via dell'opposto modo di intendere la funzione presidenziale. Con l'elezione di Zeman ha prevalso un modello di presidenza politicizzata e attivista, contro quella suppostamente apolitica e ispirata a *self-restraint* di un outsider (e secondo alcuni, candidato debole) come Jiří Drahoš. Zeman ha quindi reincaricato Babiš, a cui pochi giorni prima la camera bassa aveva sospeso l'immunità, nel permanere delle difficoltà sopra evidenziate, esercitando pressione sugli altri partiti per spingerli a coooperare: ad esempio, specificando che si sarebbe astenuto dall'indicare espressamente un termine e – essendo contrario a ogni ipotesi di sciglimento anticipato – prospettando anche la possibilità che il Governo dimissionario arrivasse all'estate. Nel frattempo, il Governo non si è astenuto da atti che non rientrano nell'ordinaria amministrazione né sono conseguenti rispetto all'indirizzo politico preesistente, raccogliendo critiche specialmente dal centro-destra.[1990]

Al momento, esiste dunque una convergenza tra Presidente e Primo ministro, ma sotto un profilo generale l'elezione diretta introduce potenzialmente un ulteriore effetto distorsivo dell'elezione sotto il profilo della legittimazione, che potrebbe manifestarsi in seguito. Già

[1987] M. MAZZA, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca: profili costituzionalistici*, cit., p. 543 ss.; A. DI GREGORIO - L. A. NOCERA, *A political crisis in the Czech Republic?*, cit.

[1988] Ad esempio, in occasione dello scioglimento anticipato (*rectius*, accorciamento della durata della legislatura tramite emendamento costituzionale) del marzo 1998, che può essere letta come una risposta al tentativo di Havel di influenzare gli equilibri politici con la nomina del governo tecnico Tosovsky supportato dal nuovo partito US frutto della crisi interna dell'ODS. L'accordo tra socialisti e ODS dopo le elezioni del 1998 ha costituito a sua volta uno strumento dei due partiti firmatari che, tra l'altro, limitava di fatto fortemente la discrezionalità del Presidente, anzitutto nella nomina del Primo ministro, M. PEROTTINO, *Les évolutions de la function présidentielle*, cit., p. 59. O ancora lo scioglimento anticipato del 2013, anch'esso espressione della volontà dei partiti contro il presidente Zeman, dopo che il gabinetto "presidenziale" Rusnok si era visto rifiutata la fiducia, A. DI GREGORIO, *Un governo tecnico (anche) nella Repubblica ceca. Continua l'instabilità politica che ha caratterizzato il paese nelle ultime due legislature*, in *DIPEO-Diritto Pubblico dei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, 30 giugno 2013.

[1989] *Supra* p. x.

[1990] *Babiš's gov't made personnel changes in first 100 days in office*, in *Prague Daily Monitor*, 20 marzo 2018. Tra gli atti controversi presi del Governo dimissionario sono le nomine ad alti posti dirigenziali nei ministeri e il recesso da un memorandum d'intesa sullo sfruttamento mineriario con una azienda australiana rivendicata come forma di tutela dell'interesse nazionale.

ISSN 2279-7238

si era sostenuto infatti che l'elezione diretta avrebbe introdotto le basi di una legittimazione potenzialmente concorrente rispetto a quella elettori-Parlamento-Governo[1991]. Da un lato, la non coincidenza del ciclo elettorale presidenziale con quello parlamentare rischia teoricamente di favorire un pendolo di rivendicazioni da parte del Primo ministro e da parte del Presidente a ogni nuova elezione parlamentare e presidenziale[1992].

Di fronte all'incertezza dell'attuale quadro istituzionale, può con certezza sostenersi l'assenza di un impatto positivo sul funzionamento della forma di governo dell'attuale configurazione formale e prassi sostanziale della figura presidenziale[1993]: questa contribuisce anzi a rendere il Presidente della Repubblica elemento di disturbo rispetto alle debolezze tipiche della forma di governo ceca, un potenziale fattore di aggravamento di quelli che sono stati definiti i suoi tormenti[1994].

Da ultimo, può evidenziarsi un ulteriore elemento di disturbo sotto il profilo della legittimazione delle istituzioni rappresentative. Empiricamente documentata è la correlazione perversa sussistente tra l'introduzione dell'elezione diretta e la progressiva erosione della legittimazione del circuito parlamento-governo: a fronte della crescente partecipazione alle elezioni presidenziali, il tasso di partecipazione alle elezioni per la Camera è in costante diminuzione, attestandosi al 60,2% delle elezioni di ottobre contro il 66,6% delle presidenziali di gennaio. Nella misura in cui la crisi del sistema della rappresentanza evidenziata dalle elezioni degli ultimi anni descritta nel secondo paragrafo si collega, secondo l'interpretazione prevalente nella dottrina politologica ceca[1995], a una crisi delle istituzioni e di fiducia in esse (piuttosto che a una crisi di efficacia dell'azione di governo o di *output legitimacy*: si pensi a questo riguardo al positivo quadro economico che non ha evitato la sconfitta dei socialdemocratici), ci si può spingere a congetturare che l'introduzione dell'elezione diretta contribuisca ad aggravare, almeno indirettamente, la crisi del sistema politico ceco.

[1991] M. KUBÁT – J. KYSELA, *L'élection du Président au suffrage direct*, cit., p, 237.

[1992] È quanto è avvenuto in seguito alle elezioni del 2013, che hanno portato all'immediato conflitto con il governo di centro-destra in carica, M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Czech Parliamentary Regime After 1989*, cit., p. 20.

[1993] M. MAZZA, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca: profili costituzionalistici*, cit., p. 549 s. Si tratta di una tendenza rilevata a livello generale da F. CLEMENTI, *Garante o governante? La figura del Capo dello Stato nella recente esperienza dei Paesi dell'Unione europea a regime repubblicano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, 3, pp. 617-638.

[1994] A. DI GREGORIO, *I tormenti della forma di governo ceca*, cit. J. WINTR – M. ANTOŠ – J. KYSELA, *Direct election of the president*, cit., p. 150.

[1995] Secondo la dottrina politologica, le tendenze del sistema partitico descritte nel capitolo 2 e in particolare la sua destrutturazione sono una variabile dipendente proprio dell'instabilità: come visto sopra, la scarsa funzionalità del sistema politico ceco determina ben più di altri fattori (ad esempio quello economico) le tendenze elettorali di questi ultimi anni. Proprio per questo, il rapporto perverso tra le fragilità della forma di governo e la destrutturazione del sistema partitico potrebbe cadere in un circolo vizioso che pure ricorda la situazione italiana. Le diffidenze e la litigiosità tra i soggetti partitici spingono questi ad assumere posizioni polarizzate nel tentativo di attirare porzioni di elettorato, aggravando l'incapacità di raggiungere accordi ampi che permettano il funzionamento efficiente delle istituzioni. La soluzione di questo problema è perciò urgente quanto complessa, ma la strada da seguire invero incerta. Secondo M. BRUNCLIK, *Problem of early elections*, cit., p. 225, sino a che il sistema partitico ceco sarà caratterizzato da instabilità, polarizzazione e frammentazione, assenza di disciplina e imprevedibilità dei parlamentari, ogni intervento a livello istituzionale difficilmente sarà in grado di garantire la stabilità di governo.

ISSN 2279-7238

9. I più recenti sviluppi costituzionali della forma di governo ceca nel contesto interno ed europeo

In queste pagine, a partire dalle tendenze definite dalle elezioni della Camera dei deputati dell'ottobre 2017 e dai successivi sviluppi costituzionali si sono voluti evidenziare tre aspetti.

Il primo è la persistenza nell'ordinamento costituzionale della Repubblica ceca di problemi storici riguardanti il funzionamento della forma di governo (instabilità governativa), dovuta a limiti del contesto politico (sistema partitico polarizzato e debole istituzionalizzazione dei partiti) e del quadro istituzionale (rapporti sbilanciati tra gli organi di indirizzo politico e debolezza del Primo ministro). Tali problemi – che nel lungo periodo caratterizzano già l'esperienza della Cecoslovacchia interbellica – originano nel breve periodo negli anni 1996-1998 e si consolidano nella legislatura 1998-2002, segnata dall'accordo tra l'ODS e ČSSD e dal successivo fallimento del progetto di riforma istituzionale ad esso sottostante[1996].

Il secondo è che l'attuale frangente storico costituisce il punto di arrivo di un aggravamento di tali problemi percepibile dal 2006[1997]. Tale aggravamento è la conseguenza del reciproco rafforzamento tra limiti e problemi di funzionamento, con il complicarsi del quadro politico di contesto come conseguenza di una crescente sfiducia nelle istituzioni in ragione del loro inefficiente funzionamento e l'incapacità del legislatore di individuare soluzioni istituzionali adeguate. Nell'ultimo lustro, la situazione è stata anzi ulteriormente complicata dagli effetti perversi dell'introduzione dell'elezione diretta del Presidente.

Il terzo è che le recenti elezioni e i successivi sviluppi, nel porsi in linea di continuità rispetto ai caratteri tradizionali della forma di governo ceca, confermano la dinamica non virtuosa di rafforzamento reciproco tra ingovernabilità e destrutturazione del quadro politico[1998]. Da un lato, i caratteri storici del modello costituzionale hanno delineato un'architettura disfunzionale che, generando ingovernabilità, ha intaccato la legittimazione delle istituzioni, favorendo la destrutturazione del sostrato politico. Dall'altro, l'incapacità di risolvere i nodi dell'ingovernabilità e anzi il suo aggravamento anche attraverso scelte instinsecamente incongruenti, come l'elezione diretta del Presidente della Repubblica, unita alla ulteriore destrutturazione del sostrato politico ha aggravato le disfunzionalità della forma di governo ceca. In tale quadro, permane nella dottrina istituzionalista un moderato pessimismo quanto

[1996] M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Crisis f the Czech Politics*, cit.

[1997] Come visto in particolare nel quinto paragrafo, tra il 1996 e il 2005 i problemi riguardano principalmente la vita dei Governi in ragione della disomogeneità delle coalizioni, a fronte dei tentativi di rendere la rappresentanza parlamentare più omogenea. Dal 2006, si manifestano in maniera accentuata problemi anche ad altri livelli. Come si è visto, dei sette governi nominati dal 2006, cinque hanno attraversato lunghi iter di formazione o si sono scontrati contro lo scoglio del voto di investitura. Da ultimo, proprio il Governo nominato a seguito delle elezioni dell'ottobre 2017, attualmente dimissionario.

[1998] Su questa dinamica, M. BRUNCLÍK – M. KUBÁT, *The Crisis f the Czech Politics*, cit., p. 176. La riconduzone della crisi degli elementi del sistema rappresentativo alle inefficienze del sistema di governo e alla connessa sfiducia nei confronti delle istituzioni politiche trova i politologi cechi ampiamente concordi. È stato ad esempio osservato che il fenomeno populista nella Repubblica ceca ha origini non economiche, bensì prevalentemente politiche, essendo dovute all'inefficienza del sistema politico in relazione alla debolezza e alla instabilità governativa, V. HAVLÍK, *The Economic Crisis in the Shadow of Political Crisis*, cit..

ISSN 2279-7238

alla capacità degli interventi di natura istituzionale di risolvere problemi che hanno radici intrinsecamente politiche[1999].

Ciononostante, l'aggravarsi dei problemi istituzionali nella Repubblica ceca non ha sino ad ora modificato in maniera decisiva «gli assetti istituzionali e le dinamiche consolidate» della forma di governo[2000]. Le vicende relative alla formazione del nuovo Governo dopo le elezioni dell'ottobre scorso si pongono lungo la linea di una *stabile instabilità* che ancora non apre le porte verso sviluppi (egemonici) di stampo ungherese, pur paventate da alcuni costituzionalisti dell'area[2001]. Desta particolare preoccupazione il progressivo aumento dell'astensionismo[2002] e il protrarsi dell'instabilità. Tuttavia, frammentazione politica e incongruenze istituzionali fungono da meccanismi di limitazione del potere, pur contribuendo ad aggravare la crisi di consenso e legittimazione delle istituzioni democratiche, i cui effetti si manifestano però su tempi più lunghi.

Nel breve periodo, le ricadute di maggior momento riguardano i processi decisionali europei. Come è stato osservato, «il peso dell'instabilità governativa, che le condizioni dell'integrazione europea [...] non consentono di sopportare, è molto sentito»[2003]: tanto più se si considera quello ceco come un anello nel continuo susseguirsi di cicli elettorali – e di relativi sviluppi costituzionali – in 28 (presto 27?) Stati membri[2004]. Si coglie perciò l'esigenza di ampliare l'orizzonte di analisi.

Queste elezioni hanno concluso un importante anno elettorale per i Paesi dell'Unione europea, seguendo, oltre alle parlamentari in Austria (in cui nel dicembre 2016 era stato eletto anche il nuovo Presidente), quelle olandesi (15 marzo), francesi (23 aprile e 7 maggio) e tedesche (24 settembre). Ciascuna di queste elezioni ha messo in luce alcuni dilemmi

---

[1999] A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique*, cit., p. 705. Rimane dunque oggi inevasa la questione sulla maniera in cui confrontarsi con le tendenze ordinamentali e gli sviluppi costituzionali evidenziati. Il quadro è infatti complesso, l'origine delle disfunzioni articolata, pur riconoscendosi il ruolo preponderante dei partiti politici e dunque l'esigenza di intervenire a tale livello, A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., p. 63.

[2000] M. MAZZA, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca*, cit., p. 543.

[2001] J. BAROŠ - P. DUFEK - D. KOSAŘ, *Separation of Powers and Politics in Central Europe: An Italian Marriage?*, Relazione per l'*International Symposium on The Separation of Powers. A Global Constitutional Dialogue*, Università di Milano, 22 maggio 2017, pp. 1-21. Di sistema costituzionale al contempo stabile e instabile R. ZBÍRAL, *Changing Investiture Rules in the Czech Republic*, in B. E. RASCH – S. MARTIN – J. A. CHEIBUB, *Parliaments and Government Formation*, Oxford, OUP, 2015, p. 183 evidenziando, accanto ai problemi di governabilità, la stabilità degli attori partitici e dei risultati elettorali presidenziali (sino ad ora, la Repubblica ceca ha avuto solo tre presidenti, entrambi eletti per un secondo mandato). Inoltre, se i due partiti tradizionali stanno vivendo una crisi e frammentazione e volatilità sono in aumento, è difficile fare ipotesi sul futuro e nulla escldue che la situazione politica possa riequilibrarsi. Dal lato istituzionale, la possibilità delle forze classificate come "populiste" (e ritenute corrosive dei principi della democrazia rappresentativa) di costituire governi che non tengano conto di istanze differenti rimangono molto limitate.

[2002] Sulle ripercussioni delle inefficienze di governo sull'opinione pubblica, con riferimento in particolare alla crescita del tasso di astensione, si veda A. HUBENY-BELSKY, *Le changement de régime politique en République Tchèque. 1989-2000: la place du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, p. 704.

[2003] A. DI GREGORIO, *La Costituzione della Repubblica ceca*, cit., p. 218.

[2004] Possono individuarsi due dimensioni principali di tali ricadute. Il primo riguarda la sostenibilità, per la funzionalità dei processi decisionali europei, del perpetuarsi di cicli elettorali come quello che le elezioni nell'ottobre scorso hanno parzialmente concluso, fino alle recenti elezioni italiane del 4 marzo cui seguiranno l'8 aprile quelle ungheresi. Inoltre, l'attuale architettura europea che pone i processi decisionali in balìa di un quadro politico e istituzionale mutevole a livello nazionale è non soltanto inefficace, ma anche controproducente. Esso è suscettibile di condurre alla delegittimazione dei livelli di governo sia nazionale sia europeo, specialmente in alcuni ordinamenti così generando forti asimmetrie in seno all'Unione quanto alla tenuta dei principi della democrazia rappresentativa.

ISSN 2279-7238

comuni con cui gli ordinamenti costituzionali europei si confrontano nel frangente storico attuale, di natura sia politica che istituzionale i quali sono stati rinnovati anche dalla recente elezione del Parlamento italiano [2005]. Tali dilemmi, che riguardano il funzionamento concreto delle forme di governo nazionali, oltrepassano i confini dei singoli ordinamenti nazionali nella misura in cui esso è suscettibile di condizionare, seppure indirettamente, il funzionamento delle istituzioni dell'Unione europea, con conseguenze sui processi decisionali europei e sui suoi sviluppi istituzionali[2006]. Se ciò è evidente nei casi francese e tedesco, non bisogna sottovalutare il significato delle elezioni in altri Paesi, anche quelli ritenuti minori o periferici. Ciò vale in particolar modo con riguardo all'area centro-europea, caratterizzata dagli smottamenti ungherese e polacco e nella quale il Gruppo di Visegrád costituisce un elemento vitale, ma in costante assestamento[2007]. A questo proposito, è utile ricordare che nell'aprile prossimo l'Ungheria tornerà a eleggere il proprio Parlamento unicamerale.

Occorre perciò interrogarsi, di fronte al carattere generalizzato della crisi dei sistemi costituzionali nazionali e senza trascurare i necessari interventi a livello interno, se il recupero dell'efficacia decisionale europea e di standard di democrazia rappresentativa soddisfacenti – oggi in costante crisi a livello nazionale – non debba essere ricercato anche attraverso il consolidamento dei canali della rappresentanza a livello europeo[2008].

[2005] Sotto il profilo prettamente politico, esse sono indicative delle tendenze politiche più generali, tra cui, secondo alcuni, l'emergere di orientamenti politici dominanti accanto a quello genericamente definito populista, A. DE NICOLA, *L'antidoto liberale al populismo*, *La Stampa*, 11 ottobre 2017.

[2006] A. D'ARGENIO, *Ue, Tusk isola gli euroscettici: "Avanti con Europa a più velocità per evitare stallo su grandi 'temi'"*, *La Repubblica*, 18 ottobre 2017; L. VERONESE, *L'Est Europa fa quadrato contro le riforme degli «occidentali» Macron e Merkel*, *Il Sole24Ore*, 27 gennaio 2017.

[2007] Gli sviluppi cechi nell'area centro-orientale sono significativi con riferimento ad aree fondamentali della politica europea, le quali si incardinano nelle attività di cooperazione del Gruppo di Visegrád. Rilevanti ricadute europee delle elezioni ceche possono così riguardare aree importanti come le politiche migratorie, con riguardo alle politiche di ricollocazione e alla riforma del sistema di Dublino; lo stato di diritto, con riguardo alle riforme in atto in Polonia e Ungheria ; le politiche istituzionali, con riguardo alla riforma del sistema di governo dell'Unione da più parti invocata e al ricorso agli strumenti della cooperazione rafforzata; la politica monetaria, con riguardo alla estensione dell'area euro quale motore di trazione dell'Unione. Si ricordi a questo riguardo che la Repubblica ceca è un Paese moderatamente pro-europeo ma che vede la presenza di alcune posizioni euro-scettiche al suo interno. Il leader di ANO si è espresso in termini molto critici rispetto a diversi aspetti delle politiche dell'Unione Europea e, seppure al momento irrealistiche, sono state avanzate ipotesi di *Czexit*, M. MAZZA, *La crisi politico-istituzionale nella Repubblica ceca*, cit., p. 546; C. INGENITO, *Brexit nell'Europa dell'Est. L'exit della Repubblica Ceca: realtà o finzione? La risposta di Praga alla Brexit*, in *Federalismi*, 13 settembre 2017; J. ROVNY, *Election reaction: The Czech Republic shifts toward the Polish and Hungarian model*, in *LSE European Politics and Policy (EUROPP) Blog*, 23 ottobre 2017. Sul rapporto tra Repubblica ceca e UE, si rimanda a A. DI GREGORIO, *Repubblica ceca*, cit., pp. 151-164. Il partito SPD di Tomio Okamura ha posizioni fortemente antieuropeiste, mentre gli altri partiti maggiori vanno dal filoeuropeismo più e meno moderato a una cautela tipicamente ceca rispetto a forme avanzate di integrazione, come dimostrato dall'atteggiamento rispetto alla moneta unica. Hanno orientamento filoeuropeo i social-democratici (ma con alcune voci dissidenti) e i centristi cristianodemocratici, i liberali di Top09, il partito pirata e il partito dei sindaci e degli indipendenti; hanno orientamento caratterizzato da maggiore scetticismo i conservatori dell'ODS, oltre al partito comunista.

[2008] Ci si riferisce alla riforma della normativa relativa ai partiti europei e a iniziative pure contenute nel programma dell'attuale Commissione, *Stato dell'Unione 2017 - Pacchetto democrazia: riforma dell'iniziativa dei cittadini europei e del finanziamento dei partiti politici*, in particolare la *Proposta di regolamento: modifica dello statuto e del finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee*. Nello stesso senso si veda S. GOZI – N. LOISEAU – J. TOLEDO, Una riforma «senza confini» per il Parlamento europeo, *Il Corriere della Sera*, 15 novembre 2017. Sulla strutturazione di partiti realmente transnazionali e sulla reforma del quadro giuridico che li regolamenta, B. DONNELLY – M. JOPP, *Les partis politiques européens et la démocratie dans L'UE*, in AA. VV., *La démocratie au sein de l'UE et le rôle du Parlement européen*, in *Notre*

ISSN 2279-7238

Europe. Etudes & recherches, n. 70, Paris, 2009 e W. LEHMANN, *Recent Advances towards Veritable European Political Parties*, intervento alla Max Weber Programme Lustrum Conference organizzata dallo European University Institute, Villa La Fonte, San Domenico, 8-10 giugno 2011, pp. 1-15. L'alleggerimento dal peso di ampi settori di *policy* le forme di governo nazionali consentirebbe la loro conseguente stabilizzazione mentre il consolidamento dei canali di rappresentanza democratica sovranazionali aprirebbe opportunità di rappresentanza castrate e inespresse nell'attuale configurazione istituzionale, come mostrato dalle tendenze elettorali definitesi in questi ultimi anni.

ISSN 2279-7238

La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di "stretta necessità" e sulle ipotesi di deroga al diritto comune*

di Sergio Pignataro**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2.1. I servizi di interesse generale (SIG) e di interesse economico generale (SIEG) nel diritto europeo. 2.2. Il parallelismo sul fronte interno, alla luce del t.u. n. 175 del 2016, tra i SIEG e i SIG e i servizi pubblici locali a rilevanza economica e privi di tale rilevanza. 2.3 Le forme gestionali previste per l'espletamento dei SIG e dei SIEG e il problema del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. 3. Il fenomeno dell'espansione delle partecipazioni pubbliche in organismi societari e le misure legislative volte al loro drastico ridimensionamento. 4.1. I capisaldi della riforma attuata con il t.u. n. 175 del 2016: in particolare il requisito della stretta necessarietà per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. 4.2. Le ipotesi derogatorie previste dai commi 9 e 9-*bis* dell'art. 4. 5. Conclusioni

1. Premessa

Il presente saggio si prefigge l'approfondimento di alcuni aspetti del d. lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 (t.u. in materia di società a partecipazione pubblica), modificato ed integrato dal d. lgs. n. 100 del 18 giugno 2017 (decreto correttivo), il cui campo di applicazione investe tutte le pubbliche amministrazioni. Ed invero, già tale circostanza pone, *ex se*, interrogativi di compatibilità con la Carta fondamentale, alla luce del Titolo V. Parte II, Cost., novellato nel 2001, che ha incrementato considerevolmente l'autonomia normativa e amministrativa delle Regioni e degli enti locali.

La riforma legislativa in parola, varata in attuazione dell'art. 18 della l. delega n. 124 del 7 luglio 2015, per semplificare, razionalizzare e rendere la disciplina applicabile più chiara e coerente, nonché sollecitata dagli organi europei al fine di riordinare il settore dei servizi pubblici, regolamenta in maniera unitaria e organica un complesso di aspetti attinenti alle partecipazioni pubbliche.

Il testo normativo, nella sua interezza, investe plurimi aspetti problematici che non potranno essere analizzati a tutto campo in questo contributo. Al suo interno saranno privilegiati alcuni dei profili sottesi alle le norme che aprono tale testo normativo, segnatamente gli artt. 2-5, che verranno approfonditi alla luce dell'impianto costituzionale e dei criteri che ispirano le scelte legislative.

Il contributo parte dalla disamina delle nozioni di "servizi di interesse generale" (SIG) e di "servizi di interesse economico generale" (SIEG) generate dall'ordinamento europeo. Tali concetti appaiono essere trasposti, quasi simmetricamente, nell'ordinamento interno, dal t.u. n. 175.

Una particolare attenzione viene riservata ai servizi pubblici svolti dagli enti locali; che costituiscono la porzione più significativa e consistente delle partecipazioni pubbliche. A riguardo continua ad essere importante individuare il *discriminem* tra "servizi a rilevanza economica" e "servizi

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico e cultura dell'economia presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

ISSN 2279-7238

privi di rilevanza economica"; concetti che non vengono soppressi ma si aggiungono e convivono con quelli di SIEG e di SIG.

Sui servizi pubblici locali si è succeduta un'infinità di interventi legislativi stratificati e disorganici o non ben ponderati. Alcune disposizioni sono contenute nel d. lgs. 267 del 18 agosto 2000 (t.u. sull'ordinamento degli enti locali, modificato ed integrato più volte), agli artt. 112 e seguenti; altre sono sparse in varie fonti statali, oltre che regionali.

A parte ciò, l'espansione delle partecipazioni societarie a tutti i livelli istituzionali ha determinato l'impiego di ingenti capitali pubblici non sempre riscontrati dalla utilità delle prestazioni fornite e dalla maggior efficienza, efficacia ed economicità delle gestioni.

Di qui una radicale inversione legislativa nell'ultimo decennio, volta a rendere minimale ed eccezionale la possibilità di investimenti pubblici nell'ambito in questione, limitandoli laddove la partecipazione sia strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti che la deliberano.

Alla disposizione che muove in tale direzione (fondamentalmente art. 4, comma 1, t.u. n. 175) sono poi previste delle deroghe dall'art. 4 commi 9 e 9-*bis* che presentano più di un profilo di dubbia compatibilità con la Carta costituzionale.

Altre incongruenze del decreto n. 175 appaiono, poi, connesse alle forme gestionali (società di capitali) previste contestualmente per l'esplicazione sia dei SIEG che i SIG e alla previsione di una disciplina statale univoca in cui ricadrebbero anche i SIG svolti a livello regionale e locale.

Certo il t.u. n. 175, a seguito delle censure sollevate della Consulta nel 2016 in ordine al suo *iter* formativo e sanate a mezzo del d. lgs. n. 100 del 2017, pare informato al principio di leale collaborazione tra Stato, Regioni e autonomie locali, oltre che al principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale e verticale: Ciò dovrebbe superare le eventuali obiezioni sul rispetto delle autonomie da parte di tale testo normativo.

Nella fase finale del presente lavoro, si perviene a trarre le dovute conclusioni, a coronamento dell'*excursus* pregresso, e, quindi, ad esprimere un breve giudizio di valore delle singole fattispecie normative problematiche esaminate e sull'impianto complessivo del t.u. n. 175 e a suggerire l'eliminazione *in nuce* dei plurimi elementi distorsivi presenti.

2.1. I servizi di interesse generale (SIG) e di interesse economico generale (SIEG) nel diritto europeo.

I servizi pubblici, per come classificati nel diritto dell'Unione europea, si distinguono in due categorie di base, più alcune sotto-articolazioni. L'ordinamento europeo riconosce, da tempo, i "servizi di interesse generale" (SIG)[2009], i quali si sostanziano in prestazioni che le autorità pubbliche degli Stati membri dell'UE qualificano come tali e che, pertanto, sono soggette a obblighi specifici

[2009] Sul tema v., tra i tanti, N. Rangone, *I servizi di interesse generale in Europa, in Giornale di diritto amministrativo,* 1997, pp. 386 ss.; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 747 ss.; E. Ferrari (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007; F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea,* Torino, Giappichelli, 2010.

ISSN 2279-7238

di pubblico servizio. Gli stessi servizi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato. Ne sono esempi i servizi postali, l'assistenza sanitaria e l'istruzione.

I servizi di interesse generale, a loro volta, vengono articolati in tre categorie: economici, non economici e sociali. Quelli di "interesse economico generale" (SIEG)[2010] sono prestazioni di base, fornite dietro pagamento, come la somministrazione dell'energia elettrica e del gas naturale. Essi sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo, ma sono suscettibili di deroghe qualora sia necessario garantire l'assolvimento delle missioni d'interesse generale affidate alle imprese che tali servizi gestiscono.

I servizi "non economici", quali la polizia, la giustizia e la previdenza, previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica, né alle norme sul mercato interno e sulla concorrenza.

Vi sono poi, i "servizi sociali di interesse generale" (SSIG) che rispondono alle esigenze segnatamente dei cittadini più vulnerabili e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia popolare.

L'art. 1 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 14 TFUE rimettono agli Stati membri il compito di definire, in conformità al diritto europeo, quali servizi, svolti dagli enti locali, rientrino nei servizi di interesse economico generale, in che modo essi debbano essere organizzati e finanziati in coerenza alle regole sugli aiuti concessi dagli Stati ed a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

L'ordinamento europeo riconosce che i SIG costituiscono "elementi essenziali per garantire la coesione sociale e territoriale e salvaguardare la competitività dell'economia europea" (Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12 maggio 2004, COM). I cittadini, infatti, fruiscono di tali servizi che rappresentano una componente essenziale e funzionale al perseguimento dei benefici e dei diritti fondamentali; essi sono specificamente consacrati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 36).

L'importanza dei SIG si desume anche dal citato art. 14 TFUE, ove è espressamente sancito che "gli Stati membri provvedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti".

Dalla lettura dell'art. 106 TFUE si deduce, poi, che la regola generale è quella dello svolgimento dei servizi in via concorrenziale. È ammessa una deroga al regime di mercato solo quando lo Stato membro valuti che devolvere l'attività economica al mercato non garantirebbe un equo svolgimento del servizio in quanto il gioco della concorrenza osterebbe al raggiungimento dei fini prefissati. Il servizio, in tale precipua circostanza, verrebbe assicurato dai pubblici poteri, ovvero da enti da essi partecipati, purché ciò sia necessario al perseguimento dello scopo pubblico e sia rispettato un criterio di stretta proporzionalità.

[2010] In argomento v., tra gli altri, G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e* welfare *nel diritto dell'Unione europea,* Milano, Giuffrè, 2010; F. Donati – E. Bruti Liberati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la "concorrenza limitata". Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010. V., pure, i contributi di L.R. Perfetti, *I servizi di interesse economico generale e i servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, pp. 479 ss.; G.F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole del mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2005, pp. 1219 ss.; M. Lottini, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, *ivi*, pp. 1351 ss.; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Diritto amministrativo,* 2010, pp. 313 ss.

ISSN 2279-7238

Per il diritto dell'Unione europea è, comunque, tendenzialmente indifferente la circostanza che a gestire i servizi siano enti pubblici o soggetti privati: ciò che conta è che venga garantita la parità di condizioni tra operatori, sia nell'ingresso sia nello svolgimento del servizio. In questa prospettiva è necessario che gli Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione, finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese e l'attuazione della concorrenza "nel mercato"; viene, altresì, imposto alle pubbliche amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure ad "evidenza pubblica"[2011], finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza "per il mercato".

Fatto sta che i SIG, nel diritto europeo, si collocano, per loro natura, al di fuori del mercato e di regola sono esercitati e gestiti secondo modalità non imprenditoriali; in tale ambito rientrano quei servizi che, sebbene astrattamente possano condurre a risultati economicamente vantaggiosi, nella pratica muovono nella direzione opposta, in quanto vi è la necessità di assicurare – in condizioni di non discriminazione e parità di trattamento – la fruizione a tutti gli utenti a prescindere, ad esempio, dalla loro posizione geografica (è questo il caso specifico dei servizi universali, come le poste).

Al contrario i SIEG si inseriscono all'interno del mercato e tra questi rientrano attività che vengono svolte – sia pur con eccezioni – sotto forma di impresa. Di fatto, l'ordinamento europeo distingue i due istituti nel senso che i SIG attengono a bisogni primari dei cittadini e non possono essere esercitati in forma di impresa; diversamente dai SIEG che possono prevedere l'esercizio e lo svolgimento in forma di impresa.

Nonostante abbia posto tale distinzione, l'ordinamento europeo non ha mai proceduto a fornire una elencazione dei due tipi di servizi. È competenza dei singoli Stati membri, infatti, decidere ove sussumere la fattispecie concreta[2012].

2.2. Il parallelismo sul fronte interno, alla luce del t.u. n. 175 del 2016, tra i SIEG e SIG e i servizi pubblici locali a rilevanza economica e privi di tale rilevanza.

[2011] Affrontano il tema della contrattualistica e dell'evidenza pubbliche nell'ordinamento italiano, tra gli altri, G. Greco, *I contratti della amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986; G. Pittalis, *Appalto pubblico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 292 ss.; S. Buscema – A. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VII, Padova, Cedam, 1987; F.P. Pugliese, *Contratto. V) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1988, pp. 1 ss.; D. Bortolotti, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, pp. 36 ss.; C. Anelli – F. Izzi – C.Talice, *Contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 1996; A. Angiuli, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 1998, pp. 167 ss.; AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1999; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; C. Gallucci, *Appalto. II) Appalto pubblico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani,* vol. II, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2000, pp. 1 ss.; A. Carullo, *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 79 ss.; A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1547 ss.; C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010; E. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2011; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012.

[2012] A. Mauro – G. Antonicelli, *La disciplina delle società partecipate dalla legge delega n. 124 del 2015 al testo unico n. 175 del 2016*, in **M. Lacchini – C.A. Mauro, *La gestione delle società pubbliche alla luce del nuovo testo unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, Giappichelli, 2017**, p. 63.

ISSN 2279-7238

Le nozioni di matrice europea di SIG e di SIEG, nel nostro Paese, sono state riprese solo di recente dal

t.u. n. 175/2016 e successive modifiche[2013].

Tale testo normativo contiene una disciplina di diritto amministrativo derogatoria rispetto al diritto comune[2014].

Il T.U. n. 175, investendo, *in parte qua*, anche le partecipazioni degli enti locali[2015], si apre definendo, tra l'altro, ai fini dello stesso decreto, le nozioni di "servizi di interesse generale" e, nell'ambito di essa, di "servizi di interesse economico generale", attenendosi, in linea di massima, ai corrispondenti concetti rinvenienti dal diritto europeo[2016].

2013 **Su tale normativa v., tra gli altri, G. Meo – A. Nuzzo (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, Cacucci, 2016; M. Meschino – A. Lalli (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia. Commento organico al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Roma, Dike, 2016; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 t.u. in materia di società a partecipazione pubblica*, Padova,** Cedam, **2016; S. Luchena – M. Zuppetta, *Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia: profili giuridici ed economici*, Roma, Aracne, 2016; M. Lacchini – C.A. Mauro, *cit., passim*; P.** *Monea* – **S.** *Pozzoli* **(a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*** *dopo il t.u., Chieti-Bergamo, Cel, 2017;* **F. Fimmanò – A Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del testo unico*,** vol. **I e** vol. **II, Napoli, Giapeto, 2017; M.C. Lenoci – D. Galli – D. Gentile (a cura di), *Le società partecipate dopo il correttivo 2017*, Roma, Dike, 2017;** F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel testo unico: d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, Giuffrè, 2017; **D. Di Russo (a cura di), *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, Torino, Eutekne, 2017; G. Bassi – F. Moretti, *Le partecipazioni societarie pubbliche. Vincoli e prospettive di operatività delle amministrazioni pubbliche in ambito societario*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; F. Cintioli – F. Massa Felsani (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della scuola nazionale dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; S. Nicodemo – M.V. Susanna, *Società a partecipazione pubblica: commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. Correttivo)*, Pisa, Pacini giuridica, 2018; R. Garofoli – A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, Neldiritto, 2018; C. Ibba – I. Demuro (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai d. lgs. n. 175 del 2016 e n. 100 del 2017*, Bologna, Zanichelli, 2018.**

Affrontano il tema delle partecipazioni pubbliche, con un approccio precipuamente di diritto commerciale, S. Fortunato – F. Vessia (a cura di), *Le nuove società partecipate e* in house providing*: atti del convegno, Bari, 21 e 22 ottobre, 2016 (con aggiornamenti al d. lgs. 16 giugno 2017, n. 100)*, Milano, Giuffrè, 2017.

Tra gli scritti mirati all'esame dei profili finanziari e tributari delle società partecipate v. A.F. Uricchio – M. Aulenta, *Profili tributari e finanziari delle società partecipate pubbliche e delle società* in house, in *Gazzetta forense*, 2017.

2014 V., per tutti, B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli – A. Zoppini, *cit.*, p. 5.

2015 Sul testo unico sull'ordinamento degli enti locali di cui al d. lgs. n. 267/2000 (ripetutamente modificato ed integrato) v., tra i tanti, E. Maggiora, *Il nuovo ordinamento delle autonomie locali*, Firenze, Noccioli, 2000; AA.VV., con il coordinamento di V. Italia, *Testo unico degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2000; E. Maggiora, *Il diritto degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2002; G. De Marzo – R. Tomei, *Commentario al nuovo testo unico degli enti locali*, Padova, Cedam, 2002; M. Bertolissi (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali. Commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, Il Mulino, 2002; AA.VV., con la direzione e la supervisione di F. Botta, *L'ordinamento degli enti locali. Il testo unico (d. lgs. n. 267 del 2000) e le leggi collegate*, Santarcangelo di Romagna, **Maggioli,** 2003; F. Staderini, *Diritto degli enti locali*, Padova, Cedam, 2003; P. Virga, *Diritto amministrativo. Amministrazione locale*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 2003; G. Vesperini, *Gli enti locali*, Roma, Laterza, 2004; V. Italia – E. Maggiora – A. Romano, *L'ordinamento comunale: strutture, competenze, attività*, Milano, Giuffrè, 2005; R. Cavallo Perin – A. Romano, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267)*, Padova, Cedam, 2006; F. Caringella – A. Giuncato – F. Romano (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali. Commentario al testo unico*, Milano, Ipsoa, 2007; E. Mele, *Manuale di diritto degli enti locali*, Milano, Giuffrè, 2007; **F. Staderini – P. Caretti – P. Milazzo, *Diritto degli enti locali*, Padova,** Cedam, **2014; L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2015.**

2016 Su tali definizioni v. D.E. Brici – A. Donato, *Commento agli artt. 1-2*, in G. Meo – A. Nuzzo (a cura di), *cit.*, pp. 17 ss. A. Di Nunzio – E. De Carlo, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in M. Meschino – A. Lalli (a cura di), *cit.*, pp. 32 ss.: G. Bassi – F. Moretti, *cit.*, pp. 51 ss.; **F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse***

ISSN 2279-7238

Difatti la definizione data dal testo unico [art. 2, comma 1, lett. h)] dei SIG comprende quelle "attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale"[2017].

Ai "servizi di interesse generale" si affiancano, in realtà distinguendosi in maniera rilevante dai primi, i "servizi di interesse economico generale". Questi ultimi, infatti, sono, tra i SIG, quelli "erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato" [art. 2, comma 1, lett. i), t.u. n. 175].

In effetti, lo stesso Cons. Stato, Commiss. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968/2016[2018] sullo schema di decreto legislativo divenuto t.u. n. 175 del 2016, era pervenuto alla conclusione che entrambi i servizi (SIG e SIEG) dovessero rientrare espressamente nel campo applicativo del decreto n. 175. E ciò, sia perché la l. delega n. 124 del 2015[2019], all'art. 18, comma 1, lett. b), evoca espressamente i servizi di interesse economico generale, sia perché lo stesso t.u., all'art. 2, comma 1, lett. h), richiama tale tipologia di prestazioni, dimostrando con ciò di volere mantenere concettualmente separate le due nozioni. I giudici di Palazzo Spada hanno, però, ricordato come i SIG non siano suscettibili di essere gestiti in regime di impresa.

A livello di enti locali, i concetti di servizi pubblici a rilevanza economica e di servizi pubblici privi di tale rilevanza[2020], correlati a quelli di SIEG e di SIG, non sono esplicitati nel decreto n. 175;

***economico tra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi*, 2017; A. Mauro – G. Antonicelli, *cit.*, pp. 61 ss.; S. Nicodemo – M.V. Susanna, *cit.*, pp. 31 ss.**

2017 Il riferimento ai SIG non è una novità per le società partecipate, poiché era già presente nella vecchia disciplina della legge finanziaria 2008. La differenza è che, nel vecchio art. 3, comma 27, l'erogazione dei SIG era sempre consentita alle società partecipate, anche in deroga al limite del perseguimento dello scopo pubblico, come se vi fosse una sorta di presunzione che la loro produzione rappresentasse, di per sé, un'attività "strettamente necessaria" al perseguimento delle finalità istituzionali di un'amministrazione. V. F. Goisis, L*a strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, pp. 1364 ss. e, spec., p. 1397. Con la nuova disciplina, invece, la produzione dei SIG può essere realizzata purché si rispetti comunque il vincolo di scopo dell'amministrazione partecipante.

2018 In www.giustizia-amministrativa.it.

2019 Sulla l. delega n. 124 del 2015, per gli aspetti che qui interessano, v., tra gli altri, H. Bonura – G. Fonderico, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, pp. 691 ss.

2020 Sui servizi pubblici locali, tra gli studi monografici che tengono conto del quadro normativo delineatosi dopo la riforma del Titolo V, Parte II, Cost., attuata con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, v. AA.VV. con il coordinamento di V. Italia, *I servizi pubblici locali: guida operativa*, Milano, Giuffrè, 2002; M. Mazzarelli, *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali: commento all'art. 35 della finanziaria 2002 con normativa e giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, **Maggioli,** 2002; L. Perfetti – P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, Cedam, 2003; C. San Mauro, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Milano, Giuffrè, 2004; F. Spiezia – P. Monea – E. Iorio, *I servizi pubblici locali: aspetti gestionali, amministrativi e penalistici alla luce della l. n. 326 del 24 novembre 2003*, Milano, Giuffrè, 2004; G. Marchianò, *I servizi pubblici locali alla luce della finanziaria 2004: moduli di gestione tra concorrenza e affidamenti diretti*, Bologna, Clueb, 2004; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza,* Torino, Giappichelli, 2004; G.. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali,* Milano, Giuffrè, 2005; E. Rolando, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze Stato e Regioni nella materia trasversale della tutela della concorrenza*, Torino, Utet, 2005; F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; L. Ammannati – F. Di Porto (a cura di), *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali: modelli europei a confronto*, Milano, Giuffrè, 2007; S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008; G. Bassi, *La riforma dei servizi pubblici locali: vincoli e opportunità dell'apertura al mercato*, Santarcangelo di Romagna, **Maggioli,** 2008; F. Dello Sbarba, *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, Giappichelli, 2009; V. Italia (a cura di), *I servizi pubblici locali. Modalità di*

ISSN 2279-7238

questi ultimi non vengono neppure menzionati. La doppia tipologia di servizi non viene abbandonata legislativamente, ma resta collaterale al t.u. n. 175 e presente in numerose fonti, statali o regionali, riferite agli enti locali. In realtà, il riordino della disciplina dei "servizi pubblici locali di interesse economico generale", consecuzione logica dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, avrebbe dovuto essere oggetto dell'altra delega, prevista dall'art. 19 della l. n. 124 e, sfortunatamente, non esercitata.

Facendo un passo indietro, va detto che verso la fine del secolo scorso si è sviluppata la tendenza, da parte delle P.A., a ricorrere a strutture e metodi di diritto comune[2021] ed, in particolare, a soggetti di diritto privato esplicanti funzioni e servizi pubblici, con gli obiettivi principali di conferire slancio e flessibilità alla loro azione, risanare le condizioni finanziarie e responsabilizzare maggiormente gli amministratori, nell'ottica di garantire i canoni di efficienza, efficacia ed economicità delle attività espletate[2022]. Si è affermata ben presto, quale forma tipica per l'esercizio di determinati servizi[2023]

affidamento, gestione e tariffe, Milano, Giuffrè, 2010; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010; R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011; H. Bonura – M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: percorsi e disciplina generale*, Torino, Giappicheli, 2011; P. Rossi, *Servizi pubblici locali: una deregolazione incompiuta*, Torino, Giappichelli, 2012; M. Midiri – S. Antoniazzi (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, Esi, 2015; L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2015; F. Merusi – S. Antoniazzi, *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2017. Sia consentito, inoltre, il rinvio a S. Pignataro, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, Cedam, 2004.

2021 Sul fenomeno delle privatizzazioni la bibliografia è vastissima. Limitando le citazioni ad alcuni degli studi più ampi sul tema, v. L. Ammannati (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995; P. Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995; A. Angeletti (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996; M. Sanino, *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, Istituto editoriale regioni italiane, 1996; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998; D. Siniscalco – B. Bortolotti – M. Fantini – S. Vitalini, *Le privatizzazioni difficili*, Bologna, Il Mulino, 1999; E. Bani– C. Carcelli – M.B. Pieraccini, *Privatizzare. I modi e le ragioni*, Padova, Cedam, 1999; A.M. Nico, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, Bari, Cacucci, 2001; M. Cammelli – G. Sciullo (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, Santarcangelo di Romagna, **Maggioli,** 2004. Per una trattazione di diritto comparato sulla tematica delle privatizzazioni v., altresì, R.G. Rodio (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, in G. Santaniello (a cura di), *cit.*, vol. XXXIV., 2003.

2022 I canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa costituiscono la declinazione del principio del buon andamento dei pubblici uffici, estensibile, nel nostro vigente ordinamento, anche alle strutture private esplicanti funzioni o servizi pubblici. Cfr. l'art. 1, comma 1-*ter*, della l. 7 agosto 1990, n. 241 (e successive modificazioni ed integrazioni), con riguardo all'attività amministrativa (procedimentalizzata), e la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 (c.d. Carta dei servizi pubblici), in merito, specificamente, alle attività integranti servizi pubblici. Sul principio del buon andamento dei pubblici uffici, sancito, nel diritto interno e al supremo livello normativo, dal comma 2 dell'art. 97 Cost., v., tra gli studi monografici, G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953; O. Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1975; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; G. D'Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, Clua, 1993; M. R. Spasiano, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, Esi, 1995; M. Galdi, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Liguori, 1996; L. Sigismondi, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2011. Ci si permette di rinviare, altresì, a S. Pignataro, *Il principio costituzionale del "buon andamento" e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, Cacucci, 2012, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Più specificamente, sul criterio di economicità nelle imprese pubbliche, v. F. A. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione: struttura, funzioni, limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 204 ss., successivamente ripreso in Id., *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, *La Costituzione economica*, vol. I, Padova, Cedam, 1977, pp. 385 ss., nonché i saggi di G. Rossi, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 1970, pp. 237 ss., e di E. Capaccioli, *Cenni sul criterio di economicità nella gestione delle partecipazioni statali*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione,* 1976, pp. 47 ss.

2023 Sulla tematica del servizio pubblico la letteratura è sterminata. Tra gli studi monografici meno datati che affrontano l'argomento ad ampio raggio (sovente con riferimento all'ordinamento europeo) v. N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; G. Pericu, *Impresa*

ISSN 2279-7238

"finali", cioè diretti alla fruizione generale[2024], e "strumentali", ossia indirizzati, in via immediata, alla stessa amministrazione pubblica[2025], la figura della società di capitali.

Per lo meno a livello di enti locali, si è posta l'alternativa tra s.p.a. e s.r.l. costituite anche in forma cooperativa o consortile, ovvero s.p.a. quotate in borsa., a seconda dei casi e delle esigenze specifiche. Ovviamente, le società di capitali hanno una vocazione, maggiore se non esclusiva, per i servizi di natura spiccatamente "economica"[2026] e, soprattutto, per quelli definibili "industriali"[2027]. Dimostrano, invece, i loro limiti e la loro tendenziale inadeguatezza per l'erogazione di prestazioni di natura non strettamente economica.

Rebus sic stantibus i servizi pubblici (locali) possono ritenersi "a rilevanza economica", quando, per il loro carattere, in astratto, siano oggettivamente e naturalmente votati alla remunerazione dei

---

e obblighi di servizio pubblico, Milano, Giuffrè, 2001; L. Ammannati – M.A. Cabiddu – P. De Carli (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; L. Ieva, *Tutela dell'utente e qualità del servizio pubblico: dall'organizzazione alla Carta dei servizi*, Milano, Ipsoa, 2002; A. Corpaci, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2003; E. Scotti, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003;V. De Falco,G.E. Berlingerio, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 2003; G. Iacovone, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, Cacucci 2004; C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'"idea" di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2005; B. Boschetti, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, Cedam, 2007; R. Villata, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; F. Giglioni, *cit*., *passim*; F.A. Cancilla, *Servizi del* welfare *e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2009; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; G. Rizzo, *La concessione di servizi,* Torino, Giappichelli, 2012; U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2014, M.A. Sandulli – L. Vandelli (a cura di), ***I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20° congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, Roma, 27 febbraio-1 marzo 2014*, Napoli, Esi, 2016.**

[2024] Il servizio pubblico "finale" consta di una utilità di carattere materiale o anche solo ideale, garantita da una P.A. direttamente o indirettamente. Essa può essere rappresentata dalla produzione di beni (carne, latte ecc.) o dalla distribuzione o erogazione di risorse naturali o energetiche (acqua, gas, elettricità ecc.), dalla fornitura di una prestazione attiva (trasporti, sanità, istruzione, raccolta e smaltimento dei rifiuti ecc.), oppure dalla semplice "messa a disposizione" di infrastrutture o beni da destinare all'uso collettivo (strade, ponti, porti, aeroporti, piazze, parchi ecc.). Spesso ha natura mista, consistendo nella messa a disposizione di infrastrutture e dotazioni materiali in combinazione con una prestazione attiva (si pensi alla sanità, alla scuola, ai trasporti collettivi ecc.). V. S. Pignataro, *Il pubblico servizio nel diritto interno: nozione, classificazione e risvolti (con particolare riguardo alla realtà degli enti locali)*, in *Giurisdizione amministrativa,* 2014, IV, pp. 361 ss.

[2025] La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che possono definirsi "strumentali" all'attività delle amministrazioni pubbliche regionali e locali, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, le quali mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. V., per tutte, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, sent. 5 giugno 2007, n. 5192, in *Il Foro amministrativo TAR*, 2007, 2051.

[2026] Sulla rilevanza economica (o meno) dei servizi pubblici locali v. A. Purcaro, *La riforma dei servizi pubblici locali: appunti a margine dell'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003*. in Lexitalia.it, 2003; G. Piperata*, I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, 2003; T. Tessaro, I *servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia,* 2004, pp. 28 ss.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in F. Gabriele (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Bari, Cacucci, 2005, pp. 89 ss.

[2027] Il concetto di rilevanza industriale (o meno) dei servizi è stato introdotto dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 e, poi, sostituito dal concetto della rilevanza economica (o meno) dei servizi, per effetto dell'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326. Il concetto di servizio di carattere industriale è stato ripreso in seguito, a proposito (più precisamente) della "gestione industriale" dei servizi a rilevanza economica a rete, dall'art. 1, comma 609, della l. 23 dicembre 2014, n. 190.

Tra gli scritti incentrati sulla rilevanza industriale (o meno) dei servizi pubblici locali, v. G. Pericu, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Aedon* , 2002; S.C. Sortino*, I servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza,* 2002, pp. 685 ss.; A. Gualdani, *Servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in A. Travi (a cura di)*, La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove leggi civili commentate,* 2003, pp. 13 ss.

ISSN 2279-7238

fattori produttivi in esse impiegati, ancorché non alla massimizzazione del profitto (elettricità, rifiuti, gas).

Per converso è possibile inquadrare nella nozione di servizi "privi di rilevanza economica" quelle attività che, per il loro particolare carattere e per le finalità tipiche che perseguono (es. ausilio a persone in condizioni di particolare disagio personale, sociale o economico) – ferma l'esigenza, per i soggetti erogatori, di garantire tendenzialmente l'equilibrio economico ovvero il pareggio di bilancio – pure considerando gli eventuali trasferimenti o finanziamenti provenienti da altri soggetti o enti, si prestano alla copertura, anche minimale, dei relativi oneri sociali da parte dell'amministrazione che li istituisce o li organizza (servizi sociali, assistenziali, culturali, sportivi, ricreativi ecc.). Le diverse fonti legislative regionali, a cui compete, in linea di massima, la regolamentazione generale di questa ultima categoria di servizi, secondo quanto statuito dalla Corte cost. con sent. 27 luglio 2004, n. 272[2028], li disciplinano più correttamente tendenzialmente in formule non tipicamente imprenditoriali, come la gestione in economia, mediante associazioni, istituzioni, affidamenti diretti ecc.

Tra i fattori che connotano i servizi a rilevanza economica vi sarebbe la redditività, considerata nella sua accezione potenziale, e la conseguente presenza di una tendenziale competizione sul mercato per aggiudicarsi il servizio[2029]. Tali elementi vanno considerati unitamente alla necessità di consistenti risorse personali e finanziarie ed investimenti per l'erogatore e alla compresenza, almeno per le prestazioni di natura industriale, di una triplice categoria di cespiti strumentali per

[2028] In *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 2748, con nota di S. Bellomia, *A proposito dei servizi privi di rilevanza economica e di gestione dei beni culturali.* Per un commento alla sentenza v. (anche) G. Sciullo, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272 del 2004 della Consulta*, in *Lexitalia.it*, 2004; F. Casalotti, *Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni,* 2005, pp. 261 ss.; G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, pp. 25 ss.; L. Buffoni *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, pp. 345 ss.; R. Iannotta, *Nota a Corte costituzionale, 27 luglio 2004 n. 272*, in *Il Foro amministrativo CDS,* 2004, pp. 1971 ss.; V. Molaschi, *La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost., n. 272 del 2004*, in *Il Foro italiano,* 2005, I, pp. 2652 ss. Se si vuole, si veda, altresì, S. Pignataro, *Il pubblico servizio*, *cit.*, pp. 412 ss.

[2029] Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, sent. 2 agosto 2005, n. 1729, e T.A.R. Liguria, Sez. II, sent. 28 aprile 2005, n. 527, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2279-7238

l'erogazione: reti[2030], impianti[2031] e dotazioni[2032] non a caso previsti dalla sola normativa statale[2033], che dispone, altresì, in ordine alla loro proprietà e gestione[2034]

Fattore discriminante egemone tra prestazioni a rilevanza economica e quelle prive di tale rilevanza è, indubbiamente, la "natura merceologica" del servizio. In effetti, i servizi sociali[2035] e, in misura più lieve, quelli più specificamente sportivi e culturali, non potrebbero che essere erogati a titolo gratuito o, quantomeno, ad un costo simbolico, altrimenti verrebbe frustrata del tutto la *ratio* solidaristica o, comunque, promozionale, insita in essi; alcuni servizi particolari (trasporti collettivi), ricompresi tra quelli a rilevanza economica (per la necessità di ingenti capitali e personale, per i costi alti delle infrastrutture e per l'acquisto e la manutenzione dei bus e del carburante ecc.), sono tradizionalmente prestati a prezzi politici e di regola alimentati da massicci finanziamenti di altri enti (quali le Regioni) e da introiti derivanti da servizi collaterali (quali i parcheggi a pagamento), e, solo in misura minima, dai biglietti ed abbonamenti dei fruitori, poiché diversamente implicherebbero un corrispettivo non abbordabile per l'utenza; altri, ancora, per loro natura, sono sempre somministrati dietro la corresponsione di una tariffa economica o tassa che supera nettamente i costi di gestione (elettricità, gas, rifiuti ecc.); infine, ve ne sono altri, del tutto singolari (distribuzione dell'acqua potabile), che, secondo il nostro ordinamento, fanno parte dei servizi pubblici a rilevanza economica per alcune caratteristiche che riguardano la gestione (necessità di grandi infrastrutture e di reti, impiego di ingenti risorse patrimoniali e personali ecc.), ma che, per

---

2030 Per "reti" si intendeva, secondo lo schema di regolamento governativo che era stato predisposto in base all'art. 35, comma 16, della l. n. 448 del 2001, mai varato per l'avvenuta abrogazione, ad opera del d.l. n. 263 del 2003, convertito, con modificazioni, in l. n. 326 del 2003, della predetta norma che ne prescriveva l'adozione, ma tuttora utile ai fini definitori, "il complesso degli impianti lineari (tubazioni, binari, filovie) essenzialmente funzionali all'erogazione finale del servizio".

2031 Lo schema di regolamento riferiva la nozione di "impianti", invece, al "complesso degli edifici, depositi e magazzini impiegati in maniera coordinata e finalizzata alla produzione dei beni o dei servizi".

2032 L'articolato predetto ricomprendeva, nel concetto di "dotazioni patrimoniali", qualsiasi "bene immobile diverso dagli impianti e dalle reti, purché destinato allo svolgimento delle attività connesse alla produzione dei servizi".

In giurisprudenza, il Cons. Stato, Sez. V, sent. 23 gennaio 2008, n. 156, in *Giurisdizione amministrativa*, 2008, I, 20, ha precisato che le reti, gli impianti e le dotazioni patrimoniali non possono essere genericamente identificati con tutto ciò che occorra per garantire il servizio pubblico, bensì consistono in quelle infrastrutture fisse, che appartengano a un soggetto estraneo all'ente locale e di cui quest'ultimo non possa dotarsi se non con rilevante e non conveniente dispendio di risorse finanziarie e strumentali, complesse e non facilmente riproducibili (quali le linee ferroviarie, i gasdotti, le reti idriche, quelle telefoniche ecc.), che attengono ai settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, da non confondere con le attrezzature mobili, ove del caso deperibili e agevolmente duplicabili.

2033 A. Gualdani, *Servizi a rilevanza industriale*, *cit.*, p. 19.

2034 Sempre in base al predetto schema di regolamento, la fase della "gestione delle reti e delle dotazioni" consisteva nello "sviluppo, nella manutenzione ed anche nella cessione in locazione o concessione dei medesimi ai soggetti gestori della fase di erogazione". La gestione delle reti concerneva "le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria di reti, impianti e dotazioni patrimoniali", comprendendo, altresì, "il potenziamento ed il rinnovo tecnologico".

2035 L'art. 128, comma 2, del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, fornisce la definizione di "servizi sociali", intesi come tutte quelle "attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia". Sono esempi classici di servizi sociali l'assistenza agli anziani, ai minori e ai portatori di handicap.

Sul tema dei servizi sociali, in dottrina, v., tra i tanti, E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986; V. Caputi Jambrenghi, *I servizi sociali*, in L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca (a cura di), tomo I, Bologna, Monduzzi, 2001, pp. 1019 ss.; E. Balboni (a cura di) *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla l. n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione,* Milano, Giuffrè, 2003: S.A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, Giuffrè, 2004 A. Gualdani, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, Giuffrè, 2007; A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007.

ISSN 2279-7238

loro natura e funzione, appaiono rientrare tra quelli a forte connotazione sociale (e, quindi, tra quelli privi di rilevanza economica).

Non pare elemento discretivo, come affermato talvolta[2036], il "metodo di gestione" che è sempre economico, pena l'ammissibilità di gestioni perennemente e ordinariamente in perdita, ossia la legittimità di gestioni in "disavanzo". Queste ultime, infatti, integrano situazioni assolutamente patologiche, che si pongono in rotta di collisione con i principi costituzionali reggenti le attività amministrative *(in primis,* art. 97, commi 1 e 2) e con quelli di contabilità pubblica[2037].

Neanche la "formula organizzatoria" prescelta sarebbe elemento rivelatore della natura economica o meno del servizio[2038]. Essa pare, infatti, un mero "corollario", cioè una conseguenza diretta della natura merceologica del servizio, più che un presupposto che contrassegna *a priori* la rilevanza economica o meno della prestazione[2039]. Come si potrebbe affidare la gestione di un servizio ricreativo o culturale, in un piccolo Comune, ad una s.r.l. o, peggio, ad una s.p.a.? Di contro, come si potrebbe gestire l'erogazione di gas o di acqua potabile o i trasporti collettivi sul territorio di un grande centro urbano mediante una associazione, una istituzione o in economia?

In parziale dissonanza l'esperienza delle "cooperative sociali" dimostra che i relativi servizi, privi di rilevanza economica, possono, al limite e a determinate condizione, essere gestiti da imprese collettive di capitali, sia pure nella specifica forma indicata.

La catalogabilità dei servizi, in via astratta e preventiva, senza una consequenzialità diretta rispetto alla forma di gestione prescelta o in relazione alla (pretesa) opzione del metodo di gestione, è provata dalla circostanza che il legislatore, in diverse disposizioni, ha inserito alcune tipologie di prestazioni nel novero dei servizi a rilevanza economica e altre in quelli privi di tale rilevanza, con tutto ciò che ne consegue sul piano concreto[2040].

2036 Per G. Piperata, *I servizi culturali*, *cit.*, la rilevanza economica potrebbe essere riconosciuta ai singoli servizi locali, non *a priori*, come attributo riguardante la natura dell'attività, ma soltanto come conseguenza del metodo gestionale scelto dall'amministrazione per la loro organizzazione. Per questa impostazione, la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalità in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione. Viceversa, la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi, ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici. Nella medesima direzione G. Purcaro, *cit.*, per il quale ciò che qualificherebbe un servizio nei confronti della collettività è, segnatamente, il modo, il "metodo" (economico o meno) con cui questa decide di svolgerlo. In questa ottica, l'A. rileva che l'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi impiegati; quando è svolta con modalità che consentono, nel medio-lungo periodo, la copertura dei costi con i ricavi, altrimenti si ha consumo e non produzione di ricchezza. Ove, invece, i costi del servizio siano coperti facendo ricorso alla fiscalità generale, ovvero applicando tariffe con lo scopo di esigere una mera compartecipazione dell'utenza, al servizio in questione andrà applicata la disciplina propria dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

2037 Cfr. S. Pignataro, *Il pubblico servizio*, *cit.*, pp. 408-409.

2038 Secondo G. Caia, *Autonomia territoriale*, *cit.*, pp. 91-92, però, ai fini della distinzione in parola sarebbe rilevante la forma gestionale accanto alla tipologia o natura merceologica del servizio. In altri termini, sarebbero di rilevanza economica quei servizi la cui erogazione avviene necessariamente in forma imprenditoriale; fermo restando che assume rilievo, comunque, la dicotomia tra servizi *uti singuli,* per i quali la legislazione impone una tariffa economica, e servizi *uti universi*, resi in chiave meramente erogativa; di modo che questi ultimi, che certamente non richiedono un'organizzazione di impresa in senso obiettivo, sarebbero privi di rilevanza economica. Vi sarebbero, poi, servizi pubblici che presentano tipologicamente un carattere "neutro" e che acquisiscono rilievo economico o meno, a seconda del modo e, conseguentemente, del tipo di organizzazione che l'ente locale ha scelto; con ciò ritenendosi sufficiente, per l'interesse della collettività, che la prestazione vi sia, ancorché a pagamento, ovvero, all'opposto, che essa, per assumere la veste di servizio pubblico, debba essere resa gratuitamente o sottocosto.

2039 Cfr., a riguardo, S. Pignataro, *Il pubblico servizio*, *cit.*, pp. 401-411.

2040 Invero, tale constatazione contrasta, in parte, con quanto affermato dalla Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, secondo cui la distinzione tra attività

ISSN 2279-7238

Secondo una costante giurisprudenza europea[2041], spetta, comunque, al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, in riferimento ai servizi privi di rilevanza economica, "dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo", della "mancata assunzione dei rischi" connessi a tale attività ed anche dell'eventuale "finanziamento pubblico"[2042].

Potrebbe non essere azzardato, poi, individuare, come indicatore per discernere i servizi a rilevanza economica da quelli privi di tale rilevanza, la circostanza che le imprese che gestiscono i primi operino tecnicamente "scambi di mercato", mentre i soggetti che erogano i secondi, no.

Un dato è certo: le amministrazioni locali, ferme le qualificazioni legali, inquadrano i servizi, in via preventiva e sulla base di elementi presuntivi o che discendono da precedenti esperienze gestionali, in una delle due categorie, facendoli ricadere nella relativa disciplina (statale o regionale), oltre che statutaria e regolamentare, e organizzandoli di conseguenza. Ciò, pur essendoci, nella realtà, società aventi un oggetto sociale "eterogeneo", ricomprendente sia attività a rilevanza economica che sociale e sebbene l'inquadramento fatto dall'ente locale non sia determinate e vincolante per il giudice chiamato a sindacarlo[2043].

2.3 Le forme gestionali previste per l'espletamento dei SIG e dei SIEG e il problema del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni

Il t.u. n. 175, pur avendo come oggetto la partecipazione pubblica in veste societaria, ricomprende inopinatamente anche servizi non gestibili da imprese (nel caso di specie, per di più, società di capitali nelle vesti di cui all'art. 3).

Può apparire plausibile, almeno *prima facie*, che il legislatore interno, a proposito dei SIG, si sia voluto riferire (anche) a servizi a rilevanza economica modesta o, addirittura, qualificabili come industriali, che gestiti da società di capitali, abbiano una configurazione del tutto peculiare, essendo forniti, per vari motivi, a prezzi politici o nulli, come i trasporti collettivi e il servizio idrico integrato. Ma, a ben guardare, questi servizi, andrebbero inseriti, più precisamente, nel novero dei secondi, essendo suscettibili (potenzialmente) di essere erogati dietro corrispettivo (sebbene, non pieno o parziale) in un mercato più o meno, concorrenziale.

Neppure dovrebbero rientrare nel concetto di SIG le prestazioni rese dagli uffici comunali elettorale, leva, stato civile e anagrafe la cui regolamentazione normativa si innesta in potestà legislative statali, rispettivamente *ex* art. 117, comma 2, lett. p) (legislazione elettorale dei Comuni), lett. d) (difesa), lett. i) (stato civile e anagrafi). Esse sono svolte nell'esercizio di "funzioni" statali e come tali si configurano, piuttosto che come servizi, e sono esplicate con personale e risorse

economiche e non economiche ha carattere "dinamico ed evolutivo", cosicché non sarebbe possibile fissare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica".

2041 V. Corte di giustizia CE, sent. 22 maggio 2003, causa 18/2001, in *Il Consiglio di Stato,* 2003, II, 1080.

2042 La Corte cost., sent. n. 325 del 2010, *cit.*, ha precisato, però, che gli indici appena indicati possono essere utili solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accertare se l'attività svolta sia da considerare economica; mentre, nel diverso caso in cui un servizio pubblico si debba ancora immettere nel mercato, occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità della sua apertura, obiettivamente valutata, secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente a riguardo.

2043 V. Cons. Stato, Sez. V, sent. 27 agosto 2009, n. 5097, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2279-7238

finanziarie interne del Comune. Invero, talune fonti li definiscono "servizi burocratici" o "istituzionali" dei Comuni. Tuttavia, come puntualizzato da tempo dal giudice amministrativo[2044], essi non possono essere organizzati in forma di impresa, ovvero in modo autonomo, attenendo alla sola sfera pubblica. Comportando l'esercizio di potestà amministrative, devono essere gestiti con l'ausilio di strumenti di diritto pubblico[2045] e altrettanto dicasi, ad esempio, per la polizia locale[2046].

Sul fronte regionale, dovrebbero esulare dall'inquadramento nei SIG, i servizi di prevenzione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica erogati dalle A.s.l. che, in quanto "aziende pubbliche" soggette ad un particolare regime e regolamentazione normativa pubblicistica, fuoriescono dal concetto di società di capitali partecipate, innestandosi in quello di P.A., sia pure dai connotati peculiari.

Come si è evidenziato[2047], tra le attività consentite dal t.u. n,. 175, non è contemplato lo svolgimento di "funzioni amministrative" (nonostante il cenno generico che fa la legge delega), per il quale altre disposizioni normative recenti consentivano l'organizzazione in forma societaria.

A livello statale, ad esempio, l'amministrazione della giustizia, della sicurezza pubblica e della difesa concretano delicate e vitali funzioni istituzionali autoritative dell'ente sovrano e non possono essere organizzate e gestite in forma imprenditoriale, ostando la Costituzione Repubblicana e la stessa concezione di Stato; pertanto, esulano sicuramente, nonostante qualche opinione che sembra andare nella direzione contraria[2048], dalla nozione di SIG accolta dal t.u. n. 175.

Un discorso per certi versi simile può farsi pure per l'organizzazione e la gestione di istituti penitenziari che, a differenza di altri Stati, nel nostro, per lo meno a ordinamento invariato, non possono essere privatizzati. Invero, queste si configurano più come servizi che come funzioni istituzionali dello Stato, consistendo la detenzione in una limitazione della libertà personale finalizzata a preservare dai rischi che deriverebbero dalla libera circolazione di persone socialmente pericolose e condannate per il compimento di reati, oltre ad uno scopo c.d. di emenda, diretto alla rieducazione e al reinserimento del reo che abbia scontato la pena nella società civile. Sicché non pare azzardato ritenere che una ipotetica privatizzazione non trovi un ostacolo insormontabile in Costituzione e che la legge ordinaria possa, al limite e in ipotesi, in futuro prevederla, fissando una serie di limiti e condizioni per l'espletamento del servizio da parte dei privati.

Fatte queste premesse è logico concludere che la matrice comune di tutti i servizi di cui al t.u. n. 175, comunque catalogati formalmente, dovrebbe essere, per forza di cose, la loro erogabilità in

---

2044 Nell'ordinamento previgente alla l. 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento degli enti locali, v. T.A.R. Veneto, sent. 14 aprile 1986, n. 152, in *I Tribunali amministrativi regionali,* 1986, I, 1783.

2045 Tutt'al più potrebbe configurarsi, per tali servizi, una gestione "in economia", prevista dal vecchio art. 113-*bis* del t.u. n. 267 del 2000 (e successive modificazioni ed integrazioni), dedicato alle forme gestionali dei servizi pubblici privi di rilevanza industriale (poi economica), successivamente, caducato dalla Consulta, sent. n. 272 del 2004, *cit.*, sul presupposto che la materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica rientrasse nella competenza legislativa residuale delle Regioni. Ora la previsione di tale forma gestoria idonea per l'esplicazione dei servizi privi di rilevanza economica rientra nella disponibilità dei diversi legislatori regionali.

2046 In relazione alla l. n. 142 del 1990, v. T.A.R. Lazio, Sez. II, sent. 30 settembre 1997, n. 1512, in *I Tribunali amministrativi regionali,* 1997, I, 3517.

2047 B.G. Mattarella, *cit.*, p. 9.

2048 Diversamente A. Di Nunzio – E. De Carlo, *cit.*, p. 39. Secondo gli AA., nel concetto di SIG, elaborato dal t.u. n. 175, sarebbe ricompresa una serie "di attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico, proprio perché considerate di interesse generale dalla autorità pubbliche (tra queste, le attività di servizio non economico, quali, ad esempio, il sistema scolastico obbligatorio, la protezione sociale, nonché le funzioni inerenti alla potestà pubblica, come sicurezza, giustizia e difesa).

ISSN 2279-7238

forma di società di capitali con tutti i corollari. Se il fine di lucro o lo scopo della divisione degli utili, causa tipica dei contratti societari, non è decisivo nel caso di specie, essendoci società peculiari che non perseguono fini lucrativi, l'attività da espletare deve giustificare pienamente la forma gestionale della società di capitali dell'organismo preposto a svolgerla, pena, quantomeno, la totale illogicità, irrazionalità ed incongruità della scelta legislativa, *in primis*, e amministrativa, in subordine[2049]. L'unica soluzione (peraltro abbastanza limitativa) per far ricadere i SIG di stampo prettamente sociale nel campo di applicazione del decreto n. 175 è quella di incentrare la loro gestione in capo a "società cooperative". Assai più difficilmente può concepirsi la forma consortile, che integra un modulo che si attaglia di meno a prestazioni prive di carattere economico, mentre quella delle s.p.a. quotate in borsa si presta, pressoché unicamente, ai servizi di carattere industriale[2050], specie a rete.

Ma va rammentato che la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica e la individuazione astratta delle relative forme gestionali a livello di enti locali (ma un analogo ragionamento può farsi, in linea generale e *a fortiori,* per quelli regionali), non competono, come si accennava, al legislatore statale, ma a quello regionale, nonostante il decreto n. 175 non sembri tenerne conto alcuno.

Da quanto illustrato si desume che la nozione interna di SIG è eccessivamente ampia e generica. Il legislatore sembra aver ponderato e calibrato male i suoi propositi; difatti, avrebbe dovuto soppesare meglio la portata delle norme sulle forme gestionali utilizzabili per l'erogazione dei SIG, ovvero, di contro, restringere la portata a tutto campo della definizione contenuta nella lett. h). Del resto la sede privilegiata per l'erogazione di prestazioni di natura marcatamente sociale, a Costituzione inalterata, dovrebbe essere proprio quella locale (artt. 114 e 118 Cost.). L'incoerenza del Governo è ancor più grave se si tiene conto che inizialmente i SIEG non erano compresi nello schema di testo unico e che essi erano stati inseriti sulla base dei rilievi formulati dal Consiglio di Stato nel citato parere della Commiss. spec. n. 968 del 2016. Sicché, in mancanza, si sarebbe potuto realizzare il paradosso che il t.u. n. 175 contemplasse l'erogazione dei SIG in forma di società di capitali, con riferimento anche ad enti (Regioni e agli enti locali) per i quali la relativa disciplina sarebbe dovuta essere, per lo più, di matrice regionale, e rimanesse silente sui SIEG, particolarmente inclini ad essere gestiti in forma di società di capitali e soggetti ad una regolamentazione statale.

[2049] Secondo D. Di Russo – A. Miele – G. Nardelli, *I limiti all'assunzione e detenzione di partecipazioni pubbliche da parte di amministrazioni pubbliche*, in D. Di Russo (a cura di), *cit.*, p. 59, la presenza delle partecipate si sarebbe registrata nelle macro-aree dei servizi strumentali, dei servizi pubblici a rilevanza economica e privi di rilevanza economica e commerciale. Si tratterebbe, in tale ultimo caso, di partecipate che vendono beni e servizi nell'ambito di mercati concorrenziali per ridurre le inefficienze e, al contempo, rimuovere il rischio di turbativa per il corretto funzionamento del mercato. Ma la posizione non appare condivisibile, nel senso che la pur apprezzabile finalità indicata non sembra assorbire e superare il crisma dell'inidoneità delle società di capitali partecipate da enti pubblici a erogare servizi totalmente privi di rilevanza economica, almeno in talune vesti societarie e nella maggior parte dei casi.

[2050] La dottrina degli inizi del nuovo millennio si è cimentata nel discernere la nozione di servizi a rilevanza industriale (da contrapporre o giustapporre a quelli privi di tale rilevanza), ritenendoli per lo più una *species* rispetto al *genus* di servizi a rilevanza economica. Per quanto desumibile dal mondo produttivo privato, la rilevanza industriale (ovvero la forte rilevanza economica di un servizio pubblico) si ricollegherebbe a più fattori concomitanti. Tra di essi, la particolare complessità organizzativa del gestore, la necessità di risorse patrimoniali, strutturali e personali ingenti, la prevalenza del capitale fisso su quello circolante, la maggiore articolazione del ciclo produttivo, la maggiore incidenza dell'innovazione tecnologica, il rapporto prettamente civilistico-contrattuale tra fornitore del servizio e utente finale. Nei servizi pubblici a rilevanza industriale sarebbe prevalente il fattore capitale; in quelli scevri di rilevanza industriale il fattore lavoro. V., in tal senso, S. Pignataro, *I servizi*, *cit.*, pp. 121-122.

ISSN 2279-7238

In definitiva, la soluzione più corretta appare quella secondo cui il legislatore del t.u. n. 175 avrebbe dovuto comprendere tutti quei servizi che, secondo la tecnica, l'esperienza e la logica, presentassero caratteristiche che li rendessero idonei ad essere erogati in forma di impresa collettiva di capitali; oggetto precipuo del medesimo testo normativo. Avrebbe dovuto lasciare, invece, la delimitazione dei SIG non gestibili in forma di impresa e, dunque, estranei al campo di applicazione del decreto n. 175, ad altre fonti, statali o regionali, a seconda delle competenze ripartite in base alla Costituzione.

Pare confermato, comunque, quanto stabilito dal giudice delle leggi in precedenza, con sent. 17 novembre 2010, n. 325[2051], cioè che i SIEG, coniati dall'ordinamento europeo, hanno "contenuto omologo" ai "servizi pubblici locali a rilevanza economica". In effetti essi, pur nella estrema semplicità e stringatezza della definizione data dal t.u. n. 175, sembrano collimare con le caratteristiche basilari che, sul piano interno, connotano, nella sostanza, i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

La nozione di SIG, eccettuati i SIEG, sembra, invece, essere, almeno sulla carta, della massima estensione e, quindi, omogenea, ma, al tempo stesso, più ampia di quella di servizi (locali) privi di rilevanza economica. Essa pare abbracciare qualsiasi prestazione, svolta ai diversi livelli istituzionali o territoriali, implicante, come minimo comune denominatore, il sostegno finanziario pubblico per realizzare l'omogeneizzazione dello sviluppo e la coesione sociale; finalità che trovano una radice costituzionale specialmente nei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

3. Il fenomeno dell'espansione delle partecipazioni pubbliche in organismi societari e le misure legislative volte al loro drastico ridimensionamento

Per lungo tempo, l'assenza di limitazioni espresse e rigorose alla possibilità, per le P.A., di acquisire o mantenere quote in società di capitali, costituite dalle stesse o da esse partecipate, ha innescato un processo di investimenti sfrenato, determinando gravi ripercussioni sulla finanza pubblica[2052]. Il sempre più frequente abuso di formule privatistiche aveva dato luogo, altresì, nel tempo, alla presenza della mano pubblica in ambiti non perfettamente congruenti, se non addirittura estranei[2053], alle competenze istituzionali dei vari enti detentori[2054].

Appariva un vistoso ed ulteriore elemento distorsivo, poi, che le P.A., abusando della posizione di vantaggio per aggiudicarsi la gestione dei servizi di cui godevano, costituendo determinate

---

2051 In *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 4501, con note di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, e di P. Sabbioni, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*.

2052 Cfr. Corte dei conti, Sez, contr. Reg. Sicilia, delib. 19 maggio 2016, n. 90, in www.corteconti.it.
A riguardo, pare accreditabile la tesi che gli enti pubblici autarchici abbiano la medesima capacità di diritto privato che fa capo alle persone fisiche, potendo stipulare tutti i negozi consentiti dalla qualità precipua di persone giuridiche dei contraenti (es. compravendita, locazione ecc.; esclusi il matrimonio, la filiazione, la possibilità di fare testamento ecc. per le ragioni appena indicate). Tale assunto è, però, valido solo in linea di massima, perché è certamente contraria ai principi generali di contabilità pubblica la stipulazione, da parte delle la P.A., di negozi che creino un'alea che metta in pericolo risorse pubbliche, almeno se di entità non modesta.

2053 V. Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Veneto, delib. 15 gennaio 2009, n. 5, in www.corteconti.it.

2054 Invero, spesso la decisione di alcuni enti di deliberare l'acquisto o il mantenimento di quote in società erogatrici di servizi pubblici, anche solo strumentali, con la motivazione addotta di ottenere una ricaduta su interessi preminenti della collettività, ha rappresentato un pretesto per investire denaro per fini di scambio o per ragioni politico-clientelari.

ISSN 2279-7238

società, con capitale, in tutto o in parte, pubblico[2055], esplicassero attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò fosse imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali[2056].

Nell'ultimo decennio circa vi è stata una radicale inversione di tendenza. Si è reso impellente, per le ragioni ricordate, un intervento riformatore che ponesse dei limiti piuttosto efficaci e stringenti alla possibilità, per le P.A., di condizionare pesantemente il mercato e la competizione tra operatori[2057], di investire per fini anche trascendenti da quelli squisitamente istituzionali e senza ricadute positive per le comunità amministrate, nonché di esporre al rischio di perdite gli enti pubblici o peggio di assoggettare quote delle loro partecipazioni a procedure fallimentari[2058].

Partendo dal presupposto che gli enti pubblici devono "amministrare" piuttosto che "fare gli imprenditori", il legislatore, già con l'art. 3, commi 27/32-*ter,* della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008)[2059], si era orientato nel senso di arginare la proliferazione indiscriminata e incontrollata di partecipazioni pubbliche e di ricondurne l'utilizzo nell'alveo delle reali necessità istituzionali degli enti investitori[2060].Con l'art 3, comma 27, primo periodo, la legge aveva prescritto che le amministrazioni pubbliche non potessero costituire "società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società". Aveva precisato, tuttavia, al secondo periodo, temperando la posizione predetta: "È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza". La stessa legge finanziaria, all'art. 3, comma 29, aveva, poi, concesso alle P.A. diciotto mesi, dalla sua entrata in vigore, per cedere, previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni ritenute "non strettamente necessarie", quindi vietate.

2055 Cfr. Corte cost., sent. 1° agosto 2009, n. 326, in *Il Foro italiano*, 2010, I, 786.

2056 Va segnalato come la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" del 21 maggio 2003, *cit.* avesse affermato che le norme sulla concorrenza si applicassero "soltanto alle attività economiche". Tuttavia, il Trib. I° grado, Sez. V, sent. 1° luglio 2010, in cause riunite T-568/08 e T-573/08, in www.eur-lex.europa.eu, pronunciandosi in tema di servizio pubblico televisivo, ha valutato rientranti nella nozione dell'Unione di SIEG anche quelle attività che, sebbene prive di carattere economico, siano in grado di influenzare la libera concorrenza in un determinato settore commerciale.

2057 Sul principio della libera concorrenza v., tra gli altri, L. Cassetti, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997; N. Lipari – I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Milano-Roma-Bari, Cariplo-Laterza, 2000; A. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, Utet, 2007; L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013.

2058 Da altro punto di vista, va sottolineato come, per limitare perdite consistenti da parte delle P.A., il legislatore abbia previsto, salvo periodi ristretti e norme transitorie e sporadiche, almeno per i servizi a rilevanza economica, che esse non possano partecipare a talune società (s.n.c. e s.a.s ovvero alle s.a.p.a.) che, come è noto, postulano, per tutti i soci, ovvero per alcuni di essi, una responsabilità economica illimitata. E, mentre nei servizi privi di rilevanza economica, la sopportazione degli oneri sociali, per le amministrazioni che li assicurano, costituisce un aspetto fisiologico, nei servizi a rilevanza economica, per quanto anzidetto, i ripetuti esercizi finanziari in perdita integrano un evento patologico che finisce per depauperare ingiustificatamente le casse pubbliche.

2059 Per un commento a tali norme v. F. Albo, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della l. n. 244 del 2007 negli enti locali*, in *Lexitalia.it*, 2009; S. La Malfa, *La cessione delle partecipazioni vietate secondo la l. 2007/244 (legge finanziaria 2008, art. 3, commi 27-29)*, in *Diritto.it*, 2010; F. Luciani, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Giust. amm.*, 2012.

2060 F. Albo, *cit.*

ISSN 2279-7238

Le norme illustrate hanno mirato ad evitare, più in generale, che l'abuso di modelli privatistici sottraesse una buona parte dell'agire amministrativo al controllo da parte degli enti pubblici, nonché ai canoni della trasparenza e delle regole giuscontabili [2061].

Successivamente sono entrate in vigore norme di tenore analogo, come l'art. 1, comma 569, della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per l'anno 2014), modificato dall'art. 1, comma 2, lett. b), del d.l. 6 marzo 2014, n. 16, convertito in l. 2 maggio 2014, n. 68.

Un passo avanti nella direzione dell'ulteriore restringimento della possibilità di detenere quote in società pubbliche da parte delle P.A. è stato fatto con la l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità per l'anno 2015), che aveva stabilito, all'art. 1, comma 611, l'obbligo, per le stesse, di adottare dei piani di razionalizzazione delle società partecipate, indicando tra i vari criteri quello della dismissione delle partecipazioni societarie "non indispensabili" al perseguimento delle proprie finalità istituzionali [lett. a)].

Nel complesso, ai fini di partecipare legittimamente in qualità di soci ad una società pubblica o mista, le amministrazioni, da un rapporto di mera "strumentalità" alle esigenze della collettività, sono passate ad un rapporto di "stretta necessità" o "indispensabilità" per il perseguimento della *mission* istituzionale.

Potrebbe sostenersi, argomentando sulla base della formulazione linguistica delle due locuzioni, che la stretta necessarietà si riconnetta ad un obbligo di legge, l'indispensabilità all'impossibilità oggettiva e fattuale di fare a meno della prestazione; ma la distinzione non pare convincente.

La posizione dominante si è schierata, comunque, per l'autonomia dei concetti di indispensabilità e necessarietà prima indicati. In particolare, l'interpretazione data da diverse sezioni di controllo della Corte dei conti[2062] è quella secondo cui la l. n. 244 ha sancito un principio di c.d. "funzionalizzazione"[2063], stabilendo che sono consentite solo le partecipazioni coerenti con le finalità istituzionali degli enti.

La stretta necessità è stata, così, intesa come mera rispondenza dell'"oggetto sociale" della partecipata alle finalità istituzionali della P.A. La l. n. 190, invece, sarebbe andata oltre quel principio, stabilendo, che nell'ambito delle società coerenti con i fini istituzionali (strettamente necessarie), quindi legittime ai sensi della precedente l. n. 244, si potessero mantenere solo quelle "indispensabili"; intese come quelle aventi un fine strategico rispetto agli scopi istituzionali degli enti.

La circostanza suscita, peraltro, perplessità che vale la pena esaminare anche in relazione all'attuale assetto normativo:

- se il concetto di stretta necessità fosse circoscritto a quello di coerenza rispetto al fine, nel senso quindi che la P.A. non può costituire e mantenere partecipazioni "incoerenti" con le proprie finalità istituzionali, si tratterebbe di una norma superflua o, quantomeno, ridondante, poiché l'assunzione di partecipazioni (e derivanti rischi) non rispondenti ad alcun fine istituzionale, viola un limite fondamentale che governa l'attività amministrativa di qualunque ente pubblico (v. art. 97, comma 2, Cost.[2064]);

[2061] *Ivi*

[2062] Cfr., tra le altre, Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Piemonte, delib. 26 gennaio 2016, n. 5, in www.corteconti.it; Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Veneto, delib. n. 5 del 2009, *cit.*

[2063] **In dottrina v. S. Nicodemo – M.V. Susanna, *cit.*, p. 59.**

[2064] Ci si riferisce, in particolare, al principio di legalità, il quale postula che i fini degli enti pubblici debbano essere determinati dalla legge e, dunque, esige che l'attività amministrativa trovi un fondamento positivo e un limite negativo

ISSN 2279-7238

- sul piano letterale e semantico i termini utilizzati esprimono un *quid pluris* rispetto alla mera rispondenza al fine, perché altrimenti il legislatore avrebbe usato espressioni più tenui, ad esempio, prevedendo che le partecipazioni devono avere una "particolare vocazione alla realizzazione delle finalità istituzionali" oppure "una peculiare sintonia" con le predette finalità, agendo, poi, eventualmente, su altre leve, come una maggiore complessità ed esaustività dell'obbligo motivazionale della scelta partecipativa, come è avvenuto, in effetti, con l'art. 5 del t.u. n. 175[2065]

L'interpretazione delle due locuzioni induce a ritenere che il legislatore abbia ragionevolmente voluto attribuire alle stesse, più o meno intensamente, un significato più pregnante e ulteriore rispetto a quello di semplice "funzionalizzazione"[2066].

Il requisito della particolare rilevanza ed attinenza con le finalità istituzionali regna, invero, in tutte e due le norme predette, senza differenze percepibili. L'investimento pubblico in organismi societari doveva e deve garantire tuttora una aderenza stretta tra l'oggetto sociale e fini istituzionali dell'ente pubblico. Ciò, con la differenza importante che la l. n. 244 consentiva, senza limitazioni, la costituzione o l'affiliazione societaria per svolgere servizi di interesse generale, mentre la l. n. 190 e, ancor più, il t.u. n. 175, non la consentono o, per lo meno, non la permettono *de plano*.

Può, così, affermarsi che l'orientamento del legislatore sia stato, con riferimento ai presupposti per la partecipazione pubblica e nel complesso, man mano più restrittivo, anche se questo, come si vedrà meglio in seguito, non si riflette su tutte le amministrazioni con la stessa intensità.

4.1. I capisaldi della riforma attuata con il t.u. n. 175 del 2016: in particolare il requisito della stretta necessarietà per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali

in una previa disposizione di legge. Sul punto cfr., per tutti, in manualistica, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 42 ss.

2065 A mente dei commi 1 e 2 dell'art. 5 del t.u. n. 175 del 2016, come modificati dal d. lgs. n. 100 del 2017, salvo le eccezioni indicate, "l'atto deliberativo deve essere motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa". La deliberazione deve dare atto "della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate". Per un commento a tale articolo v., tra gli altri, M. Bragaglia, *Commento all'art. 5*, in G. Meo – A. Nuzzo (a cura di), *cit.*, pp. 81 ss.; A. Di Nunzio – E. De Carlo, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in M. Meschino – A. Lalli (a cura di), *cit.*, pp. 70 ss.; A. Mauro – G.. Antonicelli, *cit.*, pp. 74 ss.; **S. Nicodemo – M.V. Susanna, *cit.*, pp. 69 ss.; A. De Girolamo, *cit.*, pp. 63 ss.**

2066 V. il documento ufficiale, contenente le "Linee guida sulle partecipate", elaborato da INVITALIA, in convenzione con DAR, del 20 ottobre 2010, spec. p. 25, da cui si desume che le P.A. potessero costituire, partecipare, o mantenere partecipazioni in società di capitali esercenti una serie di attività solo ove venisse rispettato il criterio di "strategicità". A tale documento (reperibile sul sito: www.spl.invitalia.it) si erano adeguate le diverse pubbliche amministrazioni. In esso si era fatto riferimento alla locuzione "strategicità" della partecipazione, al fine di avallarne la legittimità nell'ordinamento previgente. Si sarebbe trattato di un requisito più angusto, dovendo la partecipazione alle società inerire ai casi in cui i fini da realizzare non fossero solo rilevanti per la collettività, ma rappresentassero obiettivi "primari". Sicché, le partecipazioni non avrebbero dovuto riguardare la realizzazione di fini secondari, ma nemmeno importanti o, comunque, aventi un certo impatto per la collettività, ma solo quelli "vitali" o "prioritari". Il canone della necessarietà o indispensabilità dell'attività rappresenterebbe un *minus* rispetto a questa ultima tesi estremista, perché concernerebbe un elevato grado di congruenza tra attività di produzione di beni e servizi prestata attraverso gli organismi societari e i fini istituzionali. La posizione appare, però, poco condivisibile e non sembra essere stata mai accolta nell'ordinamento. L'espressione "strettamente necessarie", utilizzata dalla l. n. 244 e dal t.u. n. 175, parrebbe contenere in sé il significato di strategicità, nel senso che, tra le finalità strettamente necessarie rientrano *a fortiori* quelle cruciali e vitali per l'amministrazione investitrice e, quindi, quelle strategiche, ma non solo, categoricamente, queste ultime.

ISSN 2279-7238

L'art. 4[2067] del t.u. n. 175, intitolato: "Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche", al comma 1, ha riprodotto il contenuto dell'art. 3, comma 27, primo periodo, della l. n. 244, subordinando la possibilità, per le società a partecipazione pubblica, di svolgere una serie di attività "tassativamente" elencate nel comma 2 , ivi inclusi i SIG e i SIEG (c.d. vincolo di attività) al rispetto delle condizioni in esso sancite, vale a dire che le attività espletate siano strettamente necessarie al perseguimento delle finalità dell'amministrazione investitrice (c.d. vincolo di scopo). Mentre non è stato confermato, tra i limiti alla costituzione di società e al mantenimento delle partecipazioni, quello della indispensabilità di cui alla l. n. 190.

Il vincolo di attività costituisce una novità, in quanto, nella precedente normativa, non vi era un limite del genere per la partecipazione pubblica all'interno delle società.

Le società costituite o partecipate da enti pubblici possono essere predisposte non solo alla fornitura di servizi pubblici in senso stretto, cioè finali, ma, altresì, a prestazioni strumentali, accessorie e ausiliarie nei confronti delle amministrazioni e dei privati. Si tratta in sintesi, a mente dei commi 2 e 3, della produzione dei servizi di interesse generale (eccettuati, deve ritenersi, quelli assolutamente non gestibili in forma societaria), inclusi la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (che devono inquadrarsi, per le caratteristiche proprie, nello spettro dei SIEG), della progettazione e realizzazione di opere pubbliche sulla base di un accordo di programma o di un contratto di partenariato pubblico/privato, dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, dei servizi di committenza, della valorizzazione del patrimonio immobiliare dell'amministrazione. Il decreto n. 175 ha, così, canonizzato, in un testo unico avente un campo di applicazione generale, la facoltà, per le P.A., di investire in società operanti per l'ottimizzazione e la valorizzazione del patrimonio immobiliare delle amministrazioni stesse (art. 4, comma 3), in tal caso anche in deroga al criterio della stretta necessarietà.

Non viene esplicitato dalla norma se il termine "attività" utilizzato implichi che le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche possano svolgere solo una delle tipologie delle attività elencate o anche più di una di queste. Invero, non paiono esservi fattori ostativi a che le società svolgano anche più di una delle attività elencate nei commi 2 e 3, purché rispettino il vincolo di scopo a mente del comma 1[2068]. Il fenomeno delle società multi-servizi non è, infatti, nuovo nel panorama amministrativo italiano.

Per altro verso, sembra che il legislatore abbia recepito e codificato, almeno in parte, quanto affermato dalla giurisprudenza precedente[2069].

Fermo il rispetto delle condizioni vincolanti per le amministrazioni pubbliche, tracciate dall'art. 4, comma 1[2070], il seguente comma 2 legittima lo svolgimento delle elencate attività per le quali la

---

[2067] Sulle norme contenute in tale articolo v., tra gli altri, F. Mataluni, *Commento all'art. 4,* in G. Meo – A. Nuzzo (a cura di), *cit.*, pp. 61 ss.; A. Di Nunzio – E De Carlo, *cit.*, pp. 62 ss.; D. Di Russo – A. Miele – G. Nardelli, *I limiti all'assunzione e detenzione di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche*, in D. Di Russo (a cura di), *cit.*, pp. 59 ss.; G. Bassi – F. Moretti, *cit.*, pp. 43 ss.; **S. Nicodemo – M.V. Susanna, *cit.* pp. 55 ss.; A. De Girolamo, *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in R. Garofoli – A. Zoppini, *cit.*, pp. 64 ss.**

[2068] In tale direzione F. Mataluni, *cit.*, p. 67.

[2069] *Ivi*, p. 66.

[2070] La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 4 del t.u. n. 175 dà attuazione a quanto prescritto dell'art. 18, comma 1, lett. b), della l. delega n. 124 del 2015, con la quale si demandava al Governo il compito di razionalizzare e ridurre le

ISSN 2279-7238

costituzione di società e il mantenimento di partecipazioni, direttamente o indirettamente, anche di minoranza, deve ritenersi, *ipso iure*, pienamente legittimo.

In questo senso, sembra essere accaduto, secondo taluno[2071], con il nuovo comma 2, che il legislatore delegato si sia sostituito al giudice. In precedenza, era il giudice a verificare, caso per caso, se l'attività svolta dalla singola società partecipata fosse o meno coerente con lo scopo pubblico dell'amministrazione partecipante. Oggi, invece, è la legge a stabilire che vi sono solo alcune, determinate, attività che le società partecipate possono svolgere legittimamente, fermo restando che tali società devono operare pur sempre "nei limiti di cui al comma 1" e, dunque, pur sempre nel rispetto del c.d. vincolo di scopo. In altre parole, le attività di cui al comma 2 sarebbero le uniche che, in astratto, dovrebbero essere "strettamente necessarie" per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante, ma potrebbero anche non esserlo in concreto, nel qual caso la partecipazione pubblica è da escludere[2072].

Il legislatore delegato sembra aver, quindi, voluto eliminare, dall'ambito di azione delle società partecipate, l'attività di impresa *tout court* che può essere svolta proficuamente dai privati.

Secondo quanto affermato in precedenza dalla magistratura contabile veneta[2073], perché possa essere deliberata una partecipazione pubblica, devono emergere esigenze di ordine tecnico (ad esempio, con riferimento a beni e servizi non altrimenti reperibili nel libero mercato, o strutturalmente non erogabili direttamente dall'ente) o economico (per es. legate alla maggiore convenienza economica dell'autoproduzione del bene o servizio rispetto all'acquisizione di esso sul mercato) che depongano in favore dell'opzione.

L'ente dovrà attentamente valutare i costi e i benefici dell'affidamento del servizio alla società, in termini di efficienza, efficacia ed economicità di gestione in un'ottica di lungo periodo, nonché le ricadute sui cittadini e sulla responsabilità dell'amministrazione stessa. Sicuramente sarà legittima la costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie in ambiti in cui un fine primario o, comunque, non trascurabile dell'ente di riferimento non sia "altrimenti perseguibile".

In questa direzione, il giudice contabile molisano[2074] aveva osservato come dovesse ritenersi legittima la costituzione o partecipazione societaria ove, in mancanza, "il fine istituzionale" cui essa è preordinata non sarebbe "in altro modo perseguibile". L'ente, secondo tale parere, dopo aver valutato con esito negativo tutte le altre modalità con le quali sarebbe possibile realizzare la finalità istituzionale di cui è portatore sarebbe pienamente ed indubbiamente legittimato a ricorrere allo strumento societario, ovvero all'assunzione di partecipazioni societarie che si pongano quale "scelta residuale", conseguente all'"acclarata e motivata mancanza di alternative". Laddove, invece, le finalità istituzionali possano essere soddisfatte con "strumenti diversi" o differenti "modalità", senza riceverne alcuna "compressione" o compromissione", non potrebbe ritenersi legittima la sua compartecipazione a compagini societarie.

L'art. 4 del decreto n. 175 suddetto ha previsto, poi, due norme derogatorie ai commi 9 e 9-*bis* di cui si tratterà appresso.

---

partecipazioni societarie pubbliche "secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità," ponendo condizioni e limiti alle amministrazioni, che fossero vincolate "entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti".

2071 F. Mataluni, *cit.*, p. 66.

2072 *Ibidem.*

2073 V. Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Veneto, delib. n. 5 del 2009, *cit.*

2074 V Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Molise, delib. 23 luglio 2009, n. 32, in www.corteconti.it.

ISSN 2279-7238

Comunque, il requisito "strettamente necessarie" si innesta *ope legis* ed *expressis verbis* nel quadro delle "finalità istituzionali" dell'ente o degli enti costituenti o partecipanti e, pertanto, va letto e ragguagliato alla luce di questi elementi[2075]. In definitiva, il canone in discorso potrebbe stare a significare che le finalità da perseguire devono essere di "stretta pertinenza dell'ente investitore" che non deve realizzare interessi, pur apprezzabili, rimessi alle cure di altre amministrazioni, ancorché si ripercuotano, in "via indiretta", sulla popolazione amministrata.

Sul piano teorico, il richiamo al concetto di stretta necessarietà rispetto ai fini istituzionali e, dunque, alle reali e dirette necessità della collettività, potrebbe stare a significare, in negativo, che l'omessa delibera di costituzione o acquisto di quote in società che forniscono bene e servizi "rilevanti" o "significativi", "non garantiti da soggetti privati", determini una totale "inefficacia" ed inadeguatezza dell'azione dell'amministrazione preposta rispetto ai fini istituzionali assegnati dalla legge[2076].

Si è sottolineato[2077] che se, da un lato, l'art. 4 del t.u. n. 175 ha intenso introdurre un deterrente per la costituzione di società, quando esse non siano strettamente coerenti con le finalità dell'ente, dall'altro, ha voluto evidenziare la potenziale utilità dell'istituto quando correttamente gestito e organizzato.

[2075] È stata ritenuta preclusiva dalla Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Lombardia, delib. 8 luglio 2008, n. 48, in www.corteconti.it, l'affiliazione a società avente un oggetto sociale talmente ampio e polivalente da allontanarsi dal canone dello stretto legame teleologico e territoriale rispetto ai fini della amministrazione e alle esigenze della collettività. Certo, sembra corretto ritenere che ogni ente, nel quadro delle proprie finalità istituzionali, debba valutare le ripercussioni positive sulla propria popolazione; se vi sono potenzialmente ricadute positive, ancorché date da una porzione dei benefici e delle utilità arrecati dalla società, ricorrendo le ulteriori condizioni richieste, non dovrebbe ritenersi illegittima la partecipazione, se del caso di minoranza, nella struttura societaria.

Per il T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, sent. 17 maggio 2010, n. 1898, in www.giustizia-amministrativa.it, il servizio di pulizia degli uffici e dei presidi ospedalieri non potrebbe essere considerato strettamente necessario al perseguimento delle finalità della A.s.l., poiché eccessivamente generico e strumentale all'esercizio di qualsiasi attività pubblica e privata erogabile da qualunque soggetto in favore di chiunque. Inoltre integrerebbe un appalto di servizi soggetto alla normativa europea e interna sui contratti pubblici. Una simile conclusione appare ora discutibile e si potrebbe scontrare con la possibilità di costituzione o adesione a compagini societarie per la fornitura di servizi strumentali, accessori e ausiliari, prevista espressamente dal t.u. n. 175.

È stata ritenuta ammissibile dalla Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Piemonte, delib. 3 dicembre 2008, n. 33, in www.corteconti.it, la partecipazione di un Comune ad una costituenda banca di credito cooperativo in ragione delle peculiarità dell'attività bancaria svolta da quest'ultima (scopo mutualistico, operatività esercitata in prevalenza a favore dei soci). In realtà, l'orientamento più moderno è quello di considerare la connotazione delle banche, in prevalenza, quali "imprese" a tutti gli effetti, più che soggetti privati erogatori di servizi pubblici. Tuttavia, può sostenersi una natura sostanziale, per così dire, *double face*, specie in alcuni casi, come nella fattispecie delle banche di credito cooperativo, aventi come scopo precipuo quello di agevolare i soci, in maniera leggermente diversa dagli ordinari istituti di credito che perseguono fini (soprattutto) egoistici. Di conseguenza, non può darsi per scontata la completa estraneità alla nozione di servizio, ove essa, come avviene per i Comuni italiani, è molto ampia e generica e potenzialmente comprensiva di qualunque beneficio per la collettività. Nella fattispecie, in mancanza di altri istituti di credito cooperativo privati, attivi nell'ambito territoriale di riferimento ed alternativi all'eventuale società con partecipazione pubblica, la decisione potrebbe non essere censurabile, se non nei limiti dell'eccesso di rischio economico per la P.A., ove non previsti (nello statuto societario) strumenti idonei per eliminarlo (come la libera recedibilità *ad nutum* da parte dell'amministrazione partecipante e la connessa immediata e obbligatoria liquidazione della propria quota in caso ad esempio, si registrino o si profilino situazioni di grave deficit finanziario o di significative perdite).

[2076] A riguardo il Cons. Stato, Sez. III, sentt. 11 marzo 2011, n. 1572, in www.giustizia-amministrativa.it, e n. 1573, in www.federalismi.it**,** aveva affermato come fosse indispensabile verificare l'esistenza di un "qualificato nesso" che legasse l'attività della società con le finalità dell'amministrazione, di modo che la prima risultasse "assolutamente necessaria" per il perseguimento delle seconde. In altre parole, come evidenziato da T.A.R. Sardegna, Sez. I, sent. 5 aprile 2013, n. 269, in www.giustizia-amministrativa.it. la partecipazione doveva essere utilizzata per "reali necessità istituzionali degli enti"

[2077] **V. S. Nicodemo, M.V. Susanna, *cit.* p. 57.**

ISSN 2279-7238

La giurisprudenza recente, ha affermato che gli enti pubblici (nella fattispecie le Regioni) non possono partecipare a società che non perseguono attività istituzionali, come nel caso in cui l'organismo sia stato creato per la gestione di uno zuccherificio. Questo è il principio espresso dal T.A.R. Molise, sent. 3 ottobre 2017, n. 331[2078] e ciò avvalora il ragionamento che si faceva della "diretta" oltre che "rilevante incidenza" o, comunque, "significativo impatto" sulle proprie finalità istituzionali". In particolare, per i giudici amministrativi molisani, non può ritenersi rientrante nell'ambito delle finalità istituzionali della Regione il "generico proposito di mantenere una struttura produttiva preesistente che contribuisce in modo sostanziale al PIL regionale e al mantenimento dei livelli occupazionali nel territorio regionale"; e ciò (può aggiungersi), ancorché realizzi interessi regionali.

L'impostazione potrebbe essere valida in linea di massima, ma parzialmente eludibile in diverse fattispecie, ove il dato positivo delimiti le funzioni e i servizi pubblici in modo assai ampio e generico, come avviene per i Comuni[2079]. L'ampiezza delle finalità istituzionali dei Comuni è tale e suscettibile di valutazione discrezionale che pressoché qualunque obiettivo di concretizzazione di interessi pubblici generali, collettivi o diffusi, avvertito in tale ambito, può legittimare una partecipazione societaria.

Dissentono da tale impostazione, però, alcuni autori[2080], i quali sottolineano che non vi sia alcun dubbio che, come in passato, l'individuazione delle attività che possono o non possono essere oggetto di società a partecipazione pubblica non è facile, stante la perdurante assenza di un chiaro quadro normativo che delimiti quali siano le finalità istituzionali degli enti.

In diversi casi la giurisprudenza[2081] ha censurato la possibilità di cui si discorre ove, in base al caso concreto, avesse intenti meramente lucrativi o rilevanza prettamente economica che contrastano con il libero dispiegarsi dell'iniziativa economica privata e non trovano giustificazione nelle effettive necessità istituzionali degli enti territoriali, frustrando la *ratio* pubblicistica sottesa alla normativa in materia di partecipazioni pubbliche.

In linea con tale prospettiva, la magistratura contabile[2082] ha disconosciuto o dubitato della possibilità in discorso, perché non (pienamente ed immediatamente) rispondente alle finalità

2078 In www.giustizia-amministrativa.it.

2079 Ad esempio, a livello comunale, l'art. 13, comma 1, del t.u. n. 267 del 2000, in tema di "funzioni dei Comuni", recita: "Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze". Il successivo art. 112, concernente i "servizi pubblici locali", dispone che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Abbastanza generica e di portata ampia pure l'elencazione fornita dall'art. 21, comma 3, della l. 5 maggio 2009, n. 42 (richiamato dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122), delle "funzioni fondamentali dei Comuni", individuate *ex* art. 117, comma 2, lett. p), Cost.. La legge menziona promiscuamente attività integranti funzioni amministrative e servizi pubblici.

2080 A. De Girolamo, *cit.*, p. 66.

2081 Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, sent. 4 aprile 2016, n. 333, in www.giustizia-amministrativa.it. In sintonia con tale decisione, la Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Lombardia, delib. 6 novembre 2015, n. 387, in www.corteconti.it, ha ritenuto non confacente ad una società in *house providing* la produzione e la vendita di gelati artigianali. In precedenza la Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Puglia, delib. 27 febbraio 2008, n. 3, in www.corteconti.it, aveva propugnato la tesi secondo la quale la gestione, tramite società di capitali, delle farmacie comunali costituisse esplicazione di un servizio pubblico con finalità sociali riconducibili al disposto dell'art. 112 del t.u. n. 267 del 2000; pertanto, non era opponibile, per essa, il divieto previsto dalla l. n. 244 per le attività non strettamente necessarie.

2082 Cfr. Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Lombardia, delib. 15 settembre 2010, n. 861, e Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Sardegna, delib. 29 marzo 2012, n. 28, entrambe in www.corteconti.it.

ISSN 2279-7238

istituzionali degli enti locali, pure in fattispecie in cui l'attività della società a partecipazione pubblica fosse idonea a propiziare la realizzazione di interessi della collettività meritevoli di considerazione (maggiore salubrità ambientale, risparmio energetico, razionale sfruttamento del territorio ecc.).Tuttavia, a parte le partecipazioni aventi il solo fine lucrativo, con riferimento ad alcuni enti, *in primis* i Comuni, la scelta partecipativa postulerebbero un onere motivazionale molto pregnante, laborioso e dettagliato, che, ove assolto, renderebbe difficile il sindacato del giudice amministrativo e, soprattutto, di quello contabile. Si dovrebbe, quindi, dubitare della reale ed incisiva efficacia deterrente della norma che prevede, in modo categorico, la stretta necessarietà, per lo meno con riferimento ad alcuni contesti istituzionali.

Va sottolineato, per altro verso, come il legislatore delegato del 2016 avrebbe potuto essere meno drastico, attenuando la portata dei commi 1 e 2 dell'art. 4 del t.u. n. 175. L'ordinamento avrebbe potuto fare riferimento, ai fini della costituzione di società di capitali o all'acquisto o mantenimento di partecipazioni, più che alla stretta necessarietà per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, alla possibilità di detenere quote quando, in base al complesso di circostanze oggettive, l'intervento pubblico, espresso tramite la partecipazione, risulti altamente proficuo per la realizzazione di obiettivi apprezzabili rientranti tra i precipui compiti dell'amministrazione interessata e sia funzionale alla sana e prudente gestione economica dell'ente (o espressioni consimili). Si sarebbe, così, dato modo agli amministratori dei vari enti, specie se ad autonomia costituzionalmente garantita, di decidere con un maggiore margine di discrezionalità, valutando, in maniera più intensa e mirata, l'adeguatezza o la carenza dell'iniziativa privata e l'incidenza sulla sana gestione economica dell'ente, senza sottrarsi, correlativamente, all'assunzione delle conseguenze dannose, sia sul piano politico, sia su quello giuridico, delle eventuali scelte sbagliate. Accogliendo una simile soluzione, sarebbe indispensabile congegnare legislativamente tutta una serie di misure e di meccanismi di prevenzione, di controllo e sanzionatori, inasprendo, soprattutto, le conseguenze di carattere penale e patrimoniale a carico dei responsabili, amministratori e revisori contabili societari, per scoraggiare pesantemente la cattiva gestione ed evitare perdite alle P.A. Va anche detto, tuttavia, che, nel contesto di crisi globale attuale, la rigidità della norma vigente non sorprende affatto e si pone in assonanza con una serie di altre misure legislative *pro*-austerità.

Invero le delibere che dispongono in ordine ad una partecipazione devono essere precedute da approfondite e documentate attività istruttorie e non implicano, certo, una insindacabilità delle scelte da parte della magistratura amministrativa e contabile.

L'art. 5, comma 3, del decreto n. 175 prescrive la sottoposizione del provvedimento con il quale si delibera la partecipazione da parte dell'organo competente (in genere, quello di vertice politico, oppure quello maggiormente rappresentativo o, comunque, di direzione politico-amministrativa (v. art. 7, comma 1, t.u. n. 175) all'esame della Corte dei conti.

Sul punto non sono mancate critiche[2083], in quanto il definito "vaglio" preventivo della Corte dei conti è apparso in contrasto con il modello autonomistico, potendo configurare una illegittima intrusione nella responsabilità gestionale dell'ente interessato[2084].

[2083] V. il documento dell'ANCI che riporta "Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi di interesse generale", reperibile in www.anci.lombardia.it.

[2084] Va tenuto conto che la Corte cost., sent. 10 marzo 2014, n. 40, in *Il Foro italiano*, 2015, I, 2650, aveva affermato che l'attività di controllo esercitata dalla Corte dei conti ha natura esterna e non è invasiva dell'autonomia gestionale degli enti; piuttosto risulta finalizzata ad assicurare che le deliberazioni degli stessi non determino gestioni contabili errate, tali da alterare l'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. Sicché essa è strumento che consente allo Stato di

ISSN 2279-7238

Inoltre si è ravvisata la potenziale conflittualità tra il giudice contabile, che formula rilievi preventivi, e il giudice amministrativo chiamato ad esaminare la legittimità dell'atto *a posteriori*. Alcuni autori[2085] hanno sottolineato, però, che la funzione della trasmissione alla Corte dei conti è puramente conoscitiva e di intesa e che tale organo, solo in caso di rilevata illegittimità del provvedimento, avvierà interventi repressivi.

Altri[2086] evidenziano che, proprio perché alla Corte dei conti non è attribuito dalla norma indicata del decreto n. 175 alcun potere interdittivo, ma solo una funzione conoscitiva, ciò determinerebbe, con ogni probabilità, l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione per violazione degli artt. 100 e 103 Cost., nella parte in cui è garantita al medesimo organo di rilevanza costituzionale la giurisdizione in materia di contabilità pubblica e sulla responsabilità di chi ha la gestione del denaro pubblico.

Le critiche appaiono, però, poco convincenti, poiché, da un lato, la Corte dei conti non esercita preventivamente (e propriamente) poteri di tipo interdittivo o repressivo (né tanto meno li esercita in via generale) ai sensi della Costituzione; dall'altro, la previsione indicata del t.u. n. 175 non nega alla Corte dei conti l'esercizio delle sue prerogative costituzionali in sede giurisdizionale.

Si tratta di un organo a rilevanza costituzionale, che svolge, oltre che funzioni giurisdizionali, "nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge", *ex* art. 103, comma 2, Cost., altresì, a mente dell'art. 100, comma 2, Cost., un'attività di "controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo" e anche "successivo sulla gestione del bilancio dello Stato" e che "partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria", riferendo "direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito". Pertanto sono ordinariamente soggetti alla giurisdizione contabile e al controllo della Corte dei conti, oltre che all'attività di consulenza di tale organo, anche le Regioni e gli enti locali.

La Corte dei conti avrà la possibilità di esprimere pareri di regolarità contabile, ove richiesti o sollecitati dalle autonomie territoriali *ex* art. 7, comma 8, della l. 5 giugno 2003, n. 131, i quali difficilmente potranno essere disattesi dall'amministrazione procedente. Inoltre, avrà la potestà di esercitare il controllo successivo esterno sulla gestione delle amministrazioni investitrici.

In sede giurisdizionale contabile potrà, per lo più, entrare nel merito di situazioni patologiche, sanzionando le macroscopiche incongruenze che siano fonti di responsabilità (si pensi all'esborso di una somma di denaro spropositata rispetto alle disponibilità finanziarie di una amministrazione comunale erogata per la partecipazione societaria, oppure all'omessa o ritardata messa in liquidazione o cessione della quota in caso di plurimi esercizi successivi finanziari in perdita).

A loro volta, gli organi di controllo interno sulla regolarità contabile e di tipo strategico potranno vigilare e chiedere chiarimenti e formulare controdeduzioni, ma non pare possano agevolmente sindacare, nel merito, la libertà decisionale, ampiamente discrezionale, degli amministratori comunali che, in un dato momento storico, abbiano assolto (sussistendo un fondamento oggettivo e percettibile della loro decisione) a tutte le formalità richieste.

La delibera comunale, in questa ipotesi, non potrà essere attaccata facilmente nemmeno dinanzi al giudice amministrativo, se non nei casi-limite, segnatamente, in cui sia affetta da un vizio di eccesso di potere (si pensi all'evidente contraddittorietà risultante dagli atti o al palese sviamento).

esercitare la propria funzione di coordinamento della finanza pubblica nel rispetto degli obblighi assunti in sede di Unione europea.

2085 In tale direzione S. Nicodemo – M.V. Susanna, *cit.*, p. 75.

2086 In tal senso A.T. De Girolamo, *cit.*, p. 24 e, *ivi*, la nota n. 3.

ISSN 2279-7238

Una situazione leggermente diversa potrebbe inerire ad altri enti autonomi, come le Province e le Città metropolitane, che sono assegnatarie, singolarmente considerate, di funzioni e compiti più limitati e di minor impatto diretto sulle rispettive collettività. In tali casi, il sindacato giurisdizionale potrà essere lievemente più intrusivo.

Sotto altro angolo visuale, si è sottolineato, in giurisprudenza[2087], come la precedente normativa, al pari dell'attuale art. 4, comma 1, del t.u. n. 175, non contenesse un "principio di esternalizzazione generalizzata" di certe attività, ma, più semplicemente, dei limiti da rispettare affinché fosse possibile esternalizzare determinate attività. Ciò, di per sé, non escludeva, né interdice attualmente, che le attività considerate (o meglio una parte ridotta di esse) possano essere svolte direttamente dalle amministrazioni[2088].

Il t.u. n. 175, come si è visto, non vieta la costituzione di nuove società pubbliche, né l'acquisizione, da parte delle P.A., di nuove partecipazioni in società preesistenti, ma impone scelte, almeno in linea di massima, meditate e calibrate sulle effettive necessità, cioè un percorso decisionale e un onere motivazionale più complessi, articolati e rigorosi rispetto al passato.

Devono ritenersi esenti da formalità particolari i casi in cui l'operazione di costituzione o di acquisizione derivi da un espresso obbligo di legge. In questa evenienza, ferma restando l'impossibilità di disattendere la previsione legislativa, non è preclusa, secondo la magistratura contabile siciliana[2089], la possibilità, per la P.A., di adottare misure organizzative dirette, comunque, alla riduzione della spesa, sulla base dei principi di economicità, efficienza e di efficacia, rimessi alla valutazione dei soggetti partecipanti. L'eventuale scelta di un ente di acquistare nuove partecipazioni societarie, come segnalato dalla Corte dei conti piemontese[2090], sebbene non sia vietata, si pone come fenomeno evidentemente derogatorio da quella che dovrebbe essere la linea di azione generale delle P.A., secondo le intenzioni del legislatore, rappresentando un evento del tutto eccezionale. La stessa magistratura contabile[2091] ha precisato che la partecipazione va motivata puntualmente e concretamente sotto i plurimi profili dell'esternalizzazione rispetto all'internalizzazione, nonché in ordine all'utilizzo della forma giuridica "società" rispetto ad altri strumenti e, segnatamente, del particolare soggetto societario prescelto, perché ritenuto efficiente, dell'economicità e della significatività della partecipazione.

Il legislatore delegato si è proposto di dare attuazione concreta agli obiettivi che emergono dalla l. delega n. 124 del 2015, cioè un migliore utilizzo delle risorse pubbliche e il perseguimento di risparmi di spesa pubblica, anche attraverso una maggiore efficacia e certezza delle regole, nonché la promozione della concorrenza, per mezzo del contenimento delle società partecipate. Sul punto, tuttavia, non sono mancate critiche e dubbi sulla concretezza dei risultati che potranno essere raggiunti, che dipende, in gran parte, dalla effettività dell'attuazione di tali norme[2092].

In realtà, si ha l'impressione che il legislatore delegato abbia voluto consentire di privatizzare, consentendo la partecipazione pubblica in presenza di determinate e stringenti condizioni relative alla precisa inerenza e pressante esigenza per la realizzazione delle proprie finalità istituzionali, le più svariate attività, purché rientranti nel concetto (ampio) di SIG.

2087 In tal senso Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 1572 del 2011, *cit.*
2088 V. F. Mataluni, *cit.*, p. 64.
2089 Cfr. Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Sicilia, delib. n. 90 del 2016, *cit.*
2090 V. Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Piemonte, delib. n. 5 del 2016, *cit.*
2091 Corte dei conti, Sez. contr. Reg. Piemonte, delib. n. 5 del 2016, *cit.*
2092 V. F. Mataluni, *cit.*, p. 62.

ISSN 2279-7238

Come consigliano le scienze economiche, le privatizzazioni dovrebbero riguardare solo i servizi divisibili, inseriti in un mercato concorrenziale, per garantire l'efficienza e la qualità delle prestazioni; conseguenza immediata della competizione tra più operatori. Non si intravede la stessa *ratio* per i servizi indivisibili, garantiti con il sostegno finanziario pubblico, che non si collocano in un sistema competitivo.

Difatti, non è la forma imprenditoriale, in sé e per sé, che garantisce l'efficienza, l'efficacia e l'economicità di un servizio. Il mutamento della forma giuridica del soggetto erogatore, da pubblicistica a privatistica, non risolve, *ex se,* il problema del risparmio nella gestione e della qualità ed efficienza delle prestazioni.

La mano pubblica si giustifica, segnatamente, per quei servizi, come la ricerca universitaria, che richiedono risorse finanziarie di cui dispongono solo i pubblici poteri. Inoltre rivestono importanza strategica fondamentale in quegli ambiti in cui possano contrastare l'insorgenza di monopoli di fatto privati, che renderebbero meno accessibile ed onerosa la prestazione che ne è oggetto. Infine, sarebbe necessaria o quanto mai opportuna la presenza pubblica con riferimento a quei servizi, come l'istruzione, che presentano le c.d. esternalità positive e che, di conseguenza, se fossero erogate dai privati comporterebbero costi molto elevati, in quanto gli stessi dovrebbero tenere conto delle ingenti spese di gestione.

4.2 Le ipotesi derogatorie previste dai commi 9 e 9-*bis* dell'art. 4

Va dato spazio ad un altro aspetto di un certo rilievo. Il comma 9, primo e secondo periodo, dell'art. 4 del t.u. n. 175 prevede che "Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolarne la quotazione ai sensi dell'art. 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti".

A tenore dei successivi periodi terzo e quarto, introdotti dal d. lgs. n. 100 del 2017, "I Presidenti di Regione e delle Province autonome di Trento e Bolzano, con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle Province autonome di Trento e Bolzano, motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1. Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'art. 15, nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti".

Ad essa fa eco un'altra norma derogatoria, contenuta nel seguente comma 9-*bis,* anch'essa introdotta dal correttivo del 2017. Secondo il primo periodo di tale comma, "Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete" anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, "in deroga alle previsioni di cui

ISSN 2279-7238

al comma 2, lett. a), purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica".

Il legislatore ha previsto, dunque, al comma 9, che l'attività svolta dalla società pubblica deve essere riconducibile al vincolo di scopo di cui al comma 1. Ne consegue che l'oggetto della deroga è rappresentato, nella fattispecie, solo dal vincolo di attività rispetto a quelle specificate dall'art. 4, comma 2[2093].

In altri termini, per le società individuate dal decreto governativo (o dal provvedimento dei Presidenti delle Regioni o Province autonome) si verrebbe ad applicare una disciplina analoga a quella prevista dalla precedente legge finanziaria 2008[2094].

La norma derogatoria di cui all'art. 4, comma 9, ancorché riguardi singole partecipazioni e preveda una adeguata motivazione in relazione ad una serie di elementi cristallizzati *ex lege*, come l'agevolazione della quotazione *ex* art. 18, sembra alquanto elastica e confliggente con il rigore impresso dai commi 1 e 2 dello stesso art. 4 e con la *ratio* ispiratrice della riforma.

Con riferimento al comma 9-*bis*, va detto che i servizi di interesse economico generale a rete sicuramente riguardano una pluralità di enti e la fruizione di una collettività molto ampia. Consentire, però, la partecipazione al capitale della società erogatrice (si pensi ai distributori dell'energia elettrica, del gas e dell'acqua potabile) nel caso in cui manchi l'approvvigionamento diretto da parte della collettività di riferimento dell'amministrazione investitrice e, dunque, al di fuori degli interessi che insistono sullo specifico e circoscritto territorio della stessa, appare alquanto anomalo. Si ha l'impressione che il legislatore abbia giudicato, almeno con riferimento ad alcuni servizi, la partecipazione societaria una "forma di investimento" che può rivelarsi proficua per le amministrazioni pubbliche, indipendentemente dalla fruizione o dal godimento (attuale) delle prestazioni in favore della collettività amministrata, in presenza di norme contenute nello stesso testo legislativo che si dirigono nella direzione diametralmente opposta.

Il Cons. Stato, Commiss. spec., par. 14 marzo 2017, n. 638/2017[2095], aveva fatto, peraltro, rilevare la problematicità di simili previsioni. Era stato prospettato un contrasto con *la ratio* del t. u. n. 175, in quanto le norme erano idonee a legittimare ulteriori deroghe al medesimo testo legislativo, attraverso interventi amministrativi regionali; provvedimenti amministrativi che derogano ad una "disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile". Tale possibilità, osservavano i giudici di Palazzo Spada, "provoca un *vulnus* nell'omogeneità e nell'uniformità dell'applicazione del diritto privato che non trova alcun fondamento, non soltanto nella legge delega, ma neppure nei principi generali dell'ordinamento".

La critica potrebbe essere valida, ma solo in parte.

In realtà, l'art. 18, comma 1, lett. a), della l. n. 124 fa un accenno alla possibilità di concepire situazioni (peculiari) di deroga rispetto alla generale disciplina privatistica. Permangono dubbi, tuttavia, sulla possibile configurabilità di un vizio di eccesso di delega, non essendoci, tra i criteri direttivi dettati dalla medesima legge di delegazione, specifiche e mirate disposizioni che giustifichino, senza incertezze, le diverse ipotesi derogatorie previste dai commi 9 e 9-*bis* dell'art. 4 del t.u. n. 175,

2093 *Ivi*, p. 77.
2094 *Ibidem*.
2095 In www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2279-7238

Sotto altro angolo visuale, va detto che, poiché le fattispecie derogatorie sono previste e consentite espressamente dal legislatore statale (delegato), titolare della potestà legislativa esclusiva in merito, non dovrebbero sussistere sospetti di illegittimità costituzionale per mancanza di uniformità della disciplina, ancorché, in concreto, tali deroghe siano attuabili con provvedimenti amministrativi regionali.

Le previsioni legislative statali regolatrici sono, infatti, vigenti univocamente in tutte le Regioni; ciò che varia è la facoltà, il potere di non applicare, in specifiche e limitate fattispecie concrete cristallizzate *ex lege*, il decreto n. 175, ovvero alcune disposizioni di esso. Questa circostanza, in linea astratta, prescindendo, per un momento, dal profilo della logicità o meno delle previsioni in parola, non pare implicare, però, di per sé, problemi di natura costituzionale, anche perché interessa, allo stesso modo, tutte le P.A.

Rimarrebbero aperto il problema relativo al disposto dell'art. 4, comma 9, predetto. Stante la mancata precisazione legislativa, non risulta chiaro se il provvedimento governativo rivesta la forma di regolamento o di un provvedimento amministrativo generale[2096]. Certo, l'interrogativo, almeno per le amministrazioni dello Stato, riguarda, più che altro, la necessità o meno di acquisire il parere del Consiglio di Stato e la sottoposizione o meno del provvedimento al visto e alla registrazione della Corte dei conti.

In ogni caso, i commi 9 e 9-*bis* dell'art. 4, rappresentano norme ampliative o permissive e, pertanto, al di là del problema della coerenza con la legge delega e con l'impianto del t.u. n. 175, dovrebbero essere "ben viste" dalle autonomie territoriali.

Per le Regioni a statuto ordinario e speciale e per le Province autonome di Trento e Bolzano i provvedimenti che dispongono le deroghe previste sono di pertinenza del relativo organo di vertice, secondo le rispettive legislazioni e, pertanto, non sembra esservi alcuna compressione della relativa autonomia. Anzi, i provvedimenti in questione appaiono espressione di autodeterminazione e di autonomia di tali enti che con essi, ai sensi dei rispettivi ordinamenti, possono derogare a norme primarie dello Stato, emanate in ambiti di competenze (pure) esclusive statali; appare, poi, priva di problematicità sia la trasmissione alla Corte dei conti sia la comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari e alla struttura ministeriale di cui all'art. 15 del t.u. n. 175 (organismo appositamente costituito per monitorare, indirizzare e coordinare le società a partecipazione pubblica). Si tratta, infatti, in questa evenienza, di organi centrali che vanno semplicemente notiziati e non possono adottare atti o provvedimenti inibitori o limitativi delle scelte operate dagli organi competenti delle autonomie territoriali.

Leggermente diversa è la situazione per gli enti locali: è il Presidente del Consiglio dei Ministri il soggetto competente ad emettere il decreto che autorizzi la deroga, pur su proposta motivata dell'organo di vertice dell'ente locale, e una simile circostanza potrebbe essere limitativa della relativa autonomia. Ciò, soprattutto, ove la proposta, benché adeguatamente motivata dall'organo di vertice dell'amministrazione locale, non sia affatto vincolante e possa essere discrezionalmente disattesa dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Sarebbe stato opportuno prevedere espressamente un'apposita motivazione dell'eventuale decreto di rigetto, modulata sulla mancata condivisione della richiesta dell'organo locale. Infatti la motivazione del Presidente del Consiglio dei Ministri rispetto alla proposta dell'organo di vertice dell'amministrazione locale, poiché si inserirebbe in un procedimento preordinato all'emanazione di un regolamento o di un atto di

[2096] V. F. Mataluni, *cit.*, p. 77.

ISSN 2279-7238

carattere generale, non dovrebbe essere scontata, né implicita, considerato quanto prescritto dall'art. 3, comma 2, della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Va considerato, comunque, che non si dovrebbero registrare decreti governativi arbitrari, specie se dovessero rivestire la forma regolamentare, per quanto anzidetto, e che la norma dell'art. 4, comma 9, è, comunque, una disposizione meramente facoltizzante.

L'art. 4, comma 9-*bis*, potrebbe, invece, dare adito a sospetti di illegittimità costituzionale ed essere oggetto di censure sotto il profilo della ragionevolezza, apparendo la stessa disposizione, ancorché circondata da garanzie della sussistenza di specifici elementi e circostanze legittimanti e di un'apposita ed adeguata motivazione della deroga, in aperto contrasto con il precedente comma 1, cioè con il vincolo di scopo, che è una delle principali linee direttrici del t.u. n. 175.

5. Conclusioni

La materia delle partecipazioni pubbliche è stata, dunque riorganizzata e unificata con un insieme di norme valevoli per tutte le P.A., anche per Regioni ed enti locali.

Invero, la portata multidirezionale del testo unico n. 175 al cospetto del Titolo V, Parte II, Cost., novellato nel 2001[2097], si giustifica sulla base di una pluralità di materie di competenza legislativa esclusiva statale (come l'ordinamento civile, la tutela della concorrenza e l'armonizzazione dei bilanci pubblici) e, al contempo, di una materia concorrente (segnatamente, il coordinamento della finanza pubblica).

La l. delega n. 124 aveva previsto, all'art. 1 comma 2, che il testo unico fosse approvato previo "parere" della Conferenza unificata e non che dovesse essere oggetto di condivisione o di "intesa" con le Regioni e gli enti locali. Questo perché si trattava di regolamentare ambiti afferenti a competenze legislative esclusive statali.

Tuttavia, almeno con riferimento alle norme che prevedono limitazioni in ordine alle società che possono essere costituite o partecipate da Regioni ed enti locali, sembrava necessario il passaggio della bozza di decreto in Conferenza Unificata, per un'intesa, e non per il rilascio di un semplice parere, all'insegna della leale collaborazione tra i diversi livelli di governo (artt. 5 e 120 Cost.), oltre che (è possibile aggiungere) alla luce della tendenziale equiordinazione tra le diverse componenti delle Repubblica consacrata costituzionalmente *ex* art. 114 Cost.

L'intervento statale, finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, finiva per coinvolgere, infatti, profili pubblici attenenti (pure) alle "modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale, anche con riguardo alle partecipazioni degli enti locali che non abbiano come oggetto l'espletamento di funzioni fondamentali". Di qui la "concorrenza" di competenze statali e regionali che necessitavano lo svolgimento di idonee trattative con le Regioni e gli enti locali nella sede più confacente per consentire l'integrazione dei diversi punti di vista e delle differenti esigenze delle autonomie, cioè la Conferenza Unificata.

[2097] Tra gli studi meno datati che trattano della riforma dell'ordinamento regionale, attuata con L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, v., anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, T. MARTINES – A. RUGGERI – C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2012; P. CAVALIERI, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2012; P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2016; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2017; R. BIN – G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2018.

ISSN 2279-7238

In tal senso è intervenuta la Consulta che, con sent. 25 novembre 2016, n. 251[2098], la quale ha censurato la legge delega nella parte in cui prevedeva l'acquisizione di un semplice parere (per di più, da cui si potesse prescindere decorso infruttuosamente il termine di quarantacinque giorni prescritto per la sua adozione), anziché esigere una vera e propria intesa in sede di Conferenza unificata. La situazione è stata successivamente sanata, con l'intervento dell'intesa *ex post*, e, poi, portata a finalizzazione con il menzionato correttivo del 2017 (d. lgs. n. 100).

Essendosi pervenuti all'adozione del t.u. n. 175, con le correzioni del d. lgs. n. 100, all'insegna del principio di leale collaborazione, con il raggiungimento di un'intesa in sede di Conferenza Unificata, assai difficilmente potranno essere sollevati e accolti rilievi di incostituzionalità, almeno sotto i profili della compressione delle autonomie. Invero, soprattutto le Regioni avrebbero potuto rivendicare una loro sfera di autonomia connessa ad una competenza legislativa residuale *ex* art. 117, comma 4, Cost. [organizzazione e funzionamento degli uffici e dei servizi della Regione (segnatamente i SIG regionali)]. Ma, l'esperienza sfavorevole della giurisprudenza costituzionale pregressa (v., in particolare, Corte cost., sent 8 maggio 2009, n. 148)[2099], può aver sconsigliato di rilevare il problema già in Conferenza unificata, in sede di espressione dell'intesa.

In definitiva, non sembra criticabile, dal punto di vista della legittimità costituzionale, l'impianto complessivo del t.u. n. 175. Del resto, una riforma statale che si basa su una serie di materie di competenza esclusiva dello Stato e, al contempo, su una materia concorrente, tutte trasversali, difficilmente potrebbe prevedere consistenti differenziazioni per determinati enti autonomi, in presenza dei medesimi presupposti ed in vista degli stessi obiettivi (contenimento della spesa pubblica e limitazione al massimo delle prestazioni erogate dalle P.A. che potrebbero proficuamente essere svolte dai privati, tutela della concorrenza, introduzione di norme di diritto societario ecc.).

Tenuto conto di indirizzi consolidati del nostro giudice costituzionale, le competenze esclusive statali elencate e quella concorrente prima indicata, con le relative prerogative "annesse" e "connesse" del potere centrale per la tutela di interessi unitari, appaiono baluardi in grado di consentire alla legge statale di incidere o comprimere, in misura abbastanza consistente, l'autonomia di Regioni ed enti locali.

Va sottolineato, poi, come il t.u. n. 175 sembri in sintonia, in certa misura, con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., nella sua accezione orizzontale e verticale[2100].

[2098] In www.federalismi.it, 2016. V., tra gli altri, i commenti di A. POGGI – G. BOGGERO, *Non si può riformare la P.A. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *Federalismi*, 2016; di R. BIFULCO, *L'onda lunga della sent n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, ivi, 2017; R. LUGARA', *Sentenze additive di procedura … legislativa? Un problema seguito dalla sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, 2017.

[2099] In www.federalismi.it, e in *Il Foro italiano*, 2010, I, 786.

[2100] Sul principio di sussidiarietà (considerando l'ordinamento europeo e quello interno, oltre che la sua dimensione orizzontale e verticale) la bibliografia è molto copiosa. Tra gli i contributi monografici v. P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1996; F.A. ROVERSI MONACO (diretto da), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni: atti del convegno per il 40° anniversario della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995*, Santarcangelo di Romagna, 1997; G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998; A. RINELLA – R. COEN – R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamento costituzionale. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale: attuazioni e prospettive*, Milano, 2002; L. VIOLINI (a cura di) *Sussidiarietà e decentramento: approfondimenti sulle esperienze europee e sulle politiche regionali in Italia,* Milano, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa,* Milano, 2004; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, 2006; G.C. DE MARTIN, *Sussidiarietà e democrazia: esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008.

ISSN 2279-7238

Le limitazioni generali introdotte non fanno altro che declinare il principio per cui le pubbliche autorità devono lasciare debito spazio alla iniziativa privata, non avversarla se non è dannosa o antigiuridica, ma semmai stimolarla e incentivarla, ad esempio arretrando la propria azione dal settore economico e affidando alcune attività che soddisfino interessi pubblici ai privati in sintonia con l'art. 118, comma 4, Cost.

Ove l'iniziativa spontanea dei privati risulti insufficiente o inadeguata, devono intervenire per sopperirvi, fornendo il sussidio necessario ai cittadini, alle famiglie e alle imprese, per evitare che vengano sacrificati interessi apprezzabili della collettività o di parte di essa.

Volendo trarre delle conclusioni da quanto illustrato, il t.u. n. 175 (approfondito solo sotto determinati profili) appare valutabile positivamente solo in parte.

Come evidenziato, infatti, alcune disposizioni appaiono quantomeno di dubbia legittimità costituzionale, presentando vistosi profili di irrazionalità, contraddittorietà, irragionevolezza; altre sembrano collidere con le competenze legislative regionali o, comunque, paiono trincerare sospetti di attrito con la Carta fondamentale per eccesso di delega.

Sarebbe auspicabile, pertanto, l'eliminazione *in nuce* di tali plurimi elementi distorsivi mediante un intervento correttivo *ad hoc* in sede legislativa.

Tra gli scritti più brevi v. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, pp. 7 ss.; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1993, pp. 59 ss.; L. VANDELLI., *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione europea*, *ivi*, pp. 379 ss.; G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, *in Jus,* 1994, pp. 405 ss.; R. CAFARI PANICO., *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in *Jus,* 1994, pp. 381 ss.; V. PARISIO, *Europa delle Autonomie locali e principio di sussidiarietà: la "Carta europea delle Autonomie locali*", in *Il Foro amministrativo*, 1995, pp. 2124 ss.; R. DICKMANN, *Sussidiarietà, sovranità e regionalismo. Il ruolo delle assemblee parlamentari,* in *Diritto e società*, 1994, pp. 273 ss. e pp. 493 ss.; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 1994, pp. 1041 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro italiano,* 1995, IV, pp. 373 ss.; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico,* 1995, pp. 505 ss.; F.P. CASAVOLA, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Il Foro italiano*, 1996, V, pp. 176 ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1997, pp. 603 ss.; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Diritto e società,* 1998, pp. 278 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Diritto e società,* 1999, pp. 433 ss.; A. D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana ed il principio di sussidiarietà*, in *Jus,* 2000, pp. 227 ss.; A. POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative*, in *Quaderni regionali*, 2001, p. 933 ss.; L. IEVA, *Riflessioni sul principio di "sussidiarietà" nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2001, pp. 81 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali,* 2001, pp. 13 ss. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 51 ss.; V. CERULLI IRELLI; *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXV, Roma, 2003, pp. 1 ss., R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2004, I, pp. 1018 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, ult. comma, Cost.*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, pp. 179 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, *ivi,* II, pp. 1753 ss.; S. STAIANO; *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi***,** 2006; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Diritto amministrativo*, 2007, pp. 895 ss.; F. NICOLETTI, *La promozione dell'attività di interesse generale degli enti privati tra sussidiarietà orizzontale e discrezionalità amministrativa*, in *Il diritto dell'economia,* 2007, pp. 767 ss.

ISSN 2279-7238

L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici[2101]

di Maria Vittoria Ferroni **

1.Premessa- 2. Il Terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici - 3.1. L'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017: dubbi sulla disciplina applicabile alla co-progettazione tra Terzo settore e codice dei contratti pubblici. - 3.2. Le convenzioni con le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale - 3.3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'affidamento diretto dei servizi sociali con convenzione: il bilanciamento tra il principio di solidarietà e di concorrenza - 3.3.1. Il coordinamento tra la disciplina dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 ed il codice dei contratti pubblici- 3.3.2. Il regime "riservato" degli appalti di servizi sociali - 3.3.3. Gli appalti di servizi sociali secondo la disciplina dell'articolo 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n.56. Le concessioni di servizi sociali. Cenni - 4. La disciplina del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza -5.1. Il terzo settore e gli affidamenti alle cooperative sociali - 5.2. La disciplina degli appalti e concessioni riservati agli operatori economici ed alle cooperative sociali e loro consorzi nell'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016

1.Premessa.

[2101] Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
Il presente contributo rielabora il testo della relazione tenuta al convegno su *La soggettività degli enti del terzo settore alla luce delle recenti norme di riforma*, il 26 marzo 2018 presso il Dipartimento di Scienze Politiche, dell'Università di Roma, La Sapienza.

** Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma

ISSN 2279-7238

Con la legge n. 106 del 6.06.2016[2102] è stata fornita la delega al governo per la riforma del terzo settore[2103], con l'idea non solo di riordinare e razionalizzare la normativa esistente ma di costruire "un rinnovato sistema che favorisca la partecipazione attiva e responsabile delle persone, singolarmente o in forma associata, per valorizzare il potenziale di crescita e occupazione, insito nell'economia sociale e nelle attività svolte dal cosiddetto terzo settore"[2104].

Quindi la riforma sembra essersi posta come finalità non solo un riordino del sistema, ma una ridefinizione di linee di strategia e di sviluppo, un "nuovo modo di guardare al terzo settore" riconoscendone la funzione di interesse generale[2105] "quale protagonista nell'attuazione dei principi costituzionali della

[2102] Sulla legge delega di riforma G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 726 e ss.; E. ROSSI, *La necessità di una "revisione organica" della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare*, in *Non Profit*, 3/2014, p. 19 e ss. Per un commento alla legge delega L. GORI – R. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2016.

[2103] La definizione di terzo settore è stata coniata dalla legge delega 6 giugno 2016 n. 106, come "il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontari e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi"(D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, n. 3-4 p. 739).
Secondo D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: una nuova governance della solidarietà*, in *www.federalismi.it*, 31.01.2018, p. 6: "Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, non solo consacra l'espressione Terzo settore, che tra l'altro diviene denominazione sociale, sostituendo la qualifica di organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS), ma scioglie il nodo della sua definizione concettuale, operando il trasferimento della nozione di Terzo settore dal campo delle scienze economiche e della sociologia a quello giuridico".
Per una ricostruzione di carattere generale in tema di servizi sociali, A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2015, p. 89 e ss.; V. MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali,* in *Dir. ec.,* 2013, p. 475 e ss.; F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo,* Napoli 2011; V. MOLASCHI, *I servizi sociali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torno, 2008, p. 373 e ss.; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

[2104] Relazione al disegno di legge delega presentato il 22 agosto 2014, Delega al governo per la riforma del Terzo settore in *www.camera.it*. Sui profili politici della riforma: E. ROSSI, *La necessità di una "revisione organica" della legislazione del Terzo settore: un'opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare,* in *Non profit, n. 3/2014*, p. 22.

[2105] Il legislatore espressamente all'articolo 5 del d.lgs. n.117 del 3 luglio 2017 le ha incluse tra le attività di interesse generale richiamando: le attività aventi ad oggetto i servizi sociali; le prestazioni sanitarie, l'educazione e la formazione professionale, la ricerca scientifica di particolare interesse sociale, le attività commerciali svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, l'accoglienza umanitaria dei migranti; la beneficienza, la promozione e la tutela dei diritti umani ed anche la protezione civile. Sui servizi di interesse generale in relazione al terzo settore: G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione Europea*, Torino, 2010, *passim.* Più in generale sul tema dei servizi di interesse generale: F. GIGLIONI, *L'accesso*

ISSN 2279-7238

solidarietà e sussidiarietà[2106]", con la finalità di non ridurre la categoria degli enti del terzo settore solo a quelli che svolgono finalità non lucrative, bensì volta a porre al centro della loro attività il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociali.

Essa è stata attuata con il D. Lgs. 3.07.2017 n. 117[2107] "Codice del terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b) della legge 6 giugno 2016 n. 106."

Nonostante il principio espresso nella legge delega di "operare una semplificazione del regime giuridico, il testo mantiene e per certi versi accentua gli elementi distintivi delle diverse figure che compongono il *non profit*[2108]". Ossia, benchè il termine "settore" richiami la presenza di caratteristiche omogenee, viceversa per i soggetti destinatari della riforma del terzo settore (elencati all'articolo 4 del d.lgs. n. 117 del 2017[2109]) non sono state introdotte regole uniformi, mantenendo un assetto differenziato[2110] (già presente nella precedente disciplina) per le organizzazioni di volontariato (in cui l'azione è volontaria e gratuita), di promozione sociale e di mutuo soccorso e per le

al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici, Milano, 2008.

[2106] L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*" in *Contratto e impresa* n. 4/2017, p. 1256.

[2107] Sulle novità alla disciplina del terzo settore introdotte dal d.lgs. n. 117 del 2017 A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore (Profili civilistici e tributari)*, Milano, 2017; M.N. IANNACCONE, *Prime considerazioni sul Codice del Terzo Settore*, in *Cooperative ed enti non profit,* n. 10 del 2017, p. 7 e ss.

[2108] D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 741.

[2109] Secondo l'articolo 4 del d. Lgs. n.117 del 2017 gli enti appartenenti al terzo settore sono: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società che vengono costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro,di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore.

[2110] L. GORI – E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del terzo settore,* cit., p. 11 e mantenendo un regime più favorevole per le organizzazioni di volontariato (G. GROPPO, *Il volontariato all'interno della riforma del Terzo settore*, in *Non Profit*, 3/2014, p. 51 e ss.).

ISSN 2279-7238

cooperative sociali o imprese sociali [2111] che sono caratterizzate dalla produzione e lo scambio di beni e servizi[2112].

Tale assetto differenziato appare il frutto della scelta del legislatore che non ha inciso sull'uniformazione della configurazione soggettiva organizzativa del terzo settore bensì sulla specificità dell'attività svolta, come appare deducibile dalla lettura dell'articolo 5 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017, ove sono state individuate le attività che gli enti del terzo settore sono chiamati a svolgere, precisando che i suddetti enti le devono svolgere per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale[2113].

2. Il Terzo settore e la disciplina dei contratti pubblici

Per quanto riguarda l'interazione tra la disciplina del terzo settore ed i contratti pubblici il profilo delicato concerne il non facile contemperamento tra il principio di concorrenza ed i principi di solidarietà e sussidiarietà, che consentono di derogare alle regole sulle procedure ad evidenza pubblica europee e nazionali.

Tale bilanciamento, secondo le recenti direttive europee (2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/23/UE sulle concessioni di servizi) e la giurisprudenza della Corte di Giustizia[2114], non è ritenuto valido a priori ma è subordinato alla condizione che le organizzazioni non lucrative contribuiscano in modo effettivo al perseguimento delle finalità sociali ed agli obiettivi di solidarietà, con lo scopo di evitare che le deroghe al principio della competizione economica celino vantaggi indebiti per gli enti del terzo settore.

[2111] Per quanto riguarda le imprese sociali si segnala inoltre che, in attuazione della legge delega n. 106 del 2016 è stato adottato il decreto legislativo 3 luglio 2017, n.112 "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale a norma dell'articolo 1 comma 2, lettera c, della legge 6 giugno 2016, n. 106" in cui sia è previsto che le cooperative sociali ed i loro consorzi di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381 acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali; sia all'articolo 1 comma 5 che "alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del terzo settore, e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita".

[2112] Sono escluse dal terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le fondazioni bancarie.

[2113] Sul tema M. CALCAGNILE, *Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 634 e ss.

[2114] Corte di Giustizia *Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino"* dell'11 dicembre 2014, C-113/13 in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, *Casta*, del 28 gennaio 2016, C 50/2014, in *www.curia.europa.eu*

ISSN 2279-7238

L'Autorità nazionale anticorruzione, già prima della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, aveva sollecitato l'adozione di una disciplina normativa che coordinasse in maniera organica l'affidamento dei contratti pubblici ai soggetti del terzo settore, ma tale profilo non è stato affrontato[2115]nel d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017.

Anche il Consiglio di Stato, nel parere sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, aveva sottolineato "la necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato"[2116].

Per meglio comprendere le disarmonicità tra i due sistemi normativi ora richiamati occorre muovere dalle modalità di scelta dei soggetti contraenti con la pubblica amministrazione disciplinate dal legislatore nel codice del Terzo settore, in deroga alle regole del codice dei contratti pubblici, rammentando la non uniformità sotto il profilo soggettivo di regole per gli enti del terzo settore (come sopra evidenziato).

La disciplina dei rapporti tra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore è disciplinata dagli articoli 55, 56 e 57 del d.lgs. n.117 del 3 luglio 2017 che, per le cooperative sociali, applica la legge n. 381 del 1991 (espressamente non abrogata dal codice del terzo settore).

La co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento di cui all'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 appaiono fasi di un procedimento complesso espressione di una terza via di rapporto tra il pubblico ed il privato. Il profilo più delicato, in relazione alla tematica dell'affidamento ai soggetti del terzo settore riguarda la fase della co-progettazione ed in particolare la scelta del soggetto con cui svilupparla per la quale l'articolo in generale richiama principi di confronto concorrenziale.

[2115] Cfr. Consultazione dell'ANAC del 6 luglio 2015 sulle *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alla cooperative sociali* in *www.anticorruzione.it;* v. anche Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016 "*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali",* in *www.anticorruzione.it*

[2116] Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere n. 1405 del 14 giugno 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2279-7238

Per le altre tipologie di affidamento che riguardano le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale l'articolo 56 prevede la possibilità (non l'obbligo) di stipulare convenzioni, in deroga al codice dei contratti pubblici; mentre l'articolo 57, anche a seguito di diverse sentenze della Corte di Giustizia e di un'espressa previsione del d.lgs. n. 50 del 2016 che ha disposto la non applicazione del codice dei contratti per il servizio di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza, ha disciplinato l'affidamento diretto con convenzione del medesimo.

Il profilo più controverso riguarda i non chiari confini della disciplina derogatoria prevista dal citato articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 per l'affidamento di contratti pubblici rispetto al d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. ed in particolare con riferimento agli articoli 140, 142 e 143.

Meno problematica appare la disciplina dell'affidamento di appalti pubblici, anche in deroga alla disciplina generale in materia di contratti della pubblica amministrazione, alle cooperative sociali di tipo B, laddove ricorrano le condizioni dell'articolo 5 della legge n. 381 del 1991. Infatti, da un lato il d.lgs. n. 117 del 2017 ha confermato la vigenza della legge n. 381 del 1991 e dall'altro l'articolo 112 ultimo comma del d.lgs. n. 50 del 2016 fa espressamente salve "le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali".

3.1. L'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017: dubbi sulla disciplina applicabile alla co-progettazione tra Terzo settore e codice dei contratti pubblici.

L'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, al comma 2, evoca la precedente disciplina della legge 8 novembre 2000, n.328 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" che aveva disciplinato la co-programmazione[2117] degli interventi da realizzare (secondo cui i comuni, a livello di ambito territoriale, devono procedere alla

[2117] V. anche l'articolo 4, comma 1, lett. o) della legge delega n. 106 del 2016 che aveva indicato di "valorizzare il ruolo degli enti nella fase di programmazione"

ISSN 2279-7238

programmazione degli interventi definendo il piano di zona dei servizi sociali[2118]). Inoltre l'articolo 21 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha introdotto (a partire dal 2018) l'obbligo di approvazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi. La co-programmazione, per come articolata nell'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, sembrerebbe, secondo una parte della dottrina[2119], da intendere più in termini partecipativi che co-decisori, al fine di individuare "da parte della pubblica amministrazione procedente dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili", rispettando i principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i. In ogni caso, anche qualora la si volesse intendere come una forma codecisoria tra privato e pubblica amministrazione, il coinvolgimento del privato si situerà in un ambito squisitamente procedimentale e programmatorio che precede la fase esecutiva e di mercato in cui si collocano gli affidamenti agli enti del terzo settore. La novità della co-programmazione rispetto alla disciplina della legge n.328 del 2000 (sui servizi sociali) riguarderebbe la sua estensione a tutte le attività di interesse generale di cui all'articolo 5 del d.lgs. n. 117 del 2017.

L'articolo 55 comma 3 disciplina la co-progettazione "finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti", purchè a monte vi sia stata una previsione di co-programmazione. Il ruolo degli enti del Terzo

[2118] Secondo la delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016 "Determinazione. Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", in *www.anticorruzione.it*, p. 8 "Il piano di zona è adottato di norma con un accordo di programma cui partecipano i comuni associati e organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni ed enti di patronato, organizzazioni di volontariato, enti riconosciuti delle confessioni religiose che, attraverso l'accreditamento o specifiche forme di concertazione, concorrono, anche con proprie risorse, alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali previsto nel piano".

[2119] Secondo L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e appalti*, 1/2018, p.17 la co-programmazione sarebbe intesa "come forma di coinvolgimento degli enti del Terzo settore in termini non co-decisori ma più squisitamente partecipativi, al fine di aiutare le PP.AA. di cui all'art.1, comma 2, D.Lgs. n.165/2001 ad individuare i bisogni da soddisfare, gli interventi necessari, le modalità di realizzazione e le risorse (pubbliche e private) a tal fine disponibili. La co-programmazione rimanda quindi al tema della partecipazione ai procedimenti di formazione delle c.d. misure generali limitata dall'art. 13 della L. 7 agosto 1990, n. 241, ponendosi a un livello relativamente lontano dalla diretta prestazione dei servizi (comunque la si qualifichi *non profit* o esclusivamente *for profit*) e dunque dagli ambiti di concreta operatività del Terzo settore o del Mercato, nonché della forme di possibile sconfinamento e di loro ibridazione".

ISSN 2279-7238

settore nella co-progettazione era già previsto dall'articolo 7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001[2120].

Secondo la delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, la co-progettazione si sostanzierebbe in "un accordo procedimentale di collaborazione che ha per oggetto la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale e che trova il proprio fondamento nei principi di sussidiarietà, trasparenza, partecipazione e sostegno dell'impegno privato nella funzione sociale. Conseguentemente, tale strumento può essere utilizzato per promuovere la realizzazione degli interventi previsti nei piani di zona attraverso la concertazione, con i soggetti del terzo settore, di forme e modalità di inclusione degli stessi nella rete integrata dei servizi sociali; collaborazione fra P.A. e soggetti del terzo settore; messa in comune di risorse per l'attuazione di progetti e obiettivi condivisi"[2121]. La co-progettazione, soprattutto laddove abbinata all'esecuzione, sembrerebbe configurare un "intervento integrato"[2122].

Il profilo che sembra intrecciarsi con la tematica del confronto concorrenziale riguarda la qualificazione della co-progettazione e le sue differenze rispetto ad un appalto o ad una concessione di servizi.

La giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi su un bando antecedente la formulazione dell'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, ha qualificato la co-progettazione quale contratto di appalto laddove sebbene "1.3.1. il bando, com'è evidente, sia inizialmente incentrato sulla parola chiave "coprogettazione", è evidente, quando se ne prosegua la lettura, che l'assegnatario – ovvero "soggetto selezionato", come lo definisce il bando – avrebbe dovuto poi svolgere gli interventi e i servizi oggetto di co-

[2120] Cfr. art.7 del D.P.C.M. 30 marzo 2001:"Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per l'individuazione delle forme di sostegno".

[2121] V. Delibera ANAC n. 32 del 2016, cit. p. 10

[2122] L. GILI, op. ult. cit., p.18

ISSN 2279-7238

progettazione, verso un corrispettivo che ne avrebbe garantito l'equilibrio finanziario" ed inoltre "3.3.1. ….E' intanto palese che, in specie, si è svolto un confronto concorrenziale, cui hanno partecipato, in posizione antagonista, due prestatori d'opera, e che è stato effettuato per scegliere, sulla base di regole prestabilite, chi avrebbe effettuato un'articolata serie di servizi in favore dell'Amministrazione proponente di cui la "coprogettazione" in partnership che pur viene presentata come dato saliente del bando è solo un profilo, ovvero una modalità di svolgimento" [2123] . Secondo il T.A.R. Lombardia la convenzione sarebbe riconducibile nell'ambito di un appalto di servizi di cui presenterebbe il carattere oneroso in quanto le prestazioni sarebbero compensate, benchè senza un utile (ossia si tratterebbe del rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto[2124]).

Tale qualificazione è stata criticata, ritenendo che sarebbe stata superata dalla formulazione dell'articolo 55 del codice del Terzo settore e dalla posizione condivisa dall'ANAC nelle Linee guida del 2016 che avrebbe qualificato la co-progettazione non quale contratto pubblico ma quale accordo procedimentale: ossia un partenariato pubblico-privato collaborativo[2125] che si distinguerebbe

[2123] In effetti è chiarito nella sentenza (TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727 in *www.giustizia-amministrativa.it*), quanto all'oggetto: "1.2.2. L'art. 2, poi, specifica quale sia l'oggetto della coprogettazione, e cioè "la definizione progettuale di iniziative, interventi e attività complesse nei servizi e nelle aree individuati" da strumenti organizzativi preesistenti, "da attuarsi in termini di partnership tra la Comunità Montana e il soggetto a questo scopo individuato, con la messa in comune di risorse o con la suddivisione delle stesse in presenza di un terzo finanziatore (es. partecipazione a progetti regionali, europei, etc.)".

[2124] Così ha statuito più in dettaglio il TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727, cit.: "3.3.2. Non è poi dubbio, come rileva anche la controinteressata, che la convenzione infine stipulata, per il suo contenuto, sia riconducibile all'ambito dei "contratti pubblici", e cioè dei contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori" (art. 3, terzo comma, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).
3.3.3. La convenzione in questione presenta, anzitutto, il contenuto oneroso dei contratti di appalto di servizi, poiché le prestazioni svolte dall'assegnatario vengono compensate, sebbene nei limiti degli oneri economici da questo sopportati, e dunque senza utile: ma l'esclusione di un utile è tutt'altro dalla gratuità, cioè dall'assenza di una controprestazione. Infatti, <<come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione "a titolo oneroso", un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (così in motivazione sub 29, Corte di Giustizia UE, grande sezione, 19/12/2012, n. 159, causa C-159/11): un contratto non può cioè "esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (C.d.S., sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014)".

[2125] L. GILI, op.ult. cit. p.18-19

ISSN 2279-7238

da un appalto o da una concessione di servizi in forza della partecipazione attiva alla coprogettazione con proprie risorse aggiuntive rispetto a quelle pubbliche[2126].

Dalla lettura dell'articolo 55 ciò che si può dedurre è che esso appare riguardare in modo esclusivo gli enti del terzo settore (elencati all'articolo 4 del d.lgs. n. 117 del 2017) in generale purchè iscritti nel Registro Unico Nazionale; impone che la titolarità delle scelte rimanga in capo alle amministrazioni che devono definire "gli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner"(articolo 55 comma 4 del d.lgs. n. 117 del 2017)[2127]; deve essere finalizzata "alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti"; deve prevedere che il partner venga selezionato con una procedura che, laddove inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50 del 2016 si potrebbe ritenere potrebbe seguire una disciplina diversa dal codice dei contratti pubblici, nel rispetto in ogni caso dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Mentre, laddove risultino superate le soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50 del 2016 la procedura "dovrà essere espletata nel rispetto dei principi generali della legge

[2126] Cfr. documento ANCI del maggio 2017, A. FABIANO (a cura di), *La co-progettazione e il codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali-spunti di approfondimento*, in *www.anci.it*, secondo il quale "Il partner deve mettere a disposizione risorse aggiuntive rispetto alle risorse pubbliche, intese come beni immobili, attrezzature/strumentazioni, automezzi, risorse umane, capacità del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici, costo di coordinamento ed organizzazione delle attività, cura dei rapporti con l'Amministrazione, presidio delle politiche di qualità. L'assenza di questa copartecipazione di risorse identifica l'intervento come appalto o concessione di servizi sottoposto al regime del codice degli appalti".

[2127] La delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, cit., p. 10 aveva nel dettaglio indicato un'ipotetica articolazione delle fasi della co-progettazione: "a)pubblicazione di un avviso di interesse con cui si rende nota la volontà di procedere alla coprogettazione. Nell'avviso sono indicati un progetto di massima, nonché i criteri e le modalità che saranno utilizzati per l'individuazione del progetto o dei progetti definitivi; b) l'individuazione del soggetto o dei soggetti partner dell'ente mediante una selezione volta a valutare i seguenti aspetti: - possesso dei requisiti di ordine generale (al riguardo sembra opportuno adottare i criteri previsti dall'art. 38 del Codice dei Contratti), tecnici, professionali e sociali (tra cui l'esperienza maturata); - caratteristiche della proposta progettuale; - costi del progetto; c) avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti; d) stipula della convenzione".

ISSN 2279-7238

comunitaria" [2128] ;confluisce nella stipula di una convenzione ai sensi dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017[2129].

L'articolo 55 si riferisce inoltre, al comma 4, all'accreditamento che era già disciplinato dall'articolo 11 della legge n. 328 del 2000 con cui venivano scelti gli enti del terzo settore abilitati ad erogare i servizi, rimettendo la scelta della struttura all'utente finale[2130]. Si tratterebbe di una forma di "concorrenza nel mercato"[2131], che come tale esulerebbe dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici.

3.2. Le convenzioni con le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale

L'articolo 56 del d.lgs. n. 117[2132] del 3 luglio 2017 prevede lo strumento della convenzione. Tuttavia, nonostante la definizione generica, esso riguarda solo

[2128] Cfr. documento ANCI del maggio 2017, A. FABIANO (a cura di), *La co-progettazione,* cit.
[2129] C. POLIDORI, *I contratti pubblici del terzo settore*, ottobre 2017, p. 32-33, in *www.comune.pordenone.it*
[2130] Per un'analisi sull'autorizzazione e l'accreditamento si rinvia a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* fasc. 5, 2017, p. 1115 ss.; A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *www.federalismi.it*, 12/2018, in part. da p. 10 a p. 14
[2131] V. Delibera ANAC n. 32 del 2016, cit. p. 11
[2132] Art. 56 D. Lgs. n. 117 del 3 luglio 2017: "1. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. 2. Le convenzioni di cui al comma 1 possono prevedere esclusivamente il rimborso alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale delle spese effettivamente sostenute e documentate. 3. L'individuazione delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale con cui stipulare la convenzione è fatta nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari. 4. Le convenzioni devono contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, e, ove previsti dalla normativa nazionale o regionale, degli standard organizzativi e strutturali di legge. Devono inoltre prevedere la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità dell'intervento volontario, il numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività convenzionate, le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, le coperture assicurative di cui all'articolo 18, i rapporti finanziari riguardanti le spese da ammettere a rimborso fra le quali devono figurare necessariamente gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità, la verifica dei reciproci adempimenti nonché le modalità di rimborso delle spese, nel rispetto del principio dell'effettività delle stesse, con esclusione di qualsiasi attribuzione a

ISSN 2279-7238

le convenzioni tra un ente pubblico e le organizzazioni di volontariato (art. 32) o le associazioni di promozione sociale (art.35) iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore. Non si può quindi ritenere che la convenzione possa essere considerata un modello generale valido per tutti gli enti del terzo settore[2133]. La convenzione ha come caratteristica la non patrimonialità dell'oggetto della prestazione, il che la rende diversa dal contratto concluso tra un privato ed una pubblica amministrazione, dividendo la dottrina che, in parte l'ha ricondotta nell'ambito del contratto di diritto pubblico[2134], in parte nello schema privatistico del contratto; fino a chi l'ha annoverata tra gli atti amministrativi autoritativi[2135].

Inoltre le amministrazioni pubbliche possono (non devono) sottoscrivere le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, se iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale del terzo settore, qualora siano più favorevoli rispetto al ricorso al mercato, per lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale. Si tratta quindi di una mera facoltà rimessa alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione la quale dovrà comprovare il vantaggio rispetto al ricorso al mercato mediante una verifica che dovrà essere esplicitata in una motivazione prima della stipula della convenzione.

Le convenzioni di cui all'articolo 56 comma 1 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, mentre, qualora vengano riconosciuti importi ulteriori rispetto ai costi sostenuti, dovrebbe trovare applicazione il Codice dei contratti pubblici.

Nell' articolo è espressamente disposto che l'individuazione delle organizzazioni e delle associazioni con cui stipulare la convenzione debba

titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione."

[2133] L. GILI, *Il codice del terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.,* cit., p.19.

[2134] Cass. Civ., S.U., 21 febbraio 1987, n. 1872, in cui la Corte di Cassazione attribuisce alle convenzioni con strutture private natura di contratti di diritto pubblico che danno vita a rapporti da inquadrarsi nell'ambito delle concessioni amministrative di pubblico servizio.

[2135] G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa,* Torino, 2001, p. 76 e ss.

ISSN 2279-7238

avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento mediante procedure comparative riservate alle medesime. Le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale devono possedere requisiti di moralità professionale e di capacità a svolgere l'attività soggetta a rimborso.

Si tratta di una deroga alle regole dell'evidenza pubblica (del codice dei contratti pubblici) giustificata quando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza[2136].

Tale ricostruzione sembrerebbe collocarsi "all'interno della più recente cornice normativa europea, con specifico riguardo alla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la quale, in tema di servizi alla persona, prevede che gli Stati membri sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione. Pertanto, la previsione contenuta negli articoli 142 e 143 del D.Lgs. n.50/2016, che recepisce la sopra menzionata direttiva n.24/2014, nel disciplinare il particolare regime giuridico degli appalti nei servizi sociali, lascia impregiudicata la facoltà di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione, già presente nel nostro ordinamento con le richiamate

[2136] Sono state espresse perplessità (A. PALMACCIO, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al codice dei contratti e del codice del terzo settore*, in *Nomos*, n. 3-2017, p.13) in relazione alla locuzione sulla possibilità di sottoscrivere convenzioni per lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato" in quanto "lo svolgimento in favore di terzi (per conto della P.A.) di attività o servizi sociali di interesse generale da parte di associazioni di volontariato esclude che tali servizi possano considerarsi reperibili sul "mercato" oppure, come si ritiene, ammette che le stesse attività possano essere realizzate sia in regime riservato sia in regime concorrenziale? In altre parole, a meno di una espressa e preventiva esclusione dal mercato di determinati servizi ad opera del legislatore nazionale o regionale, non sembra che in generale tali servizi possano essere esclusi dal mercato. Il *favor* rispetto al mercato non sembra che possa essere rappresentato se non da un vantaggio economico, comunque raggiungibile previo confronto concorrenziale, atteso che la qualità dei servizi non può, comunque mai essere posta in discussione".

ISSN 2279-7238

disposizioni di cui all'art.7 della legge n.266/1991 e all'art.30 della legge n.383/2000"[2137].

L'articolo 56 del codice del terzo settore ha quindi recepito le disposizioni che già in precedenza prevedevano la possibilità di affidare i servizi sociali in convenzione ossia l'articolo 7 della legge n. 266 del 1991[2138] e l'articolo 30 della legge n.383 del 2000 rispettivamente riguardanti la legge sulle organizzazioni di volontariato e quella sulle associazioni di promozione sociale, peraltro recependo il dibattito svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

3.3. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'affidamento diretto dei servizi sociali con convenzione: il bilanciamento tra il principio di solidarietà e di concorrenza

La diatriba, originata prima del testo unico del terzo settore, su cui più volte è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha riguardato la compatibilità con le norme e i principi del Trattato delle leggi regionali in base alle quali, in ambito sanitario, si è proceduto all'affidamento diretto dei servizi in convenzione senza alcun confronto competitivo. E' sorto un problema di coordinamento con la normativa europea in tema di appalti, in quanto alla Corte di Giustizia non è sembrato soddisfacente l'argomento della sottrazione alla disciplina degli appalti pubblici laddove sia previsto il mero rimborso delle spese non sostenute per la prestazione svolta e quindi la natura non onerosa non è sembrata sufficiente alla Corte di Giustizia.

In particolare la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è concentrata sulla qualificazione di operatore economico ritenendo che si estenda ad ogni soggetto che offra servizi sul mercato, anche se non persegua un preminente

[2137] Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017,* in *www.governo.it*

[2138] Già l'Anac nella delibera n. 32 del 2016, cit. in *www.anticorruzione.it*, p.14: "La deroga all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica può essere giustificata soltanto allorquando sussista l'attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza. Lo strumento individuato dalla legge 266 dell'11 agosto 1991 (legge quadro sul volontariato) per attuare la collaborazione tra enti pubblici e le organizzazioni di volontariato è la convenzione, che rappresenta lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'organizzazione i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta l'operato dell'organizzazione con riferimento all'attività affidata".

ISSN 2279-7238

scopo di lucro, non disponga di una struttura organizzativa d'impresa, non abbia una presenza regolare sul mercato[2139]: di conseguenza non è stata accettata una deroga per le organizzazioni di volontariato legata ad un profilo meramente soggettivo, perché, si è sostenuto che esse potessero, da un lato avere accesso alle gare di appalto[2140] e nel contempo, in ragione della finalità solidaristica, avvalersi oltre che di finanziamenti pubblici, della possibilità di stipulare convenzioni, purchè il corrispettivo consistesse nel mero rimborso spese.

La posizione assunta dalla Corte di Giustizia, fondata sulla qualifica di operatore economico e sulla tutela del principio di concorrenza, tale da determinare il recesso di altri interessi pubblici, è sembrata essere in parte mutata con le direttive europee 2014/23, 2014/24 e 2014/25 ove "gli appalti pubblici vengono considerati come strumento per realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva e per conseguire obiettivi a valenza sociale"[2141].

Tale lettura è stata esplicitata nella sentenza della Corte di Giustizia *Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino"* dell'11 dicembre 2014, C-113/13 a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato[2142], in cui sono state esplorate le peculiarità del terzo settore nel bilanciamento tra concorrenza e solidarietà, ritenendo compatibile con la normativa europea l'affidamento diretto ad associazioni di volontariato, anche alla luce dell'articolo 118 della Costituzione

[2139] Cfr. Corte di Giustizia 29 novembre 2007, causa C-119/2006, *Commissione c. Italia* per la quale l'assenza di fini di lucro non escluderebbe che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese. Per un commento M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm.,* 2008, p. 1984 e ss. V. anche M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, p. 25 e ss.

[2140] R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit,* in *Urb. e appalti*, 2015, p. 512 e ss.

[2141] D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 749. Contra L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in www.giustizia-amministrativa.it,p.2, secondo la quale le nuove direttive sarebbero ancora ispirate alla volontà di garantire la concorrenza nel settore dei contratti pubblici.

[2142] In particolare il Consiglio di Stato aveva sollevato la domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia in ordine alla corretta interpretazione da dare agli articoli 49 e 56 del TFUE al fine di determinare la compatibilità di una normativa europea di una legge che prevede l'affidamento diretto ed invia prioritaria del servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza sulla base di un mero rimborso delle spese, chiedendo di specificare a quali condizioni una prestazione possa realmente definirsi gratuita.

ISSN 2279-7238

e del principio dell'articolo 2 della Costituzione[2143] (pur ribadendo la qualifica di operatori economici anche per quei soggetti del terzo settore che non perseguono uno scopo di lucro e confermando un'interpretazione già in precedenza affermata sull'attribuzione del carattere di onerosità anche a quei contratti che prevedano quale controprestazione, il solo rimborso delle spese sostenute). Sulla base di questi principi la Corte ha attestato l'autonomia che l'Unione Europea attribuisce agli Stati membri "di decidere il livello al quale intendono garantire la tutela dei diritti sociali, in specie il diritto alla salute, e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto, affermando che l'affidamento diretto previsto dalla legge ligure costituisce una modalità di organizzazione del servizio che è motivata da principi di universalità e solidarietà"[2144]. A tali profili sono state affiancate ragioni di contenimento dei costi pubblici, che sarebbero perseguite tramite prestazioni erogate dai soggetti del terzo settore che riceverebbero come corrispettivo il solo rimborso delle spese sostenute.

In conclusione, secondo l'orientamento della Corte di Giustizia, l'affidamento diretto dei servizi sociali alle organizzazioni di volontariato per essere legittimo deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, essere diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituire una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio.

La Corte di Giustizia è tornata sull'argomento anche più recentemente con la sentenza del 28.01.2016 (sentenza *Casta*) ritenendo legittimo un affidamento diretto ad organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto di soggetti dializzati verso strutture sanitarie[2145]. Se con la sentenza della Corte di Giustizia

[2143] A. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma non sembra aver paura del proprio coraggio),* in *Foro it.*, 2015, p. 152-153. V. anche G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, nota a CGUE, sez. V, 11 dicembre 2014 causa C-113/13) in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 3, p. 822 e ss.

[2144] D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 751

[2145] V. Corte di Giustizia, *Casta*, sez. V, del 28 gennaio 2016, C 50/2014, in *www.curia.europa.eu*: "1) Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura dei servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purchè il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla

ISSN 2279-7238

"Spezzino" era stato ritenuto legittimo l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario d'urgenza in favore di associazioni di volontariato (e tale posizione è stata confermata – vedi infra- nella direttiva 2014/24/UE escludendo tali servizi dall'ambito applicativo della medesima) con la sentenza *Casta* del 2016 la legittimità dell'affidamento diretto mediante convenzioni è stato esteso anche ad altre tipologie di servizi (in ambito sanitario) mediante un'estensione interpretativa che è sembrato elevarla a principio di materia.

Dato il tenore delle citate sentenze della Corte di Giustizia, che pongono quale condizione per la deroga alle regole degli appalti pubblici che "il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio[2146]" occorre interrogarsi se tale contesto risulti presente nel nuovo articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017: se può condividersi che in esso manchi un espresso riferimento alla finalità sociale ed al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, tuttavia, poiché la giurisprudenza della Corte di Giustizia richiama il contesto normativo, tali riferimenti sono ben presenti in altre parti del codice del terzo settore: ad esempio l'art. 2 del codice d.lgs. n. 117 del 2017 si riferisce "al valore e la funzione sociale degli enti del terzo settore ..per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le regioni, le Province autonome e gli enti locali". Inoltre il richiamo alle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale è presente in altre parti del codice, quali gli articoli chiave dell'organizzazione degli enti del terzo settore:

- l'articolo 4 per il quale sono enti del terzo settore in generale tutti gli enti di diritto privato, diversi dalle società, costituiti per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale;

finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio 2)Qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni".

[2146] Corte Giustizia *Casta*, 28 gennaio 2016, cit.

ISSN 2279-7238

- l'articolo 5 laddove, in relazione alle attività di interesse generale che possono svolgere, è ribadito che gli enti del terzo settore devono perseguire finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale;
- l'articolo 8 e l'articolo 21 in cui, in relazione all'atto costitutivo, è precisato che deve indicare le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; come anche l'articolo 30 e l'articolo 93 del d.lgs. n. 117 del 2017.

Si può ritenere quindi che il legislatore abbia correttamente elaborato e recepito quanto affermato dalla Corte di Giustizia secondo la quale gli affidamenti diretti, per essere legittimi, devono essere riconosciuti da un contesto normativo che contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà[2147].

Vi è chi ha rilevato come l'ordinamento dell'Unione Europea "in questo settore impregnato di istanze di socialità, lascia agli Stati membri un margine particolarmente ampio: non solo in ragione del modello di welfare adottato e del livello di tutela dei valori sociali, ma anche dell'individuazione delle concrete modalità organizzative dei servizi in questione". Le ragioni per cui l'ordinamento UE consentirebbe "un'applicazione *soft* delle regole del mercato interno (e della concorrenza)" potrebbero derivare o da "un sostanziale disinteresse per attività che, in virtù delle peculiarità che le contraddistinguono rispetto a quelle propriamente commerciali e/o industriali, presentano una dimensione transfrontaliera limitata, risultando di fatto marginali al fine della ricostruzione di un unico mercato concorrenziale" oppure da una spiegazione di carattere politico/istituzionale secondo cui "l'approccio regolativo temperato della UE verso i servizi sociali sarebbe riconducibile ad una sorta di deferenza per attività a spiccata valenza sociale e solidaristica. Più si accentua la valenza sociale del servizio, più si preserva il protagonismo organizzativo

[2147] Del resto la formulazione dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 era già stata anticipata dalla giurisprudenza amministrativa: TAR Piemonte, sez. II, sentenza 1082 del 26 giugno 2015 in *www.giustizia-amministrativa.it* che, nel raffrontare la solidarietà al mercato ha stabilito che l'affidamento diretto sia consentito se come controprestazione vengano erogati solo rimborsi, se vengano perseguiti obiettivi di solidarietà e finalità sociali, si raggiunga il contenimento della spesa pubblica. Ove invece nell'affidamento vi fossero guadagni si dovrebbero applicare le regole della concorrenza e quindi lo svolgimento di una gara pubblica, al fine di essere certo che dietro un affidamento diretto non si cela un abuso di diritto.

ISSN 2279-7238

degli Stati"[2148]. In tale ottica l'atteggiamento assunto dall'ordinamento UE verso le peculiarità dei servizi sociali sarebbe volto a rendere effettivo il principio di solidarietà consentendo un'applicazione meno stringente delle regole di mercato, rendendosi espressione di un rinnovato rapporto tra solidarietà e concorrenza[2149].

3.3.1. Il coordinamento tra la disciplina dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 ed il codice dei contratti pubblici

Secondo la ricostruzione fin qui svolta, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul tema dell'affidamento dei servizi sociali ha attribuito agli Stati membri un ampio margine nel disciplinare un possibile rinnovato paradigma tra principio di solidarietà e principio di concorrenza.

La disciplina dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 necessita a questo punto di un confronto con le regole vigenti del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.) al fine di interrogarsi, in via ermeneutica, su un possibile coordinamento tra le due discipline in un contesto di bilanciamento tra fini solidaristici e concorrenza (fermo restando che, come rilevato dal parere del Consiglio di Stato e dall'ANAC, il codice del terzo settore poteva essere l'occasione per una più chiara rimodulazione normativa che però, almeno ad oggi, non vi è stata, determinando incertezze per l'interprete).

3.3.2. *Il regime "riservato" degli appalti di servizi sociali*

[2148] E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, p. 1115 e ss.

[2149] E. CARUSO, op. ult. cit., p. 1115 e ss. il quale sostiene che "a livello sovranazionale viene riconosciuta l'importanza dei valori di solidarietà e di coesione sociale, ma non volendo o non potendo renderli effettivi, compete agli Stati membri l' "onere della prima mossa". Se fosse verso quanto sostenuto, risulta di tutta evidenza l'importanza del ruolo degli Stati membri: a essi spetta il compito di definire e rendere effettivo ed efficiente il principio di solidarietà, attraverso un'adeguata organizzazione dei servizi sociali, senza eccessivi vincoli esterni provenienti dalla legislazione di regolazione del mercato". Tale prospettiva consentirebbe "un'evoluzione qualitativa del rapporto fra solidarietà e concorrenza: dalla concezione radicalmente dicotomica di tale rapporto, a lungo fatta propria dalle istituzioni europee, basata sul conflitto e sulla contrapposizione, di ritiene auspicabile muoversi nella direzione del concorso e della coabitazione, con l'obiettivo di "adattare" le regole della concorrenza alle istanze espresse dalla solidarietà sociale" (S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi,* Bari, 2013, p. 67 e ss.; v. anche S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o (concorso)?,* in *Merc. conc. reg.* 2004, p. 75 e ss.)

ISSN 2279-7238

Il D. Lgs. n. 50 del 2016 ha modificato la disciplina degli affidamenti nei servizi sociali, che non si trovano più nell'ambito dei settori esclusi dall'applicazione del codice[2150], ma sono stati collocati nell'ambito dei c.d. "particolari regimi di appalto" (Titolo VI della parte II) destinatari di un regime riservato e di un regime c.d. alleggerito.

Per quanto riguarda il regime riservato, l'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. ha recepito l'articolo 77 della direttiva 2014/24/UE (che peraltro non era una norma di recepimento necessario) introducendo delle regole peculiari cui si sono aggiunte quelle della convenzione di cui all'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017.

L'articolo 143 comma 1 attribuisce il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici esclusivamente per i servizi sanitari, sociali, culturali di cui all'allegato XIV, con procedure di gare riservate, solo alle organizzazioni che rispettino le condizioni di cui all'articolo 143 comma 2:

a. l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione di servizi di cui al comma 1;

b. i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;

c. le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che segue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

[2150] Rileva L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: regime –non troppo- "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. e app.*, 8-9/2016, p. 1004 che: "gli appalti di servizi sociali erano inseriti tra i contratti in parte esclusi dall'ambito di applicazione del vecchio codice: infatti, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 (e in conformità con quanto disposto dalla direttiva 2004/18/CE) all'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto alcuni servizi, ossia quelli elencati nell'Allegato IIB, tra cui i servizi sanitari e sociali, si applicavano soltanto l'art 68 (Specifiche tecniche), l'art. 65 (Avviso sui risultati delle procedure di affidamento)e l'art. 225 (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati)".

ISSN 2279-7238

d. l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni".

Si tratta di una disposizione che introduce una procedura di gara a concorrenza limitata (similmente a quanto previsto per le cooperative sociali dall'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016)[2151]; ossia si tratta di appalti riservati alle organizzazioni con determinate caratteristiche che riecheggiano le organizzazioni di volontariato, benchè le medesime non vengano espressamente indicate: appare pertanto una norma speculare alla riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione, mediante convenzione, di servizi alla persona, oggi prevista dall'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, che restringe la concorrenza solo tra determinate tipologie di organizzazioni.

La legittimazione di una procedura di gara a concorrenza limitata, con deroga della gara pubblica estesa a tutti gli operatori economici, è stata confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: "la Corte di Giustizia ha, in effetti, espressamente consentito di derogare al generale principio della pubblica gara estesa a tutti gli operatori economici, in favore delle associazioni no profit, solo per i servizi di ambulanza e di trasporto sanitario d'urgenza; tuttavia non ha espressamente escluso dalla deroga i servizi di trasporto sanitario in genere, che restano comunque connessi alle ragioni di necessità ed urgenza tipiche del settore, dovendo essere i servizi di trasporto, ordinari e non, fungibili ove necessario a far fronte alle emergenze, e dovendo rispondere anche i servizi ordinari ai criteri di urgenza necessari per la tutela della salute umana, così come è ben evidenziato dalla avvenuta espressa inclusione, fra i servizi non di emergenza/urgenza, del trasporto di organi espiantati per trapianti, pur essendo anche tale trasporto caratterizzato da intuibili profili di imprevedibilità e di somma urgenza nell'esecuzione. La contestata estensione della previsione in deroga non appare quindi irragionevole o non proporzionata, alla stregua

[2151] Secondo la dottrina, L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni),* cit., p. 1011, tale articolo avrebbe consentito di superare la diatriba in ordine alla legittimità di procedure selettive a concorrenza limitata.

ISSN 2279-7238

delle indicazioni della Corte di Giustizia (Sez. V, 28/01/2016, n.50) secondo cui per il trasporto sanitario le autorità locali di uno Stato membro possono procedere ad attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di pubblicità, ad associazioni di volontariato a condizione che le associazioni non abbiano fini di lucro, abbiano una finalità sociale e lo Stato persegua un obiettivo di tutela della solidarietà, come la tutela della salute della collettività e ragioni di efficienza di bilancio"[2152].

Se l'affidamento mediante convenzione di cui all'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017 e l'appalto riservato dell'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 sembrano procedure alternative ma sovrapponibili, e quindi si potrebbe ipotizzare che la procedura competitiva prevista per la stipula della convenzione possa seguire le regole previste dall'articolo 143 citato, tuttavia il d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. "garantisce l'avvicendamento degli operatori del Terzo settore: in questo modo viene favorito l'accesso al mercato di nuovi soggetti e se ne incentiva lo sviluppo, evitando contemporaneamente fenomeni di fidelizzazione che potrebbero sfociare in corruzione". Ed infatti "se si tratta di gare riservate ai sensi dell'art. 143, è preclusa la partecipazione ad organismi che siano stati aggiudicatari del medesimo servizio negli ultimi tre anni e i contratti riservati non possono avere una durata superiore a tre anni" [2153]. Inoltre l'articolo 143, a differenza dell'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, non si riferisce al mero rimborso spese. Si potrebbe dunque ipotizzare che, da un punto di vista soggettivo gli enti del terzo settore destinatari dell'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 siano non solo le organizzazioni di volontariato ed associazioni di promozione sociale di cui all'articolo 56 ora citato.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sopra analizzata sembra avere legittimato la possibilità di affidamenti diretti mediante convenzioni oltre la tipologia del servizio di traporto sanitario d'urgenza

[2152] V. Cons. Stato, sez. III, sentenza 10 agosto 2016, n. 3615, in *www.giustizia-amministrativa.it* che ha riformato la sentenza adottata dal TAR Liguria – Genova che invece aveva accolto il ricorso di una società cooperativa che aveva impugnato il bando di gara la cui partecipazione era stata riservata solo alle organizzazioni di volontariato.

[2153] D. CALDIROLA, *Stato, mercato e terzo settore nel decreto n.117/2017: una nuova governance della solidarietà,* in *www.federalismi.it,* 31/01/2018, p.21-22

ISSN 2279-7238

(escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE e del d.lgs. n. 50 del 2016); il che induce a riflettere sul mancato coordinamento con il codice dei contratti pubblici e sulla timidezza del legislatore che ben avrebbe potuto prevedere la possibilità di un regime differenziato con convenzione a più servizi alla persona garantendo comunque i principi di un confronto competitivo.

3.3.3. *Gli appalti di servizi sociali secondo la disciplina dell'articolo 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n.56. Le concessioni di servizi sociali. Cenni*

Al di fuori delle tipologie dei servizi alla persona per i quali è prevista dall'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. la possibilità di un regime riservato a "concorrenza limitata", il codice dei contratti ha previsto l'assoggettamento alla disciplina dell'evidenza pubblica degli "appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari" (art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.) sottoponendoli tuttavia non a tutte le regole previste per la disciplina ordinaria degli appalti. Peraltro la formulazione dell'articolo 142 è stata ampiamente modificata dal decreto correttivo (D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

La novità del D. Lgs. n. 50 del 2016 è stata inserire gli appalti dei servizi sociali nell'ambito di applicazione del codice dei contratti, dal quale in passato erano esclusi (mentre non è chiaro se le concessioni di servizi pubblici destinatarie solo di alcune regole della direttiva 2014/23/UE siano contemplate del codice dei contratti pubblici). Tale inclusione è stata influenzata dalla direttiva europea 2014/24/UE sugli appalti pubblici che, confermando l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva dei servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, ha invece ritenuto di includervi tutti gli altri.

Tuttavia, dalla lettura del considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, si ricava una chiara presa di posizione relativamente a taluni servizi sociali, sanitari e scolastici al di sotto della soglia europea, per i

ISSN 2279-7238

quali è stato lasciato agli Stati membri ampio margine di scelta sulla tipologia di regime da scegliere, non essendo di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri: "Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi. Servizi alla persona con valori al di sotto di tale soglia non saranno, in genere, di alcun interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri"[2154].

Tale previsione avrebbe potuto (o potrebbe) consentire di effettuare per gli "appalti" sotto soglia [2155] una scelta diversa dalla mera applicazione dell'affidamento nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 36[2156] del d.lgs. n. 50 del 2016 (espressamente richiamato anche all'articolo 142 comma 5 – *octies*

[2154] Cfr. Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, in *www.curia.europa.eu*

[2155] È stata quindi prevista una disciplina diversa per i servizi nei settori ordinari ed i servizi nei settori speciali. Per quanto riguarda la soglia di rilevanza europea, l'art. 35 del D. Lgs 50/2016, individua al primo comma lettera d) la soglia per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX nei settori ordinari (€ 750.000); ed al secondo comma lettera c) la soglia per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IX nei settori speciali (€ 1.000.000).
Si tratta di una novità rispetto alla disciplina precedente che prevedeva un'unica soglia per gli affidamenti dei servizi, senza distinguere tra settore ordinario e settori speciali e non distingueva neanche tra servizi e servizi sociali.

[2156] L'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. prevede:
-l'obbligo di rispettare i principi di cui all'art. 30, di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.
-nonché rispettare il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti ed in modo da assicurare l'effettiva partecipazione delle microimprese.
Ferma restando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento di servizi inferiori alle soglie secondo le seguenti modalità:
-per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;
-per affidamenti di importo superiore ad euro 40.000 ed inferiore ad euro 150.000 per i servizi mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.
- per affidamenti di importo superiore ad euro 150.000 ed inferiore ad un milione mediante con osservanza del principio di rotazione.

ISSN 2279-7238

-che rinvia agli appalti di servizi individuati nel comma 5 *bis*: "servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche [2157], da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative"-, nonché all'articolo 140 comma 1 che estende tali regole anche ai settori speciali), consentendosi alternativamente la possibilità di ricorrere alle convenzioni (come previsto per le convenzioni con le cooperative sociali).

Allo stato tale possibilità è prevista solo per gli affidamenti alle organizzazioni di volontariato, alle associazioni di promozione sociale ed alle cooperative sociali ma, considerato il dichiarato non interesse transfrontaliero per l'affidamento dei servizi sociali al di sotto di una certa soglia, si sarebbe potuta introdurre una disciplina uniforme che, pur nel rispetto di un confronto competitivo (al fine di evitare possibili deviazioni patologiche) potesse consentire di procedere con affidamenti mediante convenzioni per gli appalti nei settori ordinari e speciali sotto la soglia europea. Ragionando in tal senso, andrebbe attentamente valutata e ripensata l'assimilazione propria del codice dei contratti (ma non della disciplina del terzo settore) tra servizi forniti da associazioni sindacali e da organizzazioni politiche ai servizi forniti dagli enti del terzo settore, espressamente esclusa dall'articolo 4 del codice del terzo settore: ciò proprio al fine di non ingenerare alcun dubbio su possibili derive patologiche.

Del resto la possibilità alternativa della convenzione sembrerebbe auspicata dal legislatore che, nella relazione al codice del terzo settore, ha ribadito che le previsioni degli articoli 142 e 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. lascerebbero la facoltà "di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione"[2158]. Anche altra dottrina sembra concordare che "relativamente agli affidamenti ai soggetti del Terzo settore,

[2157] Peraltro le organizzazioni politiche e le associazioni sindacali non rientrano espressamente tra gli enti del terzo settore secondo la previsione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 117 del 2017; come anche le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro e gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti.

[2158] Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017,* in *www.governo.it*

ISSN 2279-7238

per importi inferiori alla soglia comunitaria, si applica la disciplina contenuta nell'art. 5, della legge n. 328/00 (che come in precedenza evidenziato prevede forme di aggiudicazione sia tramite gara ad essi riservata, che tramite forme negoziate sempre riservate) e nel d.p.c.m. 30 marzo 2001"[2159].

-Per quanto riguarda gli appalti dei servizi sociali pari o superiori alla soglia europea (euro 750.000 per i settori ordinari ed euro 1.000.000 per i settori speciali), essi sono stati disciplinati nell'ambito dei c.d. "particolari regimi di appalto" (Titolo VI, Capo I, Sezione IV della parte II) che sono stati assoggettati al c.d. regime alleggerito[2160] diversificato a seconda che si ricada nei settori ordinari (artt. 142 e 143 Capo II) o in quelli speciali (art. 140 Capo I), ma comunque sempre ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici.

La motivazione dell'applicazione della normativa sugli appalti secondo un regime particolare rispetto agli altri appalti di servizi è rinvenibile nel considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE[2161] ove si evidenzia che i contratti per servizi alla persona sopra soglia: "dovrebbero essere improntati alla trasparenza, a livello di Unione. In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale. Nel definire le procedure da utilizzare per

[2159] A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in *www.federalismi.it*, 6.06.2018, p. 26. V. anche A. FOSSATI, *L'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in E. CODINI - A. FOSSATI - S.A. FREGO LUPPI, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 121

[2160] L'espressione è di L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali,* cit., p.1001

[2161] V. Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari in *www.curia.europa.eu*

ISSN 2279-7238

l'aggiudicazione degli appalti di servizi alla persona, gli Stati membri dovrebbero tenere conto dell'articolo 14 del TFUE e del protocollo n. 26.

In tale contesto gli Stati membri dovrebbero inoltre perseguire gli obiettivi della semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici: è opportuno chiarire che ciò potrebbe anche comportare il ricorso a norme applicabili agli appalti di servizi non assoggettati al regime specifico".

La dottrina ha sottolineato come il legislatore europeo abbia lasciato molto più liberi gli ordinamenti interni nel recepimento della direttiva 2014/24/UE riguardo agli affidamenti dei servizi sociali, criticando la modalità di recepimento del nostro legislatore e sottolineando che, solo con il decreto correttivo del codice dei contratti del 2017 (d.lgs. 19 aprile 2017, n.56) è stato introdotto un maggiore coordinamento con le norme generali del medesimo codice[2162].

Il regime alleggerito dei servizi sociali è simile sia per i settori ordinari che per i settori speciali. È stata prevista dal legislatore l'alternativa tra:

- avviso di gara o avviso periodico indicativo oppure avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione per i settori speciali (art. 140);

oppure

- bando di gara o avviso di preinformazione per i settori ordinari (art.142)[2163].

[2162] D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in www.federalismi.it n.3/2018, cit., p. 18: "Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, ha recepito in modo letterale quanto contenuto nella direttiva 2014/24/UE, malgrado la normativa europea riconoscesse agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'organizzare la scelta dei fornitori dei servizi sociali, solo successivamente con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, correttivo del Codice dei contratti pubblici, si è proceduto a definire in maniera più completa il sistema di aggiudicazione, compresi i criteri di selezione delle offerte, e a coordinare la disciplina sui servizi sociali con le norme a carattere generale. Nel testo originario, tra l'altro, non vi era alcun raccordo fra la disciplina contenuta nell'art. 140, relativa ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali (Capo I, Titolo VI, Parte II del Codice) e l'art. 142, relativo anch'esso ai servizi sociali e ad altri servizi, ma nei settori ordinari, servizi questi ultimi normati al successivo Capo II".

[2163] Gli avvisi di preinformazione consistono nel rendere nota entro il 31 dicembre di ogni anno l'intenzione di bandire per l'anno successivo determinati appalti, pubblicando un avviso di preinformazione sul proprio profilo di committente dalla stazione appaltante e se sopra la soglia europea anche dall'Ufficio pubblicazioni dell'Unione Europea.

ISSN 2279-7238

In entrambi i casi gli atti devono indicare che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione di un bando di gara e recare l'invito agli operatori economici a manifestare il proprio interesse per iscritto.

La novità introdotta dal decreto correttivo al codice dei contratti, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è stata quella di prevedere un regime differenziato per alcune tipologie di servizi sociali individuati dall'allegato IX alla direttiva nei settori ordinari espressamente elencati all'articolo 142, comma 5 bis: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative. Coesisterebbero dunque due discipline diverse tra servizi elencati nell'allegato IX: per una parte resterebbe applicabile la disciplina iniziale del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre per quelli individuati all'articolo 142 comma 5 bis sarebbe stato introdotto un regime con più limitazioni che il Consiglio di Stato ha definito "intermedio" perché si applicherebbero solo una parte delle disposizioni riguardanti le procedure ad evidenza pubblica ordinarie. Il Consiglio di Stato nel parere comm. spec. 30 marzo 2017, n. 782[2164], sul decreto correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, ha criticato tale scelta che, ad esempio, consente per i servizi di cui al comma 5 bis dell'articolo 142 del d.lgs. n. 50 del 2016 di non rispettare l'articolo 59 del d.lgs. n. 50 del 2016 che permette solo in situazioni eccezionali

Occorre precisare che il regime alleggerito non esclude la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza preavviso avviso/bando di gara. Infatti sia l'art. 140, che l'art. 142, prevedono che possa essere utilizzata la procedura negoziata di cui all'art. 63 per l'aggiudicazione dell'appalto, se ne ricorrano i presupposti: a)ossia per i servizi qualora non sia stata presentata alcuna offerta o offerta appropriata o domanda di partecipazione in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta c) nella misura strettamente necessaria quando per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili i termini per le procedure aperte, ristrette o negoziate non possano essere rispettate. Le circostanze non devono essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.
Per quanto riguarda il criterio di aggiudicazione l'art. 95, comma 3, lettera a) del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. dispone che: "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)".

[2164] Cfr. Parere Consiglio di Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in *www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2279-7238

il ricorso alla procedura competitiva con negoziazione e al dialogo competitivo.

Per quanto riguarda le concessioni di servizi sociali benchè non siano espressamente disciplinate né dal d.lgs. n. 117 del 2017 e neppure dal d.lgs n. 50 del 2016 e s.m.i., tuttavia l'articolo 19 della direttiva 2014/23/UE "Servizi sociali e altri servizi specifici" prevede che "Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggetti esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e degli articoli 32, 46 e 47"; ossia (31.par. 3) sono tenuti a rendere "nota l'intenzione di aggiudicare la prevista concessione mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione"; nonchè ad inviare un avviso di aggiudicazione entro quaranta giorni dall'aggiudicazione di una concessione. Non si può quindi escludere la possibilità di ricorrere alla concessione per l'affidamento di servizi sociali, dovendo rispettare almeno l'obbligo di pubblicità mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione e gli avvisi di aggiudicazione[2165]. La mancata previsione nel d.lgs. n. 50 del 2016 potrebbe essere interpretata come esclusione della concessione di servizi sociali dall'ambito di applicazione della medesima, anche se nel codice dei contratti vi sono delle previsioni (gli articoli 180 e ss. del d.lgs. n. 50 del 2016 sul partenariato pubblico-privato) che potrebbero essere declinate come concessione di servizi sociali.

4. La disciplina del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza

La possibilità di affidare in convenzione diretta alle organizzazioni di volontariato i soli servizi di trasporto sanitario di "emergenza e urgenza" è stata prevista espressamente, a livello nazionale, dal codice del Terzo settore (art. 57 d.lgs. n.117 del 2017). Si tratta di una convenzione già prevista

[2165] V. inoltre gli articoli 42 e 46 della citata direttiva obbligano gli Stati membri ad adottare i provvedimenti necessari affinchè gli appalti e le concessioni disciplinati anche dalla direttiva 2014/23/UE possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile sulla base della considerazione che tali decisioni hanno violato il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti o le norme nazionali di recepimento.

ISSN 2279-7238

dall'ordinamento [2166] ed oggetto della sentenza della Corte di Giustizia "Spezzino"[2167].

La convenzione non è consentita a tutti gli enti del terzo settore ma, da un punto di vista soggettivo, alle organizzazioni di volontariato ed alle associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi nel registro unico nazionale, aderenti ad una rete associativa ed accreditate secondo la disciplina regionale.

Per tale convenzione il legislatore ha previsto l'affidamento in via prioritaria: quindi, a differenza di quella di cui all'articolo 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, non è richiesta una valutazione preliminare di maggior favore rispetto al mercato, bensì è consentito l'affidamento diretto[2168].

[2166] R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e appalti*, 2015, p. 512 e ss.; P. CERBO, *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza fra soggetti disomogenei*, in *Urb. e app.,* 2011, n. 3, p. 336 e ss.

[2167] Corte di Giustizia *Azienda Sanitaria n. 5 "Spezzino"* dell'11 dicembre 2014, C-113/13, in *www.curia.europa.eu:* "Gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purchè l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata".

[2168] La dottrina (L. GILI, *Il codice del terzo settore*, cit., p. 20) peraltro ha osservato che sussisterebbe un dubbio interpretativo in relazione all'articolo 57 comma 2 che richiamerebbe le previsioni dell'articolo 56 comma 3 "il quale dispone che la scelta dell'ETS debba avvenire tramite procedure comparative il che fa ritenere operante la regola dell'affidamento (*recte* scelta) tramite procedura comparativa e come eccezione (motivata) quella dell'affidamento diretto".

In ordine all'articolo 57 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 la relazione al codice del terzo settore in *www.governo.it* ha precisato che: "l'articolo 57 detta una disciplina speciale per quanto concerne i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza: in ragione della peculiarità del servizio, strettamente connesso alla tutela della salute della persona, si prevede che detti servizi possano costituire oggetto, in via prioritaria, di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, in presenza di specifici requisiti e condizioni. Sotto il profilo soggettivo, la norma prevede un rafforzamento dell'affidabilità, prescrivendo oltre al requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, l'adesione ad una rete associativa. Inoltre, in coerenza con i recenti orientamenti espressi dalla Corte di giustizia europea, l'affidamento diretto dei servizi in parola deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituisca una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio. Inoltre i servizi devono essere effettuati solo a rimborso delle spese effettivamente sostenute, non potendo le organizzazioni affidatarie trarre alcun profitto dal servizio, né tantomeno procurarlo ai propri membri. La norma in esame esplicita e salvaguarda detti presupposti, anche attraverso il richiamo alle disposizioni contenute nel precedente articolo 56. Tale disposizione si colloca inoltre all'interno della più recente cornice normativa europea, con specifico riguardo alla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la quale, in tema di servizi alla

ISSN 2279-7238

Tale posizione era stata già adottata dall'Unione Europea che, con la direttiva 2014/24/UE al considerando n. 28, aveva espressamente posto al di fuori del proprio ambito applicativo i servizi di emergenza nell'ipotesi in cui vengano erogati da enti senza scopo di lucro[2169].

Inoltre la medesima direttiva all'art.10 *Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi,* al primo comma lettera h) aveva stabilito che: *"La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 752511207, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza".*

Il contenuto del citato articolo è stato fedelmente ripreso dal legislatore nazionale che, all'art. 17[2170] del D. Lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. "Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessioni di servizi", al primo comma lettera h) esenta dall'applicazione del codice dei contratti pubblici il servizio di

persona, prevede che gli Stati membri sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione. Pertanto, la previsione contenuta negli art.142 e 143 del D.Lgs n.50/2016, che recepisce la sopra menzionata direttiva n.24/2014, nel disciplinare il particolare regime giuridico degli appalti nei servizi sociali, lascia impregiudicata la facoltà di affidare i servizi in parola attraverso modalità diverse, quali l'affidamento in convenzione, già presente nel nostro ordinamento con le richiamate disposizioni di cui all'art.7 della legge n.266/1990 e all'art.30 della legge n.383/2000".

[2169] Considerando 28 della direttiva 2014/24/UE: "La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza".

[2170] Art. 17 D. Lgs. n. 50 del 2016: "1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110- 4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza."

ISSN 2279-7238

trasporto sanitario di emergenza e urgenza, ma non quello del trasporto dei pazienti in ambulanza.

Ossia le nuove disposizioni comunitarie e nazionali (art. 17 lettera h) del d.lgs. 50/2016) in materia di appalti pubblici espressamente hanno riconosciuto l'area dell'affidamento diretto ai soli servizi di trasporto in ambulanza che possano definirsi di "emergenza"[2171]; nonostante invece la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e la formulazione del considerando n. 114 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, avrebbero potuto consentire scelte legislative diverse, almeno per gli affidamenti al di sotto della soglia europea.

Per quanto riguarda poi gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale essi dovrebbero essere soggetti al "regime alleggerito" del codice dei contratti pubblici se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza sia superiore al valore di altri servizi di ambulanza[2172].

Alla luce della ricostruzione fin qui svolta si condivide la recente ricostruzione del T.A.R. Puglia - Lecce relativamente al servizio di trasporto in ambulanza di emergenza, secondo cui: "Il dettato dell'art. 57, e quanto specificato nella relazione al codice relativamente a questo articolo, indicano chiaramente che l'art. 17, lett. h), d. lgs. 50/2016, non può essere letto nel senso della obbligatorietà della gara per l'affidamento dei servizi in questione, ma al contrario deve ritenersi oramai codificato il principio dell'affidamento in

[2171] In senso conforme T.A.R. Roma, sez. III, 2 febbraio 2018, n. 1227, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui "la procedura non ha per oggetto l'affidamento del solo trasporto con ambulanza, per cui troverebbero applicazione, come sostenuto da parte ricorrente, gli articoli 142 e 143 del Codice degli appalti, ma il servizio di soccorso sanitario in emergenza in area extraospedaliera, come emerge dal frontespizio dell'avviso pubblico"….."mentre il primo consiste nel trasporto ordinario di pazienti c.d. interospedaliero da una struttura ospedaliera all'altra per ragioni non connesse ad una situazione emergenziale, il servizio extraospedaliero consiste nelle attività di soccorso al di fuori dei plessi ospedalieri e consiste nel trasporto e nelle attività di prima cura di un paziente che versa in una situazione emergenziale".

[2172] Così dispone l'art. 10 della Direttiva 2014/24/UE, del quale l'art. 17, comma 1 lett. h) D. Lgs n. 50/2016 è una fedele trasposizione. Sul punto v. Consiglio di Stato, sez. III, n. 1139 del 22.02.2108, in *www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2279-7238

convenzione alle organizzazioni di volontariato del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza"[2173].

5.1. Il terzo settore e gli affidamenti alle cooperative sociali

Nel panorama degli enti del terzo settore le cooperative sociali svolgono un ruolo importante "sia nella produzione di servizi alla persona che nello svolgimento di attività finalizzate al miglioramento dei livelli di benessere sociale di chi si trova in uno stato di disagio fisico, psichico ed economico"[2174] in quanto hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini. La peculiarità delle cooperative sociali è che in esse coesistono una natura solidaristica ed una disciplina generale delle società commerciali, rendendole sia enti del terzo settore che soggetti imprenditoriali, capaci di confrontarsi sia con imprese lucrative che con altri tipi di cooperative. Il limite di tale particolare collocazione ordinamentale è evitare le disfunzioni, le patologie ed i comportamenti opportunistici che il regime delle cooperative sociali potrebbe astrattamente consentire.

Come già evidenziato, il testo unico del Terzo settore non ha introdotto delle regole eguali per tutti gli enti, confermando nel d.lgs. n. 117 del 2017 la vigenza della legge n.381 del 1991 e, per l'affidamento alle cooperative, la deroga alla disciplina generale in materia di contratti della pubblica amministrazione, purchè ricorrano delle precise condizioni individuate all'art. 5 della legge n. 381 del 1991[2175].

[2173] Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, sent. n. 32 del 12.01.2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[2174] A. MIRAGLIA, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe,* in *Giorn. dir. amm.,* 2011, 2, p. 150; P. MINETTI, *Affidamento diretto alle cooperative sociali nel quadro normativo attuale*, in *Comuni d'Italia*, 2008, 6, p. 45 e ss.

[2175] Art. 5 legge 381 del 1991: "Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono

ISSN 2279-7238

Anche il d.lgs. n. 50 del 2016 ha confermato la vigenza del medesimo articolo 5 citato, prevedendo all'articolo 112 comma 1 che sono fatte salve le "disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali". Il coordinamento tra la disciplina del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici per l'affidamento alle cooperative sociali sembra meglio risolto rispetto agli altri enti del terzo settore.

Appare quindi dirimente delineare i limiti oggettivi e soggettivi di questa deroga al fine di applicarla correttamente.

Da un punto di vista soggettivo la legge n.381 del 1991 individua due distinte tipologie di cooperative:

-le cooperative di tipo A che svolgono servizi socio – sanitari ed educativi, volti, attraverso l'impiego di soci lavoratori, a fornire servizi a favore di persone bisognose di intervento in ragione dell'età, della condizione familiare, personale o sociale;

stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei princìpi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza. 2. Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi.3. Le regioni rendono noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle convenzioni ai sensi del comma 1, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali. 4. Per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto." Per un commento alla legge n.. 381 del 1991: A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2005, p. 141-150. L. MARTINELLI - S.LEPRI, *Le cooperative sociali*, Milano, 2001, p. 9-19.

Si segnala inoltre che, in attuazione della legge delega n. 106 del 2016 è stato adottato il decreto legislativo 3 luglio 2017, n.112 "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale a norma dell'articolo 1 comma 2, lettera c, della legge 6 giugno 2016, n. 106" in cui è previsto che le cooperative sociali ed i loro consorzi di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381 acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali (modificato dal d.lgs. 20 luglio 2018, n.95 "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge 6 giugno 2016, n. 106").

ISSN 2279-7238

-le cooperative di tipo B che svolgono attività diverse da quelle di tipo A (agricole, industriali, commerciali o di servizi) al fine di promuovere l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate[2176].

Per quanto riguarda la deroga al regime degli appalti questa si applica solamente agli affidamenti disposti a favore delle cooperative di tipo B; di contro le cooperative di tipo A concorrono sul mercato con gli altri operatori economici in caso di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica.

Per quanto concerne il profilo oggettivo, il regime di favore previsto per gli affidamenti alle cooperative di tipo B è subordinato al ricorrere di specifiche condizioni[2177].

Qualora quindi ricorrano i suddetti requisiti, sia soggettivi che oggettivi, l'affidamento può avvenire in deroga al codice dei contratti mediante la stipula di apposita convenzione. Si tratta in ogni caso di una facoltà e non di un obbligo. Su tale possibilità di procedere ad affidamento diretto tramite convenzioni per le cooperative sociali si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa la quale ha chiarito che: "in materia di affidamento diretto, tramite convenzione, in favore di una cooperativa sociale, l'art. 5 l. 381/91 (recante disciplina delle cooperative sociali) consente all'amministrazione, quando ricorrono le condizioni specificamente indicate, di affidare direttamente alle predette cooperative sociali appalti di fornitura di beni e servizi pubblici. Tale tipologia di appalti presuppone, in coerenza con la causa del contratto, che la relativa prestazione sia rivolta all'amministrazione per soddisfare una sua specifica esigenza al fine di ottenere, quale corrispettivo, il

[2176] Sulla nozione v. tra gli altri, C. BORZAGA, *Introduzione. La cooperazione sociale di inserimento lavorativo: quale ruolo e quali politiche di sostegno?* in G. MAROCCHI, *Integrazione lavorativa, impresa sociale, sviluppo locale: l'inserimento lavorativo in cooperative sociali di lavoratori svantaggiati come fattore di crescita dell'economia locale*, Milano, 1999, p. 18-20

[2177] V. Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, cit., p.24 che elenca le seguenti condizioni che devono possedere le cooperative di tipo B:
-l'importo stimato dell'affidamento al netto dell'IVA deve essere inferiore alla soglia europea;
-l'affidamento deve avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quello socio – sanitari ed educativi;
-l'affidamento deve essere finalizzato a creare opportunità di lavoro per i soggetti svantaggiati;
-questi ultimi devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere soci della cooperativa stessa

ISSN 2279-7238

pagamento di una determinata somma. Tuttavia tale norma, derogando ai principi generali di tutela della concorrenza che presiedono allo svolgimento delle procedure di gara, ha valenza eccezionale ed in quanto tale deve essere interpretata in maniera restrittiva. Ne consegue che non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati"[2178].

La scelta di avvalersi del modulo convenzionale costituisce il frutto di una valutazione discrezionale che, come tale, deve essere adeguatamente motivata.

In particolare il criterio dell'adeguatezza, che orienta l'azione della pubblica amministrazione, richiede che vengano esplicitate, sia in fase di programmazione che nella convenzione, le finalità di ordine sociale che si intendono raggiungere ed impone che, in fase di esecuzione della convenzione, siano previsti appositi controlli onde verificare il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Ossia l'utilizzo dello strumento convenzionale non deve tradursi in una deroga completa al generale obbligo di confronto concorrenziale, giacchè l'utilizzo di risorse pubbliche impone il rispetto dei principi generali di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza, come disposto dall'art. 5, l. n. 381 del 1991 che impone espressamente il preventivo svolgimento di procedure di selezione idonee al rispetto dei predetti principi. Inoltre tale scelta, in quanto ritenuta eccezionale, deve essere interpretata in modo restrittivo, e non può riguardare l'esecuzione di lavori pubblici o la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, dovendosi in tale caso seguire le procedure ad evidenza pubblica[2179].

5.2. La disciplina degli appalti e concessioni riservati agli operatori economici ed alle cooperative sociali e loro consorzi nell'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016

[2178] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 aprile 2013, n. 2342, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[2179] V. Cons. di Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863, in *www.giustizia-amministrativa.it* che, in relazione ad un affidamento diretto da parte di un Comune del servizio di trasporto urbano, nei confronti di una cooperativa di tipo B ai sensi della legge n. 389 del 1991, lo ha ritenuto illegittimo in quanto l'affidamento aveva ad oggetto una concessione di servizio pubblico (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, sentenza 11 maggio 2010, n. 2829 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

ISSN 2279-7238

Le previsioni fin ora esaminate sono contenute nel testo unico del terzo settore. Tuttavia la disciplina degli affidamenti agli operatori economici, alle cooperative sociali ed ai loro consorzi, come già osservato, oltre alle previsioni dell'articolo 5 della legge n. 381 del 1991 è disciplinato da un apposito articolo del codice dei contratti pubblici, l'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale al primo comma fa espressamente salve "le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali"(ossia le convenzioni).

L'art. 112[2180] prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto ad operatori economici e a cooperative sociali ed i loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il trenta per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati[2181].

Si tratta di una disciplina di gara di appalto pubblico riservata alle cooperative sociali.

A differenza della normativa prima analizzata sulle cooperative sociali, l'art. 112 tutela non solo i lavoratori svantaggiati ma anche le persone disabili al fine di garantire a tutti un accesso paritario al mercato degli appalti pubblici (in questo caso il bando di gara o l'avviso di preinformazione dovranno espressamente dichiarare che si tratta di un appalto riservato).

Oltre alla previsione di cui all'articolo 112 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i saranno applicabili alle cooperative sociali ed alle imprese sociali gli articoli

[2180] L'art. 112 del codice dei contratti "Appalti e concessioni riservati" prevede che: "Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e i loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati."

[2181] Il comma 2 dell'articolo 112 specifica che si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge n.68 del 1999; le persone svantaggiate quelle previste dall'articolo 4 della legge 381 del 1991, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione ed al lavoro all'esterno.

ISSN 2279-7238

140, 142, 143 e 144 del d.lgs. n. 50 del 2016 con le medesime regole già in precedenza esaminate.

I profili più delicati, su cui si è soffermata di recente la giurisprudenza amministrativa, sono stati relativi a bandi di gara in ambiti ritenuti dalle organizzazioni di volontariato dovessero essere oggetto di affidamenti diretti alle medesime.

Si segnala in proposito una recentissima sentenza del Consiglio di Stato che ha accolto l'appello di una cooperativa sociale la quale aveva sostenuto il contrasto con l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario misto per la prestazione di servizi in ambulanza (che secondo il 28 considerando della direttiva 2014/24/UE dovrebbero essere soggetti al "regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi in ambulanza" in particolare ai servizi di emergenza espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva") confermando che tali servizi rientrano nell'ambito delle gare di appalto di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144 del d.lgs. n. 50 del 2016[2182]. Tuttavia la sentenza, pur richiamando sia il regime alleggerito che la gara "riservata", accogliendo l'appello della cooperativa sociale (che sarebbe stata esclusa da una gara "riservata" a concorrenza limitata soggettivamente tra le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale) ha ritenuto che la gara in questione dovesse essere inclusa nell'ambito del regime "alleggerito", senza approfondire gli aspetti soggettivi ed oggettivi della gara "riservata" di cui all'articolo 143 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.

[2182] V. Consiglio di Stato Consiglio di Stato, sez. III, n. 1139 del 22.02.2108, in *www.giustizia-amministrativa.it*:"Dunque, i servizi di trasporto di persone in ambulanza, qualora di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di 750.000,00 euro (art. 35 comma 1, lett. d) come nella specie, ricadono nell'ambito della direttiva UE 24/2014 e del relativo titolo III, dedicato ai particolari regimi di appalto: in specifico, gli artt. 74 e ss. indicano le disposizioni in tema di affidamento di cui all'allegato XIV (ivi inclusi i servizi di ambulanza). Nell'ambito del d.lgs. 50/2016 i servizi di ambulanza identificati con il CPV predetto, rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140, 142, 143 e 144 del codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il cd. "regime alleggerito" di cui all'art.142 o secondo il sistema della gara "riservata" a determinate categorie di operatori no-profit, ai sensi dell'art. 143".

ISSN 2279-7238

Persona, libertà e giustizia in Giorgio La Pira*

di Ciro Palumbo**

«L'uomo non sopporta che sia sovrano un uomo, ma che sia sovrana la legge giusta»
G. LA PIRA

1. *Il giurista, la persona-individuo e il diritto: principi e valori*

È dalla profonda vocazione romanistica di La Pira[2183] che bisogna attingere per comprendere la riflessione sul diritto e sulla giustizia. La formazione di La Pira si fortifica con gli insegnamenti di Pugliatti e Betti, il primo, quasi esattamente coevo, un compagno e amico 'ideale' di studi e confronti; il secondo, una vera guida scientifica, col quale strinse l'unione allievo-maestro. A questi indirizza una lettera, datata 21 febbraio 1927, nella quale esprime la sua chiara vocazione: «Io ho ben netta dinanzi a me la meta che debbo prefiggermi (e che mi sono prefissa): lo studio del diritto romano ...: esso trascende il senso comune di studio, per assumere … valore di strumento della mia medesima formazione interiore. Ha un valore ideale grandissimo e costituisce il tratto caratteristico della mia 'persona'»[2184].

La Pira era evidentemente attratto dalla presentazione di un corpo normativo dalle tematiche complete e diffuse. Si vedrà più avanti come lo stesso sia attratto anche da quella forma estetica del 'geometricamente preciso', dimensioni che attraggono il senso estetico universale. La sua espressione, poi, il 'tratto caratteristico' della persona, sollecita riflessioni salienti ed attuali: è questa – ancora oggi – un'espressione degna di significato? Che cos'è diventato il 'tratto caratteristico', ovvero la peculiare originalità di una persona, davanti alla questione del giusto? Davanti all'esecuzione dei modelli legali, può ancora dirsi che la 'persona' è riconosciuta nella sua peculiarità? Nel suo essere differente dalle altre persone? E, sotto il profilo giuridico, che non è quello ne' dei *social* ne' del *marketing*, la

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
** Ricercatore di Filosofia del diritto presso l'Università di Roma "La Sapienza".
* Università 'Sapienza' di Roma.

2183 P. CATALANO, *La Pira, Giorgio*, in *Dizionario Enciclopedico*, vol. X, Torino, 1969, p. 991.

2184 G. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, Roma, 1980, *Presentazione*, pp. 43-44.

ISSN 2279-7238

persona è ancora tale ed è ancora portatrice di una particolarità del caso giuridico? O, invece, tutte le persone sono uguali secondo identità numerica e non uguaglianza sostanziale, e quindi tutti i casi sono parimenti uguali in quanto identici o simili? Insomma, la 'casistica', termine che ormai ricorre da troppo tempo, tradendo anche quel 'senso comune' delle istituzioni giuridiche romaniste, riguarda anche le persone ed ha sconvolto il mondo delle 'istituzioni' giuridiche?

Oggi si assiste all'*ab*-uso dell'ufficio di 'giurista': che ne è, dopo le 'istituzioni' classiche della giuridicità, della persona del giurista? Essere giurista: tutti si 'improvvisano' giuristi, dai rappresentanti dell'economia a quelli della politica; e ciò accade, per certi versi, persino nello scadere di alcuni ambienti giudiziari, dove si pronunciano i giudizi giuridici, e non di altro tipo. Chi sono queste 'persone'? Cos'hanno e cosa conservano della 'persona' umana? Chi è oggi il giurista?

Ricorda Grossi come per La Pira «l'esser giurista è un abito intrinseco, se ci è consentito di usare questa non scorretta terminologia della teologia scolastica, è una radicazione caratteriale che permette al soggetto una lettura tutta puntuale e tutta peculiare del mondo»[2185].

Solo attraverso questa 'radicazione caratteriale' ha ragione di trovare nucleo costitutivo l'insopprimibile *diritto alla Weltanschauung*, non tanto come visione, e quindi concezione, del mondo, ma soprattutto come intuizione, incessante, dello stesso. Ogni persona, ogni individuo, intende se stesso e il mondo in modo originale e diverso dagli altri. In ciò si radica sia il *diritto alla possibilità*, sia il diritto all'essere 'io', quell''io' che non è un altro, oltre un 'ordine di cose' o una naturalità scientifica che nega il 'possibile'.

Come è potuto accadere che gli uomini e le donne non possano accedere più a presentare il libero sviluppo delle loro personalità, le proprie 'intuizioni del mondo'? Come possono esser visti un pericolo i portatori di un diritto all'espressione e manifestazione della creatività? Chi vi riesce elide i modelli-idoli. Sono forse i nuovi 'profili' umani, quelli imposti dalla positività normativa, a servizio del mercato e dei poteri più forti, a 'comandare' una 'moda' della persona, contro la 'persona a modo'? Chi è oggi 'persona' 'a modo'? È quella che presenta una propria dignità e originalità nel rispetto dialogico dell'altro e dei principi universali del diritto, costitutivi della realtà umana? O è, invece – in quanto è imposto di esserlo – una persona come modello della moda imposta? O, addirittura, l'espressione è obsoleta e priva di rilievo?

Quali sono oggi i principi giuridici – che muovono gli altri, come quelli costituzionali – che 'curano' la libertà economica della persona? Se il mezzo del mercato è il danaro, bene fungibile per eccellenza, e questo mezzo non è attraversato dal principio giuridico di proporzione, come può nominarsi la dignità umana[2186]? Come si concilia la dignità con una libertà non esperibile? Chi ha meno mezzi, o alcuno, conserva gli stessi diritti che

[2185] P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, Milano, 2008, p. 49.

[2186] L'art. 41 della Costituzione Italiana recita che "l'iniziativa economica privata è *libera*. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla *dignità umana*".

ISSN 2279-7238

hanno genesi in questi principi giuridici? Chi è economicamente debole, insomma, ha un diritto debole? O il diritto è tale per tutti in quanto universale?

Il problema è anche leggibile sotto la luce del raffronto tra linguaggio del diritto, che è il dialogo e il processo dialogico in genere, e linguaggio del mercato, il danaro: il primo richiede un lento e complesso itinerario, implicando un tempo di riflessione sulle considerazioni che promanano dalle parole e dallo scambio dialogico; il secondo è veloce, al punto che l'ingiusta operazione mercantile si consuma nell'immediato a danno della persona; e il tempo per il 'giusto' recupero, riaffermazione del diritto, lascia disperdere tracce e genera sofferenze incolmabili in una condizione-limite (alla persona umana) inaccettabile. Eppure il mercato si serve della legge!

Allora quale legge? Giusta? Ingiusta? Bisogna, dunque, prestare attenzione: spesso il richiamo ai 'principi', che in La Pira costituiscono un movente essenziale della 'persona', non sono avvertimenti formalistici, tipici del bigottismo posto a metà del gioco teorico tra morale e diritto: lo scavo nei principi rappresenta una intenzione umana di voler fuggire la complessità de-costitutiva della persona, soprattutto quando questa complessità – che doveva essere il risultato di una lotta contro gli accentramenti e totalitarismi – è divenuta solo 'funzionale' al mercato stesso a scapito dell'individuo. Il riferimento ai principi, almeno secondo una lettura lapiriana, si presenta come ripresa di un itinerario comune, perché ha un nucleo in un qualche senso comune[2187], che è l'umano stesso, ricercato con gli altri e col quale tutti iniziano il cammino per l'affermazione di se stessi 'con' e non 'sopra' gli altri.

La Pira aveva, a questo fine, colto un metodo, e lo andava scovando nei classici del diritto romano, nelle 'Istituzioni' di Gaio – appunto – che, come sottolinea ancora Grossi, «non son per lui un libriccino innocuo …, ma piuttosto … un breviario metodico, un metodo, con cui ridurre la complessità dei fatti a linee e figure geometricamente precise»[2188].

Cosa, oggi, potrebbe aver più valore, se non questo tentativo di ordinare, precisare, ritrovare…per ripartire? Insieme a quanto altro ancora ciò potrebbe dare risposta alla ricerca di un 'fondamento'? Il *valore*, come tale, appare non potersi nominare; parimenti il *fondamento*; ed anche il *normale* o il *regolare*. Figurarsi il *naturale* o il *morale*. Stessi problemi, e non apparenti, investono il *giusto*. Si tratta di un 'complesso' di parole e termini che ricorrono nel linguaggio comune ma che assumono, a seconda dei contesti, diverse prospettive di significato. Se e quando pronunciati, destano spesso critica: eppure si tratta di parole. Si pensi alle espressioni colloquiali *è normale*, *è regolare*, *è naturale*; o, anche, *è nell'ordine delle cose*. O, peggio, se ad esse viene preposta la negazione *non*. Allora potrebbe ritenersi esser quantomeno giusto che la ricerca sia e resti un diritto come tale, come lo sia anche la giuridica ed intramontabile possibilità di dire 'io' e di dire *è umano*.

[2187] I. KANT, *Critica del giudizio*, cit., § 40.

[2188] P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, cit., p. 49. Si veda anche in ID., *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana: 1859-1950*, Milano, 1986, pp. 101-102.

ISSN 2279-7238

Ecco, questo è uno dei punti. Cos'è oggi umano (!?). 'Io' può esser detto da chi resta appeso senza termine all'aspettativa di riconoscimento giuridico di 'persona', di 'io', lasciato lì in quanto deve prima pervenire un *intendersi formale* sul riconoscimento di *figure formali*, quale quella di apolide o rifugiato politico; e ciò in quanto i giuristi sono impegnati a discutere le ragioni politiche dell'arrivo di una persona su un territorio, e non il fatto che si tratta che siano giunti degli uomini e delle donne. Il giurista è impegnato – gli viene anzi chiesto di impegnare il suo tempo anche in ambiti istituzionali – e lui si rende sovente disponibile, a discutere del fatto che il diritto di circolazione sia stato violato per oltraggio a normazione legale, spesso ingiusta, piuttosto che affannarsi ad affermare che esso è un diritto universale, tale in quanto «si radica in principi universali del diritto»[2189].

Chi è il giurista se non comprende questo? Come è potuto diventare un mero 'tecnico delle norme' piuttosto che curare il suo essere un «artista della ragione»[2190]? Come ha potuto permettere che la grammatica [2191] normativa, con la giustizia legale, abbia soppiantato il linguaggio del diritto e la giustizia giuridica? Come si presenta «davanti a se stesso»[2192], come giurista, se guarda in questo modo la giuridicità esistenziale degli altri?

Sono messi da parte il *principio della persona* e quello di *solidarietà*, che sono universali in quanto nucleo fondante dal quale si declina lo stesso 'essere persona', l'"essere comunità' e l'istituire il diritto mediante le leggi.

Per La Pira l'ambito delle leggi si riferisce sì ad un diritto positivo, ma questo deve presentare costantemente l'unità dei principi universali, che va di pari passo con quella di una forma positiva che assuma la storia degli individui come particolare ed edificatoria dell'umano stesso, a partire dall'esperienza di 'persona' di ognuno. Rivolgersi ai principi significa coglierne qualità e universalità: quello della persona è un principio nel senso di un inizio, e a questo si deve guardare per comprendere e recuperare significato e senso di una esistenza giuridica. In questa direzione «la persona è la condizione imprescindibile»[2193], quindi principio (principale-iniziale) per procedere dall'ideare il diritto all'istituirlo attraverso la codificazione del diritto positivo.

È in questo senso che La Pira parla di una «unità di ordine»[2194], in una direzione di un formalismo giuridico che chiede di essere varcato nei suoi fondamenti teoretici come 'non soltanto legale', una sorta di forma istituita e sempre istituibile che esprime armonia tra le diverse 'intuizioni del mondo', intese, nel diritto, come differenti interpretazioni giuridiche. Tale differenza non costituisce un pericolo se è attraversata dalla terzietà del diritto, ispirata a principi comuni, che vivono nella forma istituita dello Stato.

[2189] B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015, p. 34.
[2190] Cfr. P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, Torino, 2000.
[2191] L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2004, p. 184.
[2192] F. LANCHESTER, *Un giurista davanti a se stesso*, in "Quaderni costituzionali", n. 1, 1983, pp. 5 ss., in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* (a cura di G. Agamben, Neri Pozza), Vicenza, 2006, pp. 151 ss.
[2193] L. AVITABILE, *Interpretazione del formalismo giuridico in E. Stein*, Torino, 2012, p. 47.

[2194] G. LA PIRA, *Premesse alla politica*, in *Per una architettura cristiana dello Stato*, Firenze (1945), 1954, p. 215.

ISSN 2279-7238

Realtà presente e storia (delle realtà che sono state esistenti) si confrontano costantemente nella dinamica delle controversie umane per l'affermazione delle libertà e della giustizia: per questo, se da una parte può dirsi che «il presente umano non è un che di statico e definitivo»[2195], dall'altra deve anche dirsi che è proprio questo dinamismo della persona a consentire il dubbio sulla (con)fusione tra storia e diritto, ove questo è ritenuto mera «espressione»[2196] di quella: io non riconosco il diritto perché è (esiste) nella storia e nella società; lo riconosco, piuttosto, in quanto – nella direzione di La Pira – è il nucleo del 'valore della persona umana'[2197].

Riconoscere il diritto 'come' (prodotto della) storia, significa dar rilievo alla libertà 'fino alla coattività' legale, e non oltre; al di là della forma legale della coattività, invece, vi è un riferimento alle *persone*, alla unità di ordine armonico delle loro volontà che, per quanto traducibili in una forma di volontà generale 'statale', sono e restano riferibili alla volontà umana degli individui; ed è questa, infatti, che è centrale nel diritto, in quanto consente di attivare l'arte ermeneutica direzionata alla ricerca di connettere e separare norme positive e motivazioni che le muovono, attività in cui diviene essenziale il darsi di uno specifico atteggiamento umano, una sorta di *capacità di tematizzare*, di costituire un insieme di domande che rinviano al di là di un ambito circoscrivibile in oggettivazioni chiuse, sperimentabili e verificabili nelle operazioni della *scienza* e della *tecnica* del legale.

Questo atteggiamento, di accedere a tematizzare, è proprio dell'essere umano, descrivibile come «*atteggiamento teoretico*», che «si fonda … su un'*epoché* volontaria ['messa tra parentesi'] da qualsiasi prassi»[2198] e che nel giurista concerne il cercare e mettere in questione il *senso della normatività positiva*, volgendo lo sguardo verso l'infinita creatività umana, che si rivolge a scopi, identificativi di una progettualità futura, così eccedendo « tutti i sistemi culturali che già sono sorti nel corso della vita dell'umanità» [2199]; proprio come quanto 'risulta' positivizzato, già dato. La creatività oltrepassa i «valori che sorreggono espressamente o implicitamente»[2200] questi sistemi dati, come anche i sistemi giuridici. L'"io', ogni 'io', pensa, immagina, desidera al futuro, presentando costantemente il *diritto al possibile* svolgimento del suo stesso 'io', della persona.

La ricerca del senso si svolge, quindi, sì nel rispetto della legalità ma non esaurisce i giuristi in «tecnici dell'applicazione delle norme»[2201], esigendo che l'azione di ricercare sia attraversata costantemente dall'"arte dell'ermeneutica'.

Che ne è di questa arte davanti ad una attuale e chiara tendenza ad un totalitarismo che assume i tratti della dominazione del mercato sul diritto? Cosa residua, ci si domanda con La Pira, della *persona* umana? Si è davanti ad una forma di totalitarismo diversa dagli schemi

[2195] L. STURZO, *La società: sua natura e leggi*, Bologna, 1960, p. 47.
[2196] ID., *Lettere non spedite*, Bologna, 1996, p. 57.
[2197] G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Firenze, 2009.
[2198] E. HUSSERL, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, 2002, p. 341.

[2199] *Ibidem*.
[2200] *Ibidem*.
[2201] P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2014, p. 15.

ISSN 2279-7238

classici conosciuti nella storia[2202], e contro il quale La Pira polemizza fortemente, già allora a partire dal costituzionalismo degli Stati totalitari, ma pure da quello delle costituzioni «di tipo individualista»[2203] e «di tipo socialista»[2204], imputate di essere profondamente errate in quanto traduzioni giuridiche di «errate metafisiche»[2205].

L'esperienza dei regimi sollecita, negli studi di La Pira, la riflessione sul diritto, surrogato dal funzionalismo del legale e dei sistemi totalitari. Il pensiero dell'autore presenta tratti attualissimi davanti al totalitarismo tecnologico: nella riflessione attuale l'orizzonte del 'totalitario' è divenuto l'espressione più acuta di una legalità sistemica che pone il diritto in una subordinazione meccanica allo scorrere delle norme e del mercato, ai tecnicismi che 'tagliano' e conformano, mediante le reti informatiche, le volontà di produttori e consumatori, alternando messaggi veloci in formule e schemi, con l'unico obiettivo che è l'esecuzione del sistemismo e del legalismo della forma; il tutto finalizzato a che vinca il prodotto e la sua diffusione economica, senza attenzione alla qualità delle relazioni inter-personali, fossero anche solo quelle di una mera compravendita.

Il pensiero di La Pira è attuale anche quando si rivolge la riflessione all'umano e al giusto, opposti dell'inumano e dell'ingiusto: la tendenza al male e all'ingiusto non è costitutiva dell'umano, e non lo è già ad una prima osservazione biologica. Quando, infatti, ci si procura accidentalmente una ferita del corpo, immediatamente si attivano una serie di processi fisiologici e biologici finalizzati al riparo della lesione. Questa caratteristica, comune anche ad altri viventi non umani, lascia cogliere il concetto di non-male e ordinazione al bene. Questa ordinazione' non è in un ordine delle cose, ma, soprattutto nell'umano, assume i tratti di una pretesa anche spirituale a questa conservazione della persona, che si attua e si sviluppa, in ogni individuo – proprio in virtù della particolarità della ragione diversa dalle ragioni degli altri – in modo singolare e originale, proiettato a se stesso, all'altro e al futuro, nella cooperazione solidale tra gli individui. L'attenzione, anche qui, va oltre il corpo, ricade sempre sulla *persona*[2206], unità senso materiale e immateriale (spirito), in potenza e in atto[2207], in teoria e in pratica[2208], in pensiero e azione, unica capace di selezionare gli itinerari di ricerca dei contenuti di bene e male, di giusto e ingiusto.

Anche le note autobiografiche[2209] di La Pira rappresentano il versante della singolarità in quanto consentono di verificare la sua personalità monolitica[2210], nel senso che è manifesta

[2202] Il riferimento polemico costante di La Pira è soprattutto verso lo stato totalitario di origine hegeliana-marxista ed hegeliana-fascista, i quali, in diverso modo, subordinano la persona. Sul punto vedi G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, cit., p. 7.
[2203] G. LA PIRA, *La casa comune* (1979), Roma, 1996, p. 131.
[2204] *Ibidem.*
[2205] *Ibidem.*
[2206] S. COTTA, *Diritto Persona Mondo umano*, Torino, 1989, pp. 59 ss.
[2207] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I, 75, 2.
[2208] B. ROMANO, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino, 2013, p. 153 ss.
[2209] Sono scritte sulla prima pagina della copia dei *Digesta Iustiniani* che La Pira utilizzava, come si trova annotato in P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, Padova, 2003, p. 63.
[2210] P. CATALANO, *La Pira "personalità monolitica": le note nel Digesto*, in *Il Veltro. Rivista della Civiltà italiana*, XLI, 5-6, (settembre-dicembre 1997), p. 349 ss.

ISSN 2279-7238

una inscindibilità dei vari aspetti del pensiero e dell'azione, siano essi riferiti al diritto, alla politica o alla religione: già all'interno di questa inscindibilità, in La Pira compare *il primo nucleo dell'inscindibile*: la persona. Attraverso gli studi di Tommaso, La Pira compie il tentativo eccellente di restituire il 'valore della persona umana', attraverso l'indagine sull'individuo umano che trova una sua genesi nel bisogno di combattere gli errori derivati dalle impostazioni del pensiero metafisico circa gli enti sociali che, divenuti la meta dell'esistenza ordinata, non solo hanno tradotto la comunità in totalità ma hanno anche, per contro, svuotato il singolo della sua originalità.

Ciò La Pira lo afferma a proposito di una indagine sull'individuo umano, non utilizzando mai la parola individuo senza la parola umano che vi segua; anzi, «l'espressione individuo umano coincide totalmente con l'altra più in uso: persona umana»[2211]. La Pira così nega decisamente un fondamento che differenzi l'individuo dalla persona: se è vero che questa differenza si colloca su due piani diversi, quello inferiore della materia in quanto individuo, quello superiore dello spirito in quanto persona, è anche vero che l'individuo umano, nella sua inscindibile unità di materia e spirito, è 'persona': ed è tale perché la sua natura è razionale, chiarendo così il riferimento a Boezio, per il quale «*persona est individua substantia rationalis naturae*»[2212].

Questa accurata indagine, cui La Pira ha rivolto i suoi studi, spiega ancora perché si tratta di una questione di *Principium*: esso è l'inizio dell'umano non come genesi biologica, ma come unità di spirito e materia, che traducono i temi della giustizia e dell'armonia nella convivenza secondo lo *iustum*, appunto il diritto.

Questo 'diritto' con La Pira è indagato anche a partire da una forte critica hegeliana secondo la quale il valore dell'uomo va ricercato in una Legge che sia discriminatrice del bene e del male: si tratta della legge costitutiva dell'umano che restituisce ad ogni singolo la sua autenticità di spirito e materia, quella legge che consente di differenziare ognuno tra tutti; un *principio*, appunto, capace di illuminare di contenuti di giusto le grandi strutture e sovrastrutture che compongono la storia dell'associarsi.

All'*ubi societas ibi ius*[2213] si può, per così dire, sostituire l'*ubi homo ibi ius*. Certamente in La Pira è così, perché nell'uomo è l'inizio, in lui è il valore. Bene e male, giusto e ingiusto, vita mortale e immortale, sono tutte questioni che nella dialettica hegeliana[2214] non trovano senso: in Hegel [tutto] *ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale*[2215] e, per questo, una vita che non sia *questa* vita appare inconcepibile, così come è inconcepibile la contemplazione (giusta) di una individualità che abbia una sua permanenza dopo la morte. Queste, che per Hegel sono costruzioni mentali, che si traducono e vengono accolte dallo stesso in quella sorta di spirale che è il sistema analitico, dove anche «la filosofia è

[2211] G. LA PIRA, *Principî*, Firenze (1939), 1975, p. 43.
[2212] S. BOEZIO, *De persona et duabus naturis*, 3, P.L. 64, 1343.
[2213] G. LA PIRA, *Principî*, cit., p. 192.
[2214] ID., *Il valore della persona umana*, cit. p. 23.
[2215] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano 2006, p. 59.

ISSN 2279-7238

necessariamente sistema»[2216] e dove anche Dio è assorbito come concetto racchiudente, in La Pira sono – invece – riconosciute come 'questioni architettoniche' dell'esistenza umana.

E, infatti – avverte La Pira –, il punto di vista hegeliano può diventare speculare solo se ci si pone dall'angolo visuale dello spirito universale: se lo spirito è immortale, esso lo è in quanto è anzitutto universale. È la dimensione dell'architettura universale, dell'eterno senso immateriale dell'uomo, ad assegnare valore di umanità alla persona, e per questo a distinguerla dai processi animali e vegetali, dalle leggi biologiche.

La dimensione 'architettonica' alla quale fa riferimento La Pira è un nucleo artistico, che rappresenta il discernimento tra l'umano e gli altri viventi: è il luogo dove le leggi vengono istituite, secondo una estetica ed una volontà che si esperisce mediante atti. È l'uomo che costruisce, edifica, innalza: in una parola, 'crea' la storia di se stesso e del mondo, la direziona e la condiziona. Del mondo classico La Pira ricorda la *polis* che costituisce l'inizio dell'incontro dell'altro e consente il recupero di sintesi tra la storia della teoria e quella della prassi della giuridicità, costituendo il nucleo di senso dell'esistenza umana. l'uomo, attraverso la costruzione delle città[2217], inizia a direzionare il senso dell'esistenza umana e a rendersi controfattuale ponendo gli atti, motivati e intenzionati, contro-davanti ai fatti, solo spiegati scientificamente e privi di intenzione; ovvero, inizia ad istituire un senso nei fatti mediante il compimento degli atti, responsabili ed imputabili dinanzi alla comunità universale, pregni di materialità e spiritualità volitiva. In questo processo è il diritto: l'uomo, con la spinta spirituale dell'architettura e dell'arte, entra costantemente con le proprie azioni nella realtà circostante, cercando di condividere la regola del giusto, volendo conseguire, per mezzo delle proprie e altrui azioni creative e volitive, la modificazione di queste realtà.

In questa direzione sorgono con La Pira delle domande centrali: la *societas* è una forma giusta autenticamente possibile o è solo il frutto errato/forzato del sacrificio della unione dei singoli? La giustizia può assurgere ad un ente autonomo e disponibile o è il sacrificio delle opere di ognuno? E di qui si sviluppano le vie che nominano il bene comune, lo stato giusto, tutti con una residenza in quella che La Pira chiama la 'città umana': essa è concepibile solo a partire dalla persona, col suo carico di umanità – appunto – che contiene edificazioni e problematiche[2218] che consentono a La Pira di individuare che ogni studio e disciplina si rivolge alla persona stessa; e così il diritto, come la dottrina politica, ha alla base una determinata metafisica e concezione dell'uomo. Queste influiscono intensamente sul modo di intendere la persona, la società, il loro rapporto, il diritto naturale, lo Stato, la guerra e la pace, il bene e il male. Lo sforzo di indagare la 'persona' è costante negli studi di La Pira, al punto che lo stesso afferma che «tutta questa indagine sull'individuo umano è stata causata dal bisogno di combattere certi gravi errori del nostro tempo che partendo

[2216] ID., *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* in AA. VV., *Tutto Filosofia*, Roma, 2010.
[2217] P. CATALANO, in *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, cit., p. 127.
[2218] Cfr. G. LA PIRA, *I problemi della persona umana*, in *Acta Pontificiae Academiae Romanae S. Thomae Aq. Et Religionis Catholicae*, VIII, Roma, 1943.

ISSN 2279-7238

da erronee premesse metafisiche hanno ipostatizzato gli enti sociali ed hanno, inversamente, svalutato l'originalità dell'individuo»[2219].

In questo clima teoretico nascono anche i *Principi*[2220], davanti a quello che la Pira riconosce come un 'ambiente sociale' lontano dalla persona e che, per questo, stava cambiando il corso universale dell'intera storia: una questione che subito si affronta nei Principi è che la storia dell'uomo ha raggiunto il suo punto terminale, apocalittico, con l'avvento della forma più ingiusta che l'uomo conosca: il totalitarismo. Ne è dimostrazione il nazismo, con lo spargimento di odio e morte in una direzione e in un senso fino ad allora mai sperimentati, verso tenebre e distruzione, in cui la guerra non è ne' giusta[2221] ne' ingiusta, ma solo funzionale alla struttura totalitaria, e falsamente è stata annunciata e svolta come guerra nuova, quando invece si è rivelata piena di atrocità 'scientifiche e tecniche'; in questo – dice La Pira – è nuova, nel senso di unica, inconfrontabile con le altre, per la sua specie 'scientificamente demoniaca', che ha raggiunto e giaciuto su quel fondo «dell'abisso storico, satanico»[2222].

E, ad oggi, cos'altro appare di più totalitario se non proprio il *dominio della cosa*? Al di là del giusto o dell'ingiusto, del bene o del male; solo come funzione del più forte, padrone della cosa, che domina il più debole, che resta confinato tra quelli che La Pira chiama i «poveri»[2223], di mezzi e forze: ne è un esempio la potenza del mercato finanziario e della sua *cosa economica*, quella degli algoritmi e della loro *cosa intangibile*, sconosciuta ai non calcolatori, quella del web e della sua *cosa moda(le)*, tutti elementi 'nuovi' in senso improprio, in quanto privi di una creatività edificatoria dell'umano, soltanto risolutivi funzionalmente di effimeri disagi, affidati alla tecnica e al consumo piuttosto che alla riscoperta di quel giusto e mai archiviabile nucleo del *principium* universale delle relazioni umane: la persona e il dialogo.

Anche la guerra, in questi ambiti, non ha più i tratti (caratteristici) della *lotta*; bensì è solo tra chi è più forte 'già tra i forti': gli altri ne sono esclusi già da tempo. In La Pira la guerra

---

[2219] ID., *Il valore della persona umana*, cit., p. 121.

[2220] ID., *Principî*, Firenze (1939), 1975. L'opera Principi, n. 1, (Supplemento a vita cristiana-gennaio 1939), ristampa, Firenze, 1975. La rivista 'Principi' è stata fondata nel '39 da La Pira che ne era anche il direttore, e si protrasse fino al 1940, con l'uscita di n. 10 fascicoli, di cui n. 4 doppi. Dopo questa data fu abbandonata per via delle persecuzioni del regime essendo la rivista, seppur in latino, di evidente tema antifascista. La pubblicazione fu decisa durante una riunione di amici convocati per 'scopi musicali' in casa di Mario Calvelli, a Firenze, in Via Garibaldi n. 15. Era presente, tra gli altri, Giorgio La Pira (p. XIV, cit.). Nell'occasione della presentazione della rivista 'Principi', lo stesso La Pira dichiara: «è un supplemento alla rivista vita cristiana, ascetico-mistica, con lo scopo – lo dice il nome principi – di indicare a noi, ai cattolici e a tutti, che la dottrina fascista e nazista, relativa al razzismo e relativa alla guerra, era strutturalmente anticristiana».

[2221] G. LA PIRA, *Principî*, cit. p. 94. In tal senso P. CATALANO, *Unità, pace, giustizia, grazia. Roma-Costantinopoli-Mosca secondo Giorgio La Pira*, Soveria Mannelli, 2003, p. 135. Sul tema della guerra giusta cfr. U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, a cura di Fausto Arici-Franco Todescan, introduzione di Guido Fassò, Padova, 2010.

[2222] Apoc. XX, 1, III-IV.

[2223] G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, cit., p. 25.

ISSN 2279-7238

non ha che cause estreme che possano legittimarla[2224], dovendosi condurla solo per realizzare il diritto, il bene comune. In questo senso la guerra presentava anche un suo 'valore', un movente: si pensi alla resistenza, agli oppressi che non possono che ribellarsi quanto la violenza è una costante 'annosa', non possono che tentare un ribaltamento delle sorti, reagire alle ingiustizie. C'era, in quel concetto 'classico' di guerra, una certa connotazione di giustificazione sociale, visibile a tutti, alla storia stessa. Oggi la guerra è invisibile: era visibile quella intesa da La Pira, interpretata come lotta, quello scontro, anche dialogico, tra le relazioni giuridiche intersoggettive, private, nazionali o internazionali, che, però, siccome ispirate al *dia-logos*, rappresentavano sempre un incontro, seppur fra tensioni, soprattutto quando era posto a repentaglio un elevato valore dell'umano: il diritto, cioè l'umano stesso.

Col secondo conflitto mondiale – avverte La Pira –, la nave della storia stava per affondare, e non perché navigasse senza bussola, ma perché navigava con bussola anti-umana, che alla indicazione del *Nord*, inteso metaforicamente come giustizia del senso esistenziale[2225] dei diritti e dei doveri, l'amore, il giusto, il bello, il bene, tutto insieme col vero, aveva sostituito l'odio, il male. L'umanità aveva posto una ragione strutturale sopra ogni altra ragione, essenzialmente sopra quella giuridica, e al polo della solidarietà e dell'uguaglianza, che traducono la dimensione della dignità della persona, l'umanità aveva posto la discriminazione dell'uomo e dei popoli. E così la lotta individuava un qualcuno, noto, individuo-individuabile, contro il quale chiedere l'in-contro o fare lo scontro: il rapporto era persona/e-persona/e; oggi la guerra non è più lotta in tal senso: non c'è nessuno dall'altra parte, in quanto il rapporto è diventato tra persona/e-cosa, non individuabile, voluta come ignota da chi possiede gli strumenti per possederla, scambiarla e renderla polvere imprendibile.

Davanti a questo 'nuovo dominio', contro la persona umana e contro i diritti, come può nominarsi ancora la parola *pace*? Tra chi?

Per La Pira lo scopo dell'uomo è la ricerca del valore di umanità e giustizia, in costanza del fatto costitutivo che il valore dell'uomo è nell'uomo; dunque, veramente e ancora «la pace e, perciò, l'unità fra i popoli di tutta la terra è, malgrado tutto, inevitabile»[2226]?.

2. *Principio di giustizia:* κράτος-fides-*libertà*

Le domande che chiariscono un senso della giustizia, un rientro verso un principio umano, possono essere racchiuse nelle seguenti: è giusto reagire? É giusto chiedere, e

[2224] ID., *Principî,* cit., pp. 94-95.
[2225] B. ROMANO, *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Roma, 1974, p. 235.
[2226] G. LA PIRA, *Unità, disarmo e pace*, Firenze, 1971, p. 91.

ISSN 2279-7238

cercare di ottenere con qualunque mezzo, la restituzione dell'umanità? E in tal senso la guerra è lecita?

Si tratta di questioni che ripropongono i grandi universali temi dell'uomo, in una chiave che La Pira affronta anche con gli strumenti teoretici della scolastica. Il punto di partenza, l'inizio, è sempre nella persona, nel singolo, e da qui si diramano le articolazioni sociali. La Pira riconosce con Tommaso, che avvicina la tesi aristotelica, un sentiero cardine del valore dell'umano: «*haec est veritas, quod in natura nihil est praeter singularia existens*»[2227].

Come si giunge al diritto a partire da questa singolarità? E cos'è il diritto e quali limiti invalicabili esso trova nella sua genesi?

Davanti ai conflitti e alle ingiustizie, tra queste la totale e totalitaria volontà di pochi di non far conoscere chi governa i tutti, il recupero del valore della persona umana si pone come fine da raggiungere, seguendo il principio del solidale, anticipatore della solidarietà, nel senso che «i singoli uomini sono considerati come membri del corpo sociale in guisa che il bene od il male di ciascuno diventa necessariamente bene o male di tutti»[2228], in quanto se è vero che in ogni principio gerarchico c'è un ordine, è anche vero che vi è un principio regolatore della gerarchia che non può che essere un principio costitutivo dell'esistenza umana: il solidale, appunto. E' questo principio che apre le porte alla giustizia distributiva, alla giustizia giuridica e non legale, come quella che invece si sostanzierebbe nell'ordine gerarchico se non fosse illuminato da questo principio costitutivo del 'tra tutti e per tutti'[2229].

Secondo queste riflessioni *principio dell'umano* e *principio di giustizia* si eguagliano, ponendosi entrambi la stessa dimensione regolatrice: il raggiungimento del bene e del giusto, contro il male e l'ingiusto.

Il quadro di una apparenza di giuridicità sembra chiaro a La Pira che contesta i sistemi totalitari che si sono alternati, e si alternano, presentando la figura di un apparato normativo incapace di esprimere il diritto, ma che, per vero, presenta ed attua con violenza la insostenibile tesi che «tutto nello stato, nulla fuori dello stato»[2230]. Alla stessa stregua odierna: tutto nel sistema, nulla fuori di esso. Chi non è *in rete*, non è, e quindi non è persona; ugualmente chi non è *nel mercato*. Per La Pira bisognava contrapporre a questo principio, di statura anche kelseniana, secondo cui il sistema è il custode di una *Grundnorm*, della quale i singoli soggiacciono al casuale contenuto che i sistemi totalitari vi inserivano – e quindi un mero principio dichiarativo di legalità – un principio più forte in termini valoriali, più originario alla stessa *Grundnorm* – come è quello della *Urnorm*[2231] –

[2227] La verità è questa: nella natura delle cose non esiste niente oltre la singolarità (traduzione mia). TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I, 29, 2 e I, 45.

[2228] G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, cit., p. 124.
[2229] ID., *Cinque Principi della morale sociale*, in *L'Osservatore Romano*, Roma, 1939.
[2230] Cfr. G. GENTILE, *La dottrina del fascismo*, Roma, 1934.
[2231] B. ROMANO, *Principi generali del diritto: principio di ragione e principio* dialogico, cit., p. 16. Per un approfondimento su un principio-valore giuridico-esistenziale della normatività, si veda V. VENIER, *La norma fondamentale. Husserl e la*

ISSN 2279-7238

capovolgendo, appunto, il sistema legalistico-normativizzato: il *principio della persona umana*, che si nutre del valore dell'umano stesso e che, pur riconoscendo un giusto principio della socialità e della subordinazione del singolo al bene comune, afferma, però, con fermezza valoriale, che «la suprema finalità di tutto l'aggregato sociale è sempre e soltanto la persona»[2232]. Così il principio della legalità diventa leggibile solo alla luce di una guida: il principio-valore della persona umana.

Queste riflessioni sono sollecitate a La Pira non solo dal quadro storico delineato, rappresentativo del male e delle ingiustizie storiche, ma anche da quella profonda personalità 'monolitica' che, rimarcando costantemente che nei principi non vi è divisibilità tra idea e azione, non accoglie una dimensione di giustizia che non sia quella giuridica: quando La Pira nomina la tendenza verso Dio – e si riferisce anche ai temi kantiani – analizza indirettamente che ogni azione mira all'intelligibile; e, questa tendenza, «anche se violata, rimane inflessibilmente obbligante nella volontà: reagisce, anzi, col rimorso e con l'inquietudine: è una luce che nessuna ombra può del tutto oscurare; una legge interiore che ispira a chi la considera venerazione e timore»[2233].

Si tratta di una venerazione e di un timore che connettono l'umano al suo principio stesso, al suo limite di 'essere' umano; il *potere della persona* sta in questo riconoscimento. Mentre, per altro versante, le attuali forme di venerazione e timore si esprimono solo fugacemente, senza un riferimento universale e costante ad un principio, verso una *mercatocrazia*, capace di servirsi di quel *δῆμος* che prima, in quel principio, era vero *κράτος*. Il progresso e la sua velocità costituiscono le nuove forme di potere, spogliate però dell'elemento umano: nei *principi giusti* gli uomini e le donne lottavano e restavano in tensione, però edificante, nel conferire ad alcuni i poteri rappresentativi di tutti. Il processo era sacrificante, pregno di perdite ed errori, lento, ma volto alla salvaguardia della persona e delle personalità nella futura storia; invece, nel principio soppiantante tutti gli altri, quello del potere del *δρόμος*, «il sistema del diritto si presenta in una condizione di ritardo, di incapacità di una rapida adeguazione ai processi globali del conoscere, delle scienze, delle tecnologie, qualificati dalla misura imperante della *velocità*»[2234], e quindi il principio di giustizia, in cui è contemplato anche il processo giudiziario, e quello dialogico, in cui si ricomprendono lo scambio delle opinioni e il dibattito, arrivano, quando riescono, sempre in ritardo, sia rispetto alle già date (velocemente) modificazioni della realtà, sia ai danni ed errori ormai consumati. Il diritto finisce per fungere, sempre se e quando vi riesce, da funzionale principio riparatore: il diritto è divenuto funzione in quanto è *tolto della persona* che lo alimentava e verso il quale la persona esprimeva una *fides*.

---

fenomenologia dei valori, Rivista *Thaumazein*, 2, 2014, p. 301. Interessante sul punto è anche quanto riporta B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, pp. 229-230.

[2232] G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, cit., p. 39.
[2233] *Ivi*, p. 112.
[2234] B. ROMANO, *Orientarsi nel pensiero* -Kant- *e nelle norme* -Gadamer-. *Nomos* e *logos*: Schmitt, Heidegger, Lacan, Torino, 2016, p. 71.

ISSN 2279-7238

Emerge il concetto di *fides*[2235] che, in generale, è oggi sostituito dall'affidarsi alternativamente, e secondo contingenza-convenienza, ad un mezzo o ad un altro; come ad una idea e, poi, se necessario per lo scopo, immediatamente anche ad un'altra, purchè si ottenga il *proprium-suum*.

Il riferimento alla *fede* non è come primo inizio significante, ovvero in senso classico, ma come quella dimensione dalla quale muove l'inizio di ogni dimensione valoriale dell'umano.

L'atteggiamento oppositivo a questa *fides*, invece, è rappresentativo, più di ogni altro, di una violazione della dimensione universale del giusto, conduce alla scelta del male e dell'ingiusto: e in questo ambito entra la libertà che, però, è assoluta e pura, nell'arbitrio; non è più riferibile alla *libertà dell'arbitrio*, quella che segue il 'principio' in quanto non è in contraddizione con l'esistenza di una legge regolatrice di quell'itinerario naturale dell'azione che, a tappe ascensionali si eleva dal visibile all'invisibile[2236], dal finito all'infinito, dal fatto all'atto, dalla dimensione del legale a quella del giusto.

L'uomo di questa odierna epoca intende, così, con il puro arbitrio, fuggire ai mali e alle sofferenze, non intende condividerli, vuole trovare ingegni per ingannarsi della loro esistenza, e non li riconosce come universali. Le questioni sull'ingiusto e sul male si chiariscono, invece, nella lettura che La Pira fa della sofferenza umana, sociale e personale, e «si configurano con interrogativi che riguardano l'opposizione tra l'in-giusto ed il giusto, tra il male ed il bene. Nel pensiero giuridico maturano anche come questioni sulla distinzione tra legalità e giustizia»[2237] che chiedono di riflettere i limiti dell'azione del singolo e quelli dell'attività dello Stato, in tensione costante a causa del «desiderio della libertà»[2238], in cui La Pira chiarisce l'importanza «del fondamento solido di una limitazione giuridica apportata all'azione di coloro che in una data società detengono il governo della medesima»[2239]: in La Pira vi è un limite che riguarda entrambe le dimensioni, il singolo e gli enti sociali e, questo limite deve intendersi come invalicabile: è il limite 'naturale' concependo il naturale come umano.

In questo ambito si può cogliere il motivo per il quale La Pira si pone la seguente domanda: «vi sono dei punti cardinali osservando i quali è possibile orientarsi intorno alla struttura e alla finalità della vita?»[2240] Vi sono cioè dei «principi immutabili»?[2241].

La Pira, presentando in primo piano questo 'problema', affronta un tutto inerente il dramma delle società: egli pone la complessità come prodotto della disarmonia sociale e culturale, presentando la questione del principio come unità nell'armonia del bene comune

[2235] G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, cit., p. 112.
[2236] *Ibidem*.
[2237] B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, p. 15.

[2238] G. LA PIRA, *Principî*, in Premessa, cit.
[2239] *Ibidem*.
[2240] *Ivi*, p. 1.
[2241] *Ibidem*.

ISSN 2279-7238

e del giusto sociale. Quindi la giustizia, se e in quanto si riferisce a questi principi, è ricerca incessante della luce chiarificatrice dei principi (giuridici).

La Pira coglie questa ricerca, ed anche oltre il sostrato della religiosità; anzi, «*religio*»[2242] è intesa qui come *regola*, che implica *ricerca* e *scelta*, un operare di rispetto e di cura verso la realtà e l'umano e – soprattutto in La Pira – verso la dimensione del trascendente in generale, che consente ad ogni individuo di agire e scegliere liberamente; tant'è che sul punto La Pira afferma: «il compito dello studioso sta nell'osservare gli esseri e nel rivelarne le leggi costitutive»[2243]: l'osservazione del mondo e della realtà è il filo conduttore della storia dell'umano; *studioso*, da una parte, è ogni essere umano che ricerca, oltre che lo studioso in senso proprio, che fa ricerca; e, dall'altra parte, *costitutività delle leggi* traduce il senso di un che di calato in una legge naturale che è ragione, ragione naturale dell'umano, e non «norma ideale»[2244] ambita, intendendo dire che le leggi naturali presentano sì il riflesso di una sorta di legge eterna (un principio immutabile=l'uomo sarà sempre umano), ma lasciandone intendere struttura e movimento, muovendo verso la scoperta dello scopo libero del mondo sociale umano attraverso le leggi istituite e terze, oltre quelle 'trovate'.

Qual è il limite di questa libertà dell'uomo? Secondo questo itinerario sul principio immutabile, la libertà si presenta limitata nel senso che l'universo non dipende unicamente dall'arbitrio dell'uomo, ne' tantomeno dal caso: sono sì le azioni umane ad orientare costantemente la dimensione giuridico-esistenziale dell'umano, ma questa attività è orientata da un senso di un principio comune, che è quel principio immutabile ed immobile per il quale La Pira chiarisce che «la struttura giuridica e politica della società non pende ne' dall'arbitrio del legislatore ne' dall'arbitrio del politico»[2245] e, ricordando che *il compito dello studioso sta nell'osservare gli esseri e rivelarne le leggi costitutive*, La Pira individua l'oggetto e il fine di questa osservazione, che in un tutt'uno è lo scopo della ricerca. Con la 'struttura giuridica e politica' della società si esprime la realtà umana e, se essa 'struttura reale, giuridica e politica, non è condizionata dall'arbitrio – come afferma La Pira – del legislatore o del politico, allora essa trova un suo nucleo costitutivo, garante di ogni singola persona umana, proprio nel *diritto*, in quanto «il diritto non deve mai cedere il passo alla politica, la politica sempre al diritto»[2246]. E quindi solo per mezzo dello *ius*, costitutivo della persona umana, questa potrà mai restare subordinata ad una qualunque totalità sistemica.

Tant'è che nel tracciare il disegno di ogni lavoro, nell'impegno quotidiano profuso da ogni persona e orientato a questo 'strutturarsi e formarsi' nella realtà, c'è una attesa di *giusto*

[2242] L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2004, p. 74. Si osservi anche quanto afferma Cicerone: «…sunt dicti religiosi ex relegendo, ut elegantes ex eligendo, diligendo diligentes, ex intelligendo intelligentes; his enim in verbis omnibus inest vis legendi eadem quae in religioso…». Così in CICERONE, *De natura deorum ad M. Brutum liber secundus*, 28, 72.

[2243] G. LA PIRA, *Principî*, in Premessa, cit, p. 2.
[2244] L. STURZO, *La comunità internazionale e il diritto di guerra* (1928), Roma, 2003, p. 120.
[2245] G. LA PIRA, *Principî*, in Premessa, cit,, p. 4.
[2246] I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, 2011, p. 213.

ISSN 2279-7238

svolgimento dello sviluppo della propria persona(lità) con le altre, in una direzione armonica in cui «c'è un desiderio di luce e di bene»[2247] e quindi di giusto, la cui universalità è nella sua stessa affermazione, e ciò in quanto la ricerca del giusto si orienta *da* e *con* la ricerca del sapere, della sapienza, ponendo come speculari ed inscindibili verità e giustizia. Questo 'desiderio di luce' rappresenta l'attesa di riconoscimento di 'essere persona' e solo il diritto, che è terzo rispetto ad ogni parte, è il luogo di partecipazione universale di tutti, senza discriminazioni di alcun tipo o per appartenenze; anzi: vi è un vero e proprio 'compito' nel ricercare in ogni dimensione un bene di tutti, per tutti, traducendo integralmente il concetto stesso di *res publica* ed *istituzioni*. La dimensione terza ed imparziale di queste, insieme alla loro genesi giuridica, appunto lo *ius*, consente di poter nominare affermare con La Pira che l'essere umano non sopporta la sovranità di un altro essere umano in quanto non terza e, se la sopporta, è perché sovrana è la legge giusta, terza e imparziale, e non i rappresentanti legislativi o chi chiede di rispettarla. E, sempre in questa dimensione terza, compare il 'solidale', che si attua tra le differenziazioni nella indipendenza libera di ogni persona umana; questa, per dirsi tale, è legata alla (inter)dipendenza libera di tutte le altre persone: si sta nominando in La Pira il *principio della solidarietà* «che accomuna tutti gli uomini»[2248] e «fa sì che ciascuno sia in un certo senso *corresponsabile* per tutte le ingiustizie e i torti che si verificano»[2249].

Se non vi fosse questo universale riconoscimento, e quindi la responsabilità, non vi sarebbe la persona umana, e quindi la libertà e – si chiede La Pira – dove risiederebbero «la dignità della persona, la libertà politica, l'eguaglianza giuridica?»[2250].

È vero, come afferma La Pira, che «la volontà si determina liberamente in vista degli oggetti particolari»[2251], ma essa non sceglie in maniera indifferente, secondo contingenza, in quanto, se è libertà, «in questa libera scelta non è mai assente l'azione del primo impulso»[2252]: il principio universale della persona umana, sopra ogni *cosa*, *dato* o *prodotto* della scienza e del progresso.

Quando questi, come accade, soppiantano la *persona* umana, e quindi i diritti: è qui che in La Pira si può notare l'alto contributo teoretico al diritto – posto nella discussione tra i problemi del pragmatismo della tecnica e quelli della metafisica – immettendo nelle valutazioni del fenomeno giuridico una certa *trascendenza dai tecnicismi sociali*, come quelli normativi, e dai modelli imposti; essa consente di interrogarsi sulla qualità della persona e dell'umano, su quella del diritto, della politica e della giustizia, sulla società, sulla *legge giusta* come sovrana. Afferma La Pira che «queste distinzioni fra problemi tecnici e problemi 'metafisici' non sono distinzioni astratte, prive di valore concreto: c'è in esse in giuoco l'intiera valutazione della gigantesca crisi sociale contemporanea. Ormai ogni persona

[2247] G. LA PIRA, *Principî*, cit., p. 3.
[2248] A. ARGIROFFI-L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno. Percorsi di Filosofia e fenomenologia giuridica e morale*, Torino, 2008, p. 43.
[2249] *Ibidem*.
[2250] G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, cit., p. 25.
[2251] ID., *Principî*, cit., p. 7.
[2252] *Ibidem*.

ISSN 2279-7238

pensosa sa bene che al fondo di questa crisi non c'è un problema di sola tecnica economica o giuridica o politica: non è stato il problema della materie prime, o quello del salario giusto, o quello della concentrazione della proprietà privata, o quello della revisione di un trattato o di un confine a provocare queste crisi di proporzioni così smisurate: c'erano delle ragioni più profonde che hanno provocato la debolezza dell'edificio sociale»[2253]. Su queste *ragioni più profonde*, ancora oggi, è chiesto fortemente, maggiormente al filosofo del diritto, di riflettere.

[2253] ID., *Premesse alla politica*, in *Per una architettura cristiana dello Stato*, cit., p. 6.

ISSN 2279-7238

Dalla bugia alla menzogna: la postverità e l'impossibilità del diritto*

di Paolo Savarese**

Il punto di partenza delle riflessioni che seguonoè la celebrazione, da parte dello Oxford Dictionary dell'espressione *post-truth* come parola dell'anno 2016[2254]. Lo *Oxford Dictionary*giunge a questa nomina rilevando la crescente frequenza dell'uso del termine e definisce *post-truth* come aggettivo "relativo e denotante*circostanze in cui i fatti oggettivi hanno minore influsso nel disegnare l'opinione pubblica che non gli appelli alle emozioni o a credenze personali*"[2255]. Dunque, *emozioni* e *credenze personali* prevalgono sui *fatti oggettivi* nel dar forma alle opinioni, in specie quella pubblica. Quella dello *Oxford Dictionary* non è, a rigore, una definizione, dal momento che dovrebbe precisare il senso dei suoi termini, apparentemente chiari ma densi di storia e non privi di trabocchetti ed equivoci sul piano teoretico. Di conseguenza, la formula non può descrivere accuratamente né far intendere il fenomeno che, comunque, segnala. È, piuttosto, la rilevazione circostanziata di una direzione di fondo della nostra cultura, un indicatore, però, privo di consistenza epistemica e, in ogni caso, situato dichiaratamente sull'asse*doxastico*[2256]. Ciò fa sorgere alcuni interrogativi sulla sua

*Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

Questo saggio è frutto dell'insegnamento ricevuto dal mio ultimo e più grande maestro, Francesco Maria Piccari (1927-2008). Franco, di professione ingegnere e ricercatore del CNR, di vocazione pensatore capace di dominare, in maniera tanto personale quanto profonda ed originale campi diversi del sapere, dalla matematica, *in primis*, e dalla fisica, alla filosofia ed alla teologia, per non tralasciare alcuni brevetti frutto di folgoranti intuizioni, quali quello per la desalinizzazione dell'acqua marina. Alcune righe su di Lui, sul suo eccezionale profilo di uomo e di scienziato, sull'enorme influsso che avuto sul mio modo di pensare, le ho scritte a chiusura della *Introduzione* a *Diritto ed episteme* (Ed. Nuova Cultura, Roma 2014), che è il primo lavoro compiuto in cui riverso il suo insegnamento. Da Franco ho imparato a inseguire i profili più profondi di alcuni numeri, per poi trasporne strutture ed insegnamenti nell'interpretazione filosofica del diritto, della politica, delle realtà istituzionali. In *Sussidiarietà e bene comune*, che ora giunge alla terza edizione ulteriormente ampliata, ho usato spezzoni di tale metodologia intellettuale. In questo saggio riprendo e sistematizzo la sua idea, per cui il numero immaginario, essendo uguale all'inverso dell'opposto di se stesso, è la verità della menzogna e che è esposta ed argomentata con rigore nella dispensa inedita: PIKKARIUS, *Come ti erudisco il Papa. "Contestazione del teorema di K. Gödel"*, Solstizio d'estate, Roma, XXVI (*pro maniscripto*), Titolo 5, nn. 116-142. Intorno a quel nucleo ed ai corollari esposti da Franco, ho tentato di ricostruire l'intelaiatura riflessiva indispensabile per renderlo più facilmente fruibile, esplicitato alcuni passaggi, ho delineato la distinzione concettuale tra bugia e menzogna. Infine ho ritenuto di dare al pensiero di Franco sulla menzogna il posto che merita nel dibattito, oggi vivace e decisivo, sulla *postverità* e ne ho proiettato alcune acquisizioni sulla questione del diritto nell'orizzonte, appunto, della *postverità*. Nel rendere omaggio, ancora una volta, con convinzione e riconoscenza al Maestro, mi assumo la responsabilità della piega interpretativa che ho dato al suo pensiero.

** Professore ordinario di Filosofia del diritto presso la Facoltà di Scienze Politiche – Università degli Studi di Teramo.

[2254]Per un'accurata ricostruzione del dibattito sulla *postverità* in ambito filosofico-giuridico cfr. G. FIORIGLIO, *Contro la post-verità. Il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello Stato costituzionale*, Nomos, 3, 2016, pp. 1-19. V.

[2255] V. https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016. Si noti, peraltro, che *post-truth* non è un aggettivo bensì un sostantivo, che sta a significare una struttura o anche una relazione, ma non un che di relativo a qualcosa d'altro.

[2256] Per cogliere l'aporia insuperabile di tale posizione riporto alcune righe di Paolo Pasqualucci: "La fede contemporanea nel carattere rigorosamente soggettivo della verità e la conseguente pervicace negazione dell'esistenza di una verità assoluta, manifestano l'*aporia* che, sul piano della coerenza ai principi, è stata sempre rinfacciata ad ogni forma di scetticismo e relativismo", P. PASQUALUCCI, *Brevi considerazioni su legge e verità nel nostro tempo*, in *Diritto e processo*.

ISSN 2279-7238

stessa affidabilità ma è del tutto coerente con lo scenario *postveritativo* in cui si situa. Anche solo questo ci fa ritenere che l'incoronazione dell'*Oxford Dictionary* non chiuda affatto la questione della verità, non possa cioè porsi come presa d'atto, magari tombale, del preteso svuotamento e fallimento definitivo della millenaria avventura dell'uomo che cerca appassionatamente la verità. A conferma di ciò, il commento dello*Economist* all'ideale conferimento del riconoscimento come parola dell'anno, ricollega *post-truth* alla *menzogna*[2257]. Ora, la menzogna, in qualunque modo la si rigiri, presuppone e riafferma la verità. Altrimenti non si potrebbe, semplicemente, parlare di menzogna ma, al massimo,di una trappola nella pragmatica della comunicazione interumana. *Economist* aggiunge la domanda: "I politici hanno sempre mentito. Fa differenza se si lasciano la verità definitivamente alle spalle?"[2258]. In effetti, Machiavelli, nel capitolo XVIII del *Principe*, sostiene che il Signore non può sempre osservare i precetti della morale, come quelli della buona fede e della veracità, perché altrimenti perderebbe lo Stato, ma può e deve farlo solo se necessitato dalle circostanze [2259]. In altri termini, la posizione di Machiavelli, pur spesso considerato propugnatore della menzogna, la delimita al campo politico e la sottopone a condizioni, onde non può essere considerato un alfiere *ante litteram* della postverità. Infatti, prosegue il commento dello *Oxford Dictionary*, la post-verità appartiene ad un tempo in cui *il concetto di verità è divenuto non importante o addirittura irrilevante*. Se vogliamo, la negazione della verità non è più un problema regionale, ma generale, forse universale. E, infine, *posterità* sarebbe "la qualità di sembrare o di essere sentito come vero, anche se non necessariamente vero. *Post-verità* estende quella nozione dalla qualità isolata di un'asserzione particolare ad una caratteristica generale della nostra epoca"[2260]. Insomma, la verità non va più tenuta in conto, è un principio di pensiero e di condotta archiviato dalla nostra cultura, un residuo arcaico felicemente riconosciuto nella sua obsolescenza, inconsistenza e infine negatività antropologica e sociale, dai luminosi punti fermi che caratterizzerebbero il nostro tempo.

Quello che non dicono la definizione ed il commento dello *OxfordDictionary*, è che la postverità si traduce nel dominio pervasivo del *politically correct* che, a sua volta, diviene produzione incessante di schemi di *rieducazione* più che attiva di chiunque non si appiattisca

Studi in memoria di Alessandro Giuliani, a c. di N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari, E.S.I., Napoli 2001 (pp. 329-344), p. 337. Pasqualucci rinvia a sua volta non alla famosissima confutazione elenchica che Aristotele oppone allo scettico, ma alla confutazione dello scetticismo fatta da Hegel. Cfr. *Lezioni sulla storia della filosofia*, tr. E. Codignola e G. Sanna, La Nuova Italia, Firenze 1932, 3° rist. 1973, II vol., pp. 532 ss.

[2257] Cfr. *Economist*,https://www.economist.com/leaders/2016/09/10/art-of-the-lie?fsrc=scn/tw/te/pe/ed/artofthelie (1 nov. 2016).

[2258]Cfr. *ivi*.

[2259]"E hassi ad intendere questo, che un Principe, e massime un Principe nuovo, non può osservare tutte quelle cose, per le quali gli uomini sono tenuti buoni, essendo spesso necessitato, per mantenere lo Stato, operare contro alla umanità, contro alla carità, contro alla religione. E però bisogna che egli abbia un animo disposto a volgersi secondo che i venti e le variazioni della fortuna gli comandano; e, come di sopra dissi, non partirsi dal bene, potendo, ma sapere entrare nel male, necessitato." N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, cap. XVIII, Italia, 1814, p. 68. La questione viene sviluppata in tutto il cap. XVIII.

[2260]V. il sito citato alla nota 2. Noto, *en passant*, che la *qualità* è una categoria, un supremo modo della predicazione e perciò presuppone il *logos*, il discorso veritativo; altrimenti l'affermazione riportata non avrebbe alcun significato.

ISSN 2279-7238

su di esso, in specie di chi ancora e sciaguratamente si tenga stretto alla verità[2261]. Ciò configura e si espande in una forma di neototalitarismo ormai tutt'altro che strisciante, che pretende di presentarsi come mite discorso di rispetto e promozione generalizzata di tutte le pretese più o meno lucidamente richiamatesi a frammenti di autodeterminazione[2262]. Di questo sistema di apparente emancipazione che sfocia in forme di feroce oppressione, purtroppo ma rivelativamente, il "diritto" odierno è fattore di affermazione e di moltiplicazione. Basti esaminare il linguaggio normativo, soprattutto ma non esclusivamente in ambiti eticamente sensibili, e seguire le distorsioni interpretative di certa giurisprudenza e dell'autointerpretazione dei suoi operatori. Il punto più dolente, muovendosi nella prospettiva del *verum*, è l'uso del potere giudiziale per imporre il silenzio alle posizioni intellettualmente *scorrette*. Si pensi alla repressione giudiziaria di "fobie", ossia tecnicamente *paure* e perciò stati emotivi, eretti a "fatti" penalmente rilevanti, il cui perseguimento, oltre che scardinare logica e grammatica elementari del diritto, oltre che invadere ambiti disciplinari che godono di loro specifici statuti epistemici, impediscono la libera ricerca e la libera espressione del pensiero su questioni di capitale importanza. Seguendo fino alle estreme conseguenze quelle derive, si dovrebbe semplicemente abolire la storia delle civiltà e cancellarne ogni dato e reperto. Si pensi alle distorsioni che ciò porta nell'ambito delle prove giudizialmente ammissibili, spesso sostituite da "percezioni" ostili che, di per sé, non ammettono smentita fattuale e precontengono l'esito del giudizio, ossia della condanna, di chi, per sua sventura, si trovi tirato in ballo da accuse dettate non si sa da cosa e poi macinato nel tritacarne giudiziario. Tutto ciò può accadere solo dietro la spinta della postverità eretta a chiave di autointerpretazione della comunità giuridico-politica e poi dell'ermeneutica dell'attività e dei pronunciamenti di legislatori e giudici, come anche di funzionari amministrativi. Come può, ammesso e non concesso che una critica seria di posizioni sostanzialmente ed insuperabilmente nichilistiche, sia pur dettata da *paura*, essere presa in esame da un ordinamento giuridico,che richiede fatti e prove e qualificazioni rigorose di essi, addirittura per punirla o per decretarne l'ostracismo, per confinarla in aggiornate forme di *morte civile*?[2263]Oggi sembra trionfare la demolizione, di cui Nietzsche è l'alfiere ma non di certo l'unico caposcuola, di ogni verità oggettiva, sostituita dalla fissazione in declinazioni soggettivistiche della verità stessa, ormai indiscernibile

[2261] Sul nesso tra postverità e dominio totalitario del *politically correct*, che usa il diritto in tutte le sue forme per imporsi e spazzare via ogni forma di resistenza e dissenso, cfr. N. BLÁSQUEZ, *Travestismo de valores y postverdad*, Studium, vol. VIII (2017), n. 3, pp. 417-441.

[2262]Sulle innumerevoli aporie insite nel tentativo, oggi apparentemente incontrastato, di pensare l'ordine giuridico sul fondamento dell'opinione soggettiva e dell'autodeterminazione, cfr. PASQUALUCCI, *Brevi considerazioni su legge e verità nel nostro tempo*, cit., pp. 329-344. Sul ruolo dell'autodeterminazione negli sviluppi recenti del diritto cfr. R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, pref. di D. Castellano, ESI, Napoli 2017.

[2263] La *morte civile*, oggi modo di dire,era un istituto giuridico, per cui alcune condanne giudiziarie comportavano la privazione della capacità giuridica e la perdita dei diritti civili, ossia l'esclusione dalla vita civile. Il *Code Civil* francese del 1804, ad es. prevedeva la morte civile (artt. 22 e ss.). Oggi la *morte civile* passa spesso per forme di linciaggio mediatico.

ISSN 2279-7238

dall'opinione e reinterpretata assiomaticamente come finzione[2264]. Allora, il diritto da derivata prima dell'ordine insito nelle cose stesse, si capovolge in derivata ennesima di stati immaginari, che si sostituiscono alla realtà, avanzando la pretesa, di per sé incomprensibile ed insostenibile anche nell'universo della finzione, di essere la realtà[2265].

Tralascio di enucleare aporie e contraddizioni di questo discorso, per evidenziare che, ormai siamo nell'epoca della menzogna, in un epoca dominata e definita dalla menzogna, che altro non è se non la *verità della postverità*. Occorre, pertanto, escutere categorialmente la menzogna oppure arrendersi ad essa ed alle sue molte maschere. Il terreno di coltura e l'orizzonte della postverità è il nichilismo. La celebrazione, che di un *rito* parareligioso si tratta, della postverità viene officiata nel brodo di coltura che è il nichilismo, che comporta non solo la negazione relativistica della verità, ma l'abolizione della realtà stessa, che è il primo *verum*, in favore di una qualche apparenza che esce dal nulla ed al nulla, circolarmente, ritorna[2266]. Il tale contesto, in cui i campi semantici divengono fumosi e tutto sfuma, senza del quale la postverità non potrebbe avere voce, si riescono a capire le, altrimenti incomprensibili, ragioni secondo cui la verità sarebbe violenza o fonte di violenza[2267]. In altri termini si tratta di un odio dettato da pulsioni che con la verità stessa, con la sua riaffermazione in modi più precisi e purificati, non hanno nulla a che fare, sono cioè situate su di un altro piano, un piano in cui la negazione della verità intende essere totale. Chi, però, vuole sostenerne la negazione totale, non può non presupporre e richiamare comunque in causa la verità stessa[2268].Tutto ciò appare assurdo e, tecnicamente, lo è, eppure tale processo svuota di senso il richiamo alla verità e ne lascia sopravvivere alcune labili sembianze, come nel nostro caso delle lamentele per le conseguenze etico-politiche della postverità. Questo è il colore dominante del nostro mondo, anche di quello delle istituzioni e di una delle più sacre, quale il diritto!La verità è morta, viva la *postverità*! Se, però, la verità è morta, è inevitabile il trionfo, l'incoronazione della *menzogna*[2269].

[2264]Sulla reinterpretazione ultimativa della verità come fascio di finzioni cfr. F. NIEZTSCHE, *Su verità e menzogna in senso extramorale*, tr. G. Colli, Adelphi, Milano 2015. *Assiomaticamente* significa che tale reinterpretazione non è frutto né di analisi né di osservazione, ma consiste nello svolgimento di un tema predefinito.

[2265] Fino alle sentenze in cui i giudici si ergono a decisori circa la vita o la morte di esseri umani innocente ed indifesi.

[2266] Uno dei tanti simboli di tale avvitamento circolare è l'*uroboros*, il serpente che si morde la coda. La questione del *nulla*, in ogni caso, non è semplicemente teoretica, ma teologica; il *nulla* è uno dei punti chiave della *Cabala* ed in essa, o almeno in alcune sue linee interpretative, svolge un ruolo fondamentale nel processo teogonico. Per questo la riflessione puramente teoretica rischia di ignorare alcuni snodi fondamentali del discorso. Sulla *Cabala* cfr. G. SCHOLEM, *Le grandi correnti della mistica ebraica*, a c. di G. Russo, Il Saggiatore, Milano 1968.

[2267]Si noti, ormai è opinione diffusa e non più discutibile, che la violenza sia connaturata alla verità e non derivi da un rapporto distorto e strumentale con essa. Per uno scavo dello sfondo che rende possibile tali posizioni, cfr. G. BASTI E A.L. PERRONE, *Le radici forti del pensiero debole. Dalla metafisica, alla matematica, al calcolo*, Il Poligrafo, Padova; Pontificia Università Lateranense, Roma 1996.

[2268] D'altra parte, anche l'interezza e la totalità sono categorie veritative, non di certo parti della finzione o prodotti della prassi.

[2269]Il problema non è limitabile alle relazioni intersoggettive, perché ha un enorme rilievo anche nel campo giuridico-politico. Ricordo in proposito quanto sia stato importante il tema "vivere nella verità, vivere senza menzogna" sia stato importante nella dissidenza sovietica e nella caduta dei regimi comunisti dell'est Europa, in maniera particolare nella rivoluzione di velluto guidata da Vaclav Havel. Due soli rinvii: V. HAVEL, *Il potere dei senza potere*; Castelvecchi, Roma 2013; A. I. SOLŽENICYN, *Vivere senza menzogna*, A. Mondadori, Milano 1974.

ISSN 2279-7238

La menzogna non rimane, quindi, confinata in alcuni ordini del discorso, ma dilaga e si appropria anche del campo istituzionale, dei relativi processi e delle connesse realtà istituzionali. Per chiarirne la portata in tale ambito, occorre previamente chiarire se la menzogna sia innanzitutto un problema etico ed etico-politico o se non sia, previamente, una questione epistemica e categoriale. Subito a seguire, occorre distinguere in maniera netta la menzogna dalla bugia, ed anche questo, si vedrà, è possibile solo sul piano categoriale. Solo così si potrà comprendere la portata totalitaria e totalizzante della menzogna che si autoincorona come *postverità*. Confinato all'ambito etico, il problema della menzogna ha come suo *pendant* quello della *veracità*, ossia della volontà o meno di trarre in inganno il proprio interlocutore. Dal *De mendacio* di S. Agostino[2270] alla *Breve storia della menzogna* di Derrida, il discorso si concentra su quel profilo[2271]. L'aspetto epistemico e conseguentemente dello statuto categoriale della menzogna rimane sullo sfondo, semplicemente presupposto anche se dichiaratamente escluso. L'aspetto etico, però, rimane incerto e confuso, se non se ne chiariscono i presupposti categoriali ed epistemici, ossia inerenti lo statuto della verità e della sua conoscibilità. La negazione della verità operata dalla menzogna rimane priva di senso compiuto, se si ignora il piano epistemico; semplicemente non si sa cosa si neghi e come lo si neghi. Al contrario, la menzogna dilagante nel mondo della postverità presuppone e compie l'espulsione della verità dal perimetro del discorso e questa è un'operazione epistemica e categoriale, non etica o etico-politica. Anche se diffusa ed endemica, la *bugia*, opportunamente chiarita, rimane al di qua di questa soglia totalizzante.

Non è qui e non è certo nelle mie forze approfondire tematicamente la questione della verità, forse la massima della filosofia di tutti i tempi. Posso solo dare qualche rapida pennellata sullo sfondo che consente l'emersione della postverità e il suo guadagnare le luci della ribalta. Il confinamento odierno, non certo per S. Agostino o prima di lui per Platone e Aristotele, del problema della menzogna nel perimetro della veracità o sincerità, dipende dal principio di immanenza e dall'annesso soggettivismo che caratterizza il pensiero

[2270] S. Agostino, al n. 3 del *De Mendacio*, sostiene che "Occorre dunque precisare cosa sia la menzogna. In effetti non tutti quelli che dicono delle falsità mentiscono: tale è colui che crede o suppone essere vero ciò che afferma. Ad ogni modo, chi afferma una cosa che nel suo animo o crede o suppone, anche se la cosa in sé è falsa, egli non dice una menzogna. […] Mentisce poi sicuramente colui che nell'animo ha una cosa mentre a parole o con qualsiasi mezzo espressivo ne dice un'altra. Per questo, si suol dire che il bugiardo è doppio di cuore […]. Riteniamo infatti che *una persona sia sincera o bugiarda* in base al giudizio della sua mente e non in base alla verità o falsità della cosa in sé. Pertanto di uno che dice il falso in luogo del vero, in quanto lo ritiene effettivamente vero, possiamo dire che sia nell'errore o magari che sia un illuso, ma non che sia un mentitore. Nel suo parlare infatti egli non ha in cuore la doppiezza e non intende imbrogliare ma è vittima dell'inganno. […] La colpa del mentitore sta invece nel desiderio di ingannare, quando dichiara il suo animo, sia che riesca a ingannare, perché si crede alla sua falsa dichiarazione, sia che di fatto non inganni, vuoi perché non gli si crede, vuoi, nel caso che con il desiderio di ingannare dica vero, ciò che non crede vero". E' chiaro che lo statuto categoriale della verità rimane sullo sfondo.

[2271] Per Derrida il problema della menzogna è etico-politico. V. J. DERRIDA, *Breve storia della menzogna*, a c. di M. Bertolini, Castelvecchi, Roma 2006. Il piccolo ma denso libro è molto utile per i richiamo bibliografici e anche di passi di classici sul tema della menzogna.

ISSN 2279-7238

moderno e che giunge ad esiti estremi nel cd. postmoderno[2272]. Il principio di immanenza, per cui realtà e verità dipendono *in toto* dal soggetto e dalle sue operazioni, però, nel momento in cui è spinto alle sue implicazioni ultime, non può fermarsi al piano gnoseologico e deve necessariamente approdare a quello ontologico, come ben attesta la demolizione del noumeno kantiano da parte dei suoi eredi idealisti, per poi spostarsi sul piano della prassi sociale e politica. Tale approdo, che non si ferma certo negli scritti dei filosofi ma pervade l'intero orizzonte dell'autocomprensione dell'uomo, si concretizza, se così si può paradossalmente dire, nell'abolizione della realtà e nella sua ricostruzione secondo i parametri del *nuovo* e del sogno utopico[2273]. Questa, però, non discende solo dall'opzione teoretica in favore del primato indiscusso del soggetto conoscente e poi agente, ma dallo sfondo teologico e metafisico per cui la realtà in cui ci troviamo immersi è frutto di un processo teogonico o cosmogonico, per cui la materia ed il mondo visibile sono degradazione e male e perciò da riscrivere completamente nel loro significato e nella loro stessa consistenza entitativa; la realtà, comunque,è un fastidioso ostacolo all'autoappropriazione da parte dell'uomo, sia singolo che riunito in società, e all'autocreazione dell'uomo nuovo[2274].

La questione della verità e della sua negazione da parte della menzogna non può, quindi, fermarsi all'aspetto etico o etico-politico, deve necessariamente scendere più in profondità e interrogarsi intorno alla*struttura categoriale della menzogna*. Nel momento, infatti, in cui la verità è proclamata nella sua irrilevanza per la vita e la società umana, la menzogna non è più solo l'occultamento di spezzoni o frammenti di verità, non consiste più nella dissimulazione di uno stato di cose fatto credere da qualcuno a qualcun altro, sia anche un apparato di propaganda a carico di un pubblico molto ampio, perché siamo di fronte alla reinterpretazione radicale della realtà. Si può dire che un cumulo, anche ben architettato e credibile di bugie, non è ancora menzogna. È tale spostamento verso l'interezza, ossia verso i principi di base del discorso e della comunicazione, pieno di autocontraddizioni ma operativamente molto efficace, a costituire il livello di base della menzogna, senza del quale la sua espansione etica ed etico-politica non può essere compresa. Si tratta di menzogna, di menzogna sistemica e generalizzata, in quanto la reinterpretazione della realtà la capovolge, costruisce una realtà alternativa che va a sovrapporsi, occultandola, alla realtà. Si tratta di

[2272] È l'affermazione e lo sviluppo delle implicazioni del cd. *principio di immanenza*, ossia del principio per cui l'intelligibilità del reale dipende in toto dal conoscente umano. V. C.FABRO, *Introduzione all'ateismo moderno*, 2 Vol., Studium, Roma 1969[2].

[2273] La famosissima Tesi XI su Feuerbach di Marx ne è l'icastica espressione. ""I filosofi hanno [finora] solo interpretato diversamente il mondo; ma si tratta di trasformarlo." Per le undici tesi, v. K. MARX, *Tesi su Feuerbach*, int. di P. Sini, Centro di ricerca per la pace, Viterbo 1991.Ossia, la realtà è inconsistente e cercare di conoscerla ed onorarla è tempo perso, anzi è l'ostacolo primario all'emancipazione dell'uomo; la *postverità* è chiaramente già teorizzata, così come la sua realizzazione nella prassi rivoluzionaria.

[2274] Si noti come la nozione stessa di *autocreazione* sia autocontraddittoria, non potendo nessun ente essere causa (efficiente) di se stesso. Il Dio della tradizione cristiana è, sì, causa sui, ma nel senso della causa finale, è fine di e per se stesso, è metafisicamente del tutto autosufficiente, ma non si autocrea; è *causā sui* (ablativo e quindi con valore finale), non *causă sui*(nominativo e quindi con valore efficiente). La *causă sui* è semplicemente autocontraddittoria ed incomprensibile; è un *flatus vocis*

ISSN 2279-7238

una pseudorealtà che è un succedaneo scadente della realtà stessa, ma che avanza la pretesa, tecnicamente assurda ma spesso seducente, di costruire la realtà dal nulla e di creare una realtà fatta di nulla.

Se si chiarisce e si fa intellettualmente propria la struttura categoriale della menzogna, allora si riesce a scorgere la violenza assoluta, se questa è possibile, che domina il nostro mondo e di cui il diritto, ma sarebbe meglio dire il fenomeno giuridico, sta diventando uno dei bracci armati. Il problema primario non consiste in quante e quali menzogne propugni il diritto odierno, che pure non sono poche nel suo costante tentativo di ridefinire le situazioni umane e sociali, ma l'identificazione diritto/potere ad esclusione di qualsiasi ordine *giuridico*, che della postverità è conseguenza incontenibile e implicazione strutturale. L'allergia del diritto odierno per la verità non è dovuta primariamente allo scontro delle posizioni assiologiche, ma all'abolizione della realtà. Un diritto nella postverità è un diritto nella menzogna e ci si deve chiedere se il diritto possa essere, non dico fondato, ma interamente immerso nel clima della postverità, ossia nella menzogna incoronata regina di ogni forma di comprensione e regolamentazione delle condotte e delle relazioni umane. Cosa si può leggere e disciplinare giuridicamente su tali presupposti? E come, se del caso, lo si fa? La domanda potrebbe anche suonare: la menzogna, anche ben argomentata e magari tradotta in leggi e sentenze, quale *ordine* promuove e tutela? Quale *diritto* produce ed *impone*?

Come abbiamo visto sopra, anche S. Agostino definisce piuttosto il mentitore e la comunicazione mendace, senza toccare l'aspetto epistemico della stessa,presupponendo che la menzogna sia un camuffamento o alterazione consapevole e deliberato del vero nel comunicare. S. Agostino, però,include l'errore nella menzogna e afferma che la menzogna induce o vuole indurre in errore. Ciò significa che senza errore, categorialmente parlando, non c'è menzogna e la menzogna consiste, quindi, nel dissimulare o mascherare l'errore. Agostino, però, non esplicita questi nessi e concentra il suo discorso sul mentitore, sulla sua mendacità ovvero sulla sincerità o veracità, sull'inganno causato dal mendacio.La menzogna, perciò, si delinea piuttosto come occultamento della verità al fine di indurre in errore. La menzogna, perciò, non sembra godere di uno statuto epistemico specifico. Ciò si comprende nel suo contesto culturale, in cui era diffusa la menzogna, ma il nesso tra verità e menzogna non era stato capovolto, come invece certifica per il nostro oggi l'incoronazione della *post-verità*.

Per capire questa inversione, però, non basta dire che oggi la menzogna è sistemica e generalizzata, tale da oscurare e inficiare l'approccio alla realtà, perché quest'ultima sembra ormai messa fuori gioco. Non basta, allora, accertare che la menzogna è diventata criterio etico ed etico-politico comunemente accettato, meglio assimilato, dal nostro universo culturale e comunicativo e nemmeno che, ormai, è principio costruttivo e misura del mondo, del reale. Occorre, come primo e fondamentale passo, approfondire la struttura

ISSN 2279-7238

categoriale della menzogna. Occorre scavare sotto la negazione della veracità e oltre la volontà di trarre in inganno ed anche fare alcune distinzioni a proposito dell'errore.

Per aprire il piano categoriale, viene incontro una struttura numerica molto particolare, quella dei numeri immaginari: nell'*unità immaginaria*, i o j, troviamo la verità categoriale della menzogna[2275].

Il *numero immaginario j*, comunemente noto come la radice quadrata di -1[2276], racchiude e sottintende la verità categoriale della menzogna in quanto è *uguale all'inverso dell'opposto di se stesso*[2277]. In modalità algebrica e non discorsiva, $J = -1/j$. Ciò è vero, non è né un errore né una menzogna ed è così perché siamo nel campo dei numeri immaginari, in cui le regole dei segni algebrici operano all'inverso rispetto ai numeri reali[2278].

Cerchiamo di sviluppare la questione algebricamente.

Prendiamo $x = -1/x$.

La soluzione di questa equazione è esatta, e l'equazione è vera,se $x = j$, ossia se x è un numero immaginario, mentre è errata, e quindi falsa,se $x \neq j$, ossia se x è un numero reale. Parimenti $J = -1/j$ sarebbe un'equazione erronea se j non fosse, come è, un numero immaginario, bensì un numero reale, mentre è esatta, vera,perché j è un numero immaginario[2279].

In che senso, dunque, i numeri immaginari, detti di Bombelli dal loro scopritore, rappresentano la *verità* della la *menzogna*?[2280] La menzogna consiste nella *falsa verità*, che è la

---

[2275] Anche questa è un'idea che riprendo dall'insegnamento di Franco Piccari contenuto nei passi citati di PIKKARIUS, *Come ti erudisco il Papa*, Titolo 5. Per la trattazione della valenza categoriale del numero devo rimandare ad un miolibro in corso di elaborazione. L'unità immaginaria è detta *i* o *j*; il simbolo *i* è usato dai matematici, gli ingegneri usano il simbolo *j*, per non confondere l'unità immaginaria con l'intensità, il cui simbolo è, parimenti, *i*. Per il livello di astrazione qui esplorato, quello della *separatio*, mi permetto di rinviare al mio *Diritto ed episteme. Note sullo statuto epistemico del diritto*, Ed. Nuova Cultura, Roma 2014, *passim*.

[2276] Onde j $= \sqrt{-1}$ e quindi $j2 = -1$.

[2277] Un numero è l'inverso, o il reciproco, di un altro nel caso in cui x e $1/x$; ad esempio 2 e ½. Un numero è, invece, l'opposto di se stesso, quando i suoi segni, $+ e -$, sono opposti; ad esempio $+2$ è l'opposto di -2.Numericamente: opposto è numero con segni opposti, ossia lo stesso numero con segno positivo e negativo + 5 è l'opposto di – 5. E la somma di due opposti dà 0 (zero) [(+5) + (-5) = 0. Inverso o reciproco: lo è un numero rispetto alla sua espressione frazionaria, ossia 5 è l'inverso di 1/5; la moltiplicazione di due inversi dà 1 (5 x 1/5 = 1).

[2278]È chiaro che, nei numeri reali, un numero non può essere uguale all'inverso dell'opposto di se stesso; ad es. scrivere $2 = -1/2$ è chiaramente un errore. Nei numeri immaginari, al contrario, non è così e ciò perché le regole dei segni algebrici nel campo degli immaginari si invertono rispetto al campo dei reali, onde $j = -1/j$ è vero.

[2279]La dimostrazione per cui il numero immaginario è uguale all'inverso dell'opposto di se stesso è estremamente semplice: se partiamo da $j = j2/j$ e sostituiamo -1 a j2, abbiamo $j = -1/j$. *Et voilà*!

[2280]Alcune distinzioni, sempre riprese da PIKKARIUS, *Come ti erudisco il Papa,* di per sé tutt'altro che nuove, servono di corollario al discorso: assurdo ≠ logico; assurdo ≠ falso; possibile ≠ impossibile; vero ≠ falso; errore ≠ menzogna. Assurdo = illogico, ossia impensabile perché internamente contraddittorio; falso = non-vero, in-vero-simile; errore ≠ menzogna. Ciò significa che il falsoè pensabile, perché è logico, non è assurdo. Ora il falso può essere pensato per colpa ed ecco l'errore, mentre se è pensato per dolo, ecco la menzogna. Il falso può essere affermato per errore oppure per menzogna; errore e menzogna esprimono entrambi il falso, ma non sono la stessa cosa. Sia l'errore che la menzogna, comunque, non sono assurdi, ma non sono necessariamente illogici.

ISSN 2279-7238

vera falsità. Ossia, la menzogna non coincide affatto con l'errore e nemmeno con il semplice nascondimento o occultamento della verità, ma presuppone l'errore, la sua costruzione, per poi dissimularlo e sostituirlo alla verità. Nel caso dei numeri immaginari, l'errore che viene nascosto è il travisamento della loro natura, per cui si ritiene che rispondano alle stesse leggi, quanto al funzionamento dei segni, dei reali. Considerare i numeri immaginari come se fossero in tutto equiparabili ai reali, è un errore; nascondere tale errore e scambiare il campo degli immaginari, con le sue regole di base, con quello dei reali e nascondere tale inversione, produce la menzogna. Spacciare per esatta la soluzione sbagliata di un'equazione è, invece, sì accreditare un errore, ma si rimane nell'area della bugia; non si altera la comprensione dell'intero campo numerico. In termini più semplici, far credere che gli immaginari siano reali e come tali operino, dà la menzogna. L'errore, se manifesto o anche se riconoscibile ripercorrendo il processo conoscitivo che lo ha causato, onde rintracciarne il punto debole o l'anello mancante, non conduce alla menzogna, non è ancora menzogna. Se, invece, prima *si costruisce* l'errore e poi *lo si nasconde*, ossia si fa credere che sia la verità, ecco la menzogna. Con le parole di Franco Piccari:"è menzogna il nascondere l'errore, mentre l'errore manifesto non è menzogna. Per mentire, bisogna prima costruire l'errore e poi nasconderlo". Ergo:"La vera falsità è la falsa verità. *Il falso è l'opposto dell'inverso del vero* e *il vero è l'inverso dell'opposto del falso*" [2281] .L'introduzione della combinazione di inversione ed opposizione come *struttura* dell'errore che innerva la menzogna, è un passaggio di capitale importanza e va adeguatamente spiegato.

Una nota sull'errore. L'errore sottinteso a questa operazione non consiste nel semplice occultamento di una verità, come avviene dicendo una bugia e facendo credere che lo stato di cose sia altro da quello che è. Qui c'è inganno, ma è l'effetto, come detto, di una bugia, della distorsione o dell'occultamento di una verità particolare, che a sua volta vive si consolida proprio lasciando intatto il valore della verità. La bugia, per essere credibile, deve necessariamente presupporre e riaffermare regole e principi di base della verità. L'errore necessario al prendere corpo della menzogna consiste, invece, nell'alterare la verità stessa, i principi e le regole elementari di comprensione della realtà. Qui la verità non viene riaffermata dalla sua strumentalizzazione, ma viene svuotata e screditata *ab imis*. Torna Nietzsche: tutto è finzione! Parlare di verità è pura illusione, anzi è la menzogna delle menzogne. A questo punto, però, la stessa nozione di menzogna non significa più nulla e, per coerenza, bisognerebbe tacere.

In questa sede non è possibile svolgere in maniera soddisfacente l'analisi per cui alcuni numeri, alcune strutture numeriche, possono fungere da guida categoriale. La questione, però, nel caso dei numeri immaginari può essere illustrata in via breve. Questi, infatti, rappresentano il passaggio dalla quantità, che si esprime nei numeri naturali e più ampiamente nei reali e dalla loro proiezione speculare nei numeri negativi, ad un campo diverso, in cui trovano espressione numeri dalla natura sfuggente, numeri che forzano le

[2281] Cfr. PIKKARIUS, *Come ti erudisco il Papa*, titolo 5.

ISSN 2279-7238

regole ordinarie dei numeri reali[2282].Tali numeri, però, sono strettamente legati ai reali e costituiscono l'anello indispensabile per accedere al campo dei numeri complessi. Ciò consente di accostare il funzionamento degli immaginari al mondo della fantasia e della poesia, della narrazione e di alcune espressioni artistiche ma, e soprattutto, dà accesso alla complessità propria del mondo umano, in cui la componente intenzionale e il ruolo amplissimo della significazione estendono esponenzialmente quel mondo che è il nostro. Siamo, in altri termini, ben oltre la semplice ricostruzione degli stati di fatto, oltre la rilevazione e la fotografia degli stati di fatto empirici. È in questo mondo specificamente *complesso* che alligna non solo l'errore, ma la menzogna, la possibilità e la pratica della menzogna. Ciò non è comprensibile solo sulla scorta della relazione di opposizione e nemmeno su quella della relazione di inversione, ma si delinea una relazione ben più complessa tra la realtà e la sua trasposizione e rielaborazione nel mondo della significazione. È qui che la struttura categoriale sottintesa all'unità immaginaria, per cui questa è uguale all'inverso dell'opposto di se stessa, ci guida nella comprensione della natura della menzogna. La valenza categoriale del numero immaginario si mostra non solo, quindi, nel passaggio *formale* e comunque necessario, per cui l'occultamento dell'errore conduce alla falsa verità che è la vera falsità, bensì nell'ulteriore passaggio per cui in esso si combinano opposizione ed inversione e ne segue la possibilità di sostituire la formulazione esplicita di tale struttura all'unità immaginaria stessa. Operazione, questa, del tutto legittima nell'ambito dei numeri immaginari ma altrettanto illegittima se trasportata incautamente nell'ambito dei reali. Da tutto ciò segue, a sua volta e come accennato, che, la struttura categoriale della menzogna si può trarre alla luce analizzando la relazione in cui si combinano inversione ed opposizione, per approfondirne quindi la portata nel campo della condotta e delle relazioni umane. Il numero immaginario ci mette a disposizione la struttura profonda e gli scivolamenti di un campo sotto l'altro, che consentono di identificare la menzogna; la trasposizione alla vita reale è un passaggio interpretativo, che è rigoroso se ed in quanto la struttura dell'unità immaginaria collima con quella di tratti della realtà o delle sue possibili distorsioni.

Il numero immaginario ci dice che la *falsa verità* che è *vera falsità* consiste nella combinazione dell'inverso e dell'opposto della verità; ecco la *menzogna* oltre la semplice *bugia*. L'errore che viene occultato è ben più sofisticato e completo, qualitativamente diverso rispetto all'errore cui induce il semplice occultamento di una qualche verità. L'errore costruito e dissimulato nella confusione e sostituzione degli immaginari ai reali, non è l'adozione di un errore qualunque nel percorso di analisi filosofica della menzogna, ma ne è la chiave crittografica. Questa si cela nella proprietà per cui il numero immaginario è uguale all'inverso dell'opposto di se stesso e occorre, di conseguenza, approfondire quella combinazione di opposizione e inversione.

[2282] Non a caso Bombelli li chiamava quantità *silvestri*.

ISSN 2279-7238

Per inciso, è utile richiamare alcuni aspetti di contorno, senza dei quali la menzogna, nella sua struttura e portata, rimane non ben delineata. Innanzitutto, si presuppone che la menzogna, come anche l'errore,sia pensabile, ossia non assurda, vale a dire internamente contraddittoria [2283] .L'assurdo è il rigorosamente impensabile in quanto internamente contraddittorio e, come tale, l'assurdo non può esistere, non può avere nessun equivalente o corrispondente nella realtà. Ciò che, a nessuna condizione, non può esistere è, semplicemente, il nulla, il nulla puro e semplice. Il nulla, però, può entrare nel discorso, dare, per assurdo appunto, l'illusione di esistere, di godere di una sua consistenza nel regno immaginario, in cui il modo di combinarsi dei simboli, delle parole che si distendono in discorsi, può nascondere la totale inconsistenza e la piena assurdità di ciò di cui si pretende di parlare. La struttura numerica in questione, il numero immaginario, non mente, è, appunto, la *verità* della menzogna, ciò che la smaschera categorialmente; a mentire è l'uso che si può fare di quella struttura per alterare la comprensione della realtà ed i presupposti veritativi dell'azione umana. L'inverso dell'opposto può sostituirsi, verbalmente ed immaginariamente, a ciò di cui si pretende di parlare.

Ripartiamo dai numeri e dalle loro relazioni. L'*opposizione* è la relazione di un numero con se stesso, ma con segno opposto:$(+5)$ è l'opposto di (-5). L'*inversione* è la relazione di un numero con la propria espressione frazionaria: 5 è l'inverso di $1/5$. È chiaro che $(+5) \neq (-5)$, così come $5 \neq 1/5$. Affermare addirittura che $5 = -1/5$ appare follia. Eppure $tale$ equazione è esatta e lo è in quanto situata nel campo degli immaginari. In tale campo, infatti, l'operare speculare, rispetto al campo dei reali, delle regole dei segni algebrici rende possibile il calcolo delle radici quadrate dei numeri negativi e la scoperta di quel numero che, al quadrato, dà un numero negativo, il numero immaginario[2284]. È per questo che $j = j2/j$ si trasforma pianamente in $j = -1/j$ e fa emergere la strana relazione di opposizione/inversione qui in esame. Ergo, l'equazione è esatta, la struttura dell'immaginario è quella, mentre impostare secondo quella struttura, innestare su quella struttura la lettura della realtà, la capovolge doppiamente, ove doppio non significa una semplice somma ma moltiplicazione, o forse meglio, reciproca elevazione a potenza dell'inverso e dell'opposto. Essendo, poi, tale struttura categoriale, non è immediatamente visibile, non cade sotto i sensi, e altrettanto non visibile è la sostituzione non dichiarata dell'immaginario al reale: ecco la menzogna e la sua potenza seduttrice. Questa non è una struttura fisica e nemmeno pragmatica, la bugia può esserlo ma non la menzogna, in quanto è l'alterazione dell'ordine della comprensione e della condivisione della realtà situata al livello categoriale, o meglio, resa possibile dalla struttura categoriale di un campo della realtà non ben identificata o usata con malizia.

[2283]Il riferimento è sempre alla sezione citata nella nota di apertura.

[2284] Nel campo dei reali $-x-= +$, per cui una potenza quadratica non può essere un numero negativo.

ISSN 2279-7238

La struttura degli immaginari semplifica e precisa la comprensione della menzogna e lo può fare perché racchiude ed ostende una struttura intelligibile: i numeri immaginari seguono regole inverse rispetto ai numeri reali, per cui l'uguaglianza si stabilisce tra enti numerici che seguono regole speculari rispetto ai reali e tali da consentire di riscrivere le grandezze immaginarie in quella maniera sorprendente ed un po' inquietante. Infatti, come visto, l'unità immaginaria è sotto forma di uguaglianza con la frazione immaginaria del proprio quadrato (che è uguale a -1). Si noti, uguaglianza e non identità e ciò consente a quell'espressione di non cadere nella contraddizione[2285]. L'errore sta nel non riconoscere la differenza di natura ed operatività tra reali ed immaginari. La menzogna sta nel nascondere tale differenza e dire che gli immaginari sono tali e quali ai reali e viceversa. Ecco la costruzione dell'errore, per cui si equipara l'immaginario al reale, cui segue il suo occultamento, che giunge alla sostituzione del reale con l'immaginario o viceversa. Ecco il terreno della postverità.Senza l'infrastruttura categoriale, racchiusa nel numero immaginario, la menzogna non sarebbe possibile. Qui l'inganno non è puntuale, è una seduzione della mente umana, perché ciò che ne esce contraffatto è il *verum* in quanto tale e l'uomo, privato di ogni punto di riferimento che non sia fittizio, diviene preda del vortice della postverità, della menzogna incoronata regina del mondo. Per questo la lettura sociologica dello *Oxford Dictionary* è non solo insufficiente, ma sostanzialmente solidale con i presupposti dell'affermarsi della postverità stessa.

Cerco ora di rintracciare il significato di inverso e di opposto nella vita reale, per poi capire la potenza distruttiva della loro combinazione e dell'occultamento di tale operazione. Nella realtà quotidiana o comunque oltre la astrazione numerica si possono fare degli *accostamenti* per illustrare l'opposto, l'inverso ed eventualmente la loro combinazione. Va tenuto comunque presente che le relazioni sia di opposizione che di inversione, si situano soprattutto nel mondo costituito o mediato dal *significato* e quindi nella sfera della intenzionalità e degli oggetti intenzionali, anche solo al primo livello in qui si formano e giocano *immagini* e *narrazioni*. Anche questo è un indizio per comprendere la menzogna, che non è possibile né pensabile fuori dalla sfera del *verum* e della sua apprensione e dello scambio comunicativo che si svolge nel suo medio. L'inversione si ritrova abbastanza facilmente nella narrativa e nella poesia, come ad esempio il *principe* ed il *povero* della novella di Marc Twain; i due, socialmente ed istituzionalmente in posizioni *inverse*, si scambiano il rispettivo ruolo. Questa è una creazione narrativa, viene letta e fruita come tale; non c'è scambio tra realtà e fantasia. L'opposizione si può ritrovare nelle *Cronache di Narnia* di C.S. Lewis, quando i bambini entrano in un mondo fantastico passando per un armadio; anche qui per il lettore non c'è scambio tra realtà e fantasia. La combinazione di opposizione e inversione avviene nell'arte drammatica, quando l'attore interpreta un personaggio, fino a portare lo spettatore ad immedesimarsi nell'azione drammatica; l'opposizione, inizialmente,

[2285] In operatori matematici: $=$ e non $\equiv$, aggiungendo che $=\neq\equiv$, ossia che la relazione di uguaglianza è diversa e non va confusa con quella di identità.

ISSN 2279-7238

è tra attore e spettatore, l'inversione si ha nel momento dell'immedesimazione dello spettatore. La loro combinazione risiede nel successo dell'azione drammatica e mentre gli attori aprono un mondo immaginario, gli spettatori vi vengono introdotti. Anche qui, però, non c'è scambio tra realtà e fantasia e sia gli attori che gli spettatori, finita la rappresentazione, ritornano nella realtà: è il momento certamente celebrativo ma anche liberatorio dell'applauso. Se il povero si illude di essere principe e se qualcuno vive nella sua quotidianità come se stesse recitando una parte, lo scambio e la sostituzione surrettizia avvengono e sono guai.

Si possono delineare molti altri esempi di opposizione nel mondo reale. Il caso più facile è quello di un oggetto e della sua immagine allo specchio. Lo specchio mi può illudere sulla presenza e la posizione dell'oggetto, ma non mi inganna totalmente sulla sua esistenza. Opposti, però, sono anche due avversari, sia in campo sportivo come due squadre o due pugili, sia in campo politico, due partiti, o militare, due eserciti, o in altri campi: stanno l'uno di fronte all'altro. L'inverso è più difficile da identificare, ma tutt'altro che raro. I due opposti, gli avversari, sopra menzionati divengono anche inversi nel momento in cui l'uno vince e l'altro perde: il vincitore è l'inverso del vinto. Parimenti, sono inversi anche il sano e il malato, il giovane ed il vecchio, l'uomo virtuoso e l'uomo vizioso. Un esempio più sottile è quello di un recipiente pieno e del medesimo o equivalente riempito solo parzialmente; nel primo caso il volume del recipiente e quello del suo contenuto sono in una relazione di $1/1$; se, invece, il recipiente viene riempito per una *frazione* del suo volume, ad es. 1/10, la situazione è inversa o, il che è lo stesso, un recipiente uguale al primo riempito solo per $^1/_{10}$, è in situazione inversa rispetto al primo, riempito per intero[2286]. Caso particolare di combinazione di inversione ed opposizione è quello di un oggetto rispetto alla sua immagine che si forma oltre una lente biconvessa, immagine che è opposta all'oggetto, dall'altra parte della lente, e inversa, perché capovolta. Ora, è chiaro che un oggetto non è uguale alla sua immagine e che il vincitore non lo è al perdente e che sostenere una tale uguaglianza è falso e diviene menzogna se tale distinzione viene nascosta e se quell'uguaglianza viene fatta credere vera[2287]. Caso lampante è il verdetto truffaldino o la partita truccata. Ecco la falsa verità che si accredita come verità ma è vera falsità.

L'esemplificazione e l'analisi andrebbero ampliate ed affinate; ad esempio occorrerebbe notare che la relazione di inversione richiede una qualche unità di misura, anche implicita, e che ciò situa tale relazione nel campo intenzionale e della significazione. Anche la relazione di opposizione è situata in quel campo, come chiaramente nel caso dei due avversari e, diversamente, in quello dell'oggetto e della sua immagine. La combinazione di opposizione ed inversione sembra consistere nell'esito di uno sviluppo della relazione di

[2286] Qui l'analisi diviene più difficile, sia perché entra in gioco la questione della misura e della sua unità, sia ed ancor di più perché si affaccia la questione dell'*intero*. In ogni caso, ciò conferma che l'analisi della menzogna resa possibile dal numero immaginario si situa sul piano categoriale e non su quello fenomenico o empirico.
[2287] È qui che il famoso principio di de Coubertin mostra la sua inconsistenza categoriale.

ISSN 2279-7238

opposizione, ma l'errore che si fa inganno si ha solo quando tale esito viene sostituito alla situazione o stato di fatto concretizzatisi nella loro verità. L'analisi diviene ancora più difficile se ci si sposta dai fatti ai principi, scambiando ad esempio la reiterazione della *petitio principii*, derivante dall'assunzione della contraddizione a motore del divenire con la conseguente abolizione del principio di non contraddizione quale principio primo dell'essere e del pensare. In tal caso la combinazione di opposizione ed inversione è condotta alla sua espressione più spinta, in quanto l'opposizione irriducibile dell'essere e del nulla viene dissolta tramite l'inversione dei rispettivi statuti e funzioni categoriali, con conseguente sostituzione dell'apparenza alla realtà. Ciò, comunque, richiederebbe ben altri approfondimenti ma non si può ritenere che il dibattitto sulle realtà istituzionali e sul diritto possa essere del tutto isolato da tali fondamentalissime questioni.

La menzogna richiede un passaggio volontario, racchiudendo pertanto, una dimensione etica, generale e non solo politica, ma il profilo etico presuppone e sarebbe semplicemente impossibile senza il presupposto epistemico, ossia l'errore e la possibilità di nasconderlo, ma quell'errore qualificato sopra illustrato. La menzogna è indissociabile dall'inganno, dalla volontà, più o meno esplicita e chiaramente deliberata, di ingannare, ma senza l'autonoma consistenza dell'errore, ossia la distorsione o il fallimento del momento veritativo della conoscenza e della comunicazione, la menzogna non sarebbe possibile, non sarebbe nemmeno pensabile. Il far cadere in una trappola, l'anticipare lo schema che l'altro sta seguendo per sfruttarne i punti deboli e batterlo in una competizione di abilità, che ne può anche comportare la morte. Al massimo, in quel caso, viene sfruttato un errore particolare od anche solo pragmatico, che però, per sua natura, non satura il campo conoscitivo fino ad invertire il modo di percepire e vivere il reale, ma ne occulta alcune falle. Far credere qualcosa di non fattualmente vero, sapendo di farlo, ossia con un atto deliberato, configura, come accennato, la *bugia*, ossia la sostituzione di una verità particolare con una verità semplicemente diversa, opposta od inversa, ma non l'alterazione della natura stessa della verità e della relazione tra conoscenza e realtà. In termini matematici, l'errore che innerva la bugia sta nel sostituire il risultato di un'operazione o equazione che richiede un numero reale, con un altro parimenti reale, ma errato, facendo credere che il preteso risultato erroneo sia esatto. Ciò funziona se non chiamiamo in causa le radici, in particolare quelle dei numeri e dei polinomi negativi, che hanno uno più risultati immaginari. Tale sostituzione, se consapevole e deliberata, inganna, è mendace, ma il suo nucleo epistemico non altera la relazione con il reale e la sua forza, ascrivibili appunto alla verità. Si tratta, ripeto, di bugia, non di menzogna. Questa è ben più incisiva e profonda, perché *sostituisce* una verità adulterata, l'errore epistemico e categoriale, appunto, alla verità stessa e ne altera il modo di acquisirla, pensarla, viverla. Ciò, ancora, è reso possibile proprio dal campo aperto dagli immaginari, che, adeguatamente interpretato, ci conduce verso la costruzione di una realtà immaginaria e la sostituzione di questa alla realtà. Ripeto, seguendo Piccari, la falsa verità che è vera falsità, non riposa o consiste in nessun modo sul modo di funzionare dei numeri immaginari, ergo per estensione nella componente immaginaria della vita umana,

ISSN 2279-7238

ma nell'abolizione della differenza tra reali ed immaginari, per estensione, tra immaginazione e realtà, con conseguente loro confusione ed espulsione o abolizione della realtà stessa o riduzione abusiva della sua complessità. La realtà umana, ma il punto richiederebbe ben altro approfondimento, è sempre e di per sé complessa, in senso analogo a quello che si evidenzia con i numeri complessi ed è il misconoscimento di tale complessità, la quale coniuga numeri reali e numeri immaginari, ad alterare senso e relazione con la realtà stessa. Il misconoscimento può avvenire per riduzione ai soli naturali, ergo alla sola quantità ed alle sue rappresentazioni, o ai soli immaginari, ergo misconoscendo la quantità e la sua immensa rete di relazioni, in favore dell'immaginazione, ma è comunque frattura della complessità. L'abolizione surrettizia della realtà, però e soprattutto, avviene occultando il modo e le implicazioni della *coniugazione* che genera i numeri complessi, che non è somma algebrica ma composizione vettoriale,cui segue qualcosa di nuovo ed inatteso, di reali ed immaginari.

Da quanto esposto a proposito degli immaginari e dei reali, del loro modo di funzionare secondo regole inverse, si evince che il vero e il falso non stanno nei numeri, questi sono sempre veri, portatori di verità, ma stanno nelle relazioni tra numeri e nel gioco dei simboli che lo rendono operativamente possibile. La menzogna si annida nel significato del simboli, delle parole; l'interpretazione dei simboli, delle parole, accredita come vera la menzogna o come falsa la verità. È qui che possono sorgere le finzioni e le contraffazioni. Ecco perché il significato dei simboli e delle parole nasconde e racchiude la possibilità della menzogna. Il simbolo interpretato in un certo modo, nasconde l'errore e ciò crea la menzogna. Se il simbolo è interpretato correttamente, l'errore diviene manifesto e non c'è menzogna.

Si noti che, nel regno della postverità, tali precisazioni e distinzioni non hanno più senso, perché è il regno dell'assurdo, ossia del nulla, l'internamente contraddittorio e perciò autodistruttivo prima ancora di affacciarsi ad una qualsiasi condizione di esistenza, che si fa essere e principio di essere, di conoscenza e di azione, di costruzione dell'intero mondo istituzionale. In tale regno immaginario, anche l'interpretazione segue quelle regole e la stessa menzogna si dissolve, vale a dire, si afferma pervasivamente e senza resistenze. Non ha più senso fare ricorso alla verità, in qualsiasi suo livello e configurazione, perché inutile intralcio e, in quanto tale, va espulsa dall'orizzonte della vita umana. Qui si dovrebbero analizzare alcuni comportamenti dei numeri immaginari, in cui, ad esempio, le potenze sono ricorsivamente uguali a se stesse, per cui sembra che quel numero stia mentendo[2288]. La ricorsività dell'immaginario trova qui un'importante possibilità di lettura. Tale ricorsività, però, è un sintomo ed un indizio, se non una prova, che la sostituzione dell'immaginario al reale nella sua complessità, sottintende come chiave operativa di fondo la *petitio principii* e ciò produce tutto il contrario di qualsiasi forma, anche non ideologica, di progresso, è fonte di stasi e, infine, di morte.

[2288] Ad es. $j = j5 = j9 = j13$ e via ricorsivamente, così come $j2 = j4 = j10$

ISSN 2279-7238

Ciò ha implicazioni enormi nel mondo reale, soprattutto in quello sociale ed istituzionale, in cui diviene indistinguibile il reale, che è complesso, ossia rappresentabile da un vettore che somma in sé, fondendoli, reale ed immaginario, dall'immaginario e si arriva alla sostituzione del reale con l'immaginario. Ossia, si opera con il reale secondo le regole dell'immaginario, pensando che quelle siano le regole del reale!Questo significa vivere nella menzogna. Regole e principi dell'interpretazione divengono quelli dell'immaginario entificato, ossia e ancora della postverità! La realtà è abolita in favore della sua immagine capovolta ed invertita, che va ad espellere la realtà stessa e la sua retta interpretazione. La virtù è espulsa da vizio e questo pretende di essere virtù, la finzione la verità. Tale dinamica, che è quella dell'utopia, ossia della costruzione di un mondo nuovo a misura dell'uomo e a discapito del mondo reale, ritenuto di per sé inadatto alla vita autenticamente umana, è un altro modo per ritenere malvagio il mondo reale. Ciò carica di una spinta cieca l'operazione di inversione/capovolgimento/sostituzione e conduce per sua natura alla imposizione ed alla violenza totalitaria. Si aggiunga che tale capovolgimento, poiché è immerso nel mondo immaginario, può procedere inavvertita, almeno per un certo tempo, mascherata appunto in quanto menzognera. Il riferimento è al totalitarismo *dolce* del politicamente corretto, che in realtà è un veleno che diviene prigione e, nei rapporti civili, fonte di violenza organizzata e perpetrata tramite le istituzioni giuridico-politiche. Anche il diritto e la sua amministrazione si capovolge nel proprio opposto/inverso e tutela, come accennato, le spinte entropiche delle relazioni umane e sociali, trasformandosi, così, in una cappa insopportabile, priva di una intelaiatura d'ordine e conseguentemente totalitaria.

Non basta rifarsi, in tale contesto, alle analisi orwelliane del controllo del linguaggio, delle opinioni, dei sentimenti, non basta smascherare le definizioni o nozioni legali che nascondono la realtà e spesso la capovolgono[2289]. Non basta notare come la lingua opposto/invertita della postverità, ossia la *neolingua* del *politically correct*, chieda ed ottenga il potere esecutivo del diritto, privilegio sovrano, per imporsi nella sua sovrana intolleranza. Non basta denunciare l'affermarsi dilagante della menzogna sistemica e totale, la sua celebrazione come nell'*Oxford Dictionary* del 2016, che diviene chiave e stoffa di costruzione dell'intero mondo. La denuncia stessa della menzogna, con le connesse analisi, vengono emarginate dal dilagare del capovolgimento della realtà nell'inverso dell'opposto di se stessa, capovolgimento che diviene vizio, ossia *habitus* negativo diffuso e istituzionalizzato, fino a porsi come chiave costruttiva del nostro mondo o ciò che ne residua. Il vortice che ingoia tutto è il trionfo del *nulla* e del nichilismo, di cui l'interpretazione *immaginaria*, capovolta geneticamente nel suo opposto/inverso, è uno dei passi intermedi necessari prima di divenirne il modo di essere. È un carcere immaginario, il carcere dell'immaginario, che pensa di trionfare. Per combattere tale deriva, non basta, come accennato, l'analisi del

[2289] Si pensi all'eutanasia che capovolge l'omicidio in un atto di compassione; leggi per il sostegno della maternità che fanno dell'aborto un diritto; oppure quante riforme che distruggono ciò su cui intervengono, soprattutto in ambito amministrativo; o ancora, le cd. leggi di semplificazione legislativa, che complicano la vita giuridica etc.

ISSN 2279-7238

fenomeno, occorre scendere al livello categoriale. La distinzione tra bugia e menzogna non è sostenibile sul piano fenomenico e descrittivo, richiede il passaggio categoriale. Questo, cui si ha accesso tramite l'infrastruttura intelligibile dell'unità immaginaria e poi con la rilevazione del comportamento di questa, consente non solo di distinguere con nettezza bugia e menzogna ma di leggere con sicurezza la relazione dell'uomo con la verità, o almeno, con la negazione precisa di questa e le annesse implicazioni e conseguenze. Risalta, ancora una volta, che il vizio rende comunque omaggio alla virtù, ma anche che la menzogna non è primariamente un problema etico-politico, bensì epistemico e categoriale. Solo così si potrà tentare di parlare della menzogna, anche e diffusamente sull'asse etico-politico, senza rimanerne vittime ed esserne, in definitiva, complici.

L'affermazione della *postverità* consiste nello svuotamento *ab imis* di tutte queste distinzioni e nella sostituzione non di pezzi di verità ad altri pezzi di verità, opera della propaganda precedente, ma dell'intero modo di relazionarsi alla realtà e al *verum*, o meglio, nell'alterare le regole di base, elementari, della verità. A questo punto, smascherare una bugia, l'alterazione di uno stato di fatto con un altro stato di fatto, la sovrapposizione di una narrazione ad una rigorosa ed onesta ricostruzione dei fatti, non ha più il terreno su cui appoggiarsi, perché poggia su basi immaginarie, che tutti, o quasi, ritengono solide e consistenti, ossia radicate nella realtà. L'equivalenza delle *narrazioni*, così accarezzata nelle relazioni interumane e nelle prassi comunicative dominanti, si muove nella direzione della menzogna, ma la raggiunge compiutamente solo nel momento in cui la narrazione si sostituisce ad ogni altra forma di discorso e si impone come unica chiave di lettura della realtà, ormai svanita sotto l'orizzonte del discorso, e quindi come sua esclusiva chiave costruttiva. È chiaro che il *giuridico* ne esce alterato *ab imis* e che la rivendicazione autodeterminativa si impone come unico immaginabile punto di appoggio, come unico *nerbo* del diritto. Postverità: l'erezione della finzione a chiave sistemica nella relazione con la realtà, comporta la totale chiusura nell'autoriferimento e l'abolizione *tout court* dell'alterità. Ne segue l'abolizione previa e programmatica di ogni riferimento alla giustizia e le costruzioni giuridiche, ormai cumuli di frammenti, non possono più veicolare né riconoscimento né prassi cooperative, onde le relative istituzioni residuano nella totale estraneità ad ogni anche elementare declinazione dello stato di diritto e delle partecipazione democratica. Su tali presupposti, inoltre, la controversia parimenti non si potrebbe nemmeno costituire, se non come finzione, e i conflitti non potrebbero essere né affrontati né risolti e la loro decisione rimarrebbe sottomessa alla forza ed all'astuzia. In definitiva, la *postverità*, chiarita nella sua struttura categoriale, nega la possibilità stessa del diritto e lascia il campo libero alla violenza generalizzata ed all'impossibilità della civile convivenza.

Occorre chiedersi se una tale inversione dell'approccio alla comprensione e custodia dell'ordine sociale e relazionale, ordinamentale, apparentemente liberale e progressista, non venga a poggiarsi su un principio entropico talmente forte e incontenibile, da condurre necessariamente, dando tempo al tempo, sia il diritto che la società, alla dissoluzione ed alla

ISSN 2279-7238

morte. In altri termini, la menzogna, letta secondo la griglia dei numeri immaginari, introduce una spinta entropica altamente distruttiva, autodistruttiva, potenzialmente esaltata rispetto alla spinta entropica sia sociale che relazionale conseguente alla semplice pratica della bugia, della comunicazione ingannevole. In gioco non c'è una molto astratta tolleranza assiologica, poggiante sulla messa tra parentesi delle pretese di verità, ma la natura della società e del diritto e, alla fin fine, la loro stessa sopravvivenza.

ISSN 2279-7238

Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*

di Roberto Perrone**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Fake news* e concetto di «falso»: un problema meramente definitorio? – 3. Limiti alla circolazione delle *fake news*: la necessità di una risposta differenziata – 4. Il *marketplace of ideas*: una metafora obsoleta? – 5. Pluralismo e ricerca della verità. Qualche spunto conclusivo.

1. *Introduzione.*

Il tema delle *fake news* è di grande attualità ed ha suscitato un vivace dibattito, che ha coinvolto studiosi ed esperti di varie branche del sapere, non solo giuristi. Si tratta di un argomento che, com'è ovvio, interessa anche i costituzionalisti, coinvolgendo l'esercizio di diritti protetti dalla Carta fondamentale, come la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di ricerca, ed è normale dunque che non siano mancati spunti di riflessione al riguardo[2290].

Non si può tuttavia parlare a pieno titolo di un tema radicalmente "nuovo" per il giurista[2291]: la problematica della tutela costituzionale delle manifestazioni di pensiero false

* Contributo sottoposto a double *blind peer review*

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi dell'Insubria.

[2290] Oltre ai contributi contenuti nel n. 1/2017 della Rivista *MediaLaws*, dedicata appunto al tema delle *fake news*, che saranno citati nel prosieguo, e all'ulteriore bibliografia riportata *infra*, possono ricordarsi fin d'ora gli spunti contenuti in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI (a cura di), *Parole e potere. Libertà d'espressione,* hate speech *e* fake news, Milano, 2017.

[2291] Come riconosce C.R. SUNSTEIN, *On rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done*, trad. it. *Voci, gossip e false dicerie. Come si diffondono, perché ci crediamo, come possiamo difenderci*, Milano, 2010, 11: «I *rumors*, le dicerie, sono vecchi quasi quanto la storia dell'uomo. Ma con la nascita di internet sono diventati onnipresenti. Ne siamo sommersi. Le voci false e infondate sono particolarmente moleste, provocano un danno reale a individui e istituzioni e spesso sono refrattarie alle correzioni. Possono minacciare carriere, programmi politici, funzionari pubblici e a volte la democrazia stessa».

ISSN 2279-7238

ha origini risalenti, che precedono di gran lunga l'avvento di Internet e dei moderni mezzi di comunicazione[2292]. Ciò che rende di particolare rilievo la questione non è dunque la sua originalità in valore assoluto, ma il dato che lo sviluppo della tecnologia, e per quanto qui interessa l'elaborazione di mezzi di comunicazione particolarmente efficaci e pervasivi, del tutto differenti dai tradizionali canali di diffusione del pensiero, solleva profili di esame inediti e difficilmente immaginabili fino a non molti anni addietro[2293].

Si tratta insomma di uno di quei filoni di indagine che, già esplorati in passato, vengono riportati alla luce non perché emergano *tout court* «nuovi» diritti[2294], ma per il modo in cui diritti già ampiamente riconosciuti vengono messi in discussione per effetto di modalità (queste sì «nuove») di esercizio degli stessi[2295]. Il compito degli studiosi, in questi casi, più

[2292] Nello stesso senso M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su* fake news *e dintorni*, in *MediaLaws*, 2017, 15.

[2293] Con riguardo all'evoluzione della libertà di manifestazione del pensiero alla luce delle innovazioni tecnologiche e dell'avvento di Internet, che spingono secondo l'Autore ad un ripensamento del significato della situazione giuridica stessa, si vedano le riflessioni di V. ZENO-ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, 69 ss. Per un'introduzione alle problematiche connesse all'avvento della Rete Internet si veda già P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, 1996, 83 ss.; e ID., *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., Aggiornamento, Torino, 2000, 347 ss.,; più di recente si vedano almeno M. CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; ID. (a cura di), *Comunicazioni e nuove tecnologie.* New media *e tutela dei diritti*, Roma, 2011; P. COSTANZO, *I diritti nelle "maglie" della Rete*, in L. BRUSCUGLIA-R. ROMBOLI (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie. Atti del Seminario congiunto tra il Dottorato in diritto privato e la Scuola di dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali. Pisa, 26 giugno 2009*, Pisa, 2010, 5 ss.; M. VIGGIANO, *Intenet. Informazione, regole e valori costituzionali*, Napoli, 2010; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011; P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2012; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista A.I.C.*, 2012; e ID., *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014, 9 ss.

[2294] Con il che non si vuole tuttavia dire che l'affermarsi delle tecnologie non possa porre problemi di tutela anche di vere e proprie «nuove» situazioni giuridiche. Sul tema dei «nuovi diritti» si vedano le riflessioni di F. MODUGNO, *La tutela dei "nuovi diritti"*, in F. RICCOBONO (a cura di), *I nuovi diritti dell'età tecnologica. Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera università internazionale degli studi sociali, 5 e 6 maggio 1989*, Milano, 1991, 89 ss. Un esempio molto rilevante ci sembra il dibattito in tema di sussistenza di un diritto, costituzionalmente tutelato, all'accesso ad Internet: per un inquadramento del tema si vedano per tutti T.E. FROSINI, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, 2015, 47 ss., con posizioni riprese in ID., *Costituzionalismo 2.0*, in *Rass. parl.*, 2016, 680 ss.; G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 43 ss.

[2295] Diversi possono essere gli esempi di problematiche di questo tenore. Chi scrive ha avuto modo di occuparsi, ad esempio, del tema del c.d. diritto alla disconnessione, che attiene alla tutela costituzionale dei tempi di riposo del lavoratore in un'epoca in cui le tecnologie informatiche consentono una costante e ininterrotta reperibilità on-line del lavoratore, e in cui dunque i confini tra vita privata e vita lavorativa si fanno più incerti e più mobili. Anche in questo caso non si trattava di dare riconoscimento a «nuovi» diritti, ma di valutare se le soluzioni già ampiamente elaborate dalla dottrina costituzionalista e giuslavorista

ISSN 2279-7238

che di tentare a tutti i costi di elaborare soluzioni inedite, sembra essere quello di valutare la tenuta dei principi elaborati a suo tempo dalla dottrina più avveduta, e verificare se essi reggono al test del tempo[2296].

È ciò che ci si propone di fare, pur brevemente, nelle pagine che seguono, nelle quali si porrà attenzione alla questione della tutela costituzionale delle manifestazioni di pensiero false e ai limiti che essa incontra nel momento in cui vengono in gioco interessi costituzionalmente rilevanti, che possono essere pregiudicati dalla libera circolazione delle *fake news* sui moderni mezzi di comunicazione[2297]. Nel fare ciò, non potranno dimenticarsi i contributi che la dottrina costituzionalista ha fornito sul tema, per verificare se essi siano applicabili anche alla questione oggi di interesse, e se dunque la risposta ai problemi emergenti possa prendere le mosse dai punti fermi già individuati, o se, al contrario, ci si debba discostare dalle conclusioni raggiunte in passato per suggerire nuove soluzioni che realizzino un ragionevole equilibrio degli interessi in gioco.

2. *Fake news* e concetto di «falso»: un problema meramente definitorio?

potessero applicarsi anche nel nuovo contesto sociale e tecnologico. Sul punto si v. dunque R. PERRONE, *Il «diritto alla disconnessione» quale strumento di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti*, in *Federalismi.it*, 2017, 1-22.

[2296] In senso conforme M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., 15; N. ZANON, Fake News *e diffusione dei* social media*: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 2018, 3. Cfr. anche T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, cit., 678. *Contra*, per la necessità di «andare oltre le tradizionali categorie dei mezzi di diffusione del pensiero nel tentativo di adeguarle all'avanzamento della tecnica» v. M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e* social networks *sulla libertà di informazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 3 ss. e *passim*: l'Autore dichiara espressamente (ivi, 3, nota 11) di rispondere negativamente alla domanda del prof. Pitruzzella nel suo saggio *La libertà di informazione nell'era di Internet*: «Sono ancora attuali le nostre categorie concettuali?»; il saggio citato è G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 94. Dubita della possibilità di risolvere le criticità sollevate dall'avvento dei nuovi mezzi di comunicazione tramite la semplice lettura evolutiva delle disposizioni costituzionali anche M. OROFINO, *La libertà di espressione*, cit., 208 ss.

[2297] Sulla distinzione tra la libertà di diffusione del pensiero e i mezzi per la diffusione del pensiero si v. C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 4 ss., e bibliografia ivi citata.

ISSN 2279-7238

Per potersi interrogare sulla protezione costituzionale delle *fake news* occorre, preliminarmente, chiarire cosa si intenda con tale espressione, che, pur nella sua apparente semplicità, si presta a differenti letture.

La locuzione «f*ake news*», in effetti, se tradotta in senso puramente letterale, non significa altro che «notizie false» [2298]. Una tale latitudine definitoria, senza alcuna ulteriore precisazione, sembra avere scarsissimo valore euristico e si rivela di dubbia utilità ai nostri fini. Come già rilevava la dottrina più avveduta, in effetti, il «falso» può venire in rilievo sotto un duplice profilo, oggettivo e soggettivo[2299]. Il profilo oggettivo attiene alla non veridicità della notizia in sé, quale non corrispondenza della stessa alla realtà fattuale concretamente verificabile secondo parametri accettati dalla comunità di riferimento. Il profilo soggettivo, invece, attiene alla convinzione di tale corrispondenza da parte del soggetto che divulga la notizia.

Così, può ben darsi che una notizia sia falsa sotto entrambi i profili, oggettivo e soggettivo, ma può anche darsi che essa lo sia soltanto sotto uno di essi. Tralasciando l'ipotesi – di nessuna rilevanza pratica per i fini che qui interessano – di notizia oggettivamente vera ma soggettivamente falsa, che concretizza semplicemente il tentativo maldestro di propalare una menzogna che poi si rivela non essere tale, ben più significativo è il caso di notizia oggettivamente falsa ma soggettivamente vera. In tema di *fake news* tale circostanza è di frequente verificazione e merita particolare attenzione[2300].

Si prenda ad esempio il caso del dibattito sulla pericolosità dei vaccini. Una delle *fake news* più conosciute, al riguardo, è quella secondo cui sussisterebbe una correlazione scientificamente provata trai vaccini, ed in particolare il vaccino trivalente morbillo, parotite e rosolia (M.P.R.), ed autismo. È noto quale sia l'origine di tale credenza[2301], essendo

[2298] V. C. MELZI D'ERIL, Fake news *e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *MediaLaws*, 2017, 62.
[2299] Si v. ad es. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36-37; nonché A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero come situazione giuridica soggettiva*, in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 88 ss.
[2300] Cfr. G. DE GREGORIO, The marketplace of ideas *nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati* online, in *MediaLaws*, 2017, 93.
[2301] Per una ricostruzione della vicenda si vedano R. DOMENICI-M. GERBI-B. GUIDI, *Vaccini e autismo: scienza e giurisprudenza a confronto*, in *Danno e resp.*, 2016, 514 ss.

ISSN 2279-7238

riconducibile ad un articolo pubblicato dall'ex medico britannico Andrew Wakefield e i suoi collaboratori sulla prestigiosa Rivista medica *The Lancet*[2302]. Ed è parimenti noto che successivamente alla pubblicazione fu dimostrato il carattere fraudolento dello studio in questione, tanto che la stessa Rivista ritrattò ufficialmente l'articolo[2303] e Wakefield fu radiato dall'ordine dei medici inglese. Nonostante ciò, la notizia ha continuato ininterrottamente a circolare e, per quanto concerne l'Italia, ha avuto un notevole rilievo nel corso del 2017, al momento del rinfocolarsi delle polemiche circa il rafforzamento degli obblighi vaccinali nel c.d. decreto Lorenzin[2304].

Orbene, lo scritto di Wakefield rappresenta certamente un esempio di manifestazione di pensiero falsa in senso sia oggettivo che soggettivo, in quanto il suo autore lo pubblicò nella piena consapevolezza della non veridicità del suo contenuto. Chi oggigiorno propala notizie circa la correlazione tra vaccini e autismo, tuttavia, nella maggior parte dei casi non lo fa con la convinzione di divulgare una notizia falsa, né con l'intento di frodare i destinatari della stessa. Coloro che pubblicano *post*, *meme* o articoli su Facebook e gli altri *social network*, su riviste *on-line* o blog, nei quali sostengono la correlazione tra vaccini ed autismo sono spesso convinti di ciò che affermano, e ciò per le più varie ragioni: taluni ignorano l'origine della notizia; altri, pur essendone a conoscenza, ritengono che la natura fraudolenta della stessa non sia in grado di escludere che un nesso comunque esista, anche se non è ancora dimostrato; altri ancora basano le proprie credenze su fonti non rigorosamente scientifiche;

[2302] A.J. WAKEFIELD-S.H. MURCH-A. ANTHONY ET AL., *Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children*, in *The Lancet*, 351, 1998, 637 ss.

[2303] THE EDITORS OF THE LANCET, *Retraction – Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children*, in *The Lancet*, 375, 2010, 445.

[2304] Si tratta del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, conv. con modifiche in legge 31 luglio 2017, n. 119. Per una panoramica del dibattito che ha suscitato l'entrata in vigore di tale normativa si vedano i contributi contenuti nel forum dedicato alla questione in *BioLaw – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 15 ss., nel quale si rinvengono le opinioni di A. Morelli, F.G. Pizzetti, L. Risicato, A. Ruggeri, A. Spadaro, S. Curreri, G. Sorrenti, C. Salazar, G. Maestri, S. Agosta, P. Falzea, L. D'Andrea; nonché, a titolo esemplificativo, G. MANFREDI, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1418 ss.; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi.it*, 2017, M. MONTANARI-L. VENTALORO, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Fam. e dir.*, 2018, 177 ss.; per una prospettiva comparata v. ad es. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 455 ss. Più in generale sui trattamenti sanitari obbligatori, di recente, v. A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista A.I.C.*, 2017, cui si rinvia anche per le indicazioni della copiosa dottrina sul punto.

ISSN 2279-7238

e così via[2305]. Ciò che conta è che costoro diffondono notizie false che però, ai loro occhi, non sono affatto tali: si tratta cioè di manifestazioni di pensiero oggettivamente false ma soggettivamente vere.

Orbene, ci sembra che entrambi i tipi di notizie possano ricadere sotto l'ombrello della nozione di *fake news*, giacché si tratta in ambedue i casi di manifestazioni di pensiero che contengono un elemento di «falsità»: sono entrambe *news that are fake*. Dissentono da questa opinione coloro che riconducono al concetto di *fake news* soltanto le prime, richiedendo, per la qualificazione di una notizia nei termini anzidetti, l'elemento soggettivo della consapevolezza della falsità dell'informazione, o addirittura un elemento di dolo intenzionale, consistente nella volontà di diffondere notizie ingannevoli[2306]. Non riteniamo tuttavia condivisibile questa limitazione, posto che il falso (*fake*) non cessa di essere tale soltanto poiché nella mente di chi lo afferma esso assurge a verità, spesso inconfutabile, o perché chi lo divulga è in perfetta buona fede. Che i vaccini provochino l'autismo, che il cancro possa guarirsi con la dieta vegetariana[2307], che le scie chimiche siano generate da

[2305] V. R. DOMENICI-M. GERBI-B. GUIDI, *Vaccini e autismo*, cit., 515, nota 16: « Nonostante il ritiro della pubblicazione da parte di *The Lancet* (l'unico effettuato dalla Rivista) le teorie di Wakefiled e altre dello stesso disvalore scientifico continuano a tutt'oggi a circolare a causa della diffusione di pregiudizi antiscientifici che hanno trovato alimento nelle caratteristiche del web, nelle politiche retributive degli inserzionisti, negli algoritmi dei motori di ricerca e dei *social network*, che sono un fattore di inquinamento dell'informazione in tutti i campi, e massimamente in quello scientifico. A questo contribuisce il fenomeno psicologico noto come *confirmation bias*, cioè la tendenza a credere solo alle notizie che danno conferma dei propri pregiudizi, mentre quelle contrastanti vengono automaticamente scartate; recenti studi, ad esempio, hanno dimostrato che è del tutto inutile cercare di smentire false notizie, perché chi ci crede pregiudizialmente non cambierà idea di fronte all'evidenza, di cui tratterrà solo singole frasi o punti utili a confermare le proprie convinzioni di partenza».

[2306] Si vedano ad es. A. ALLCOTT-M. GENTZKOW, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2017, 213, coi quali concorda G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 72 ss. Riporta F. PIZZETTI, Fake news *e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *MediaLaws*, 2017, 49, che, secondo la maggior parte dei commentatori e degli studiosi, a definire le *fake news* non concorrono solo elementi oggettivi, quali il dato dell'obiettiva falsità della notizia ovvero la circostanza che essa racconti in modo falso o deformante fatti realmente accaduti, ed elementi soggettivi quali la conoscenza della falsità della notizia: occorrerebbe anche verificare «l'intenzionalità della sua diffusione, legata a una finalità specifica». L'Autore riconosce tuttavia che l'inclusione di tale ulteriore requisito complica notevolmente l'indagine, giacché le finalità perseguite da chi diffonde *fake news* possono essere le più varie e distanti. Ciò comporta che «Il termine *fake news* fa dunque riferimento a uno spettro amplissimo di fenomeni che assumono valore e significato diverso a seconda della finalità che ne orienta l'uso».

[2307] Ci si riferisce in questo caso alla *fake news* divulgata dalla *blogger* australiana Annabelle Natalie Gibson, e sostenuta anche nel suo libro *The Whole Pantry* (poi ritirato dal commercio dall'editore Penguin Books), secondo cui ella sarebbe guarita da un cancro al cervello grazie ad una dieta vegetariana *ad hoc*, poi commercializzata appunto tramite il libro e all'omonima *app* per cellulare. Numerose inchieste giornalistiche hanno messo in dubbio la veridicità delle affermazioni della Gibson, che in un'intervista ha in effetti ammesso di non aver mai avuto un cancro al cervello (si v. l'intervista del 23 aprile 2015: J. Jeffrey, *Toil for*

ISSN 2279-7238

sostanze irrorate nell'atmosfera dai governi per oscure finalità[2308], e così via: tali credenze rimangono false secondo tutti gli standard di prova scientifica, anche se chi le sostiene è convinto della loro veridicità, e anche se la finalità per cui le si professa è quella di informare il prossimo e talora di metterlo in guardia da pericoli, e non di ingannarlo.

L'esclusione del falso solo oggettivo dal concetto di *fake news* sembra da rigettare anche perché esso non pare tener conto delle modalità con cui le notizie circolano attraverso i mezzi di comunicazione contemporanei, e segnatamente attraverso Internet. È un dato di fatto, invero, che i tradizionali strumenti di diffusione del pensiero, quali la stampa e la radiotelevisione, consentono nella stragrande maggioranza dei casi la riconduzione di una notizia al suo autore; quando ciò non avviene, è comunque possibile individuare un centro di provenienza, che in qualche modo assume, se non la paternità dell'informazione, almeno la responsabilità per la sua propalazione. Così, gli articoli di giornale, o i servizi radiofonici o televisivi, di solito sono firmati, e chi li divulga lo fa nella consapevolezza del soggetto a cui è riconducibile la notizia. Quando un articolo di giornale è anonimo, è noto che la legge

the Belle, in *The Australian Women's Weekly*, maggio 2015; v. anche R. SULLIVAN, *Belle Gibson: 'No, None of it's true'*, in *news.com.au*, reperibile *on-line* su https://www.news.com.au/lifestyle/health/mind/belle-gibson-no-none-of-it-is-true/news-story/5235e93b8152346430a61ce4f0db9ba1, consultato il 12 giugno 2018), fino a che la donna è stata condannata in sede civile al risarcimento dei danni nei confronti dei consumatori truffati dalla *fake news* (si v. *Director of Consumer Affairs Victoria v Gibson* [2017] FCA 240 (15 March 2017), Federal Court). La *fake news*, tuttavia, non ha smesso di circolare in Internet, e anzi altre persone hanno sostenuto di poter guarire dal cancro mediante una dieta vegetariana o vegana: in ordine di tempo occorre ricordare, a titolo esemplificativo, il servizio de Le Iene del **7 maggio 2014** intitolato *Alimentazione, tumore e altre malattie* riguardo al libro di T. COLIN CAMPBELL, *The China Study*, Dallas, 2005, ritenuto inattendibile dalla comunità scientifica; oppure, quale ulteriore esempio di notizia oggettivamente falsa ma soggettivamente vera, il triste episodio della *YouTuber* texana Mari Lopez che, dopo aver pubblicato una serie di video su *YouTube* nei quali dichiarava di essere guarita dal cancro mediante l'assunzione di frullati di verdure ed altri alimenti vegani e dava dimostrazioni delle ricette impiegate, è deceduta a causa della progressione della malattia; per un resoconto della vicenda si v. V. BALDISSERI, *«Sono guarita grazie a dieta vegana», ma la YouTuber muore di cancro*, in *Corriere.it*, 21 febbraio 2018, reperibie on-line su https://www.corriere.it/esteri/18_febbraio_21/sono-guarita-grazie-dieta-vegana-ma-youtuber-muore-cancro-28e21a4c-1733-11e8-b630-41a05c9e9642.shtml, consultato il 12 giugno 2018.

[2308] La *fake news* in parola, riconducibile alla c.d. teoria del complotto delle scie chimiche o *chemtrail conspiracy theory*, ha avuto origine negli U.S.A., ma ha avuto eco anche in altri Stati, tra cui l'Italia, dove, oltre a circolare *on-line* su vari portali e blog e sui *social network*, ha trovato seguito in alcuni ambienti, anche politici. Il 20 marzo 2017, ad esempio, si è tenuto presso la Sala di Santa Maria in Aquiro, appartenente al Senato della Repubblica, un Convegno, organizzato dal sen. Bartolomeo Pepe, intitolato «Geoingegneria e disinformazione», dove appunto sono state discusse teorie attinenti al tema delle scie chimiche e della disinformazione sulla vera natura delle stesse. La diffusione della *fake news* è tale che nel 2016 sono stati pubblicati i risultati di uno studio in doppio cieco organizzato dalla University of California Irvine, al fine di dimostrare la fallacia delle teorie sulle *chemtrails*: si v. C. SHEARER-M. WEST-K. CALDEIRA-S.J. DAVIS, *Quantifying Expert Consensus Against the Existence of a Secret, Large-scale Atmospheric Spraying Program*, in *Environmental Research Letters*, 11, 2016, 1 ss.

ISSN 2279-7238

prescrive l'indicazione del direttore del giornale, che assume, assieme all'editore e allo stampatore, la responsabilità della divulgazione della notizia (artt. 57, 57-bis e 596-bis c.p.), in attuazione, del resto, del principio ricavabile dall'art. 21, c. 3, Cost. Molto diverso è invece il modo in cui le notizie circolano attraverso Internet al di fuori delle testate giornalistiche *on-line*[2309], specie per effetto dell'avvento dei *social network*[2310]: in moltissimi casi, le informazioni che vengono veicolate attraverso la Rete non hanno una paternità evidente, trattandosi di *meme*, immagini corredate da didascalie, articoli anonimi, estratti di blog, citazioni fuori contesto, e così via, e tali contenuti vengono divulgati mediante strumenti, quali ad esempio la *condivisione* (su Facebook), o il *retweet* (su Twitter), che consentono di perpetuare l'anonimato dei contenuti, in un gioco di specchi che spesso non permette in alcun modo di risalire alla fonte primigenia delle informazioni così propagate, e dunque di verificarne l'attendibilità[2311]. In tal modo, è molto facile che una notizia falsa, anche se generata con la piena consapevolezza della sua falsità o addirittura col proposito di trarre in inganno il pubblico, sia diffusa da utenti che tale consapevolezza non hanno[2312]. Non per questo, però, le problematiche che essa solleva vengono meno, né è sufficiente proporsi di colpire la fonte originaria, giacché gli elementi che contraddistinguono le *fake news* divulgate attraverso il *web* sono proprio la loro pervasività e la loro capacità di autoriprodursi in un ciclo potenzialmente infinito. Escludere dunque le notizie soggettivamente vere dal novero

---

23092309 La responsabilità *ex* art. 57 c.p. del direttore di una testata giornalistica *on-line* per gli articoli criminosi in essa pubblicati è stata affermata in tempi recentissimi, proprio con riguardo a scritti anonimi, da Cass. pen., Sez. V, sent. 11 dicembre 2018, n. 13398 in *Guida al dir.*, 2018, 17, 83. La pronuncia in discorso si pone in linea di continuità con l'assimilazione delle testate *on-line* alle testate giornalistiche cartacee, già affermata da Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 gennaio 2015, n. 31022, in *Giur. cost.*, 2015, 1055, con nota di L. DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione sancisce l'"equiparazione" tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di "scivolamento" dalla "nomofilachia" alla "nomopoiesi"?*, ivi, 1062 ss., e in forte discontinuità con l'orientamento in precedenza adottato dalla stessa Cassazione: si v. al riguardo la nota Cass. pen., Sez. V, sent. 16 luglio 2010, n. 35511, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1604, con nota di D. PETRINI, *Il direttore della testata telematica, tra horror vacui e prospettive di riforma; sperando che nulla cambi*, ivi, 1611 ss.

2310 Sulle modalità di circolazione delle informazioni attraverso i *social network*, considerati vero e proprio «"megafono" dell'informazione», v. M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica*, cit., 22 ss.

2311 In senso conforme C. PINELLI, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws*, 2017, 43. Cfr. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 73.

2312 V. G. DE GREGORIO, The marketplace of ideas, cit., 93, nota 4: «Si pensi in particolare [a]gli errori colposi derivanti dalla diffusa credenza riguardo uno [sic] specifico fatto, spesso stimolati da notizie frammentate del web che non originano da una particolare fonte che essendo comunicati tra gli internauti acquistano credibilità non attraverso la verifica dei relativi fatti, ma tramite l'accettazione sociale della loro veridicità».

ISSN 2279-7238

delle *fake news*, per concentrarsi soltanto su quelle oggettivamente e soggettivamente false, finisce per tradursi in un tentativo di abbattere la "mala pianta", ignorando però i frutti avvelenati che essa produce, e che restano liberi di propagare la malattia della fonte che li ha generati.

Si propone dunque, in questo scritto, di ricondurre al concetto di *fake news* sia le notizie oggettivamente e soggettivamente false, che saranno *fake news* «in senso stretto» o «*pure fake news*», sia le notizie oggettivamente false, ma soggettivamente vere, che saranno *fake news* «in senso lato» o «*purely fake news*».

3. *Limiti alla circolazione delle fake news: la necessità di una risposta differenziata*

Il distinguo testé effettuato tra le due situazioni (*fake news* in senso stretto e *fake news* in senso lato) non si rivela meramente definitorio, ma sembra destinato a riflettersi anche sul loro rilievo dal punto di vista del diritto costituzionale e, di conseguenza, sul trattamento giuridico che esse ricevono da parte dell'ordinamento.

a) *Le* fake news in senso stretto *o* pure fake news

Secondo l'opinione assolutamente dominante in dottrina, le manifestazioni di pensiero oggettivamente e soggettivamente false non ricadono sotto la tutela dell'art. 21 Cost., non rappresentando forme d'espressione protette dalla disposizione in parola[2313]. I percorsi argomentativi affrontati al fine di giustificare tale conclusione sono tuttavia diversi.

[2313] Così, in particolare, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 36-37; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 238-239; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra*

ISSN 2279-7238

La tesi più risalente, ma non per questo meno convincente, parte dal dato letterale dell'art. 21 Cost., ai sensi del quale, com'è noto, «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione». La circostanza che il pensiero protetto debba essere «proprio», cioè appartenente a colui che lo esprime, consentirebbe di escludere *in limine* il falso dall'ambito di operatività della garanzia costituzionale. Se infatti l'autore di una notizia è consapevole della sua falsità, essa non rappresenta realmente un suo «proprio» pensiero, giacché non riflette le sue interiori convinzioni[2314]. In tal modo il falso subiettivo rappresenterebbe un vero e proprio «limite logico» delle manifestazioni di pensiero protette[2315]. Oltre al dato letterale, peraltro, la soluzione in parola sottolinea l'intima *ratio* della garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, ponendo l'accento sul principale interesse (individuale) ad essa sotteso: quello del singolo di poter esprimere all'esterno le sue idee e di fornire il suo contributo al dibattito su uno specifico argomento, senza incontrare impedimenti e censure. È evidente, dunque, che tale interesse viene meno se l'individuo esprime un pensiero che egli sa non essere genuino: non v'è dunque alcuna ragione per garantire a quest'ultimo protezione costituzionale.

Altra impostazione fa leva sul «diritto di informazione», specificazione della libertà di manifestazione del pensiero, nella sua componente passiva, che metterebbe in luce, accanto ad un «diritto ad informare», un vero e proprio «diritto a essere informati». L'esistenza di tale diritto, nelle sue due componenti, sembra ormai un dato acquisito nella dottrina[2316] e

logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo, in *MediaLaws*, 2017, 30; M. MONTI, Fake news *e* social network*: la verità ai tempi di Facebook*, in *MedialLaws*, 2017, 82-83; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 46 ss., con riferimento all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale europea della tutela della libertà di espressione, in confronto a quella avvenuta nell'ordinamento statunitense.

[2314] Così molto chiaramente C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 36, secondo cui «Poiché è riconosciuto il diritto a manifestare il proprio pensiero restano escluse dalla garanzia (ma non però direttamente vietate) le manifestazioni che non rispondano alle interiori persuasioni o all'interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondano alle effettive convinzioni e valutazioni…». Nello stesso senso C. CHIOLA, *Informazione, pensiero, radiotelevisione: problemi concreti, commenti*, Napoli, 1984, 45; A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 89.

[2315] Cfr. già S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 209, in relazione alla libertà di cronaca; nonché C. CHIOLA, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, cit., 45.

[2316] Al riguardo si vedano per tutti P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 437; A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 472 ss.; C. CHIOLA, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, 1989, 1 ss.; più di recente F. DONATI, *L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo*, in *MediaLaws*, 2018, 3.

ISSN 2279-7238

nella giurisprudenza costituzionale[2317], e, benché l'art. 21 Cost. non faccia menzione della situazione soggettiva in parola, essa trova un addentellato testuale in alcune fonti sovranazionali ed internazionali, ed in particolare nell'art. 11.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[2318], nell'art. 10.1 C.E.D.U.[2319] e nell'art. 19.2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; in tale prospettiva, il «diritto a essere informati» gode di sicura tutela costituzionale, quantomeno ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. Da tale constatazione, si fa discendere un ulteriore corollario: se esiste un diritto dei consociati ad essere informati, ne conseguirebbe che vi è un interesse, costituzionalmente protetto sempre ai sensi dell'art. 21 Cost., a che le informazioni che circolano siano trasparenti e veritiere, donde la possibilità di intervenire su quelle notizie che tali requisiti non presentino, e che dunque non godrebbero della tutela costituzionale[2320].

La tesi da ultimo menzionata non ci sembra, peraltro, del tutto convincente. Mediante l'accento sulla componente passiva del «diritto di informare», essa arriva a configurare una sorta di "dovere di verità" incombente su tutti gli individui che intendano mettere in circolazione notizie di qualunque genere: chi vuole dare notizie, insomma, è tenuto a

---

[2317] Copiosa è la giurisprudenza soprattutto in tema di regime del settore radiotelevisivo: si vedano *inter alia* Corte cost., sent. 15 giugno 1972, n. 105, in *Giur. cost.*, 1972, 1196 ss.; Corte cost., sent. 10 luglio 1974, n. 225, in *Giur. cost.*, 1974, 1775 ss., con osservazioni di R. ZACCARIA, *L'alternativa posta dalla Corte: monopolio «pluralistico» della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, ivi, 2169 ss; e C. CHIOLA, *I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, ivi, 2191 ss.; Corte cost., sent. 30 maggio 1977, n. 94, in *Giur. cost.*, 1977, 735 ss., spec. 738, con commento di C. CHIOLA, *La problematica della Corte in tema di stampa regionale*, ivi, 1228 ss.; Corte cost., sent. 13 maggio 1987, n. 157, in *Giur. cost.*, 1987, 1182 ss.; Corte cost., sent. 14 luglio 1988, n. 826, in *Giur. cost.*, 1988, 3893 ss., con osservazioni di E. ROPPO, *Il servizio radiotelevisivo fra giudici, legislatore e sistema politico*, ivi, 3945 ss.; e R. BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non… dichiarata)*, ivi, 3950 ss.; Corte cost., sent. 26 marzo 1993, n. 112, in *Giur. cost.*, 1993, 939 ss., con osservazioni di P.A. CAPOTOSTI, *L'emittenza radiotelevisiva privata tra concessione e autorizzazione*, ivi, 2118 ss; e L. BIANCHI, *La concessione radiotelevisiva tra riserva di legge e situazioni dei concessionari*, ivi, 2122 ss. Sempre a titolo informativo, e più di recente, in relazione ad un settore del tutto differente, quello dei diritti dei detenuti all'accesso alle informazioni trasmesse tramite il servizio radiotelevisivo, il «diritto all'informazione» è stato nuovamente ribadito dalla Corte: v. Corte cost., sent. 3 giugno 2013, n. 135, in *Giur. cost.*, 2013, 2073 ss., con osservazioni di M. RUOTOLO, The domestic remedies must be effective*: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, ivi, 2084 ss.

[2318] Sulla libertà di espressione nell'ambito della Carta di Nizza si v. per tutti M. OROFINO, *La libertà di espressione*, cit., 73 ss., spec. 86 per il profilo passivo della libertà di cui all'art. 11 della Carta; si rinvia al testo citato anche per ulteriori indicazioni dottrinali.

[2319] Sulla libertà di espressione in ambito C.E.D.U. si vedano per tutti M. OROFINO, *La libertà di espressione*, cit., spec. 42 ss. per l'affermazione del profilo passivo della situazione soggettiva in parola; nonché G. FERRANTI, *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2005. Si rinvia ai testi citati anche per ulteriori indicazioni di letteratura sul punto.

[2320] In questo senso v. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale*, cit., 46 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 75.

ISSN 2279-7238

effettuare controlli sulla veridicità delle stesse prima di immetterle nel circuito di diffusione. Tali verifiche ci sembrano postulare a loro volta l'esistenza di un parametro di diligenza cui il soggetto dovrà attenersi nelle proprie ricerche. Il falso soggettivo non rappresenta che una violazione, dolosa o colposa, di tale standard di diligenza, ed è imputabile a colui che diffonda informazioni senza aver adeguatamente vagliato il contenuto delle stesse.

Molteplici sembrano le difficoltà che emergono da tale quadro. Innanzitutto è arduo comprendere quale sia il modello di agente che consenta di ricavare il parametro di diligenza a cui è assoggettato ogni consociato che voglia divulgare notizie. Mentre per alcune figure, sulle quali incombe pacificamente un dovere di verità nel narrare fatti, l'operazione di individuazione del modello risulta relativamente agevole, trattandosi di delineare uno standard applicabile a una data attività professionale, e venendo a tal fine in soccorso le buone pratiche di tali mestieri, oltre ad eventuali regolamenti e codici deontologici, qualora si ragioni del *quisque de populo* la stessa operazione incontra ostacoli notevoli. Quali obblighi è infatti ragionevole imporre al privato cittadino, che non abbia una formazione specifica e non svolga l'attività informativa a titolo professionale? È veramente conforme al dettato costituzionale prevedere che chiunque, prima di manifestare il proprio pensiero, e a prescindere dall'offensività in concreto dello stesso, sia tenuto a fare ricerche più o meno approfondite sulla veridicità di ciò che afferma?

È qui che, prima ancora di indagare i confini della diligenza richiesta per poter pubblicare una notizia, l'idea stessa dell'esistenza di un generalizzato "dovere di verità" si rivela alquanto problematica, giacché finisce per sottrarre alla garanzia dell'art. 21 Cost. una serie considerevole di manifestazioni di pensiero: se infatti vi è un dovere di diligenza a cui il *bonus pater familias* deve conformarsi, è evidente che, come si è detto, non rileverà soltanto lo scostamento doloso da tale standard (e cioè il falso oggettivo e soggettivo), ma anche lo scostamento meramente colposo, ma inescusabile. Risulteranno dunque non tutelate *ex* art. 21 Cost. non solo le notizie oggettivamente e soggettivamente false, ma anche quelle soggettivamente ma colposamente vere. Ciò finisce per limitare di fatto l'estensione subiettiva della libertà di espressione, favorendo gli individui colti ed informati, o in grado di informarsi facilmente (ad esempio perché ferrati nell'uso di Internet, dei motori di ricerca, della consultazione delle banche dati ed enciclopedie *on-line*, etc.), ma penalizzando gli

ISSN 2279-7238

ignoranti, i creduloni, i superficiali, o semplicemente coloro che non siano in grado di accedere facilmente ai mezzi per la ricerca sulla verità di una notizia, o non abbiano le capacità per utilizzarli: le notizie pubblicate da costoro, in quanto non conformi allo *standard* di diligenza richiesto alla generalità dei consociati, potranno essere censurate, o addirittura sanzionate, non rientrando, secondo l'impostazione in parola, nell'ambito di protezione dell'art. 21 Cost. In questa prospettiva, la *slippery slope* rischia di condurre ad una visione in certo senso elitista della libertà di manifestazione del pensiero. E questa ci sembra una conseguenza difficilmente accettabile, posto che il testo dell'art. 21 Cost. sembra molto chiaro nello stabilire che la libertà di espressione spetta a «tutti», non solo ai saggi e ai sapienti.

Più in generale, infine, l'impostazione che fa leva sull'aspetto passivo del «diritto di informazione» sembra porre eccessivamente l'accento sulla componente pubblicistica della libertà di manifestazione del pensiero (pure senza dubbio presente), quale interesse della collettività a ricevere informazioni, a scapito dell'interesse del singolo a manifestare le proprie opinioni, quali che siano, anche se non considerate veritiere dalla comunità di riferimento, e senza l'obbligo di effettuare minuziosi accertamenti prima di esprimersi. Si sottolinea, in altre parole, l'aspetto funzionale della libertà tutelata dall'art. 21 Cost.[2321], rimanendo invece in ombra quello individuale, e ciò non pare realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco[2322].

Sembra dunque preferibile, per le ragioni testé illustrate, seguire la prima delle due opzioni ermeneutiche suggerite dalla dottrina, e quindi ritenere la consapevole falsità della notizia un «limite logico» del pensiero protetto dalla Costituzione per le motivazioni in precedenza esposte.

Il fatto che il falso oggettivo e soggettivo non sia tutelato ai sensi dell'art. 21 Cost. non significa tuttavia che esso sia di per sé illecito o riprovato dall'ordinamento[2323]. In effetti, vi

[2321] Sulla presenza di una componente funzionale nella libertà di manifestazione del pensiero, ma critici verso le tesi che pretendono di assorbire in essa il contenuto di tale situazione giuridica soggettiva, v. ad es. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 428 ss.; C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero*, cit., 3 ss.
[2322] In questo senso sembrano orientati anche M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., 19.
[2323] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, 36; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 229; C. CHIOLA, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, cit., 45; A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 89; M.

ISSN 2279-7238

sono casi in cui mentire rappresenta un vero e proprio diritto, ancorché protetto da altre disposizioni costituzionali: si pensi al diritto dell'indagato o imputato di mentire nel processo penale, che rinviene la propria *ratio* nel principio *nemo tenetur se detergere* e che quindi è riconducibile al diritto di difesa *ex* art. 24, comma 2, Cost.[2324] e, indirettamente, all'ombrello della tutela della libertà personale *ex* art. 13 Cost.[2325]; oppure all'esimente di cui all'art. 384, c. 1, c.p., che, consentendo la menzogna anche ai prossimi congiunti del reo, si pone a presidio dei legami familiari di cui all'art. 29 Cost.[2326] In ambito civile si può rammentare il caso della simulazione di cui al Capo X del Libro IV, Titolo II, del Codice civile: un negozio simulato, in effetti, non è altro che un negozio oggettivamente e

---

CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 30, secondo cui il falso in sé «non è manifestazione del pensiero, ma non è neppure reato, rientrando piuttosto in una zona di irrilevanza giuridica».

[2324] In questo senso è orientata la dottrina prevalente: v. ad es. L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312 ss.; M. ZANOTTI, Nemo tenetur se detergere*: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174 ss.; D. PULITANÒ, Nemo tenetur se detergere*: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.; più di recente v. E. INFANTE, Nemo tenetur se detergere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 74-75, il quale, tra i fondamenti costituzionali del principio, annovera anche, oltre al diritto di difesa, la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., e il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.; A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 95-96; D. TASSINARI, Nemo tenetur se detergere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, spec. 244 ss., il quale tuttavia amplia il novero dei fondamenti costituzionali del principio in parola, includendovi anche i già menzionati artt. 27, comma 2, 111, e, condivisibilmente, 13 Cost. Alla monografia da ultimo richiamata si rinvia anche per un inquadramento generale del principio *nemo tenetur se detergere*.

[2325] L'opinione nettamente maggioritaria, avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale, riconduce la protezione costituzionale della menzogna in ambito processualpenalistico al principio *nemo tenetur se detergere* e al diritto di difesa *ex* art. 24, comma 2, Cost. (v. immediatamente *supra*), mentre rimane spesso in ombra la riconduzione alla tutela della libertà personale qui proposta (ma non sempre: v. D. TASSINARI, Nemo tenetur se detergere, cit., 254 ss.). Ci sembra però che il collegamento con l'art. 13 Cost. non possa essere revocato in dubbio, in quanto il diritto di difesa nel processo penale è in qualche modo funzionale, per l'imputato, ad evitare o quantomeno attenuare le conseguenze cui conduce tale processo, vale a dire, in ultima istanza, la limitazione della libertà personale (e ciò non trova smentita nel caso di reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria, atteso che anch'essa, se non adempiuta, può convertirsi in pena detentiva secondo il meccanismo di cui agli artt. 135 e 136 c.p.). Ciò permette anche di spiegare come mai il medesimo principio non valga in altri contesti ove il diritto di libertà personale non venga in discussione, come ad es. nel processo civile, ove la parte in taluni casi può essere costretta a dire la verità, e segnatamente mediante il meccanismo del giuramento decisorio, estimatorio o suppletorio di cui agli artt. 233 ss. c.p.c. (e, in questa prospettiva, non sembra del tutto conclusivo il rilievo di A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 95-96, secondo cui alla parte del processo civile, come all'imputato del processo penale, in sede di interrogatorio formale non è imposto il giuramento – *rectius*: l'impegno a dire la verità – di cui all'art. 251 c.p.c., stante il fatto che, come si è detto, un giuramento a dire la verità può comunque essergli imposto, e la sua mancata prestazione comporta conseguenze pregiudizievoli dal punto di vista processuale, mentre il falso giuramento della parte costituisce un reato *ex* art. 371 c.p.).

[2326] In generale sull'esimente di cui all'art. 384 c.p. si v. per tutti G. PETRAGNANI GELOSI, *L'esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384 bis c.p.*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. III. I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, Torino, 2008, 599 ss.

ISSN 2279-7238

soggettivamente falso, in quanto le parti sono perfettamente consapevoli di formare un atto giuridico che non corrisponde alle loro reali intenzioni, ed è destinato a non avere alcun effetto (simulazione assoluta), o ad averne di diversi da quelli manifestati all'esterno (simulazione relativa). Non per questo, però, la simulazione è vietata dal legislatore, che anzi ne detta una disciplina dettagliata al fine di contemperare i vari interessi in gioco[2327].

Il falso, dunque, non illecito in sé, può però diventarlo qualora attraverso il suo utilizzo l'agente giunga a ledere altri beni giuridicamente rilevanti, in ipotesi dotati di protezione costituzionale[2328]. Così, si può immaginare agevolmente che *fake news* incontrollate possano risultare lesive dell'onore o della reputazione altrui[2329], della pubblica fede[2330], dei segreti tutelati dall'ordinamento[2331], del buon costume[2332], persino della sicurezza pubblica, quando

[2327] V. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 694: «La legge *non ha pregiudizi moralistici contro la simulazione*, non pensa che fingere contratti non veri (o fare contratti finti) sia male in sé, e meriti di essere generalmente proibito; neppure pensa che gli interessi che spingono le parti a creare un'apparenza contrattuale difforme dalla realtà siano sempre interessi illeciti o comunque riprovevoli. La legge, semplicemente, *constata che il fenomeno esiste*: che le parti, nell'esercizio della loro attività contrattuale, talora simulano. E *si preoccupa di regolarne le conseguenze*, onde risolvere in modo giusto e razionale i problemi che ne nascono, sia fra le parti stesse sia nei confronti dei terzi» (corsivi testuali). In senso sostanzialmente conforme già F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da F. Cicu-F. Messineo, XXI, t. 2, Milano, 1972, 437, il quale puntualizza come la simulazione non sia considerata sempre come un atto intrinsecamente illecito; e più di recente R. LENZI, *Simulazione. Artt. 1414-1417*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2017, 3-4. Si rinvia agli Autori citati per maggiori riferimenti dottrinali sul tema.

[2328] In senso confome M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., 15, che dichiarano esplicitamente di aderire alla «teoria del bene giuridico costituzionalmente protetto». Sui «limiti ulteriori» alla libertà di manifestazione del pensiero (oltre al «buon costume» di cui all'art. 21, co. 6, Cost.) ricavabili da altri beni costituzionalmente protetti si v. ad es. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, 537; in senso parzialmente critico C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero*, cit., 11, che invece ancora tali limiti ai doveri costituzionalmente previsti.

[2329] Sul punto ad es. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 470-471; C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero*, cit., 11.

[2330] Sul punto v. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 36.

[2331] Sul limite dei segreti per tutti P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 437 ss.; C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero*, cit., 11 ss.

[2332] Secondo un'interpretazione recente della formula del «buon costume», che recepisce le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella nota sent. 11 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, 2239 ss., con commento di A. ODDI, *La riesumazione dei* boni mores, ivi, 2245 ss., tale clausola generale ricomprenderebbe anche la «dignità umana» quale minimo comune denominatore etico fatto proprio dall'ordinamento; tale concezione, che si discosta dalla tradizionale lettura "penalistica" del «buon costume», inteso come legato alla (sola) morale sessuale, consente di ritenere non protette dall'art. 21 Cost. anche le manifestazioni di pensiero che comunque risultino lesive della dignità umana, nel suo aspetto di «rispetto per la persona»: si v. in tal senso R. PERRONE, *«Buon costume» e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, spec. 217 ss. In tale prospettiva, non si dovrebbe faticare a ritenere che l'ordinamento possa intervenire anche nei confronti delle *fake news* che risultino in contrasto con il valore della dignità umana.

ISSN 2279-7238

si rivelino essere in grado di incitare o agevolare la commissione di reati (si pensi ad esempio alla fattispecie di istigazione a delinquere o apologia di cui all'art. 415 c.p., ovvero a quella di istigazione a disobbedire alle leggi di cui all'art. 415 c.p.)[2333]. In queste ipotesi le *pure fake news*, lungi dal rimanere a margine dell'ordinamento, in un limbo di irrilevanza giuridica, assumono i connotati del vero e proprio illecito, contro il quale ben potranno attivarsi le adeguate reazioni, quali il risarcimento del danno, l'obbligo di rettifica e/o l'ordine di rimozione della notizia, e nei casi più severi anche la sanzione penale. L'ordinamento, del resto, già prevede, all'art. 656 c.p., una fattispecie volta a colpire la divulgazione di notizie esagerate, false o tendenziose, qualora da esse possa scaturire un pericolo per l'ordine pubblico[2334]. Ferma rimanendo la necessità di dare di quest'ultima locuzione una lettura costituzionalmente orientata[2335], chi scrive ritiene che, salva l'eventuale previsione di figure di reato più specifiche e se del caso più severe[2336], la contravvenzione in parola, nella sua modalità di realizzazione dolosa (quindi comprensiva della consapevolezza e volontà di divulgare notizie false)[2337], possa realizzare un corretto bilanciamento di interessi nei confronti delle *fake news* in senso stretto che si connotino per il loro carattere pregiudizievole per beni giuridici di rilievo costituzionale[2338].

[2333] A questa fattispecie, ad avviso di chi scrive, possono ricondursi quelle *fake news* in senso stretto messe in circolazione, oltre che nella consapevolezza della loro falsità, anche con il deliberato intento di indurre i consociati a disobbedire ad alcune leggi poste a tutela della sicurezza pubblica o anche della sanità pubblica: si pensi agli appelli a disobbedire alla nuova normativa sulla vaccinazione obbligatoria, circolati spesso sui *social network* a ridosso dell'entrata in vigore del d.l. 73/2017, conv. con modifiche in l. 119/2017.

[2334] Sulla fattispecie di cui all'art. 656 c.p. si vedano per tutti F. CHIAROTTI, *Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 514 ss.; G. VIGNA-P.L. BELLAGAMBA, *Le contravvenzioni nel Codice penale*, Milano, 1974, 262 ss.; e, più di recente, M. L'INSALATA, *Art. 656*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. XI. Le contravvenzioni*, Torino, 2012, 75 ss., e dottrina ivi citata. V. comunque *infra*, per il dibattito sul bene giuridico tutelato.

[2335] Sul punto v. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, 191 ss.; P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 466 ss., spec. 472 ss.; M. L'INSALATA, *Art. 656*, cit., 75-76.

[2336] Si pensi ad es. ai delitti puniti dagli artt. 265 (disfattismo politico), 501 (rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio: c.d. aggiotaggio) e 658 c.p. (procurato allarme presso l'Autorità), o all'abrogata fattispecie di cui all'art. 269 c.p. (attività antinazionale del cittadino all'estero). Sul concorso dell'art. 656 c.p. con altre fattispecie di reato v. M. L'INSALATA, *Art. 656*, cit., 81.

[2337] Sulla modalità di realizzazione colposa della fattispecie, che presuppone la non consapevolezza della falsità, esageratezza o tendenziosità delle notizie divulgate, si v. *infra*, in questo paragrafo, alla lettera successiva.

[2338] L'art. 656 è stato oggetto di diversi giudizi di costituzionalità, nei quali è stato posto in dubbio che la fattispecie penale in parola si ponesse in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, comprimendola oltre quanto consentito dalla Costituzione. La Corte costituzionale ha ripetutamente rigettato le q.l.c., sottolineando invece come la disposizione penale realizzi un contemperamento di interessi

ISSN 2279-7238

b) *Le* fake news in senso lato *o* purely fake news

Come si è detto in precedenza, un'affermazione falsa non diventa vera – e non deve essere trattata come tale – solo perché è vera nella mente di chi la effettua. La convinzione circa la verità dell'affermazione, tuttavia, crea un collegamento psicologico tra l'autore della manifestazione del pensiero e il pensiero stesso, che è invece del tutto assente nel caso di manifestazione del pensiero oggettivamente e soggettivamente falsa. Chi racconta un fatto ritenendolo in buona fede vero esprime un'adesione mentale allo stesso, lo fa proprio, e perciò non sembra esservi motivo per dubitare della riconducibilità della sua condotta al disposto dell'art. 21 Cost., che come si è visto tutela la manifestazione del «proprio» pensiero[2339].

A differenza delle *pure fake news*, pertanto, le *purely fake news* sembrano godere di una protezione costituzionale, quali espressioni del pensiero di coloro che, coi più vari mezzi, e quindi anche mediante Internet e i *social network*, le divulgano ai consociati.

Ciò, naturalmente, non significa che non vi sia alcun limite alla circolazione delle *fake news*, solo perché ritenute vere da chi le diffonde. Innanzitutto verranno in questione i medesimi limiti di carattere oggettivo già individuati con riguardo alle *pure fake news*, e riconducibili all'esigenza di tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti: onore, reputazione, buon costume, fede pubblica, sicurezza pubblica, etc. Non si ha motivo di

tra il diritto garantito dall'art. 21 Cost. ed il bene, pure costituzionalmente rilevante, dell'«ordine pubblico», inteso come «ordine legale su cui poggia la convivenza sociale»: così Corte cost., sent. 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, 189 ss., 197, con nota di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit., 191 ss.; nello stesso senso Corte cost., sent. 19 dicembre 1972, n. 199, in *Giur. cost.*, 1972, 2218 ss.; e Corte cost., sent. 3 agosto 1976, n. 210, in *Giur. cost.*, 1976, 1315 ss. L'orientamento della Corte, se da un lato è stato criticato da quella dottrina che ha censurato il ricorso all'«ordine pubblico» quale bene suscettibile di legittimare la compressione della libertà di manifestazione del pensiero (in tal senso ad es. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit.; P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero*, cit., 472 ss.), è stata invece salutato con favore da coloro che mettono in evidenza il rango comunque costituzionale del bene «ordine pubblico» nel senso inteso dalla Corte, e che sottolineano la necessità di procedere ad un bilanciamento tra gli interessi in gioco (così ad es. F. CHIAROTTI, *Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose*, cit., 516; M. L'INSALATA, *Art. 656*, cit., 75-76 e 83).

[2339] In senso conforme v. ad es. A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, Padova, 1992, 397; N. ZANON, Fake news *e diffusione dei* social media, cit., 5.

ISSN 2279-7238

dubitare che, anche nel caso delle notizie false solo oggettivamente, tali confini alla libertà di cui all'art. 21 Cost. siano operanti, in quanto ricavabili all'esito di un'operazione di bilanciamento di interessi che vale in generale per qualunque situazione giuridica dotata di protezione costituzionale, e a cui dunque le manifestazioni del pensiero non possono sottrarsi. Anche in questo caso, poi, sembra che, accanto a singole fattispecie penali, uno strumento per la repressione di tali manifestazioni del pensiero possa essere considerata la fattispecie di cui all'art. 656 c.p., la quale, essendo di natura contravvenzionale, risulta punibile anche a titolo di colpa; il bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero è realizzato dalla specificazione che la condotta punita, vale a dire la diffusione di notizie «false, esagerate o tendenziose», risulta penalmente rilevante solo se lesiva dell'«ordine pubblico», così chiarendo che non è il falso in sé che viene sanzionato, ma solo quello che comprometta un interesse pure costituzionalmente rilevante.

Un altro limite sembra invece di carattere soggettivo. Si è accennato sopra all'inaccettabilità della configurazione di un generalizzato "dovere di verità", incombente su tutti i consociati indistintamente, all'atto di divulgare notizie. Tale assunto, che qui si conferma, non esclude che un "dovere di verità" possa invece essere ritenuto sussistente, se limitato a categorie di soggetti ben determinate, che agiscono a titolo professionale. Il criterio per l'individuazione di tali categorie soggettive di riferimento non è, ovviamente, rimesso all'arbitrio del legislatore, ma sembra risiedere, ancora una volta, nel collegamento dell'attività dei soggetti interessati con la tutela di beni costituzionalmente protetti. Così trova giustificazione il dovere di verità imposto al giornalista, ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza[2340] e, oggi, anche dal codice deontologico dei giornalisti (c.d. Testo Unico dei doveri del giornalista), che all'art. 2, lett. a), dispone che «Il giornalista… difende il diritto all'informazione e la libertà di opinione di ogni persona; per questo ricerca, raccoglie, elabora e diffonde con la maggiore accuratezza possibile ogni dato o notizia di pubblico interesse secondo la verità sostanziale dei fatti». E allo stesso modo si comprende il disposto dell'art. 50 del Codice deontologico forense, rubricato appunto «Dovere di verità», che

[2340] A partire dal famoso «decalogo» enunciato nella sentenza Cass. civ., Sez. I, sent. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. cost.*, 1985, 2623 ss. (ma v. già Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 giugno 1984, in *Giur. cost.*, 1985, 2616 ss.), e poi ribadito, e specificato, in numerose pronunce successive: sul punto v. *amplius* A. MANNA, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: gli «arresti giurisprudenziali»*, in *Cass. pen.*, 2003, 3600 ss.; A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 111 ss. e 316 ss.

ISSN 2279-7238

introduce vincoli in un'attività di particolare delicatezza quale la difesa in giudizio da parte degli avvocati[2341].

La soluzione individuata ci sembra realizzare un ragionevole equilibrio del sistema: la circoscrizione soggettiva del "dovere di verità" entro i confini tratteggiati consente di prevenire la tentazione dell'adesione ad una concezione puramente funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, che trascuri la componente individualistica della stessa, mentre l'ancoraggio del limite in parola a beni di rilievo costituzionale previene il pericolo di un'espansione incontrollata degli obblighi gravanti sui singoli che intendano immettere informazioni nei circuiti pubblici di comunicazione[2342].

[2341] È chiaro che il divieto dell'avvocato di introdurre in giudizio prove che egli sappia essere false pone un problema di determinazione dello standard di diligenza richiesto al professionista per la verifica di tale falsità. Sul punto, il Consiglio Nazionale Forense, pur sotto l'impero del previgente Codice deontologico, sembra essersi attestato su requisiti meno rigorosi di quelli richiesti al giornalista per la pubblicazione delle notizie, stante il fatto che l'organo disciplinare degli avvocati ha ritenuto che «… non possa chiedersi al Difensore, ai fini della valutazione della diligenza e lealtà nelle esibizioni documentali in causa (ma più in generale nella predisposizione del complesso di prove costituite e costituende con cui sostenere la tesi difensiva) un giudizio stringente ed approfondito sulla congruenza di un documento (o di una deduzione) all'oggetto della causa che vada oltre una valutazione di non estraneità, oggettiva e soggettiva, e neppure un'indagine sulla verità dei fatti riferitigli dal cliente che vada oltre una valutazione di verosimiglianza» (Consiglio Nazionale Forense, sentenza disciplinare 4 giugno 2009, n. 54, reperibile *on-line* su https://www.codicedeontologico-cnf.it/?p=14789, visitato il 12 giugno 2018). Come si vede, il C.N.F. ritiene sufficiente una valutazione di «verosimiglianza» da parte dell'avvocato, mentre lo stesso parametro, come si è visto, è stato apertamente rigettato dalla giurisprudenza in tema di doveri del giornalista.

[2342] Sulla base delle considerazioni testé effettuate, più di un dubbio di costituzionalità suscita(va) il d.d.l. S.2688 (c.d. d.d.l. Gambaro), presentato nella passata legislatura, rubricato «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione *online*, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica», il quale, al dichiarato intento di contrastare la diffusione delle *fake news* onde evitare che comunicazione e informazione possano diventare «… fenomeni in grado di creare allarme sociale, specialmente se immotivato», e di «… fare in modo che non prevalga tout court la regola del più forte e, al contempo, garantire, da un lato, la libertà di stampa e il diritto-dovere a una corretta informazione, dall'altro, quella di espressione, nonché la tutela delle vittime dell'uso distorto del web» (così la Relazione al d.d.l.), introduce(va) nel Codice penale nuove fattispecie di reato. In particolare, l'art. 1 del d.d.l. mirava ad introdurre nel Codice un art. 656-bis, ai sensi del cui comma 1 «Chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'ammenda fino a euro 5.000». Al di là dell'infelice e ridondante formulazione della disposizione, si vede che, in questo caso, la sanzione penale puniva il falso *tout court*, a prescindere da qualunque espresso collegamento con la lesione di beni costituzionalmente rilevanti. Il comma 3 dell'art. 656-bis c.p. escludeva dall'ambito di applicazione della contravvenzione in parola i soggetti e i prodotti di cui alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, e di cui all'articolo 1, comma 3-*bis*, della legge 7 marzo 2001, n. 62, così chiarendo che si trattava di disposizione volta a creare un "dovere di verità" in capo a soggetti diversi dai professionisti dell'informazione. Il d.d.l. in questione è stato fatto oggetto di numerose critiche dalla dottrina, in buona parte per motivi coincidenti con quelli qui evidenziati: si v. in particolare M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 29 ss.; critico anche F. PIZZETTI, Fake news *e allarme sociale*, cit., 56.

ISSN 2279-7238

In conclusione, al di fuori delle ipotesi nelle quali può configurarsi un "dovere di verità" a carico di determinate categorie di soggetti, non sembra che le *purely fake news* che non risultino anche lesive di beni di rilievo costituzionale possano essere legittimamente sanzionate dal legislatore, rappresentando un'espressione di pensiero costituzionalmente tutelata. Le forme di reazione nei confronti della diffusione di informazioni non veritiere, pur se capillare e pervasiva, e dunque difficile da eradicare, devono passare per strumenti diversi dalla repressione, prima fra tutte la selezione spontanea delle notizie da parte dei loro destinatari; solo a livello ausiliario sembrano poi ammettersi interventi dei pubblici poteri, con mezzi orientati all'istruzione e alla formazione culturale, più che alla selezione dei contenuti meritevoli di divulgazione. Su questi aspetti conviene ora spendere qualche parola.

4. *Il* martketplace of ideas*: una metafora obsoleta?*

Si è soliti collegare la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero da parte di Costituzioni e Carte dei diritti con un'immagine che ha avuto particolare fortuna nella storia del costituzionalismo moderno, specie in riferimento all'ordinamento statunitense, ma non sconosciuta nemmeno in quelli europei. Si tratta del famoso «mercato delle idee», cui sarebbe funzionale la protezione della libertà di espressione, nel senso che il divieto di censura e di repressione delle opinioni da parte dei pubblici poteri sarebbe preordinato a garantire che queste ultime possano competere tra loro in uno scenario aperto assimilabile in qualche modo al mercato finanziario, ed entro il quale i vari operatori possano compiere le proprie scelte (di domanda e di offerta) con la medesima libertà. Come il mercato finanziario, del resto, il «mercato delle idee» sarebbe destinato a trovare da sé il proprio equilibrio, ed ogni interferenza esterna nel meccanismo di "autoregolamentazione" è vista con sospetto e deve essere adeguatamente giustificata[2343]. Si tratta di comprendere le origini

[2343] La letteratura sulla metafora del *marketplace of ideas* è ovviamente molto ampia: oltre alle opere richiamate *infra*, si v. di recente G. DE GREGORIO, The marketplace of ideas, cit., 95 ss., e bibliografia ivi citata.

ISSN 2279-7238

della prospettiva testé descritta, e di capire se essa possa ancora ritenersi attuale ed applicabile pure nel contesto attuale e nella società contemporanea.

La metafora del *marketplace of ideas* nasce nella giurisprudenza statunitense del Novecento. La prima opinione in cui se ne trova traccia è la *dissenting opinion* del giudice Holmes nella pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti *Abrams v. United States* del 1919, nella quale si legge: «*But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that* the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution*»[2344]. La prima apparizione dell'espressione «*marketplace of ideas*» si ha, poi, nella successiva *concurring opinion* del giudice Douglas nella pronuncia *United States v. Rumely* del 1953[2345], ma il valore costituzionale di tale concetto è ribadito in numerose sentenze successive, e il «mercato delle idee» è divenuto uno dei capisaldi della giurisprudenza statunitense in materia di *free speech*[2346].

È noto quali siano le radici filosofiche della metafora del *marketplace of ideas*, di stampo liberale classico, riconducibili ai lavori di John Milton e James Stuart Mill, che tanta influenza hanno avuto sul pensiero giuridico statunitense[2347]. A Milton, nel suo discorso

---

[2344] *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (Holmes, J., dissenting) (enfasi aggiunta).

[2345] *United States v. Rumley*, 345 U.S. 41, 56 (Douglas, J., concurring): «*Of necessity, I come then to the constitutional questions. Respondent represents a segment of the American press. Some may like what his group publishes; others may disapprove. These tracts may be the essence of wisdom to some; to others, their point of view and philosophy may be anathema. To some ears, their words may be harsh and repulsive; to others, they may carry the hope of the future. We have here a publisher who, through books and pamphlets, seeks to reach the minds and hearts of the American people. He is different in some respects from other publishers. But the differences are minor. Like the publishers of newspapers, magazines, or books,* this publisher bids for the minds of men in the market place of ideas» (enfasi aggiunta).

[2346] V. ad es. W.P. MARSHALL, *In Defense of the Search for Truth as a First Amendment Justification*, in *Georgia Law Review*, 30, 1995, 1: «*In Speech Clause jurisprudence, for example, the often repeated metaphor that the First Amendment fosters a marketplace of ideas that allows truth to ultimately prevail over falsity has been virtually canonized*». V. anche S. INGBER, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in *Duke Law Journal*, 1, 1984, 1, nota 2, il quale sostiene che «*the marketplace of ideas permeates the Supreme Court's first amendment jurisprudence*», e cita numerose importanti pronunce a sostegno di tale assunto; e, in tempi più recenti, D.E. HO-F. SCHAUER, *Testing the Marketplace of Ideas*, in *New York Law Review*, 90, 2015, 1160 ss., con riferimenti giurisprudenziali più aggiornati.

[2347] Benché la derivazione milliana della metafora del «*marketplace of ideas*» sia generalmente accettata, non è mancato tuttavia chi ha tentato di sottolineare le differenze tra l'impostazione filosofica di Mill e quella del giudice Holmes, poi adottata dalla Corte Suprema statunitense: si v. al riguardo I.M. TEN CATE, *Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 22, 35 ss.

ISSN 2279-7238

Areopagitica, si deve in particolare l'idea che la verità non abbia bisogno di essere assistita nella sua lotta contro la falsità, e che le false credenze non possano reggere al confronto con quelle vere, destinate dunque a fare giustizia delle prime[2348]. Mill riprese questo concetto nel suo famoso saggio *On Liberty*, aggiungendo ulteriori argomenti alla critica della censura delle opinioni errate. Il filosofo inglese, infatti, poneva l'accento sulla fallibilità umana per sostenere che la falsità di un'opinione non può essere affermata *a priori*, stante il fatto che anche ciò che a prima vista sembra falso potrebbe in un secondo momento rivelarsi vero, e per tale ragione la soppressione delle manifestazioni di pensiero risulta pericolosa in linea di principio[2349]. Inoltre egli era convinto che anche nelle teorie sbagliate possa essere ricompreso una porzione di verità, che andrebbe irrimediabilmente perduta qualora si cedesse alla tentazione della censura, laddove attraverso il confronto con le altre opinioni essa potrebbe emergere[2350]. Infine, sosteneva Mill, anche le opinioni veraci possono beneficiare del confronto con quelle false, stante il fatto che la loro comprensione e condivisione da parte del pubblico risulta accresciuta, quando esse sono difese con vigore dagli argomenti contrari, mentre sono destinate ad essere tramandate passivamente, e a diventare semplici dogmi, qualora non siano più poste in discussione[2351].

[2348] V. J. MILTON, *Areopagitica*, Cambridge, 1918 (1644) (rivenibile *on-line* sulla *Online Library of Liberty* all'indirizzo http://oll.libertyfund.org/titles/milton-areopagitica-1644-jebb-ed, visitato il 12 giugno 2018), 58: «*And now the time in special is, by privilege to write and speak what may help to the further discussing of matters in agitation. The temple of Janus, with his two controversal faces, might now not unsignificantly be set open. And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and Falsehood grapple; who ever knew Truth put to the worse, in a free and open encounter? Her confuting is the best and surest suppressing*».

[2349] J.S. MILL, *On Liberty*, in ID., *On Liberty and The Subjection of Women*, New York, 1879 (1859) (reperibile on-line sulla *Online Library of Liberty* all'indirizzo http://oll.libertyfund.org/titles/mill-on-liberty-and-the-subjection-of-women-1879-ed, visitato il 12 giugno 2018), 36 ss., spec. 39-40: «*There is the greatest difference between presuming an opinion to be true, because, with every opportunity for contesting it, it has not been refuted, and assuming its truth for the purpose of not permitting its refutation. Complete liberty of contradicting and disproving our opinion, is the very condition which justifies us in assuming its truth for purposes of action; and on no other terms can a being with human faculties have any rational assurance of being right*» e, riassuntivamente, 95: «*First, if any opinion is compelled to silence, that opinion may, for aught we can certainly know, be true. To deny this is to assume our own infallibility*».

[2350] J.S. MILL, *On Liberty*, cit., 83 ss., e 95: «*Secondly, though the silenced opinion be an error, it may, and very commonly does, contain a portion of truth; and since the general or prevailing opinion on any subject is rarely or never the whole truth, it is only by the collision of adverse opinions that the remainder of the truth has any chance of being supplied*».

[2351] J.S. MILL, *On Liberty*, cit., 65 ss., e 95-96: «*Thirdly, even if the received opinion be not only true, but the whole truth; unless it is suffered to be, and actually is, vigorously and earnestly contested, it will, by most of those who receive it, be held in the manner of a prejudice, with little comprehension or feeling of its rational grounds. And not only this, but, fourthly, the meaning of the doctrine itself will be in danger of being lost, or enfeebled, and deprived of its vital effect on the character and conduct: the dogma becoming a mere formal profession, inefficacious for good, but cumbering the ground, and preventing the growth of any real and heartfelt conviction, from reason or personal experience*».

ISSN 2279-7238

La giurisprudenza statunitense si è mantenuta fedele a quest'impostazione anche in epoca recente, e il *marketplace of ideas* è stato riaffermato anche in una società informatizzata, nella quale la Rete ha un rilievo primario[2352]. In diversi casi concernenti restrizioni alla libertà di espressione che coinvolgevano Internet come mezzo di diffusione del pensiero, la Corte Suprema ha confermato il principio secondo cui gli interventi dei pubblici poteri possono interferire con il libero scambio delle idee, e quindi devono essere soggetti ad uno *strict scrutiny*, affinché se ne possa predicare la compatibilità con la protezione accordata dalla Costituzione alla libertà di manifestazione del pensiero[2353].

Per quanto poi più propriamente concerne il pensiero falso, anche in questo caso la giurisprudenza costituzionale statunitense si è attestata su posizioni che si rivelano debitrici del pensiero miltoniano e milliano, escludendo la possibilità di colpire il semplice falso, a prescindere da un'indagine sull'intento di chi lo afferma[2354], nella prospettiva secondo cui «*Truth needs neither handcuffs nor a badge for its vindication*»[2355] e che «*The remedy for speech that is false is speech that is true*»[2356].

[2352] Sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense in materia di *free speech* nell'era di Internet si v. anche in questo caso la ricostruzione operata da O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale*, cit., 31 ss.

[2353] Si v. ad esempio quanto emblematicamente si legge nella *opinion of the Court* redatta dal giudice Stevens nella sentenza *Reno v. A.C.L.U.*, 521 U.S. 844 (1997), 885: «*As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship*».

[2354] Si vedano ad es. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-280 (1964): «*The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice" -- that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*»; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 73(1964): «*Moreover, even where the utterance is false, the great principles of the Constitution which secure freedom of expression in this area preclude attaching adverse consequences to any except the knowing or reckless falsehood*», *Illinois ex rel. Madigan v. Telemarketing Associates, Inc.*, 538 U.S. 600, 620 (2003) «*False statement alone does not subject a fundraiser to fraud liability*»; e, ancora più di recente, *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 719 (2012), dove si chiarisce che «*The Court has never endorsed the categorical rule the Government advances: that false statements receive no First Amendment protection… Even when considering some instances of defamation and fraud, moreover, the Court has been careful to instruct that falsity alone may not suffice to bring the speech outside the First Amendment. The statement must be a knowing or reckless falsehood*».

[2355] Così il giudice Kennedy, estensore della *plurality opinion* in *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 729

[2356] Ancora il giudice Kennedy in *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 727, che aggiunge: «*This is the ordinary course in a free society. The response to the unreasoned is the rational; to the uninformed, the enlightened; to the straight-out lie, the simple truth*». Si v. anche la *concurring opinion* del giudice Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., concurring), menzionata nella sentenza *Alvarez*: «*If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence*».

ISSN 2279-7238

È noto che, in ambito europeo, la giurisprudenza e la dottrina, pur mostrandosi particolarmente sensibili alla protezione della libertà di espressione, non hanno mai raggiunto i livelli di rigore della giurisprudenza statunitense quanto alla possibilità di limitazione della libertà stessa, mostrandosi al contrario maggiormente propense al bilanciamento con interessi concorrenti. Si tratta di un *trend* che si può cogliere anche a livello sovranazionale, con riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte E.D.U.[2357].

Se diversi sono gli esiti concreti cui sono giunte le Corti europee rispetto a quelle degli U.S.A., sembra però difficile mettere in discussione l'assunto che, alla base del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, vi sia un'impostazione fortemente debitrice del pensiero liberale, e in particolare di quelle stesse radici sulle quali si sono innestate le pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti, e la conseguente elaborazione dottrinale in materia di *free speech*. Per quanto concerne propriamente l'ordinamento italiano, tale prospettiva è stata colta dalla dottrina[2358], che ha messo in evidenza come la garanzia della libertà di espressione sia preordinata, oltre che alla tutela dell'interesse individuale a poter manifestare liberamente il proprio pensiero, alla

[2357] V. al riguardo O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale*, cit., 21 e *passim*, e *amplius*, O. POLLICINO-M. BASSINI, *Free Speech, Defamation and the Limits to Freedom of Expression in the EU: A Comparative Analysis*, in A. SAVIN-J. TRZASKOWSKI (a cura di), *Research Handbook on EU Internet Law*, Cheltenham-Northampton, 2014, 508 ss.

[2358] V. ad es. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 517-518, il quale, citando la concezione esposta da Milton, così conclude: «Ed è questa visione che costituisce ancor oggi, riteniamo, la più valida ragion d'essere della garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, perché ravvisa in questa una condizione necessaria per attuare una delle più elevate forme di sviluppo della personalità umana: l'uso della ragione per la conquista del vero in feconda collaborazione con gli altri uomini»; nello stesso A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 21 ss., il quale, menzionando anche il pensiero di J. Milton e J.S. Mill, così conclude: «Ancorché nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente non appaiano espliciti richiami in tal senso, non sembra perciò azzardato sostenere che la norma in commento [l'art. 21 Cost., n.d.r.] recepisca, in via di principio, la classica tesi, variamente argomentata, secondo cui "la verità non è qualcosa di bello e fatto, ma un perpetuo farsi, non è una cosa ma un pensiero, e anzi è il pensiero stesso", e che gli ostacoli frapposti alla libera manifestazione di un'idea sono, in fin dei conti, dannosi per i suoi oppositori, non meno che per i sostenitori di essa. Una tesi, quella così riassunta, dalla quale emerge che le ragioni ideali del riconoscimento di questa libertà dovrebbero essere rinvenute non tanto nel "valore" della persona … quanto nel valore che possiede, in sé e per sé, *la più ampia circolazione delle idee*, per i "vantaggi" (comparativamente maggiori rispetto agli svantaggi) che alla collettività derivano da tale più ampia circolazione delle idee in termini di maggiori conoscenze, di abitudine alla tolleranza e di possibilità sia di confronto che di critica. Ed è per tale ragione che la proclamazione, in un ordinamento statuale, della libertà in questione finisce, di per sé sola, per coinvolgere l'assetto di potere esistente e caratterizzare quindi la stessa forma di Stato» (corsivi testuali; la citazione interna è di B. CROCE, *Liberismo e liberalismo*, in ID., *Etica e politica*, Bari, 1981, 263).

ISSN 2279-7238

realizzazione di un interesse alla costruzione di un dibattito aperto, a un confronto tra voci anche discordanti, che riflette pienamente il carattere pluralistico e democratico dei vari ordinamenti coinvolti. Di particolare rilievo sembra dunque il collegamento tra la proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero ed il principio democratico dell'ordinamento, collegamento da intendersi non nel senso di una funzionalizzazione della libertà di espressione al perseguimento di determinati valori politici o sociali, ma nella presa d'atto che il riconoscimento della situazione in parola è cardine per la piena realizzazione del carattere democratico dell'ordinamento statuale[2359]. È nel medesimo ordine di idee, ci pare, che la Corte costituzionale, pur senza avallare una lettura meramente funzionalistica della libertà di cui all'art. 21 Cost., ne ha rimarcato la natura di «pietra angolare dell'ordine democratico»[2360], ne ha sottolineato la qualifica di «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» [2361], ha messo in evidenza «… la rilevanza centrale … che la libertà di manifestazione del pensiero, anche e soprattutto in forma collettiva, assume ai fini dell'attuazione del principio democratico non solo nel nostro ordinamento, che in relazione a tale principio solennemente si qualifica (art. 1 Cost.), ma nelle più significative espressioni della civiltà giuridico-politica che in esso trova la sua caratterizzazione di fondo»[2362]. Se ciò è vero, non sembra che l'impostazione del *marketplace of ideas* sia estranea alla cultura giuridica europea più di quanto lo sia a quella nordamericana: diversi sono certamente i

[2359] V. sul punto molto chiaramente A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)*, in *Pol. dir.*, 1986, 584-585, il quale effettua un espresso parallelo con l'ordinamento statunitense e con la giurisprudenza del «mercato delle idee» inaugurata dalla *dissenting opinion* del giudice Holmes e successivamente fatta propria dalla Corte Suprema, talché sarebbe stata recepita «… l'idea, cioè, del valore fondante per la democrazia costituito dal "libero mercato delle idee", vale a dire l'idea che tutte le opinioni, vere o false che siano, devono essere messe in condizioni di esprimersi, di concorrere e di entrare in contraddittorio le une con le altre nell'arena pubblica in quanto "mezzi indispensabili per la scoperta della verità politica"». Sul collegamento in parola si vedano anche C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 12; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 428-429; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 520; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, 5 ss.; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, 605 ss.; A. PACE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 37 ss.

[2360] Corte cost., sent. 2 aprile 1969, n. 84, in *Giur. cost.*, 1969, 1175 ss., 1192, con nota di A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, ivi, 1178 ss.

[2361] Corte cost., sent. 29 aprile 1985, n. 126, in *Giur. cost.*, 1985, 894 ss., 908.

[2362] Corte cost., sent. 126/1985, cit., 908. Per una più ampia rassegna delle pronunce in cui la Corte ha sottolineato il collegamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la natura democratica dell'ordinamento v. M. LUCIANI, *La libertà di informazione*, cit., 608 ss.

ISSN 2279-7238

frutti che tale metafora ha portato nei due contesti, ma una – la medesima – è la pianta dalla quale sono scaturiti.

Purtuttavia, il paradigma del *marketplace of ideas* è stato oggetto, in anni recenti, di penetranti critiche, miranti a sottolinearne l'inidoneità ad adattarsi alla realtà contemporanea, proprio a cagione dell'avvento delle nuove tecnologie e delle consistenti modifiche che esse hanno comportato ai meccanismi di circolazione delle informazioni. Si è obiettato, ad esempio, che la "libertà" del mercato delle informazioni, in Internet, sarebbe tale solo di nome, giacché il flusso delle notizie, all'interno del cyberspazio, è vincolato al rispetto di algoritmi creati dai gestori dei motori di ricerca, dei *social network* e delle altre piattaforme informatiche, che diventano i veri e propri «portieri» («*gatekeeper*») delle informazioni all'interno della Rete[2363]. Di più, i meccanismi di selezione dei contenuti da mostrare agli utenti sarebbero concepiti in modo da adattarsi alle preferenze già espresse o manifestate in passato dagli stessi, di modo che ciascuno dei naviganti si ritroverebbe ad operare in una «bolla» che riflette i suoi gusti, le sue opinioni, le sue credenze, rimanendo invece impermeabile agli spunti di segno contrario[2364], con grave pregiudizio per il confronto, il dialogo e il dibattito che sono alla base del concetto stesso del *marketplace of ideas*[2365]. Di fronte a questo scenario, lo Stato si troverebbe privo di strumenti efficaci che non comportino anche una limitazione della libertà di espressione in misura superiore a quanto tradizionalmente ritenuto accettabile, mentre il coinvolgimento attivo dei gestori dei

[2363] L'espressione è di E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace*, Cambridge, 2015, 44 ss. Sul punto si vedano i rilievi di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 59 ss.; e M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica*, cit., 12 ss. In generale, sulle problematiche legate agli algoritmi, si veda F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015.

[2364] V. nuovamente G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 67 ss.; e M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica*, cit., 20 ss. Sulla c.d. *filter bubble* e le problematiche connesse si vedano, a titolo esemplificativo, E. PARISER, *Filter Bubble: What the Internet Is Hiding From You*, trad. it. *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012; D. PALANO, *Verso una* bubble democracy, in *Formiche*, 2017, 15-16.

[2365] Sui pericoli della «personalizzazione» dei contenuti della Rete da parte degli utenti e la conseguente «polarizzazione» dei gruppi si vedano le lucide considerazioni di C.R. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, trad. it. *#Republic. La democrazia nell'epoca dei* social media, Bologna, 2017, spec. 11 ss. e 79 ss., che mette in luce come un sistema di libera espressione realmente funzionante dovrebbe soddisfare due requisiti: «Le persone dovrebbero essere esposte a materiale che non hanno preventivamente scelto» e «Molti, o almeno la maggior parte, dei cittadini dovrebbero avere un certo numero di esperienze in comune» (ivi, 17); i *social media*, al contrario, tendono ad operare in modo da formare «*eco chambers*» nelle quali le opinioni di gruppi di orientamento omogeneo si autoalimentano, amplificandosi, ciò che produce taluni effetti positivi (es. visibilità per gruppi di minoranza e scarsamente visibili), ma anche potenzialmente pericolosi per il dibattito democratico, qualora da ciò derivi una chiusura al confronto con opinioni diverse.

ISSN 2279-7238

motori di ricerca e delle piattaforme di condivisione Internet nel controllo del flusso delle informazioni, e la loro conseguente responsabilizzazione per i contenuti pubblicati da terzi, potrebbe dare vita a forme di censura private (c.d. *collateral censorship*) potenzialmente ancor più pregiudizievoli rispetto all'intervento pubblico[2366].

Si tratta certamente di problematiche serie, meritevoli di approfondimento da parte degli studiosi e, verosimilmente, di adeguati interventi da parte del legislatore. Da esse, tuttavia, non sembra seguire la necessità di abbandonare la logica sottostante l'idea del *marketplace of ideas*. Le situazioni evidenziate dalla dottrina, in effetti, rappresentano altrettante *patologie* del mercato delle idee, idonee a non renderlo più un luogo di libero scambio; ma non è dalla patologia di un sistema che si può evincere l'inutilità dello stesso. Se la mia automobile si è rotta, da ciò non consegue che essa sia un mezzo di trasporto inutile e che, pertanto, io debba per forza andare a piedi: se posso, la farò riparare. Se il mercato delle idee non è veramente libero, la soluzione è adoperarsi per renderlo tale, non arrendersi e cercare un diverso modello, almeno fin quando l'invalidità del primo, in astratto, non sia dimostrata.

Può essere, certamente, che nella società contemporanea, dove il mercato finanziario non è più, per definizione, «libero», ma soggetto a frequenti interventi esterni e regolamentazioni, la stessa metafora del *marketplace of ideas* non sia più idonea a rendere bene il concetto, e pertanto vada «trattata con cura»[2367], e forse sostituita con altra figura maggiormente attuale. Ciò che non viene meno, tuttavia, è il fondamento filosofico-giuridico che aveva fondato tale immagine, e che non sembra perdere forza nemmeno nella temperie contemporanea: l'idea miltoniana e milliana che, in una società democratica, sia il confronto tra le opinioni il miglior mezzo per la ricerca della verità, e che ogni "discesa in

[2366] L'espressione «*collateral censorship*» è stata coniata da M.I. MEYERSON, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the "Speaker" Within the New Media*, in *Notre Dame Law Rew.*, 1995, 79, 116 e 118, ma il suo uso nell'ambito del diritto costituzionale dell'informazione è dovuto soprattutto a J. BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 1999, 2295 ss., il quale la riferisce alla situazione in cui un soggetto A operi una censura sulla manifestazione di pensiero operata da un soggetto B, nel timore che l'ordinamento ritenga A responsabile degli effetti della manifestazione di pensiero di B. Sulla *collateral censorship* con riguardo alla Rete Internet v. ad es. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale*, cit., 43 ss.; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 90 ss.; M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., 19 ss.; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 33 ss.; G. DE GREGORIO, The marketplace of ideas, cit., 101 ss.; C. PINELLI, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 46.

[2367] Come propone O. POLLICINO, *Fake News, Internet and Metaphors*, in *MediaLaws*, 2017, 23 ss. Suggerisce cautela nell'accostamento dell'utente dell'informazione al consumatore anche M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 35-36.

ISSN 2279-7238

campo" dei pubblici poteri a favore dell'una o dell'altra posizione in gioco sia da vagliare con attenzione, anziché incoraggiare acriticamente. Non ci pare che tale assunto sia seriamente messo in discussione dalla tecnologia e dall'avvento di Internet e dei *social network*, pur con tutti i problemi che essi sollevano, e dei quali occorre certamente tener conto, ma non al prezzo di sacrificare le conquiste raggiunte dal costituzionalismo liberale nel corso del tempo.

5. *Pluralismo e ricerca della verità. Qualche spunto conclusivo.*

Quanto fin qui sostenuto circa il «mercato delle idee» di milliana memoria, e in generale l'esortazione a circoscrivere nei limiti più ristretti possibile la repressione delle notizie ritenute false, pur nell'era di Internet e dei *social network*, potrebbe prestarsi ad equivoci: in particolare, potrebbe ingenerare l'erronea impressione che chi scrive avalli l'idea di uno Stato del tutto indifferente alla circolazione di teorie e credenze erronee, una sorta di censore pigro e svogliato, determinato ad intervenire – spesso tardivamente – soltanto quando vi sia assolutamente costretto, ma per il resto del tempo totalmente passivo e disinteressato. Si rivela dunque necessario effettuare qualche precisazione, in particolare sul ruolo e i compiti dello Stato e dei pubblici poteri nel contesto descritto.

Occorre chiarire subito un aspetto: la circostanza che un ordinamento sia democratico e pluralista non significa affatto che esso si disinteressi della verità, assumendo un atteggiamento agnostico e indifferente. Come è vero che uno Stato, per il fatto di essere laico, non rinuncia ad avere un set di valori di riferimento, che si può legittimamente promuovere nella società (ma non imporre con la forza)[2368], così è vero che uno Stato, per il fatto di essere pluralista, non deve rinunciare alla ricerca della verità, ma semplicemente evitare di cedere alla tentazione di imporla *vi et armis*. Come è stato autorevolmente affermato, «… lo stato costituzionale non può rinunciare alla verità come valore

[2368] V. R. PERRONE, *Buon costume e valori costituzionali condivisi*, cit., 229, e dottrina ivi citata.

ISSN 2279-7238

culturale»[2369]: tra i compiti dello Stato, dunque, può legittimamente annoverarsi la *promozione* della verità, con diversi strumenti che riflettano il carattere aperto e pluralista dell'ordinamento, in contrapposizione alla logica repressiva degli Stati totalitari.

Così, la principale forma di sostegno alla verità passa certamente per l'istruzione pubblica, il cui compito, al di là della semplice trasmissione delle nozioni sulle quali vi è allo stato attuale un consenso della comunità scientifica, è fornire agli allievi, e in particolare ai giovani, gli strumenti di discernimento necessari a orientarsi nel mondo delle informazioni circolanti nella sfera pubblica; ed è ovvio che, stante il grande rilievo che la Rete e i mezzi di comunicazione informatica hanno acquisito nella società contemporanea, la scuola non deve rifuggire il confronto con tali realtà, secondo un'ottica tabuistica che si rivelerebbe in ultima istanza controproducente, ma deve porsi l'obiettivo di *educare* all'utilizzo consapevole e maturo di tali strumenti[2370].

In secondo luogo, non può escludersi a priori un intervento diretto dello Stato nella sfera pubblica di circolazione delle informazioni. Oltre a sanzionare gli abusi – compito ineludibile da parte dell'ordinamento, e che nessuno può seriamente mettere in discussione – non sembrano esservi ostacoli a che lo Stato intervenga nel dibattito pubblico, senza il ricorso a poteri pubblicistici di tipo repressivo, per difendere determinate posizioni, fornendo prove o mettendo a disposizione materiale informativo a sostegno delle medesime, quando ciò sia giustificato dalla rilevanza pubblicistica della materia trattata e dal suo aggancio a beni e valori costituzionali, pur se non direttamente messi in pericolo (ciò che altrimenti legittimerebbe, come si è detto, un intervento repressivo)[2371]. Così, *nulla*

[2369] P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungstaat*, trad. it. *Diritto e verità*, Torino, 2000, 105, menzionato anche da G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 75.

[2370] Cfr. M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 39-40: «Sicché, in attesa che qualcuno scopra l'algoritmo perfetto, che riesca a tenere insieme libertà di scelta dell'utente e pluralismo, una prospettiva forse meno ambiziosa ma sicuramente praticabile potrebbe essere quella di investire sulla preparazione dell'utente, di fornire cioè all'utente gli strumenti culturali e tecnici adeguati per verificare l'attendibilità di una notizia: le c.d. "bufale on-line", infatti, sono per lo più riconoscibili, con un minimo di pazienza e di attenzione, da un utente avvertito e consapevole. Nello scenario del sistema dei media che si va delineando, allora, il vero compito di "servizio pubblico"… dovrebbe essere quello di fornire strumenti critici per l'approccio e l'utilizzo della rete, in primo luogo come strumento informativo».

[2371] Si comprendono dunque anche i confini entro i quali possa risultare giustificato l'intervento dello Stato nel dibattito pubblico, a fianco dell'una o dell'altra posizione in gioco. Così, mantenendo l'esempio della *fake news* della correlazione tra vaccini e autismo, la difesa delle posizioni "vacciniste" da parte dello Stato si comprende giacché la diffusione dell'opinione contraria potrebbe essere pregiudizievole per la tutela della vita e della salute pubblica, beni di indubbio rilievo costituzionale che lo Stato è chiamato a difendere.

ISSN 2279-7238

quaestio all'organizzazione di iniziative di formazione culturale, incontri, campagne di sensibilizzazione, etc.[2372]: si tratta di modalità di azione pienamente legittime, in quanto il contrasto alle opinioni ritenute sbagliate avviene nel pieno rispetto della libertà di espressione altrui, senza tacitare le voci contrarie, ma facendo ricorso all'efficacia degli strumenti impiegati e all'autorevolezza (non all'autorità) della fonte che tali iniziative promuove.

Nemmeno si dovrebbe obiettare che lo Stato intervenga a mezzo di suoi organi *ad hoc*, istituiti con la specifica missione di rappresentare ufficialmente la posizione dell'ordinamento in un tema, ai fini orientativi del dibattito in corso. In questa prospettiva può trovare accoglimento, nell'opinione di chi scrive, la proposta, autorevolmente avanzata, di istituire un'Autorità indipendente deputata alla lotta alle *fake news*[2373], sempre che i compiti di tale organismo siano correttamente inquadrati. L'obiettivo che lo Stato si può legittimamente prefiggere, mediante la creazione di un ente che intervenga all'interno del complesso *marketplace of ideas* di Internet, non è quello di creare un'«Autorità Pubblica per la Verità» con connotati censori, come da taluno paventato[2374], bensì quello di attuare il proprio intervento nel dibattito pubblico per la promozione di quella verità che, come si è detto, rimane un obiettivo da perseguirsi anche da parte di uno Stato democratico e pluralista.

Qualora invece non vi sia un collegamento con interessi costituzionalmente rilevanti (ad es. nel caso di una disputa tra matematici per l'astratta validità di un teorema) la "discesa in campo" dello Stato a favore di una delle opinioni concorrenti non sembra trovare giustificazione.

[2372] In quest'ottica piena legittimazione, ad esempio, ci sembra aver avuto la campagna di informazione del Ministero della Salute sul tema dei vaccini, in conseguenza all'entrata in vigore del d.l. 73/2017. Come riporta il sito del Ministero, per la promozione dell'informazione sulla materia sono state adottate diverse iniziative: 1) spot televisivi e radiofonici; 2) informazione *on-line* sul sito del Ministero; 3) attività sui principali *social network* (Facebook e Twitter); 4) numero telefonico di pubblica utilità 1500; 5) infografiche affisse nelle farmacie. Sempre secondo il sito, il *target* di questa campagna di informazione era rappresentato principalmente dai genitori quali responsabili della vaccinazione dei figli in età pediatrica. Per i dettagli sulla campagna di informazione vaccinale del Ministero si veda la pagina dedicata sul sito: http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_6_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=campagne&p=dacampagne&id=115 (visitata il 12 giugno 2018).

[2373] È la proposta di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 92 ss., peraltro ribadendo e puntualizzando un'opinione già espressa in altre sedi. La proposta in questione non ha mancato di suscitare critiche: si vedano ad es. P. PAGLIARO, *Punto. Fermiamo il declino dell'informazione*, 111 ss.; N. ZANON, Fake News *e diffusione dei* social media, cit., spec. 4-5.

[2374] V. N. ZANON, Fake News *e diffusione dei* social media, cit.

ISSN 2279-7238

L'Autorità in questione, dunque, non dovrebbe possedere né poteri censori, *ex ante* o *ex post*, né poteri sanzionatori nei confronti degli autori di *fake news*, la repressione delle stesse – nei limiti in cui è consentita secondo la ricostruzione operata nei paragrafi precedenti – dovendo rimanere di competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria, con tutte le garanzie di legge per gli accusati. Piuttosto, i compiti dell'Autorità indipendente dovrebbero essere: a) di regolamentazione, fissando standard comuni di trasparenza ed accessibilità per i *social network*, i *provider* e tutti gli altri intermediari che rendono possibile la veicolazione di informazioni attraverso la Rete; in questa prospettiva, l'Autorità non svolgerebbe funzioni diverse da quelle di molte altre Autorità indipendenti, che appunto possiedono poteri di regolamentazione dei settori in cui operano; b) di *contrasto* alla diffusione di notizie false, mediante la loro segnalazione nei termini di *fake news* (ma non la loro rimozione coattiva)[2375]; c) di *promozione* della verità, tramite la divulgazione di informazioni corrette ed aggiornate sui temi di maggiore attualità, e nei quali risulta concreto il pericolo di disinformazione a cagione della diffusione di *fake news* destinate, per il modo in cui sono presentate o per la particolare rilevanza del loro oggetto, a fare breccia sul pubblico.

La fissazione, da parte dello Stato (a prescindere dal fatto che esso agisca direttamente o per il tramite di Autorità come quella di cui si è suggerita la creazione), di standard comuni

[2375] Su questo punto i connotati di questa Autorità si discostano, almeno in parte, da quelli immaginati da G. Pitruzzella, che ipotizzava «… l'introduzione di istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana» (così G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., 92). Pur essendo legittimo, in astratto, e come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, l'intervento dei pubblici poteri nei confronti di *fake news* che risultino lesive di interessi costituzionalmente rilevanti, l'attribuzione di un potere censorio all'Autorità in questione ci sembra dilatare eccessivamente l'ambito di intervento di questo organismo, richiedendo complesse valutazioni di bilanciamento di interessi, le quali riteniamo spettino più appropriatamente all'Autorità giudiziaria. Si rimarca al riguardo che, benché come si è visto l'Autore della proposta prospetti l'alternativa tra la natura amministrativa indipendente e giurisdizionale dell'Autorità in questione, questa seconda via appare difficilmente praticabile, stante il noto divieto di istituzione di giudici speciali di cui all'art. 102, comma 2, Cost., che osta alla creazione *ex novo* di un "Giudice della Verità". Nemmeno la configurazione dell'organismo in questione nei termini di "sezione specializzata" dei Tribunali esistenti, in astratto ammessa dalla stessa disposizione, si rivelerebbe in ultima istanza rispettosa del dettato costituzionale, stante la natura non propriamente giurisdizionale dell'attività che svolgerebbe questo organo, onde la sua qualificazione come "sezione specializzata" di Tribunale si rivelerebbe, a conti fatti, una mera *fictio iuris* per mascherare la natura propriamente amministrativa dello stesso. Sull'impossibilità di assimilazione delle Autorità amministrative indipendenti ai giudici speciali di cui all'art. 102, comma 2, Cost., sulla base delle funzioni esercitate, nonché, più in generale, sulla natura e sul fondamento delle funzioni esercitate dalle Autorità amministrative indipendenti si v. *amplius* G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, spec. 280 ss. e *passim*.

ISSN 2279-7238

di trasparenza e operatività per i *social network* e le altre piattaforme di scambio di informazioni consentirebbe infine di attenuare, almeno in parte, il problema della c.d. *collateral censorship*, vale a dire il rischio di un intervento censorio dei soggetti privati – i gestori delle piattaforme in questione – sui flussi di informazione sulla Rete, nel timore di un'attribuzione di responsabilità da parte dell'ordinamento per i contenuti pubblicati. È evidente che, per garantire la massima efficacia all'azione di contrasto agli abusi della libertà di espressione, la collaborazione dei gestori si rivela essenziale; sarebbe tuttavia sbagliato delegare tale azione, che richiede delicate operazioni di bilanciamento di interessi, a soggetti non investiti di poteri pubblicistici, e non in posizione di imparzialità rispetto alle posizioni in gioco[2376]. L'operato dei gestori deve dunque muoversi entro coordinate ben tracciate dallo Stato, volte ad individuare i confini entro i quali l'intervento di costoro sulle informazioni pubblicate risulta lecito, e in quali forme, e fermo rimanendo, anche in questo caso, il controllo successivo della magistratura ordinaria sulla legittimità delle scelte effettuate dai gestori.

Alle condizioni testé esposte, e con i limiti evidenziati, sembra a chi scrive che l'intervento dello Stato negli spazi di confronto delle informazioni sia legittimo e non lesivo della struttura pluralista e democratica che il *marketplace of ideas*, anche nell'era di Internet, deve mantenere, e anzi pare che una presa di posizione diretta dei pubblici poteri sia in qualche occasione da salutare con favore, in quanto in grado di orientare il dibattito e correggerne le più vistose deformazioni.

A conclusione di queste brevi note, pare dunque doversi affermare che, anche nell'era della «post-verità»[2377] alimentata dalle *fake news* circolanti sui mezzi di comunicazione di

[2376] Cfr. G. DE GREGORIO, The market place of ideas, cit., 101, il quale rileva correttamente come vi sia il rischio che «… gli attori privati, non essendo vincolati al perseguimento di un interesse pubblico, possano liberamente influire sui limiti della libertà di espressione senza alcuna garanzia pubblicistica, determinando, ad esempio, le notizie da proporre oppure quelle da segnalare come contenuto non attendibile»; sulla stessa linea M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 34; e C. PINELLI, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 47.

[2377] Il termine «post-verità» («*post-truth*») è così definito dall'Oxford Dictionary: «*relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotions and personal belief*» (v. la versione *on-line* del dizionario all'indirizzo https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth, visitato il 12 giugno 2018). Esso è stato scelto dallo stesso dizionario quale parola dell'anno per il 2016, poiché, pur essendo già noto da anni (il suo primo utilizzo è fatto risalire dall'Oxford Dictionary ad un saggio del 1992 dello scrittore serbo-americano Steve Tesich sul periodico *Magazine*), esso è stato utilizzato con particolare frequenza, a quanto riporta lo stesso Dictionary, in occasione del referendum per l'uscita del

ISSN 2279-7238

massa, e segnatamente su quelli che si avvalgono della Rete Internet come strumento di diffusione delle notizie, l'interprete deve procedere con la bussola dei principi già elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, che dunque non si rivelano, a ben guardare, affatto obsoleti e meritevoli di radicale ripensamento. Soprattutto occorre evitare di cedere a tentazioni di "aggiornamento" a tutti i costi dei punti fermi raggiunti nel corso degli anni dagli studiosi, volte a legittimare forme di compressione delle libertà fondamentali che, se certo possono apparire più "al passo coi tempi" e maggiormente in grado di contrastare le pur rilevanti criticità sollevate dall'avvento delle tecnologie moderne, in più di un'occasione possono rivelarsi poco compatibili con il dettato costituzionale e con il carattere democratico e aperto dell'ordinamento.

Regno Unito dall'Unione Europea e delle elezioni presidenziali americane dello stesso anno. Sul punto si vedano C. PINELLI, *"Postverità", verità e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 43; G. DE GREGORIO, The market place of ideas, cit., 93; F. PIZZETTI, Fake news *e allarme sociale*, cit., 49-50.

ISSN 2279-7238

La natura e i suoi diritti*

di Livio Perra**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La cosmovisione andina e il *Buon Vivir / Vivir Bien*. - 3. La natura come soggetto di diritti ed i diritti della natura. - 4. La terza via in due fasi: *Ciudad de México*. - 5. Riflessioni e considerazioni sul sistema adottato a *Ciudad de México*. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente lavoro nasce dalla necessità ravvisata dall'autore di trovare a livello legislativo una soluzione che si ponga come risolutiva della problematica ambientale. In particolare, si avverte come le soluzioni prospettate in ambito globale e nei singoli ordinamenti giuridici per la tutela dell'ambiente, in quanto il più delle volte sono fondate sulla indiretta difesa dell'ambiente derivante dalla riconduzione a valori e diritti degli esseri umani (si pensi al diritto degli individui alla salute o quello a vivere in un ambiente salubre), non comprendono tutte le ipotesi di "attacco" alla natura, nemmeno con più ampie costruzioni giuridiche e giurisprudenziali spesso frutto di forzature. La domanda che ha mosso i passi dell'autore è relativa al fatto se vi sia in qualche ordinamento giuridico uno strumento più efficace, una costruzione giuridica che apporti una tutela onnicomprensiva. Dopo svariate ricerche, sono saltate agli occhi le soluzioni di Ecuador, Bolivia e *Ciudad de México*. Utilizzando il metodo dell'esposizione e dell'analisi di tali soluzioni, l'autore vuole porre l'accento nel presente lavoro sui pregi e difetti di queste novità. L'obiettivo che si vuole conseguire è quello di far comprendere come con queste teorie provenienti da oltreoceano possa essere ravvivata la discussione in ambienti politici e giuridici europei e mondiali, attraverso l'ispirazione che le idee degli esaminati ordinamenti giuridici possono fornire.

In tutte le discipline si affaccia ai giorni nostri la preoccupazione per le conseguenze nefaste a cui va incontro il pianeta Terra. L'uomo sta prendendo consapevolezza del fatto che le sue azioni si ripercuotono nell'ambiente in cui vive. È stato utilizzato il termine Antropocene per designare l'epoca attuale, in cui l'attività dell'uomo incide sull'ambiente[2378]. Anche nel mondo del diritto si stanno cercando soluzioni. La questione che attanaglia i Legislatori concerne il giusto, corretto e miglior modo di tutelare l'ambiente.

Dall'America Latina arrivano fin alle porte europee le discussioni sulla necessità di riscoprire i valori delle culture ancestrali di vita in armonia con la natura, offrendo numerosi spunti di riflessione che si rivelano interessanti sotto diversi profili.

La soluzione che ha portato in Ecuador e Bolivia all'affermazione nelle Costituzioni dei due Paesi dei diritti della natura costituisce un classico esempio di quello che viene chiamato *etnodesarollo*.

---

* Contributo sottoposto a double *blind peer review*

** Professore a Contratto di Istituzioni di **Diritto** Penale e Legislazione Minorile presso l'Università di Sassari

2378 Si veda a tal proposito P. J. CRUTZEN, *The anthropocene*, in E. EHLERS – T. KRAFFT (a cura di), *Earth system science in the anthropocene*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2006, 13 ss.

ISSN 2279-7238

Si intende con questa espressione, come sottolinea Guillermo Bonfil Batalla[2379], l'utilizzo della "capacità sociale" di un popolo per dar forma al futuro, recuperando le proprie esperienze storiche, culturali, dando vita ad un progetto ispirato ai propri valori. Questo fenomeno si esplica su tre livelli: giuridico, politico e sociale. Queste soluzioni sono altrettanto importanti perché hanno fondato la loro base sulle varie culture, divenendo la massima espressione del multiculturalismo e l'affermazione di quella dimensione paritaria della partecipazione alla politica pubblica di tutte le nazioni che compongono lo Stato.

Si è trattato di un percorso che si è sviluppato su più tappe. Dapprima i popoli indigeni, anche grazie ai propri movimenti, hanno fatto sentire la propria voce che chiedeva il riconoscimento dei propri diritti e la propria partecipazione alle decisioni statali, in seguito essi hanno portato alla riscoperta dei propri valori culturali che hanno ispirato le nuove Costituzioni, fino a giungere ad un vero e proprio contratto sociale tra gli esseri umani e la natura.

La soluzione posta in essere da *Ciudad de México*, per quanto possa sembrare simile a quelle di Ecuador e Bolivia, presenta qualche differenza. In particolare, merita di essere evidenziato il fatto che l'affermazione dei diritti della Terra e la caratterizzazione della natura come soggetto di diritti sono state conseguite recentemente e vi si è giunti per gradi, o per meglio dire in due fasi: dapprima una legge ha sancito i diritti della Terra, in seguito la Costituzione ha attribuito alla natura, ad i suoi ecosistemi e specie il carattere di ente collettivo soggetto di diritti.

Tali soluzioni proposte in questi sistemi giuridici hanno fornito e forniscono innovazioni interessanti e nuove prospettive che mirano ad una efficace tutela dell'ambiente e potrebbero ispirare i legislatori degli altri Stati.

Nel presente lavoro dapprima, nel § 2., si esaminano la cosmovisione andina e, in particolare, il valore del *Buon Vivir / Vivir Bien* riscoperto nelle culture indigene e trasportato nelle Costituzioni di Ecuador e Bolivia. Questo si rende necessario per comprendere su quali basi siano fondate la costruzione dell'intero impianto dei diritti della natura e la caratterizzazione della natura come soggetto di diritti, che sono in seguito analizzate nel § 3. Nel prosieguo si indaga, nel § 4., la soluzione di *Ciudad de México* e vengono effettuate le relative considerazioni nel § 5. Si sceglie volutamente di riservare all'impostazione di Città del Messico una parte autonoma rispetto a quella di Ecuador e Bolivia per via delle differenze riscontrate dall'esame della disciplina che regola la materia ambientale. Infine, nel § 6., dedicato alle conclusioni, si riepilogano i passaggi fondamentali e si pone l'accento sulle interessanti novità, per poi giungere alla conclusione che la soluzione di questi tre Paesi potrebbe fornire una interessante e feconda ispirazione nei dibattiti giuridici europei e mondiali sulla tutela dell'ambiente.

2. La cosmovisione andina e il Buon Vivir / Vivir Bien

L'influsso delle culture indigene in Ecuador e Bolivia ha portato un cambio di prospettive notevole, si è abbandonato l'antropocentrismo per il biocentrismo[2380], non mancano autori che

[2379] Si veda a tal proposito G. Bonfil Batalla, *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*, in G. Bonfil Batalla – F. Rojas (a cura di), *América Latina: Etnodesarrollo y Etnocidio*, San José, Ediciones FLACSO, 1982, 131 ss.

[2380] Si veda a tal proposito M. V. BERROS, *Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos*, in *Revista de Bioética y Derecho*, n. 33/2015, 82 ss.; B. J. CARTAY ANGULO, *La naturaleza: objeto o sujeto de derechos*, in C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA – C. PÉREZ FERNÁNDEZ (a cura di),

ISSN 2279-7238

vedono in queste prospettive punti di contatto e una possibile compatibilità con le proposte della *deep ecology*[2381]. L'uomo non è più visto come centro di tutte le cose, ma fa parte della natura che lo circonda. La visione del mondo andina si fonda prima di tutto sul concetto del *Buen Vivir* o *Vivir Bien* [*Sumak Kawsay* nella lingua quechua e *Suma Qamaña* in aymara]. Questo consiste in uno stile di vita, in un modo di vivere caratterizzato dalla coesistenza degli esseri umani tra loro e in armonia con la natura. Le culture dei popoli indigeni andini quechua e aymara esplicitano questo concetto nella equità sociale e nella sostenibilità ambientale tesa al fine di preservarne e rispettarne tutti i cicli vitali.

Questo pensiero, frutto di una tradizione che affonda le proprie radici nelle culture ancestrali, ha avuto notevole successo ed affermazione nella regione, perché è stato ritenuto come una valida alternativa allo sviluppo di tipo occidentale[2382] e pilastro su cui fondare la costruzione dei diritti della natura e porre tutto l'impianto della normativa in materia ambientale per favorire lo sviluppo sostenibile[2383].

Il cammino per l'affermazione costituzionale di questa visione è stato graduale, come ripercorrono Ana Patricia Cubillo-Guevara, Antonio Luis Hidalgo-Capitán e José Andrés Domínguez-Gómez[2384] nel proprio articolo *El pensamiento sobre el Buen Vivir. Entre el indigenismo, el socialismo y el posdesarrollismo*. Queste idee hanno fatto il proprio ingresso dapprima in ambito accademico nella Economia Politica dello Sviluppo nella costruzione di teorie della "*Economía Política del Buen Vivir*"[2385] come contrapposizione alla concezione classica occidentale di sviluppo economico. I primi scritti sul *Buen Vivir / Vivir Bien* risalgono ai primi anni del 2000, in questi lavori

Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, 245 ss.

2381 Si veda a tal proposito C. GOUVEIA – I. TARANTO COURI, P. H. DE SOUZA GOMES FREIRE – V. DA SILVA FONSECA, *A Positivação dos Direitos da natureza na Constituição equatoriana e sua compatibilidade com as propostas do movimento da ecologia profunda*, in *Revista Brasileira de Direito Animal*, n. 12/2013, 95 ss. Sul biocentrismo e sulla deep ecology si vedano J. LOVELOCK, *The Revenge of Gaia. Why the Earth is Fighting Back – and How We Can Still Save Humanity*, London, Penguin Books, 2006; E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, in A. ACOSTA – E. MARTÍNEZ (a cura di), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala, 2011, 25 ss.; E. R. ZAFFARONI, *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia*, in C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA – C. PÉREZ FERNÁNDEZ (a cura di), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, 3 ss. In particolare sulla *deep ecology* si vedano B. DEVALL – G. SESSIONS, *Deep ecology: living as if Nature mattered*, Salt Lake City, Gibbs M. Smith, Inc., Peregrine Smith Books, 1985; E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, in A. ACOSTA – E. MARTÍNEZ (a cura di), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala, 2011, 25 ss.

2382 Si vedano a tal proposito S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni LatinoAmericane*, n. 10/2014, 25 ss.; C. G. BARIÉ, *Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza*, in *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, n. 59/2014, 9 ss.

2383 Si veda a tal proposito A. Acosta, *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, in *Policy Paper*, n. 5/2010, 1 ss.

2384 Si veda a tal proposito A. P. CUBILLO-GUEVARA - A. L. HIDALGO-CAPITÁN – J. A. DOMÍNGUEZ-GÓMEZ, *El pensamiento sobre el Buen Vivir. Entre el indigenismo, el socialismo y el posdesarrollismo*, in *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 60/2014, 27 ss.

2385 Si veda a tal proposito A. P. CUBILLO-GUEVARA - A. L. HIDALGO-CAPITÁN – J. A. DOMÍNGUEZ-GÓMEZ, *El pensamiento sobre el Buen Vivir. Entre el indigenismo, el socialismo y el posdesarrollismo*, in *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 60/2014, 27 ss.

ISSN 2279-7238

gli intellettuali indigeni[2386] di Ecuador e Bolivia riscoprono i valori della tradizione ed in particolare questa concezione andina, ponendo l'accento sul fatto che si tratti della affermazione di una forma desiderabile di vita. Da questi discorsi accademici si passa ai dibattiti politici, fino all'ingresso nelle Costituzioni di Ecuador e Bolivia, rispettivamente nel 2008 e nel 2009.

Occorre porre l'accento sul fatto che il *Buen Vivir* o *Vivir Bien* non è un concetto unitario, esso presenta qualche differenza da popolo a popolo[2387], e nelle versioni riscoperte negli ultimi anni è un concetto ancora in continua costruzione.

In particolare, è utile osservare sotto quale veste questa categoria concettuale ha fatto ingresso nelle Costituzioni di Ecuador e Bolivia[2388], cioè quel fenomeno che, desumendo dalle parole prese in prestito da Eduardo Gudynas e Alberto Acosta[2389], si può definire nel presente lavoro come formalizzazione nelle nuove Costituzioni dei valori indigeni.

Nella Costituzione dell'Ecuador il *Buen Vivir* è concepito come un diritto o meglio come un diritto composto da altri diritti, quali ad esempio quello alla salubrità dell'ambiente, all'alimentazione e all'acqua, alla comunicazione, all'educazione, alla salute. Tutti questi diritti sono posti sullo stesso piano, non esiste, infatti, una gerarchia.

Il *Preámbulo* afferma: "abbiamo scelto di costruire una nuova forma di convivenza dei cittadini nella diversità e armonia con la natura, per raggiungere il *buen vivir*, il *sumak kawsay*"[2390] e questo intento si percepisce in tutta la Costituzione, in particolare si deve soffermare l'attenzione su alcune parti specifiche di essa. All'articolo 3 sono precisati tra i doveri dello Stato quello di pianificare lo sviluppo nazionale, di rimuovere la povertà, di promuovere lo sviluppo sostenibile e di ridistribuire le risorse e la ricchezza con il fine di conseguire il *Buen Vivir*.

Vi è poi dall'articolo 12 all'articolo 34 il catalogo dei diritti del *Buen Vivir*. Essi sono i diritti relativi ad *agua y alimentación*, *ambiente sano*, *comunicación e información*, *cultura y ciencia*, *educación*, *hábitat y vivienda*, *salud*, *trabajo y seguridad social*, contenuti negli articoli delle relative sezioni.

L'articolo 74 si occupa del rapporto tra il diritto al *Buen Vivir* e le risorse naturali, esso precisa che le persone, le comunità e i popoli hanno il diritto di trarre beneficio dall'ambiente e dalle risorse naturali che consentano loro il *Buen Vivir*. L'articolo 83 pone tra i doveri dei cittadini dell'Ecuador quello di promuovere il bene comune, anteponendo l'interesse generale a quelli particolari, nel rispetto del *Buen Vivir*. All'articolo 85 è sancito che le politiche pubbliche e la prestazione di beni e servizi pubblici devono orientarsi verso l'effettività del *Buen Vivir* e di tutti i diritti. Nell'articolo 97 è riconosciuta la possibilità delle organizzazioni di formulare iniziative che contribuiscano al *Buen Vivir*. L'articolo 258 relativamente alla provincia di Galápagos (che ha un *gobierno de régimen especial*)

2386 Si pensi a S. YAMPARA HUARACHI, *El ayllu y la territorialidad en los Andes: una aproximación a Chambi Grande*, La Paz, Ediciones Qamán Pacha Cada UPEA-Universidad Pública de El Alto, 2001; C. VITERI GUALINGA, *Visión indígena del desarrollo en la Amazonía*, in *Polis, Revista Latinoamericana*, n. 3/2002 (http://polis.revues.org/7678> accesso 13 agosto 2017).

2387 Si veda a tal proposito F. HUANACUNI MAMANI, *Buen Vivir / Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, Lima, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

2388 Si veda a tal proposito F. HIDALGO FLOR, *Buen vivir, Sumak Kawsay: Aporte contrahegemónico del proceso andino*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, n. 53/2011, 85 ss.

2389 Si veda a tal proposito E. GUDYNAS – A. ACOSTA, *La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, n. 53/2011, 71 ss.

2390 "*Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay* […]".

ISSN 2279-7238

prevede che la sua pianificazione e sviluppo sia organizzata secondo i principi di conservazione del patrimonio naturale dello Stato e del *Buen Vivir*, conformemente a quanto previsto dalla legge.

La Costituzione dell'Ecuador si concentra su due campi d'azione di eguale gerarchia: il *Buen Vivir* e lo sviluppo[2391]. L'articolo 275 sottolinea che il regime dello sviluppo consiste nell'insieme "organizzato, sostenibile e dinamico" dei sistemi economici, politici, socioculturali e ambientali che sono tesi a favorire il raggiungimento del *Buen Vivir*. Non è dunque previsto uno sviluppo improntato solo su esigenze economiche, ma nel perseguirlo occorre che si tenga presente sempre l'obiettivo finale: il raggiungimento del *Buen Vivir*. Vi è uno stretto rapporto tra le politiche, i meccanismi e la pianificazione delle strategie per lo sviluppo ed i diritti del *Buen Vivir,* dei quali si deve tener conto, garantirli ed assicurarli. Questo concetto porta conseguenze notevoli, nell'ultima parte dell'articolo 275 si pone l'accento sul fatto che le stesse persone, comunità e popoli in conseguenza del valore, principio del *Buen Vivir* devono esercitare i diritti in un'ottica di interculturalità rispettando le diversità e nella convivenza in armonia con la natura. Vi è proprio, come affermano Eduardo Gudynas e Alberto Acosta[2392], la necessità di riconfigurare le strategie per lo sviluppo alla luce del valore del *Buen Vivir*, abbandonando la visione classica che ha caratterizzato i disegni politici ed i quadri normativi tesi tendenzialmente al solo sviluppo economico.

Nella Costituzione della Bolivia il concetto di *Vivir Bien* è affiancato, sottolineato e connesso ad altri valori affini sempre provenienti dalle culture indigene. Il *Preámbulo* pone in risalto il *Vivir Bien*. Questo è un elemento la cui ricerca da parte dello Stato costituisce un obiettivo importante, in un Paese che deve essere caratterizzato dal rispetto e dalla uguaglianza di tutte le persone, che persegue i valori di sovranità, dignità, complementarietà, solidarietà, armonia e la equa distribuzione del prodotto sociale[2393].

Il *Vivir Bien* è caratterizzato nell'articolo 8 della stessa Costituzione come "principio etico-morale della società plurale" e viene affiancato ad altri principi dello stesso genere che lo Stato assume e promuove. Questi principi come fondamenta sono in questo modo posti su una stessa linea gerarchica. Essi sono: "*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (*no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón*), *suma qamaña* (*vivir bien*), ñandereko (*vida armoniosa*), *teko kavi* (*vida buena*), *ivi maraei* (*tierra sin mal*) y *qhapaj ñan* (*camino o vida noble*)". È, dunque, uno Stato, come si rileva dal prosieguo dell'articolo 8, che si fonda sui valori di unità, uguaglianza, inclusione, dignità, libertà, solidarietà, reciprocità, rispetto, complementarietà, armonia, trasparenza, equilibrio, eguali opportunità, equità sociale e di genere nella partecipazione, benessere comune, responsabilità, giustizia sociale, distribuzione e ridistribuzione di prodotti e beni sociali, in un quadro che li finalizza al raggiungimento del *Vivir Bien*. Ovviamente, poste queste basi di principio, è necessario osservare come la Costituzione della Bolivia pone in relazione lo sviluppo ed il *Vivir Bien*. Lo sguardo deve volgere all'articolo 306, il quale definisce il modello economico boliviano.

[2391] Si veda a tal proposito E. GUDYNAS – A. ACOSTA, *La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, n. 53/2011, 71 ss.

[2392] Si veda a tal proposito E. GUDYNAS – A. ACOSTA, *La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa*, in *Utopía y Praxis Latinoamericana*, n. 53/2011, 71 ss..

[2393] "*Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien*".

ISSN 2279-7238

Esso è definito come modello economico "plurale, orientato a migliorare la qualità della vita e al *Vivir Bien*"[2394]. È un modello economico plurale che esplica la propria attività in diverse forme di organizzazione economica che tengono in conto i principi di complementarietà, reciprocità, solidarietà, ridistribuzione, uguaglianza, sicurezza giuridica, sostenibilità, equilibrio, giustizia e trasparenza, ma l'obiettivo che si prefigge sarà quello di contemperare l'interesse individuale con il *Vivir Bien* collettivo. L'articolo 313 pone le linee, che saranno seguite più specificatamente, denominate dallo stesso come propositi della organizzazione economica boliviana, per eliminare la povertà e l'esclusione sociale ed economica e per raggiungere il *Vivir Bien* in tutte le sue dimensioni. Essi sono quelli della produzione del prodotto sociale che deve avvenire nel rispetto dei diritti individuali, dei popoli e delle nazioni, si deve provvedere alla produzione, distribuzione e ridistribuzione giusta della ricchezza e delle eccedenze economiche, occorre ridurre le disuguaglianze nell'accesso alle risorse produttive, eliminare le diseguaglianze regionali, provvedere allo sviluppo produttivo industrializzatore delle risorse naturali, e deve esserci la partecipazione attiva all'apparato produttivo da parte dell'economia pubblica e comunitaria.

Dall'analisi delle visioni delle Costituzioni di questi due Paesi è emerso che il valore del *Buen Vivir / Vivir Bien* pone una necessità importante: occorre riconsiderare i modelli classici di sviluppo alla luce dei nuovi valori o meglio dei valori recuperati dalle tradizioni culturali indigene. Si parla di sviluppo in termini di funzionalizzazione, non è uno sviluppo che possa svolgersi in autonomia seguendo solo le leggi del mercato economico, ma è uno sviluppo che deve piegarsi ed adattarsi alle occorrenze per raggiungere questo ideale di buon vivere / vivere bene. Si devono cioè armonizzare le strategie pubbliche e l'intera attività economica al rispetto di tali valori. Altro aspetto che risalta nelle esaminate Costituzioni è una visione partecipativa di tutti gli individui, essi devono prestare attenzione, anche nell'esercizio dei diritti, ai valori contenuti nell'espressione *Buen Vivir / Vivir Bien*. È una economia che deve e può essere partecipata. Emerge il *Buen Vivir / Vivir Bien* in accezione comune, per rimarcare il fatto che gli stessi Stati devono raggiungere questo ideale di vita per tutti i propri cittadini. Si tratta, poi, di un obiettivo il cui raggiungimento deve essere assicurato a tutti gli individui indistintamente, cioè in una visione egualitaria.

3. La natura come soggetto di diritti ed i diritti della natura

La cosmovisione andina ha influito sensibilmente anche nelle previsioni normative in materia ambientale. I punti nodali sono l'identificazione della natura come soggetto di diritti e la previsione di veri e propri diritti della natura.

In uno scenario, dove molti Stati cercano ed escogitano sempre nuove soluzioni per la migliore difesa ambientale, si pone la soluzione di Ecuador e Bolivia. Questa soluzione non deve né essere enfatizzata per la sua originalità, né criticata a priori, occorre dapprima analizzare in cosa consista, per poi valutarne pregi e difetti e valutare il come si ponga sul piano applicativo.

L'ingresso dei valori ancestrali delle culture delle popolazioni indigene si pone come una forza ispiratrice che dà nuova dignità alla natura, quella dignità conosciuta agli albori delle civiltà che nei secoli andava sparendo. La natura non è più solo un mero oggetto, le cui parti possono essere

2394 "*El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos*".

ISSN 2279-7238

liberamente e indiscriminatamente mercificate e sfruttate al di là di ogni ragionevolezza. Il concetto del *Buen Vivir / Vivir Bien* presuppone la convivenza armoniosa con la natura. Nelle culture indigene la natura è un essere vivo e l'uomo si inserisce, assieme a tutte le altre entità che la compongono, in essa. Per prima cosa si deve rilevare come, nelle Costituzioni di Ecuador[2395] e Bolivia e nelle leggi ordinarie, sia equiparata la nozione occidentale di natura con quella indigena di *Pacha Mama* (Madre Terra). Si pensi al *Preámbulo* della Costituzione dell'Ecuador che sottolinea "celebrando la natura, la Pacha Mama, della quale siamo parte e che è vitale per la nostra esistenza"[2396] ed al *Preámbulo* della Costituzione della Bolivia, il quale afferma: "adempiendo il mandato dei nostri popoli, con la forza della nostra Pachamama e grazie a Dio, rifondiamo la Bolivia"[2397]. Da questi esordi dei due testi costituzionali si comprende quanta enfasi ed importanza è data alla natura e quanto siano permeati gli influssi delle culture dei popoli indigeni. Occorre ora analizzare le costruzioni giuridiche che sono state operate dai padri costituenti ecuadoriani e boliviani per considerare la natura un soggetto di diritti ed attribuirle diritti veri e propri.

La Costituzione dell'Ecuador sancisce il carattere della natura di soggetto di diritti, in particolare all'articolo 10, comma 2 è previsto che "la natura sarà soggetto di quei diritti che le riconosce la Costituzione"[2398]. Questi diritti si inseriscono nel più ampio contesto costituzionale, dove vengono posti sullo stesso piano di tutti gli altri diritti, si tratta di diritti inalienabili, irrinunciabili, indivisibili, interdipendenti ed è sottolineato che i diritti hanno eguale gerarchia (articolo 11, comma 6).

Osservando le norme costituzionali che riguardano direttamente i diritti della natura sorgono numerosi spunti che meritano un approfondimento.

Per prima cosa l'articolo 71 parifica la nozione occidentale di natura con quella di Pacha Mama[2399], esordisce infatti con "*la naturaleza o Pacha Mama*".

Altro aspetto che deve essere evidenziato è desumibile già dalla disposizione dei diritti della Madre Terra negli articoli 71 e 72 della stessa Costituzione. Si può in questo modo tracciare una distinzione tra i diritti dell'articolo 71 e dell'articolo 72.

Nell'articolo 71 vi sono i diritti che guardano all'esistenza della natura. In particolare, oltre alla semplice esistenza, si trovano quelli alla rigenerazione dei suoi cicli vitali, quelli che riguardano la struttura, le funzioni ed i processi evolutivi.

2395 Si veda a tal proposito E. GUDYNAS, *Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir despues de Montecristi*, in G. WEBER (a cura di), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, Quito, Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, 83 ss.; E. GUDYNAS, *Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política*, in A. ACOSTA – E. MARTÍNEZ (a cura di), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala, 2011, 239 ss.

2396 "*Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*".

2397 "*Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia*".

2398 "*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*".

2399 Si vedano su tale aspetto A. ACOSTA, Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia, in A. ACOSTA – E. MARTÍNEZ (a cura di), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala,
2011, 317 ss.; E. GUDYNAS, *Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir despues de Montecristi*, in G. WEBER (a cura di), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, Quito, Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, 83 ss.; D. M. MURCIA RIAÑO, *La naturaleza con derechos. Un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo*, Quito, Aurora Donoso Game, 2012.

ISSN 2279-7238

Nell'articolo 72 si parla di diritti della natura in termini di *restauración*. Si fa riferimento, dunque, ai diritti al ripristino, alla riparazione dei danni nei casi di gravi o permanenti impatti ambientali, compresi quelli derivanti dallo sfruttamento delle risorse naturali non rinnovabili. Questa norma prevede il diritto alla riparazione indipendentemente dall'obbligo dello Stato, delle persone fisiche e giuridiche di risarcire gli individui singoli o collettivi che "dipendano dai sistemi naturali danneggiati". Inoltre, al comma 2 dello stesso articolo, lo Stato è chiamato a due compiti: esso deve prevedere i meccanismi più efficaci per la *restauración* e adottare i mezzi adeguati per mitigare o eliminare le conseguenze ambientali nocive.

L'articolo 73 della Costituzione dell'Ecuador punta sulla prevenzione, infatti prevede che lo Stato applichi "misure di precauzione e restrizione" per le attività che possono portare all'estinzione delle specie, alla distruzione degli ecosistemi o alla alterazione permanente dei cicli naturali. Questo stesso articolo pone la proibizione di introdurre organismi, materiale organico e inorganico che possa alterare in forma definitiva il patrimonio genetico nazionale.

Vi è poi l'articolo 74, il quale dopo aver sancito nel primo comma il diritto delle persone, comunità, popoli e nazioni di beneficiare dell'ambiente e delle ricchezze naturali che permettano loro il *Buen Vivir*, al comma 2 stabilisce che i "servizi ambientali" non sono suscettibili di appropriazione e che la loro produzione, l'utilizzo sarà regolato dallo Stato.

Per esaminare la visione del fenomeno in Bolivia occorre far riferimento alla Costituzione ed alle leggi ordinarie.

Il primo punto da osservare è l'articolo 33 della Costituzione della Bolivia, il quale dice che le persone hanno diritto ad avere un ambiente sano, protetto ed equilibrato. Questo diritto è finalizzato a permettere lo sviluppo normale e permanente degli individui, dei gruppi, delle generazioni presenti e future e degli altri esseri viventi.

La *Ley* boliviana n. 71 del 21 dicembre 2010 [*Ley de derechos de la Madre Tierra*] fissa il carattere giuridico della Madre Terra come soggetto collettivo di interesse pubblico (articolo 5), agli effetti della protezione e della tutela dei diritti che le sono riconosciuti.

I diritti della natura sono previsti nell'articolo 7 della stessa legge e sono il diritto alla vita, alla diversità della vita, all'acqua, all'aria pulita, all'equilibrio, al ripristino, a vivere senza contaminazioni. Questi diritti non costituiscono un elenco tassativo, cioè i diritti della Madre Terra non si esauriscono in questa elencazione. L'articolo 5 precisa infatti che non è un limite la medesima legge alla previsione e all'esistenza di altri diritti della Madre Terra.

Per quanto concerne i rapporti di gerarchia dei diritti della natura con gli altri diritti, l'articolo 6 prevede che i diritti individuali di tutti i boliviani trovano il proprio limite nell'esercizio dei diritti collettivi "nei sistemi di vita della Madre Terra" e fissa per la risoluzione dei conflitti tra tali diritti il criterio della non compromissione irreversibile della "funzionalità dei sistemi di vita".

Nell'articolo 8 sono indicati gli obblighi dell'*Estado Plurinacional* della Bolivia. Essi comprendono lo sviluppo di politiche pubbliche e azioni di prevenzione, protezione e precauzione per evitare l'impatto dell'attività umana che porti all'estinzione delle specie, all'alterazione dei cicli e dei processi che garantiscono la vita o la distruzione di sistemi di vita, anche culturali che fanno parte della Madre Terra. Altro obbligo è quello di sviluppare forme di produzione e di consumo equilibrato per soddisfare le esigenze del *Vivir Bien* del popolo, ma con un occhio di riguardo alla salvaguardia delle capacità rigenerative e alla integrità dei cicli, dei processi e degli equilibri vitali

ISSN 2279-7238

della Madre Terra. Vi è, inoltre, un obbligo che si esplica sia in una dimensione plurinazionale che internazionale che consiste nell'apportare politiche pubbliche per difendere la Madre Terra dall'eccessivo sfruttamento delle sue componenti, dalla mercificazione dei sistemi di vita, dai processi che sono causa del cambio climatico globale e dai suoi effetti. Accanto a questo obbligo è previsto quello di prevedere politiche che assicurino la sovranità energetica, a partire dal risparmio, dall'aumento dell'efficienza unita all'introduzione di energie pulite e rinnovabili. Un altro obbligo consiste nel chiedere in campo internazionale il riconoscimento della *deuda ambiental*[2400] ed il finanziamento e il trasferimento di tecnologie pulite effettive e compatibili con i diritti della Madre Terra ed altri meccanismi. Altri obblighi sono quello della promozione della pace e l'eliminazione delle armi nucleari, chimiche, biologiche e di distruzione di massa e quello di incoraggiare il riconoscimento e la difesa dei diritti della Madre Terra in ambito multilaterale, regionale, bilaterale nelle relazioni internazionali.

Nell'articolo 9 sono previsti gli obblighi delle persone fisiche, giuridiche, pubbliche o private. Il primo obbligo consiste nel difendere e rispettare i diritti della Madre Terra. Nelle relazioni con le comunità umane e con la natura nei sistemi di vita le persone devono promuovere l'armonia con la Madre Terra. Esse devono partecipare in forma attiva, singolarmente o collettivamente, nella ideazione di proposte per il rispetto e la difesa dei diritti della Madre Terra. Altri obblighi consistono nell'adottare pratiche produttive e di consumo in armonia con i diritti della Madre Terra, assicurare l'utilizzo sostenibile delle componenti della Madre Terra, denunciare gli atti che violino i diritti della Madre Terra, danneggino i suoi sistemi di vita e le sue componenti. Le persone devono, inoltre, adempiere alla chiamata delle autorità competenti o della società civile organizzata per realizzare azioni tese alla conservazione e alla protezione della Madre Terra.

L'articolo 10 della stessa legge istituisce la *Defensoría de la Madre Tierra*, la quale dovrà vigilare sulla vigenza, promozione, diffusione e conformità dei diritti della Madre Terra. Questo articolo rimanda alla legge speciale per disciplinare tale organismo.

Infine va segnalata la *Ley* boliviana n. 300 del 15 ottobre 2012 [*Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para Vivir Bien*], la quale dapprima nell'articolo 1 fissa come proprio oggetto quello di prevedere "la visione ed i fondamenti dello sviluppo integrale in armonia ed equilibrio con la Madre Terra per il *Vivir Bien*, garantendo la continuità della capacità di rigenerazione dei componenti e dei sistemi di vita della Madre Terra, recuperando e rafforzando i saperi locali e le conoscenze ancestrali, nel quadro della complementarietà dei diritti, obblighi e doveri […]"[2401].

L'articolo 3 della medesima legge, nel prevedere i fini, indica la determinazione dei criteri per l'accesso alle componenti della Madre Terra e degli obiettivi per raggiungere il *Vivir Bien* in armonia

---

[2400] Con il termine *deuda ambiental* o *deuda ecológica* si fa riferimento al "debito" accumulato sia storicamente che attualmente, principalmente dai paesi industrializzati, per l'eccesivo cattivo sfruttamento delle risorse naturali e ambientali e l'esportazione che hanno causato danni ai popoli che abitano quei luoghi, distrutto, devastato e contaminato il loro ambiente, nonché la responsabilità dei paesi industrializzati per la distruzione dell'ambiente, il deterioramento della ozonosfera, l'inquinamento ambientale dovuto al modello di sviluppo basato sui fattori di produzione e consumo. Sulla *deuda ambiental* o *deuda ecológica* si veda U. VILLALBA, El concepto de deuda ecológica y algunos ejemplos en Ecuador, in *XI Jornadas de Economía Crítica*, 2008.

[2401] "*La visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes* […]".

ISSN 2279-7238

con la Madre Terra. Inoltre, è posto come fine il coordinamento di leggi, politiche, strategie, piani e programmi dello Stato per il *Vivir Bien* in armonia con lo sviluppo e l'equilibrio della Madre Terra. Infine, riguardo al quadro istituzionale, esso dovrà essere tracciato in modo da promuovere e rendere effettivo lo sviluppo complessivo, armoniosamente con la Madre Terra per il *Vivir Bien*.

È necessario ora esaminare la questione di chi sia legittimato ad agire in difesa dei diritti della natura. *In primis* si osserva che vi sono i diritti all'esistenza che la natura esercita da tempo immemore, prima ancora che l'essere umano facesse comparsa nel pianeta, ma il problema riguarda la questione relativa a chi possa agire in giudizio per la violazione di questi diritti e per i diritti alla riparazione dei danni occorsi.

Nella Costituzione dell'Ecuador, precisamente all'articolo 71, è previsto che tutte le persone, le comunità, i popoli e le nazioni possono "chiedere all'autorità pubblica l'adempimento dei diritti della natura"[2402].

L'articolo 34 della Costituzione della Bolivia assegna ad ogni persona la possibilità, sia individualmente sia in rappresentanza di una collettività, di esperire le azioni per difendere il diritto ambientale autonomamente dall'obbligo delle pubbliche istituzioni di attuare le stesse d'ufficio dinnanzi agli attacchi all'ambiente. L'articolo 39 della *Ley* n. 300 del 15 ottobre 2012 della Bolivia sancisce che sono legittimate a proporre le istanze amministrative e giurisdizionali le autorità pubbliche dello Stato a qualunque livello sulla base delle loro competenze, il Pubblico Ministero, la *Defensoría* della Madre Terra, il Tribunale Agroambientale e le persone direttamente colpite. Vi è, inoltre, il dovere delle persone individuali o collettive di denunciare le violazioni dei diritti della Madre Terra, di cui siano a conoscenza.

È chiaro che la natura non possa agire in giudizio autonomamente e far sentire con la propria voce le sue ragioni. Per questo motivo, opera un meccanismo simile a quello che conoscono tutti gli ordinamenti giuridici in riferimento ai soggetti incapaci, la rappresentanza[2403]. Ávila Santamaría vede in questa configurazione, nella quale i diritti della natura possono essere fatti valere, la rappresentanza legale o la tutela come strumenti. Saranno dunque gli esseri umani ad agire per la natura, e questa soluzione non sorprende lo stesso Santamaría[2404], che partendo dal logico fondamento che se la rappresentanza viene utilizzata come strumento per le persone giuridiche che sono "persone immaginarie", non potrebbe suonare strano se si applicasse il medesimo strumento alla natura che, secondo queste concezioni Costituzionali e non solo, è un essere vivo che preesisteva all'avvento dell'uomo e che molto probabilmente ne sopravvivrà alla scomparsa.

4. La terza via in due fasi: Ciudad de México

La soluzione adottata a Città del Messico si pone come via intermedia rispetto alle esperienze di Ecuador e Bolivia fin qui analizzate, perché inizialmente non ha abbandonato del tutto

2402 "*Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*".

2403 Si veda a tal proposito E. CRUZ RODRÍGUEZ, *Derechos de la naturaleza, descolonización e interculturalidad. Acerca del caso ecuatoriano*, in *Verba Iuris*, n. 31/2014, 15 ss.

2404 Si vedano a tal proposito R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, in A. ACOSTA – E. MARTÍNEZ (a cura di), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala, 2011, 173 ss.; R. ÁVILA SANTAMARÍA, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

ISSN 2279-7238

l'antropocentrismo, ma è andata gradualmente verso la direzione del biocentrismo. Vi era la previsione dei diritti della natura, ma essa non era considerata da subito un soggetto di diritti.

La prima fase si osserva nell'articolo 86 *bis* 3 della *Ley ambiental de protección a la tierra en el Distrito Federal*[2405] del 13 gennaio 2000, nel testo successivo alla riforma del 17 settembre 2013, che attribuisce alla Terra il carattere di ente collettivo che possiede la protezione dell'interesse pubblico [*ente colectivo sujeto de la protección del interés público*].

Si è dovuto attendere per la seconda fase il 31 gennaio 2017, quando è stata approvata la *Constitución Política de la Ciudad de México*, con la quale si è giunti all'attribuzione del carattere di soggetto alla natura. In particolare, nell'articolo 13 è sancito che la natura è con tutti i suoi ecosistemi e specie un ente collettivo soggetto di diritti [*ente colectivo sujeto de derechos*] e gli animali sono riconosciuti esseri senzienti [*seres sintientes*].

L'articolo 13 di tale Costituzione è dedicato alla città vivibile, nella parte A si trova il diritto a un ambiente sano. Questo diritto è attribuito a tutte le persone per il proprio sviluppo e benessere. È compito delle autorità nella loro sfera di competenza adottare le misure per proteggere l'ambiente, per preservare e restaurare l'equilibrio ecologico per soddisfare le necessità ambientali per lo sviluppo delle generazioni presenti e future. La *Ciudad de México,* oltre a garantire la preservazione e protezione, deve promuovere la partecipazione dei cittadini a questo riguardo. È poi demandato per l'attuazione di questa disposizione ad una legge secondaria che dovrà essere emanata. Questa avrà ad oggetto il riconoscimento e la regolamentazione della protezione più ampia dei diritti della natura, dei suoi ecosistemi e specie, intesa come ente collettivo soggetto di diritti.

Alla protezione degli animali è consacrata la parte B dell'articolo 13. Questa se ne occupa in maniera dettagliata e, in particolare, stabilisce che gli animali sono esseri senzienti e per questo motivo "devono ricevere un trattamento dignitoso". Inoltre, questa disposizione sottolinea il fatto che gli animali sono per loro stessa natura soggetti di considerazione morale. Il rispetto della vita e dell'integrità degli animali è per tutte le persone sia un dovere etico, sia un obbligo giuridico e la loro tutela è di responsabilità comune. Le autorità della Città, oltre a garantire la protezione, il benessere ed il trattamento dignitoso e rispettoso degli animali, dovranno anche promuovere una cultura di attenzione e protezione responsabile, inoltre dovranno realizzare interventi per gli animali in stato di abbandono. È, infine, demandato alla legge determinare misure e tutele per gli animali negli spettacoli pubblici e in altre attività, determinare le condotte proibite per proteggere gli animali con la previsione di sanzioni per gli atti di maltrattamento e crudeltà, determinare le basi per promuovere la conservazione, prevenire ed evitare maltrattamenti nell'allevamento e nell'utilizzo degli animali per il consumo umano, determinare agevolazioni [*facilidades*] per coloro che danno casa e rifugio agli animali abbandonati.

È ora necessario analizzare la *Ley Ambiental de Protección a la Tierra en el Distrito Federal* e osservare come questa legge tuteli l'ambiente e quali siano i diritti della Terra riconosciuti dalla medesima.

L'articolo 1 sottolinea che si tratta di una legge di ordine pubblico ed interesse sociale e ne esplica l'oggetto. Essa si occupa di definire i principi per formulare, condurre e valutare le politiche ambientali nel *Distrito Federal*, i mezzi ed i procedimenti per la loro protezione, vigilanza e applicazione. Tale legge regolamenta l'esercizio dei poteri delle amministrazioni pubbliche del

[2405] La denominazione *Distrito Federal de Mexico* è stata utilizzata fino al 31 gennaio 2016, è stata sostituita da quella *Ciudad de México*, così diventando l'entità federativa numero 32.

ISSN 2279-7238

Distretto Federale in materia di conservazione dell'ambiente, protezione ecologica e ripristino dell'equilibrio ecologico. Questa legge, inoltre, ha ad oggetto la conservazione e il ripristino dell'equilibrio ecologico, la prevenzione dei danni ambientali ed il fatto che i benefici economici e le attività sociali sorgano in un contesto di sviluppo sostenibile. Essa si occupa di stabilire e regolare, nel rispetto della competenza del Distretto Federale, le aree verdi, di valore ambientale e quelle protette, regolamenta il suolo per la conservazione e preservazione degli ecosistemi e delle risorse naturali della Terra, oltre a monitorare e vigilare su quelle che si sommano per accordi con la Federazione, Stati o municipi. La stessa legge ha come oggetto quello di prevenire e controllare la contaminazione dell'aria, dell'acqua e del suolo nel Distretto Federale e nei casi che non siano di competenza della Federazione. Inoltre, stabilisce i mezzi di controllo, di sicurezza e le sanzioni amministrative corrispondenti per garantire il rispetto e l'applicazione della medesima legge e delle disposizioni che ne derivano. La legge si occupa anche di regolamentare la responsabilità per i danni all'ambiente e di stabilire i meccanismi per incorporare i costi ambientali nei processi produttivi, di riconoscere gli obblighi e i doveri del Governo e della società per il rispetto della Terra. Per quanto concerne la partecipazione, questa legge ne stabilisce l'ambito per la società nello sviluppo e nella gestione ambientale. La partecipazione nello sviluppo sostenibile e nella gestione ambientale dei cittadini sia individuale, sia collettiva o mediante organi di rappresentazione dei cittadini, è promossa da questa legge, che ne stabilisce l'ambito e gli strumenti.

L'articolo 2 fissa l'ambito di applicazione della suddetta legge nel Distretto Federale nei casi della prevenzione e controllo della contaminazione atmosferica derivante da fonti fisse o mobili, della prevenzione e controllo della contaminazione delle acque e del suolo, della conservazione, ripristino e utilizzo sostenibile delle risorse naturali, della conservazione e della protezione della flora e della fauna nel "suolo di conservazione", nel suolo urbano, nelle aree verdi e di valore ambientale, nelle aree naturali protette di competenza del Distretto Federale. Inoltre, si applica nei casi di valutazione e autorizzazione di impatto ambientale, rischio di opere e attività, nella politica dello sviluppo sostenibile e negli strumenti applicativi, nello stabilire le competenze delle autorità ambientali, nella prevenzione, controllo e azione contro la contaminazione ambientale, nella vigilanza e protezione delle risorse naturali della Terra, nella prestazione di servizi ambientali, nella determinazione di strumenti di controllo, sicurezza e sanzioni.

Questa legge all'articolo 6 individua le autorità ambientali nel Distretto Federale. Esse sono il *Jefe de Gobierno del Distrito Federal*, il *Titular de la Secretaría del Medio Ambiente*, la *Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación*, i *Jefes Delegacionales del Distrito Federal*, la *Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal*. In ciascun organo politico amministrativo dovrà "esistere" una unità amministrativa incaricata del settore ambientale e dell'applicazione della medesima legge. Negli articoli seguenti sono disciplinate l'organizzazione ed un complesso e dettagliatissimo elenco di poteri, facoltà e obblighi in materia ambientale dei vari organi. Questi partono dal coordinamento con le autorità federali, statali e municipali, è contemplato l'aspetto delle politiche pubbliche, si passa per lo studio ed investigazione in materia ambientale, per giungere alla valutazione dell'impatto ambientale. Vi sono, inoltre, una forte attenzione alla prevenzione dei danni ambientali attraverso l'informazione in materia ambientale, la regolamentazione e più in generale tutte quelle azioni tese a conservare l'equilibrio ecologico. È altresì preso in considerazione il potere sanzionatorio. A fianco alle sanzioni amministrative vi sono anche la possibilità di revocare permessi, licenze, autorizzazioni e certificazioni previste nella medesima legge, la possibilità di chiudere o sospendere opere e attività, cancellare le licenze di costruire e dell'uso del suolo. Si parla

ISSN 2279-7238

anche di promuovere l'utilizzo di fonti di energia alternativa per i veicoli utilizzati per il servizio pubblico locale di passeggeri o merci. Tra questi compare anche la regolazione e la determinazione del ripristino ambientale delle aree oggetto di sfruttamento dei minerali o di altri depositi del sottosuolo. Le autorità del Distretto Federale hanno l'obbligo (articolo 13) di promuovere la partecipazione dei cittadini alla gestione ambientale, promuovere la tutela dell'ambiente e della salute, incoraggiare e utilizzare le risorse naturali in maniera efficiente e, se pongono in essere qualsiasi attività che colpisca l'ambiente e la futura disponibilità di risorse naturali, sono obbligate per i danni causati.

Molta importanza è data dalla legge in esame alla politica dello sviluppo sostenibile a cui è dedicato il *Título Tercero*.

L'articolo 23 della medesima legge prevede gli obblighi delle persone nel Distretto Federale. Questi sono difendere e rispettare le risorse naturali che compongono la Terra, prevenire ed evitare i danni ambientali e nel caso che li causino devono porvi rimedio, promuovere l'armonia con la Terra in tutti gli ambiti delle relazioni con le persone, con la natura nei sistemi di vita, partecipare attivamente singolarmente o collettivamente a formulare proposte per il rispetto e la difesa delle risorse naturali, utilizzare pratiche di produzione e di consumo in armonia con le risorse naturali, minimizzare i danni all'ambiente che non siano in grado di evitare o prevenire e sono obbligate per i danni causati, aiutare per quanto possibile a stabilire condizioni che garantiscano la sussistenza e rigenerazione dell'ambiente e delle risorse naturali, improntare tutte le proprie attività al risparmio e riutilizzo dell'acqua, alla conservazione dell'ambiente rurale e urbano, alla prevenzione e controllo della contaminazione dell'aria, dell'acqua e del suolo, alla protezione della flora e della fauna nel Distretto Federale, garantire l'uso e l'utilizzazione sostenibile delle componenti della Terra, denunciare tutti gli atti contro le risorse naturali della Terra, i suoi sistemi di vita e le sue componenti.

Nel *Título Cuarto* (*De la protección, restauración y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales*) sono riconosciuti i diritti della natura.

In primis occorre verificare come la Terra ed i suoi sistemi di vita siano definiti dalla *Ley ambiental de protección a la Tierra en el Distrito Federal*, per poi *in secundis* analizzare i diritti della natura.

L'articolo 86 *bis* 1 definisce la Terra come sistema vivente dinamico. Essa si compone di un sistema vivente dinamico, formato dalla comunità indivisibile degli esseri viventi e dei sistemi di vita. Questi sono interconnessi, interdipendenti e complementari e condividono un destino comune.

I sistemi di vita sono definiti all'articolo 86 *bis* 2 come comunità complesse e dinamiche formate da piante, animali, microorganismi e altri esseri, dove le comunità umane interagiscono con il resto della natura in una unità funzionale, sotto l'influenza di fattori climatici, fisiografici e geologici come nelle pratiche produttive, nella diversità culturale e nelle cosmovisioni dei popoli indigeni.

Ai fini della tutela delle risorse naturali, alla Terra è attribuito dall'articolo 86 *bis* 3 il carattere di ente collettivo soggetto alla protezione dell'interesse pubblico. L'articolo 86 *bis* 4 stabilisce che tutte le persone, in quanto facenti parte della comunità di esseri che compongono la Terra, esercitano i diritti di questa legge in armonia con i propri diritti individuali e collettivi.

I diritti della natura trovano posto nell'articolo 86 *bis* 5. È singolare come tale articolo non utilizza il termine diritti, ma predilige la formula "gli abitanti del Distretto Federale hanno le

ISSN 2279-7238

seguenti responsabilità verso la Terra e le sue risorse naturali"[2406] e, come sottolinea José Gilberto Garza Grimaldo[2407], non vi è alcun dubbio che in questo titolo siano riconosciuti i diritti della natura.

Tra questi diritti, o meglio responsabilità, può essere tracciata la distinzione tra quelle riguardanti l'esistenza e quelle relative alla *restauración*.

Nel primo gruppo rientrano quelle al *mantenimiento de la vida* e della *diversidad de la vida*, alla *conservación del agua*, a *mantener el aire limpio*, all'*equilibrio ecológico*, a *vivir libre de contaminación*.

Nel secondo gruppo vi sono quelle alla *restauración del ecosistema*. La legge ricomprende in questa denominazione la riparazione tempestiva ed efficace dei sistemi di vita danneggiati dalle attività umane, siano esse avvenute in maniera diretta o indiretta.

Questa parte trova in chiusura l'articolo 86 *bis* 6, il quale fissa gli obblighi del *Gobierno del Distrito Federal*. Il primo riguarda lo sviluppo di politiche pubbliche e azioni di prevenzione e preallerta tese ad evitare l'estinzione delle specie e l'alterazione dei cicli e dei processi che garantiscono la vita, la distruzione dei sistemi di vita, compresi i sistemi culturali parte della Terra, cagionati dalle attività umane. Il secondo concerne lo sviluppo di forme di produzione e consumo equilibrate in ricerca del bene comune, che salvaguardino le capacità rigenerative e la integrità dei cicli, processi ed equilibri vitali della Terra. Il terzo è quello di sviluppare politiche pubbliche per difendere la Terra a livello nazionale dall'eccessivo sfruttamento e dalla mercificazione dei sistemi di vita e dei suoi processi e dalle cause del cambiamento climatico e dei sui effetti. Il quarto riguarda lo sviluppo di politiche e campagne promozionali per assicurare a lungo termine la sostenibilità energetica puntando sulla cultura del risparmio, sull'aumento di efficienza, sulla integrazione delle fonti pulite e rinnovabili tra gli abitanti del Distretto Federale. Il quinto è quello di garantire il riconoscimento della necessità di finanziamento e trasferimento delle tecnologie pulite, ed altri meccanismi, efficaci e compatibili con le risorse naturali della Terra.

Vi sono, inoltre, altre disposizioni nella stessa legge che regolamentano le aree verdi, le aree di valore ambientale, le aree naturali protette, la conservazione e l'utilizzo sostenibile dell'acqua, del suolo, della flora e della fauna e l'utilizzo delle risorse energetiche. È, inoltre, disciplinato l'intervento del Distretto Federale sulle aree contaminate da varie cause, ad esempio le aree in processi di degradazione e desertificazione. Questa legge pone, infine, l'attenzione sulla disciplina della prevenzione, controllo e azioni contro la contaminazione ambientale, sui prestatori di servizi ambientali, per chiudere con il *Título Séptimo,* dedicato alle misure di controllo, di sicurezza e alle sanzioni, e con la disciplina transitoria.

5. Riflessioni e considerazioni sul sistema adottato a Ciudad de México

Le prime osservazioni che si possono fare circa il sistema adottato dalla *Ciudad de México* per proteggere l'ambiente riguardano il raggiungimento dell'affermazione del carattere di soggetto di diritti della natura e la previsione dei diritti della natura in due fasi. Dapprima la *Ley Ambiental de Protección a la Tierra en el Distrito Federal* ha sancito i diritti della natura qualificandola come ente collettivo con la protezione dell'interesse pubblico. Con l'avvento della *Constitución Política de la*

[2406] "*Los habitantes del Distrito Federal tienen las siguientes responsabilidades para con la Tierra y sus recursos naturales*".
[2407] Si veda a tal proposito J. G. GARZA GRIMALDO, Los Derechos de la Naturaleza en México, in *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, n. 1/2015, 181 ss.

ISSN 2279-7238

Ciudad de México si assiste alla seconda fase, dove la natura con i suoi ecosistemi e specie diviene un ente collettivo soggetto di diritti. Il riconoscimento dei diritti della natura, come evidenzia José Gilberto Garza Grimaldo[2408], giunge nelle Costituzioni di alcuni Stati che compongono gli *Estados Unidos Mexicanos*.

Nei testi normativi di *Ciudad de México* appare forte la componente che tende al promuovere, garantire, incentivare l'utilizzo di energie pulite e rinnovabili: continui sono i richiami a queste fonti energetiche. Si pone l'accento sullo sviluppo sostenibile. È una visione che guarda al concetto di vivere in armonia con la natura. La Terra è un sistema di vita dinamico, di cui l'essere umano fa parte. Si perde la visione antropocentrica nella quale l'uomo può servirsi a proprio piacimento delle risorse naturali che la Terra gli offre e sfruttarle sin all'esaurimento delle stesse. L'approccio che guarda alle energie pulite e rinnovabili si pone come un ponte tra il valore della coesistenza in armonia con la natura e l'incentivazione e la promozione delle nuove tecnologie. Importante risulta l'attività di prevenzione e non solo quella tesa a riparare i danni ambientali. Si fa spesso riferimento all'informazione, quasi a voler educare ad uno stile di consumo più attento e consapevole, più sostenibile. La dimensione che viene spesso rimarcata è quella della partecipazione dei cittadini, sia singolarmente, sia collettivamente. Si intravede in ciò non solo la volontà di *Ciudad de México* di "dettar legge" in materia ambientale, ma di giungere al risultato della miglior tutela delle risorse naturali della Terra, della protezione dalle contaminazioni di aria, acqua e suolo attraverso la formazione negli individui delle forme di comportamento che garantiscano l'ecosostenibilità. È stato costruito dalla *Ley Ambiental de Protección a la Tierra en el Distrito Federal* un sistema di diritti della natura, per la cui miglior tutela si abbisogna della puntuale previsione di obblighi sia da parte degli individui, sia da parte delle pubbliche autorità dello Stato di *Ciudad de México*. Questa disciplina si occupa anche di aspetti che potrebbero essere definiti strumentali per la tutela dei diritti della natura: le investigazioni, gli studi e l'informazione. L'idea che trasmette la lettura di questi testi non è solo una semplice elencazione di diritti della natura con i corrispettivi obblighi per lo Stato e per le persone, ma come si possa impostare un nuovo stile di produzione e di consumo ecosostenibile, il tutto però non imposto solo a suon di sanzioni, che la stessa legge prevede, ma attraverso la conoscenza, l'informazione e la partecipazione di tutti.

6. Conclusioni

Nel presente lavoro, dopo aver constatato la mancanza di una tutela efficace della natura in molti ordinamenti giuridici, l'autore rintraccia e analizza le novità introdotte da Ecuador, Bolivia e *Ciudad de México* nella tutela dell'ambiente. L'attenzione si è soffermata sin da subito sul cambio di prospettive di questi Paesi, si è abbandonata la visione antropocentrica per quella biocentrica.

In particolare nel diritto di questi luoghi fa ingresso l'idea della vita armoniosa con la natura. L'uomo non è più il centro, l'essere superiore che sfrutta le risorse naturali come meglio crede in una ottica di consumo esasperato. Gli individui sono parte della natura e concorrono con le altre entità a formare i sistemi di vita. L'Ecuador e la Bolivia riscoprono i saperi ancestrali dei popoli

[2408] Si pensi, ad esempio, oltre alla *Constitución Política de la Ciudad de México*, alla *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero*. Il Congresso dello Stato di Guerrero il 1 aprile 2014 approva una riforma costituzionale integrale, con la quale si riconoscono i diritti della natura. Si veda a tal proposito J. G. GARZA GRIMALDO, Los Derechos de la Naturaleza en México, in *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, n. 1/2015, 181 ss.

ISSN 2279-7238

indigeni che compongono il Paese. Dal *Buen Vivir / Vivir Bien*, ispirato dalla tradizione indigena, si riscopre una nuova forma e stile di vita incentrato sul criterio della cosiddetta "buona vita", la vita in pienezza, che si consegue da una compartecipazione rispettosa con l'ambiente. A *Ciudad de México* si forma l'idea che occorra incrementare e diffondere l'utilizzo di fonti pulite e rinnovabili e comunque arrecare il minor danno possibile alla Terra. Occorre perciò cambiare le abitudini di produzione e gli stili di consumo e per questo motivo la legislazione punta sull'educazione, sull'informazione e sulla consapevolezza dei cittadini.

Le novità sul piano giuridico sono diverse, ma quelle che saltano subito agli occhi sono l'affermazione dei diritti della natura e il riconoscimento della stessa come soggetto di diritti.

I vantaggi di queste nuove costruzioni teoriche sono notevoli, si pensi al fatto che ora in questi sistemi i diritti della natura sono garantiti e tutelati senza la necessità di ricostruire o ricondurre le situazioni in essi ricomprese a valori umani che l'ordinamento giuridico riconosca meritevoli di tutela. Se da questo punto di vista si avverte una incredibile versatilità e onnicomprensività di tutti i possibili pregiudizi arrecati in danno dell'ambiente, si deve considerare che potrebbero sorgere problematiche non indifferenti. La natura è soggetto di diritti, ma non può essa stessa agire per la tutela autonomamente, molti autori hanno ricondotto alle ipotesi di rappresentanza, come avviene per i soggetti che non possono provvedere da soli alle proprie necessità, la possibilità stabilita dalle leggi e dalle Costituzioni che questi diritti della natura siano esercitati e fatti valere in giudizio dagli esseri umani. Si deve considerare allo stesso tempo che ogni volta che un diritto nuovo viene introdotto all'interno del sistema giuridico di uno Stato, porta con sé i relativi obblighi. Queste norme nello specifico e spesso dettagliatamente prevedono obblighi per gli individui e per le pubbliche autorità. Si va da obblighi tesi alla prevenzione del verificarsi dei danni, agli obblighi risarcitori o di ripristino degli ecosistemi, sistemi di vita, nei casi della causazione di danni.

Nella fase applicativa potrebbero porsi alcune questioni[2409] in punto di bilanciamento degli interessi nel caso di conflitti tra i diritti della natura ed altri diritti ed i Giudici dovranno adoperarsi per tracciare questi assetti ed equilibri.

Non si tratta dei capricci di un ecologismo estremo che sono stati tramutati in norme dell'ordinamento giuridico, ma delle risposte legislative che questi Paesi hanno predisposto per dare una soluzione concreta ai danni ambientali.

L'epoca attuale è stata definita Antropocene[2410] e ciò significa che l'attività umana incide notevolmente sull'ambiente e ne può determinare le sorti. Non è strano che queste nuove costruzioni teoriche normative siano sorte in Paesi che hanno visto i propri territori impoverirsi delle risorse naturali, hanno fatto i conti con il disboscamento che ha mutato gli ecosistemi e le abitudini della fauna locale. La tecnica legislativa ha osservato la realtà ed ha cercato soluzioni per questi eventi a cui si voleva porre un freno prima di giungere ad un punto di disastro ambientale di non ritorno. La tradizione ha fornito l'ispirazione, grazie anche ai movimenti indigeni che hanno portato la loro sensibilità verso l'ambiente nelle discussioni e dibattiti politici. Oltre le vicende

[2409] Si vedano a tal proposito E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, in A. ACOSTA – E. MARTÍNEZ (a cura di), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala, 2011, 25 ss.; E. R. ZAFFARONI, *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia*, in C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA – C. PÉREZ FERNÁNDEZ (a cura di), *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, 3 ss.

[2410] Si veda a tal proposito P. J. CRUTZEN, *The anthropocene*, in E. EHLERS – T. KRAFFT (a cura di), *Earth system science in the anthropocene*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2006, 13 ss.

ISSN 2279-7238

politiche, i movimenti indigeni e le decisioni dei governi, occorre considerare come sul piano giuridico normativo sia emersa questa espressione del biocentrismo e soprattutto di come risolva problemi e vuoti di tutela in materia ambientale. L'autore giunge alla conclusione che le visioni di questi Stati non si pongono come soluzione universalmente valida o come idea che debba essere condivisa ovunque, ma non si può non apprezzare il fatto che sul piano dell'efficacia si ponga su un gradino superiore rispetto alle impostazioni che tutelano l'ambiente in quanto riconducibile alla tutela del bene salute degli individui. Questo perché si tutela l'ambiente a prescindere dal fatto che un danno arrecato alla natura tocchi direttamente la sfera personale degli individui. È un nuovo approccio e come tale deve essere osservato e studiato, per coglierne i vantaggi ed i difetti, per correggerlo, migliorarlo e se ci si accorge che non è l'approccio corretto, perché no, addirittura abbandonarlo per un altro più efficace. L'Ecuador, la Bolivia e *Ciudad de México* sono chiamate a questa verifica che sta avvenendo o avverrà nelle aule giudiziarie dei loro Paesi. La prova vera e propria della efficacia di queste nuove visioni giuridiche si avrà dalle aule dei Tribunali[2411], attualmente stanno arrivando buoni segnali da esse, ma solo il tempo potrà confermare queste premesse.

Queste originali soluzioni, che affermano la costruzione giuridica dei diritti della natura e della caratterizzazione della natura come soggetto di diritti, si sostanziano quindi in una notevole fonte di ispirazione per gli altri Paesi e meriterebbero una giusta attenzione anche nei dibattiti giuridici europei e globali per apportare innovazione e nuove prospettive nella difesa dell'ambiente.

[2411] Si veda a tal proposito L. PERRA, *Naturaleza y Constitución*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n. 1/2017, 192 ss.

ISSN 2279-7238

Introduzione

Gli archivi e le biblioteche dei giuristi sono stati al centro di un Convegno articolato in due incontri, tenutisi a Roma (presso la Biblioteca della Camera dei deputati) e Firenze (Archivio di Stato), il 12 aprile e il 7 giugno 2018 rispettivamente. Le due sessioni del Convegno sono state organizzate dalla Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà (supportata dal Master in Istituzioni parlamentari Mario Galizia per consulenti d'Assemblea) e dall'associazione Antonio Zorzi Giustiniani (presentata dalla Moglie prof.ssa Paola Vieri) ed hanno affrontato, sotto prospettive diverse, il problema della conservazione della memoria dei giuristi attraverso i loro archivi e le loro biblioteche.

Sulla base di un approfondito rapporto di Andrea Becherucci, archivisti e giuristi (a Firenze sotto la presidenza di Enzo Cheli) si sono confrontati sul tema, evidenziando l'importanza del settore specialistico in oggetto, sia nell'ambito dell'area romana che in quella toscana. In effetti la dizione giurista comprende differenti situazioni negli ordinamenti continentali caratterizzati dalla famiglia giuridica romano - germanica. In questo contesto il giurista nasce da un percorso culturale comune presso le istituzioni universitarie dedicate e poi si inserisce in attività specifiche all'interno della giurisdizione, dell'avvocatura (pubblica o privata), della burocrazia, dell'insegnamento(universitario) e, in alcuni casi, del mondo politico.

In questa specifica prospettiva, l'origine comune dei giuristi evidenzia prima di tutto il ruolo centrale dell'università come conservatore della memoria degli stessi attraverso gli archivi e le biblioteche di cui sono dotati. Le università sono, in effetti, indispensabili per ricostruire i percorsi biografici, in particolare per gli accademici. L'autonomia delle strutture universitaria ha comportato il decentramento della memoria accademica dal ministero alle singole sedi, caricando dagli anni '90 del secolo scorso di nuove responsabilità le istituzioni accademiche locali. Il rischio, in alcuni casi, è – come per le biblioteche – che le insufficienze generali, puniscano un settore non considerato essenziale.

In secondo luogo è indispensabile per conservare la memoria dei giuristi, inserendola nel contesto sociale, evidenziare non soltanto l'importanza che archivi e biblioteche di personaggi rilevanti, detenuti da privati e pubbliche istituzioni vengano opportunamente conservati, ma che gli stessi siano inseriti in una rete di conservazione virtuosa, capace di fornire agli studiosi fonti di approfondimento e di riflessione. In questa prospettiva la Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà ha ottenuto in questi ultimi anni dagli eredi gli archivi di Costantino Mortati e di Vincenzo Zangara, che stanno per essere definitivamente ordinati e resi disponibili alla consultazione sulla base dell'idea di creare un reticolo documentario che unisca l'Archivio personale del giurista alla sua biblioteca. Nel caso di Costantino Mortati la biblioteca è stata depositata presso il Dipartimento di Teoria dello Stato (oggi di Scienze politiche dell'università La Sapienza di Roma), mentre l'Archivio è in possesso della Fondazione Galizia. Come per Vincenzo Zangara, la cui biblioteca è stata donata ad una Istituzione universitaria di Reggio Calabria, il patrimonio archivistico e bibliografico, sulla base della connessione, digitale sarà consultabile on-line e nelle rispettive sedi di deposito. Lo stesso di può dire per quanto riguarda le carte e la Biblioteca di Paolo Barile a Firenze in possesso sia dell'istituto per la storia della Resistenza in Toscana sia, soprattutto, dell'allievo Stefano Grassi; o per quanto riguarda Leopoldo Elia, le cui carte sono state depositate dalla moglie Paola Esposito presso l'Archivio storico della Camera dei deputati.

ISSN 2279-7238

Ma non mi attardo su temi che nelle due giornate qui riprodotte sono stati attentamente analizzati, in particolare dai responsabili degli Archivi di alcuni organi costituzionali. Annunzio, per ora, solo che il 29 novembre 2018, anche sulla base della ricerca archivistica e bibliografica operata nelle sedi di Roma-Catania-Perugia e Firenze, si terrà un Convegno su Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? *la cui prima parte sarà dedicata alla figura di Vincenzo Zangara.*

FL

ISSN 2279-7238

Saluti

di Eugenio Gaudio*

I miei saluti più cordiali ai presenti, in questa storica Sala del Refettorio della Biblioteca della Camera dei Deputati, in occasione di questo Convegno dal titolo "Gli archivi dei giuristi e la loro tutela", organizzato dal Dipartimento di Scienze Politiche della Sapienza Università di Roma in collaborazione con la Fondazione 'Paolo Galizia-Storia e libertà', nell'ambito del Master in Istituzioni parlamentari 'Mario Galizia' per consulenti d'Assemblea.

Voglio, innanzitutto, porgere i miei ringraziamenti agli illustri relatori, responsabili degli archivi degli organi costituzionali o illustri studiosi e giuristi, che hanno accettato il nostro invito ad intervenire e, soprattutto, al Prof. Fulco Lanchester per l'impegno costante nell'organizzazione di queste iniziative importanti per il nostro Ateneo.

Lo scopo della giornata è valorizzare gli archivi e le biblioteche dei giuristi e far interagire in modo ottimale le istituzioni deputate alla loro conservazione e tutela.

La Sapienza in questo incontro gioca il ruolo di sede che nel periodo 1870-1980 ha in suo possesso la storia documentaria di moltissimi giuristi, non solo di origine universitaria, ma anche di magistrati, avvocati, alti burocrati e politici che sono passati per lo Studium Urbis.

L'obiettivo che ci poniamo oggi, dunque, è quello di studiare, conservare e collegare questo patrimonio, evidenziando il ruolo strategico che l'Università riveste in questa specifica dimensione.

Gli Archivi Storici dell'Unione Europea, già da alcuni anni, sono dediti alla conservazione di carte, non-solo delle istituzioni europee, ma anche di archivi privati di associazioni, movimenti e personalità. All'interno di quest'ultima categoria si è venuto a creare un sottogruppo, costituito dalle carte di tre illustri giuristi come Lionello Levi Sandri, Mauro Cappelletti, Antonio Cassese.

Le carte di Lionello Levi Sandri, alto funzionario presso diversi ministeri, professore di diritto del lavoro e legislazione sociale all'Università di Roma, consigliere e poi presidente del Consiglio di Stato, sono state acquisite in ragione del fatto che i1 depositante aveva fatto parte della Commissione europea dal 1960 al 1970 come titolare del portafoglio degli Affari sociali. 11 deposito delle carte di Mauro Cappelletti e avvenuto, invece, alla fine del 2014, mentre l'ultimo fondo giunto agli Archivi Storici de1l'UE e quello di Antonio Cassese, padre di quella disciplina conosciuta come International Criminal Law.

* Magnifico Rettore dell'Università "La Sapienza" di Roma.

ISSN 2279-7238

I giuristi sono studiati, in quanto tali, da altri giuristi il cu1 interesse non e pienamente storiografico in senso politico— sociale, ma di storia giuridica. Incidentalmente e possibile anche notare che i più recenti profili di giuristi apparsi nel Biografico Treccani — Giannini, Giugni e Barile — sono anche fra i rari casi nei quali l'archivio personale del biografato si é conservato ed e attualmente consultabile o è in via di riordinamento.

Il fondo Massimo Severo Giannini è conservato a Roma, presso l'Archivio Centrale dello Stato, e consta di cinque buste con documenti dal 1940 al 1990. L'archivio di Gino Giugni è, invece, conservato dalla Fondazione Pietro Nenni ed è costituito da centoventidue buste per un totale di mille duecento novantaquattro fascicoli. Infine, l'archivio di Paolo Barile, in corso d'inventariazione, è depositato presso l'Istituto Storico della Resistenza e dell'Età Contemporanea di Firenze.

Un interessante esperimento è la collana dedicata ai "maestri del diritto", pubblicata da Laterza ed inaugurata pochi anni fa e che al momento conta tre volumi dedicati a Massimo Severo Giannini, Giuliano Vassalli e Paolo Grossi, curati rispettivamente da Sabino Cassese, Francesco Palazzo e Guido Alpa. La collana prevede una introduzione del curatore alla vita e al pensiero del biografato e una seconda parte antologica capace di suggerire il senso dell'itinerario giuridico del maestro preso in esame.

Voglio, infine, ricordare l'importante archivio del costituzionalista Costantino Mortati (1891- 1985) che si trova depositato a Roma presso la Fondazione "Paolo Galizia - Storia e Libertà", costituito da circa cinquanta buste per circa duecento fascicoli complessivi suddivisi in tredici serie.

È, quindi, evidente come anche l'elemento biografico non sia più sottovalutabile nel definire, non solo la personalità del giurista, ma anche lo studio della storia delle istituzioni, della storia del diritto e della storia contemporanea.

Il Convegno odierno rappresenta, pertanto, un'occasione davvero rilevante per confermare come la vita di una Università trovi la sua identità ed i suoi valori nell'essere animata da una comunità di studiosi che costituisce, al tempo stesso, una comunità di persone, partecipi del proprio tempo non soltanto con la loro attività di insegnamento e di ricerca, ma anche attraverso la loro professione, gli incarichi governativi e per la presenza, più o meno costante, nel dibattito pubblico del Paese.

Grazie e Buon lavoro

ISSN 2279-7238

Gli archivi dei giuristi: alcune considerazioni introduttive*

di Andrea Becherucci**

SOMMARIO: 1. I fondi di giuristi conservati agli ASUE – 2. Una fonte inutile? – 3. Gli archivi di due costituzionalisti – 4. Gli archivi degli avvocati – 5. Gli archivi dei magistrati – 6. Conclusioni

La storia del diritto, insomma, potrebbe non avere esistenza separata se non come storia dei giuristi: e non sarebbe davvero un cattivo modo di esistere, per un ramo di una scienza degli uomini.

(Marc Bloch)

1. I fondi di giuristi conservati agli ASUE

Gli Archivi Storici dell'Unione Europea, già da alcuni anni, hanno allargato la loro *mission* alla conservazione di carte, non solo delle istituzioni europee, ma anche di archivi privati di associazioni, movimenti e personalità [2412]. All'interno di quest'ultima categoria si è venuto a creare un sottogruppo, costituito dalle carte di tre giuristi (nell'ordine in cui sono stati depositati agli Archivi di Firenze: Lionello Levi Sandri, Mauro Cappelletti, Antonio Cassese)[2413]. Le ragioni che hanno portato a Firenze tali archivi sono di vario genere, ma pur sempre all'interno di un vincolo con le vicende legate alla storia dell'integrazione europea.

---

* Il testo che qui si presenta è una versione ampiamente rimaneggiata del contributo presentato al convegno "Gli archivi dei giuristi e la loro tutela" tenuto a Roma il 12 aprile 2018 presso la Biblioteca della Camera dei deputati e a Firenze presso la sede della Soprintendenza archivistica per la Toscana il 7 giugno 2018. Desidero ringraziare il Prof. Sabino Cassese, la Dott.ssa Marina Giannetto e gli amici Barbara Boneschi, Marta Bonsanti, Fulvio Cortese, Roberto D'Orazio, Giuseppe Filippetta, Giovanni Focardi, Riccardo Marchis e Angelo Tonnellato per aver letto varie versioni dell'articolo e aver fornito preziosi suggerimenti.

** Archivista degli Archivi Storici dell'UE (I.U.E. di Firenze).

[2412] Mi permetto di rinviare, per quest'aspetto, ad A. Becherucci, *Ricerca e Archivi Storici dell'Unione Europea (1986-2015)*, in «Le Carte e la Storia», n. 1/2016, pp. 168-173.

[2413] Un altro archivio di un giurista, quello di Umberto Campagnolo, è stato di recente depositato presso gli Archivi Storici dell'UE ma è, al momento, in corso di riordinamento. Se ne dà conto nella lista di archivi che chiude questo scritto. Il filosofo del diritto Umberto Campagnolo è stato l'unico italiano allievo diretto di Hans Kelsen negli anni Trenta a Ginevra dove entrambi si trovavano in esilio.

ISSN 2279-7238

Le carte di Lionello Levi Sandri (1910-1991), formatosi a Pisa, presso il "Collegio Mussolini per le Scienze corporative" (l'attuale scuola Sant'Anna), capo di gabinetto di diversi ministri del Lavoro e dei Trasporti dal 1946 al 1957, professore di diritto del lavoro e legislazione sociale all'Università di Roma, consigliere e poi presidente del Consiglio di Stato, sono state acquisite in ragione del fatto che il depositante aveva fatto parte della Commissione europea dal 1960 al 1970 come titolare del portafoglio degli Affari sociali. Il deposito a Firenze è stato formalizzato con un contratto firmato con gli eredi nel 2006. Il fondo Lionello Levi Sandri è costituito da trentacinque buste che coprono gli anni 1934-2004, suddivisi nelle seguenti serie: *Personalia*, *Commissione europea*, *Consiglio di Stato*, *Miscellanea*, *Pubblicazioni*. All'interno della serie *Personalia* sono rintracciabili documenti e atti riguardanti il servizio militare e l'impegno di Levi Sandri nella Resistenza (fece parte, con responsabilità di comando, della brigata "Fiamme verdi" che ha operato in Val Camonica) e alla carriera professionale (atti di nomina, promozioni) presso il ministero del Lavoro, decreti di nomina alla Commissione europea, un indice dei suoi scritti e discorsi, due note biografiche, un ritratto fotografico e i testi di alcune commemorazioni. La serie *Commissione europea* è suddivisa in cinque sotto serie: *discorsi*, *corrispondenza*, *ritagli di stampa*, *interventi al Parlamento europeo*, *Fondo sociale europeo*. L'ultima serie, dedicata al *Consiglio di Stato* è costituita da una sola busta in cui sono riuniti gli atti riguardanti la nomina e le promozioni ricevute, ritagli di stampa sullo sciopero dei magistrati amministrativi, esemplari di lettere in entrata e in uscita, il testo di una conferenza stampa tenuta nel 1980 e foto relative al suo insediamento alla presidenza del massimo organo della giustizia amministrativa. Gli ultimi fascicoli contengono copia degli scritti scientifici e politici di Levi Sandri e recensioni ai suoi lavori. Nel 2007, è stato organizzato dal Dipartimento di Studi Internazionali dell'Università di Padova un convegno su ***Lionello Levi Sandri e la politica sociale europea*** **i cui atti sono stati pubblicati l'anno successivo per Franco Angeli e in occasione del quale è stato presentato il lavoro di riordinamento effettuato sul fondo**[2414]**.**

Il deposito delle carte di Mauro Cappelletti (1927-2004) è avvenuto alla fine del 2014. Cappelletti, uno dei maestri riconosciuti del metodo comparativo in Italia assieme a Gino Gorla e Rodolfo Sacco, è stato l'ultimo allievo di Piero Calamandrei, ha insegnato alle università di Macerata e Firenze, tenendovi gli insegnamenti del diritto processuale civile e del diritto processuale civile comparato. All'apertura dell'Istituto universitario europeo (IUE), nel 1976, vi si trasferisce e qui insegna fino al congedo. Intanto, dal 1970 assume anche un insegnamento all'Università di Stanford e, dalla metà degli anni Settanta, si divide tra l'IUE e gli USA. Il legame con l'Europa è rappresentato, per Cappelletti soprattutto dall'ideazione e dalla direzione di due grandi progetti internazionali: *Methods, Tools and Potential for European Legal Integration in Light of the American Federal Experience*, e *Access to Justice*, il primo dei quali puntava il proprio obiettivo sul diritto come strumento dell'integrazione

[2414] Gli atti del convegno padovano sono raccolti in *Lionello Levi Sandri e la politica sociale europea*, a cura di A. Varsori e L. Mechi, Milano, Franco Angeli, 2008. Per la versione ampliata del contributo presentato da chi scrive a Padova, A. Becherucci, *Lionello Levi Sandri au service de l'Europe*, in «Journal of European Integration History», vol. 14, n. 2, 2008, 121-144.

ISSN 2279-7238

comunitaria e il secondo, sulla protezione degli interessi collettivi diffusi, attraverso l'esplorazione di procedure stragiudiziali come l'arbitrato e la mediazione. Il fondo Mauro Cappelletti rappresenta una vera e propria miniera d'informazioni, anzitutto per le sue dimensioni. L'archivio consta di cinquecentoventotto buste, dal 1950 al 1997, suddivise nelle seguenti serie: *Personalia; Università di Firenze; Stanford Law School; Istituto Universitario Europeo; Conferenze; Corsi, letture e seminari; Corrispondenza con personalità italiane; Corrispondenza con personalità europee; Corrispondenza con personalità americane; Corrispondenza con personalità non europee; Corrispondenza con fondazioni, associazioni, accademie e istituzioni culturali; Corrispondenza con autori dell'International Encyclopaedia of Comparative Law; Corrispondenza con case editrici, riviste scientifiche e giornali; Riforma del Codice italiano di procedura civile; Documenti di lavoro; Opere di Mauro Cappelletti; Opere di altri autori*. In particolare le serie di corrispondenza concorrono a ricostruire l'amplissima rete di contatti che il giurista trentino ma fiorentino d'adozione aveva stabilito nel tempo con colleghi italiani (Pietro Rescigno, Nicolò Lipari, Paolo Grossi, Arturo Carlo Jemolo, Stefano Rodotà, Alessandro Pizzorusso, Natalino Irti, Vittorio Denti, Enrico Tullio Liebman) ma soprattutto stranieri. Si tenga conto che la sola corrispondenza con giuristi non italiani occupa centosessantotto buste. Vi si possono rintracciare lettere scambiate con i più celebrati giuristi stranieri. Solo per fare alcuni esempi, sono presenti i nomi di Gehrard Leibholz, Helmut Coing, René David, Guido Calabresi, Ronald Dworkin e molti altri. Altrettanto importanti sono i documenti riguardanti la creazione dell'Istituto di diritto comparato presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze e l'avvio e i primi anni di vita del dipartimento di studi giuridici dell'Istituto Universitario Europeo. E' necessario anche ricordare che Cappelletti è stato il coordinatore dell'edizione delle Opere giuridiche di Piero Calamandrei uscite in dieci volumi presso l'editore Morano fra il 1965 e il 1985. In questa veste è venuto in possesso di molti scritti di Calamandrei, in maggioranza, facenti parte ora del lascito Mauro Cappelletti depositato presso la Biblioteca comunale e archivio storico Piero Calamandrei di Montepulciano. Nel fondo Cappelletti depositato a Firenze, è ancora presente un carteggio relativo alla nascita e alla gestione della *Rivista di diritto processuale* con lettere che vanno dal 1923 al 1946. Fra i corrispondenti si segnalano i più illustri giuristi del tempo, tra cui Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Allorio, Virgilio Andrioli, Enrico Redenti, Antonio Segni, Giuseppe Chiovenda, Giovanni Cristofolini, Guido Zanobini, Alessandro Raselli, James Goldschmidt. In occasione del completamento del lavoro di riordino del fondo è stata organizzata dall'IUE in collaborazione con il dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze, l'11 dicembre 2014, una giornata di studi su *Process and Constitution. The Heritage of Mauro Cappelletti*, le cui conclusioni sono state opera di Sabino Cassese[2415].

Ultimo fondo – giunto in ordine di tempo agli Archivi Storici dell'UE - quello di Antonio Cassese (1937-2011), padre della disciplina conosciuta come *International Criminal Law*[2416].

[2415] S. Cassese, *In Praise of Mauro Cappelletti*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 14, n. 2 aprile 2016, pp. 443-448 ora anche in italiano in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 2016, pp. 233-240.

[2416] Sulla figura di Antonio Cassese come uomo, studioso e giudice si veda il numero monografico del «Journal of International Criminal Justice», vol. 10, n. 5, dicembre 2012.

ISSN 2279-7238

Cassese è stato docente di Diritto internazionale all'Università di Firenze e all'Istituto universitario europeo. Fra gli incarichi che ha ricoperto, ricordiamo quello di presidente del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, di primo presidente del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia e di presidente del Tribunale speciale per il Libano. Il fondo Antonio Cassese, con documenti dal 1953 al 2014, consta di trentanove buste così suddivise: *Carriera professionale*, *Corrispondenza*, *Articoli di stampa*, *Fotografie*, *Tributi e messaggi di condoglianze*, *Oggetti vari*, tra cui la sua macchina da scrivere, la sua toga di presidente del Tribunale speciale per il Libano, premi e medaglie. Il materiale raccoglie tipologie molto diverse come decisioni ufficiali di organi giurisdizionali, note, pareri legali, documenti amministrativi. Un terzo circa del fondo è rappresentato dalla corrispondenza che dà conto della rete di contatti personali e professionali di Cassese in veste di studioso e giudice. Tra i corrispondenti possiamo citare Roberto Ago, Philip Alston, Giuliano Amato, Gaetano Arangio-Ruiz, Robert Badinter, Cherif Bassiouni, Norberto Bobbio, Francesco Capotorti, Mario Chiavario, Luigi Condorelli, Benedetto Conforti, Jean-Pierre Cot, Pierre-Marie e René-Jean Dupuy, Luigi Ferrari Bravo, Luigi Vittorio Ferraris, Giorgio Gaja, Louis Henkin, Fausto Pocar, Jean Salmon, Luigi Spaventa e Joseph Weiler. Il deposito comprende anche l'ampia collezione di articoli scritti per il quotidiano «La Repubblica», numerose interviste, spesso utili per approfondire la posizione di Cassese su determinati argomenti e che illuminano la personalità del giurista non solo come tecnico del diritto ma in quanto uomo di cultura, *tout court*[2417]. Completano il fondo foto, audio e video cassette (VHS e DVD) di lezioni, premiazioni, conferenze, seminari e interviste. Anche in questo caso, al termine delle operazioni di riordino, l'IUE ha organizzato, il 10 novembre 2016 una giornata in memoria di Antonio Cassese a cui hanno partecipato Luigi Condorelli e Sabino Cassese. In occasione di quest'incontro, gli Archivi Storici dell'UE hanno anche organizzato un'esposizione di foto e documenti provenienti dal fondo.

2. Una fonte inutile?

Perché abbiamo voluto citare i casi di questi tre fondi? La ragione è che, a livelli diversi, in ciascuna di queste occasioni è stata rilevata l'importanza del fattore biografico e prosopografico, favorito, finalmente, dalla disponibilità di fonti primarie. A questo punto, però, sarebbe necessario chiedersi perché, fino ad ora, le fonti archivistiche relative ai giuristi siano state ignorate così a lungo dalla storiografia giuridica[2418].

[2417] Penso all'amore per la letteratura e alla passione per Franz Kafka. Cfr. A. Cassese, *Kafka è stato con me tutta la vita*, Bologna, Il Mulino, 2014, su cui si veda ora G. Montedoro, *Leggere Kafka da giuristi: una lezione di modestia*, https://www.apertacontrada.it/2017/12/22/leggere-kafka-da-giuristi-una-lezione-di-modestia/. Tra le carte dell'archivio Cassese vi era anche un carteggio con lo scrittore Antonio Tabucchi che, per volere della famiglia è stato consegnato egli eredi dello scrittore pisano. Sul rapporto tra Cassese e Tabucchi si veda ora A. Tabucchi, *Di tutta resta un poco. Letteratura e cinema*, Milano, Feltrinelli, 2013. Ricordiamo anche che il romanzo di Tabucchi *La testa perduta di Damasceno Monteiro* del 1997 in cui sono narrati ripetuti abusi delle forze di polizia ai danni di vagabondi e ubriachi è dedicato a Cassese.

[2418] Sui rapporti tra diritto e storia in senso lato è da tenere presente il volume *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986 e, per l'argomento che qui interessa, soprattutto il

ISSN 2279-7238

Eppure, almeno negli ultimi trent'anni, il giurista, oltre che tecnico del diritto, è diventato attore a tutti gli effetti del discorso pubblico, spesso un autentico *opinion maker* e tale è diventato, in piena consapevolezza. Pensiamo al caso di Stefano Rodotà e alla platea di lettori che lo seguiva dalle pagine de «La Repubblica» e ai suoi più recenti libri rivolti ad un pubblico più vasto che non fosse quello dei colleghi giuristi[2419].

Un'ulteriore ragione di attenzione agli archivi dei giuristi è quella tendenza, identificata in area anglosassone, come *Law and Literature* che ha fatto emergere anche in Italia la contiguità di studi giuridici e letterari, un'intreccio fecondo che si può far risalire, nel nostro paese e per l'età contemporanea, a Salvatore Satta, l'insigne processualcivilista autore dell'ormai celebrato romanzo *Il giorno del giudizio* e di altri lavori narrativi. A lui sono seguiti negli anni altri illustri esempi di giuristi scrittori (e ci limitiamo in questa brevissima rassegna ad elencare giuristi accademici lasciando da parte avvocati e magistrati che si sono cimentati con successo nella scrittura) come Franco Cordero [2420], Guido Rossi [2421], Bruno Cavallone[2422], Michele Ainis[2423]. Questa tendenza s'inserisce nel solco di riflessioni che sono state fatte proprie in Italia da un giurista come Francesco Galgano il quale, pochi anni fa, aveva dato alle stampe un agile libro in cui sottolineava il momento creativo del diritto avvicinandolo alle altre arti e, tra queste, anche alla letteratura[2424].

E' ben vero che di recente vi è stato un risveglio degli studi biografici e prosopografici nella storia delle istituzioni che, per quanto riguarda l'argomento qui trattato, parte dai due volumi de *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*[2425], passa attraverso il libro di Aldo Sandulli *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*[2426], per approdare, infine alla pubblicazione del *Dizionario biografico dei giuristi italiani*[2427], ma nello specifico, degli archivi privati di giuristi, si attende ancora un'adeguata valorizzazione[2428]. Peraltro, anche nell'opera edita sotto gli auspici dell'Archivio storico del Senato della Repubblica, *Repertorio biografico dei Senatori dell'Italia liberale* e *Repertorio biografico*

---

contributo di C. Pavone, *E' possibile la ripresa di un dialogo tra giuristi e storici?* Alle pp. 170-177, ora in Idem, *Intorno agli archivi e alle istituzioni. Scritti di Claudio Pavone*, Roma Dipartimento per i Beni archivistici e librari – Direzione generale per gli Archivi, 2004, pp. 707-714. Sempre sullo stesso tema ha scritto S. Cassese, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in «Le Carte e la Storia», 2009, n. 2, pp. 5-11.

[2419] Su cui si vedano almeno i saggi raccolti in *La vocazione civile del giurista* a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, Laterza, 2013.

[2420] Di Franco Cordero sarebbe troppo lungo elencare i romanzi. Ci limitiamo in questa sede a citare i primi quattro lavori narrativi, *Genus*, Bari, De Donato, 1969, *Le masche*, Milano, Rizzoli, 1971, *Opus* e *Pavana* entrambi pubblicati a Torino presso Einaudi, rispettivamente nel 1972 e 1973.

[2421] G. Rossi, *Il ratto delle sabine*, Milano, Adelphi, 2000.

[2422] B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite*, Milano, Adelphi, 2016.

[2423] M. Ainis, *Doppio riflesso*, Milano, Rizzoli, 2012.

[2424] F. Galgano, *Il diritto e le altre arti*, Bologna, Compositori, 2009.

[2425] *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Milano, Giuffrè, 2006.

[2426] A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.

[2427] *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013.

[2428] Sullo ripresa degli studi biografici e prosopografici nella storia delle istituzioni, si vedano i contributi di A. Meniconi, *Gli studi sulle biografie dei giuristi: note su fonti e ricerca*, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, a cura di L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 17-29 e G. Melis, *Le carte e la storia. Archivi e storia delle istituzioni contemporanee*, in «Le Carte e la Storia», 2014, n. 1, pp. 5-25.

ISSN 2279-7238

dei Senatori dell'Italia fascista è possibile rinvenire attendibili tracce biografiche dei giuristi che, negli anni indicati, hanno fatto parte della Camera alta[2429].

Se sono ormai ben note le scarse fortune del genere biografico in Italia anche tra gli stessi storici di professione contrariamente a paesi quali Francia e Gran Bretagna[2430], nell'ambito degli studi giuridici vi sono delle specificità sulle quali vale la pena spendere qualche parola. La misconoscenza e la sottovalutazione degli archivi dei giuristi da parte del giurista positivo e dello storico del diritto è dovuta, essenzialmente, a due ordini di motivi: per lo storico politico, il giurista è irrilevante se questi non è un costituzionalista, d'altra parte, per i giuristi che si fanno storici di altri giuristi è irrilevante la genesi "pratica" delle loro posizioni[2431].

Procediamo con un esempio: è forse senza significato che il celeberrimo giurista Francesco Carnelutti abbia formulato la dottrina del contratto di lavoro come "cessione di energia" equiparando in tal modo le energie umane all'energia elettrica (posizione, peraltro, non accolta né in dottrina né in giurisprudenza), se non si tiene conto del fatto che lo stesso si è trovato ad essere il legale dei primi trust novecenteschi? Evidentemente no, almeno a parere di chi scrive, eppure in genere il nesso è attribuito unicamente alla potenza logico-speculativa di Carnelutti. La presenza di un eventuale archivio del giurista friulano (al momento sconosciuto) permetterebbe forse di approfondire questo passaggio del pensiero carneluttiano.

Dunque, in fondo, a cosa serve l'archivio al giurista positivo quando è sufficiente speculare sulle altrui speculazioni? Tutto questo ha fatto sì che gli archivi dei giuristi non fossero conservati, né cercati, né questo, ovviamente, ha convinto gli eredi a valorizzarli adeguatamente e a renderli consultabili[2432].

Vi è, poi, ancora un altro problema ossia il nesso che in Italia è quasi consustanziale tra attività scientifica in campo giuridico e impegno politico. Questo dato di fatto non rende agevole la distinzione tra i due piani. Anche in questo caso, però, è presente un'eccezione data dalla compromissione di talune figure con il regime fascista[2433]. Ne sono un chiaro esempio la sorte degli archivi dei fratelli Alfredo[2434], Arturo, Ferdinando e Ugo Rocco o di Silvio Lessona di cui non si conoscono le sorti.

[2429] *Repertorio biografico dei Senatori dell'Italia fascista*, a cura di F. Grassi Orsini e E. Campochiaro, 2004, Napoli, Bibliopolis, *Repertorio biografico dei Senatori dell'Italia liberale*, a cura di F. Grassi Orsini e E. Campochiaro, Napoli, Bibliopolis, 2010.

[2430] In Italia la discussione sull'autonomia del genere biografico nel lavoro storiografico e sulla sua utilità ha oscillato tra la sottovalutazione di Benedetto Croce (*La storia come pensiero e come azione*) e l'apprezzamento di Arnaldo Momigliano (*Lo sviluppo della biografia greca*).

[2431] Sull'interesse verso le vicende biografiche e prosopografiche di giuristi e giudici dimostrato da storici sociali e storici *tout court* a dispetto dello scarso interesse palesato dagli storici del diritto, s'interrogava già a metà degli anni Ottanta Mario Sbriccoli nel citato volume curato da Grossi. Sbriccoli scriveva: «quello che una volta, nella rigida separazione degli ambiti disciplinari, poteva sembrare pascolo abusivo, si sta trasformando oggi, caduti ormai gli anacronistici steccati, in un'allegra occupazione delle terre», *Storia sociale e dimensione giuridica,* cit., p. 134.

[2432] S. Cassese, *Che la storiografia della cultura giuridica si conceda un benefico letargo*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», a. XL, 1990, n. 4, pp. 1159-1165.

[2433] Cfr. *Giuristi al bivio. Le facoltà di giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, a cura di M. Cavina, Bologna, CLUEB, 2014 e *I giuristi e il fascino del regime*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, Roma3-Press, 2015 e relative bibliografie.

[2434] Sulla sorte dell'archivio di Alfredo Rocco, si veda G. Simone, *Sulle tracce delle carte di Alfredo Rocco*, in «Rassegna degli Archivi di Stato», nuova serie, V-VI, a. 2009-2010, pp. 109-120. Pur in assenza di un archivio del giurista, negli ultimi

ISSN 2279-7238

Infine, un'ultima notazione. I giuristi, sono studiati, in quanto tali, normalmente, da altri giuristi il cui interesse non è pienamente storiografico in senso politico-sociale, ma di storia giuridica. Da questo tipo di approccio discende una percezione delle carte d'archivio che le rende interessanti, agli occhi del giurista, fin quando esse possano contenere abbozzi o inediti capaci di dare un senso alla ricostruzione delle categorie interpretative del giurista la cui figura viene indagata. Non sembra a chi scrive, privo di rilevanza, anche per lo stesso giurista positivo, studiare chi siano stati i clienti di un certo giurista (se questi ha esercitato la professione di avvocato e, ad esempio, quali cause abbia patrocinato pro bono se l'ha fatto), quali le lingue conosciute (e dunque su che testi, anche stranieri, sia sia formato), quali le sue letture (al di fuori dell'ambito strettamente giuridico), quali le sue collaborazioni a riviste e quotidiani, ma, soprattutto, quale fosse la sua rete di relazioni così come emerge dalla corrispondenza eventualmente presente nel fondo. Anche per i motivi appena citati, la storiografia italiana sta ancora scontando la mancanza di una vera e propria biografia di un personaggio come Piero Calamandrei, su cui – a parte un consistente numero di contributi su aspetti specifici talora di grande importanza – bisogna ancora ricorrere alla biografia – peraltro non basata su carte d'archivio – che del giurista fiorentino scrisse Alessandro Galante Garrone nel lontano 1987 e recentemente ristampata. Tuttavia, in questo caso, un'eccezione è rappresentata dai lavori di Franco Cipriani, processualcivilista con spiccati interessi storici, che ha studiato le carte del fondo Calamandrei e di altri giuristi, per ricostruire, con sperimentata acribia filologica, la genesi del codice di procedura civile del 1940[2435]. La stessa sorte è toccata a un esimio giurista come Vittorio Emanuele Orlando la cui azione politica è stata quasi completamente oscurata dal suo contributo alla scienza giuridica. Del presidente del consiglio di Vittorio Veneto di cui quest'anno si festeggerà il centenario si attende ancora una biografia scientifica. Al momento ci possiamo servire del lungo saggio di Fabio Grassi Orsini che funge da introduzione alla raccolta dei discorsi parlamentari del giurista e politico siciliano pubblicati dall'Archivio storico del Senato della Repubblica[2436]. Vi è, poi, una difficoltà che si profila per lo storico politico che volesse intraprendere la biografia di un giurista che è stato anche uomo politico e che è rappresentata dalla mancanza di cultura specifica che questi spesso denuncia come ragione sufficiente per non affrontare un lavoro di tal genere.

---

quindici anni sono apparsi numerosi lavori su Alfredo Rocco. Tra questi ricordiamo R. D'Alfonso, *Costruire lo Stato forte: politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano, Franco Angeli, 2004, S. Battente, *Alfredo Rocco: dal nazionalismo al fascismo, 1907-1935*, Milano, Franco Angeli, 2005, *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini, Roma, Carocci, 2010, G. Simone, *Il guardasigilli del regime: l'itinerario politico e culturale di Alfredo Rocco*, Milano, Franco Angeli, 2012.

[2435] F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti,* Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007. Riassume attentamente la questione e i contrasti che ne sono sorti, soprattutto fra Cipriani e Michele Taruffo, G. Melis in *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 281-299.

[2436] V. E. Orlando, *Discorsi parlamentari*, con un saggio di Fabio *Grassi Orsini*, Collana archivio storico del Senato, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 13-118; lo stesso Grassi Orsini ha curato, dieci anni dopo, anche una raccolta intitolata *Salvare l'Italia: discorsi extraparlamentrari*, Ravenna, Libro Aperto, 2012. L'anno precedente era uscito, per le cure di Nicla Buonasorte, il diario privato di Orlando relativo al periodo 1943-1944 quando questi si trovava nascosto a Roma ospite di un convento, cfr. *Memorie dall'Italia ferita. Diario 1943-1944*, a cura di N. Buonasorte e con una premessa di A. Melloni, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2011.

ISSN 2279-7238

In effetti, per molti anni, com'è stato autorevolmente rilevato, l'idiosincrasia per la forma biografica ha colpito, nel nostro paese, tutti i cultori delle scienze storiche, ma, a maggior ragione tale atteggiamento si è manifestato tra gli storici del diritto, sia perché si riteneva che l'alto specialismo attribuito (a torto o a ragione) alla loro disciplina non potesse conciliarsi con la forma della biografia, sia perché a lungo lo storico del diritto ha maneggiato quasi esclusivamente fonti, categorie e forme giuridiche: l'attenzione era rivolta ai 'dogmi', sicché poco spazio era dato alla storia e men che meno alle esperienze individuali[2437].

Il progetto che si annunciava nell'articolo appena citato si è concretizzato nella pubblicazione del *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (DBGI) uscito in due volumi dalla casa editrice Il Mulino nel 2013. L'opera comprende le biografie di circa 2.000 giuristi italiani con un arco temporale che va dal 12° al 20° secolo. Sempre nello stesso articolo si evidenziano i criteri utili a stabilire i connotati unitari della figura del giurista riconosciuti come appartenenti a realtà anche molto diverse tra loro: «titolare di una cattedra, autore di *consilia*, raccoglitore di *decisiones*, membro di un Grande Tribunale»[2438].

I curatori, nell'introduzione all'opera, tracciano un breve profilo della fortuna del genere biografico negli studi sui giuristi, e rilevano un iniziale interesse verso questa forma che si esaurisce, però, nell'Ottocento, quando, «nel clima romantico permeato dal positivismo dei codici, la direttrice prevalente s'indirizzò verso lo studio delle antiche fonti e poi, come in un'apoteosi semplificatoria, della legislazione», chiarendo che è giunto il momento di aggredire «il pregiudizio che il genere delle biografie sia un orpello ornamentale e magari un lusso non consentito al giurista per la sua estraneità alle forme che egli è abituato a maneggiare»[2439].

Prima della pubblicazione di questa grande opera, scarsa era stata l'attenzione riservata dagli studiosi al dato biografico del giurista. Ne erano rara testimonianza alcune voci presenti sul *Dizionario biografico degli italiani* e pochi lavori imperniati su figure di giuristi attivi nella Resistenza o che avevano segnato con la loro presenza la vita civile del paese. Tra i primi esempi e tra le più datate, possiamo citare le voci dedicate da Stefano Rodotà a Piero Calamandrei e da Ennio Cortese a Francesco Calasso (1973) e da Vittorio Frosini a Giuseppe Capograssi.

Tra quelle più recenti, si segnalano le voci dedicate da Massimo Brutti a Emilio Betti (1988), da Francesco Margiotta Broglio ad Arturo Carlo Jemolo, da Bruna Bocchini

[2437] I. Birocchi, *Repertori biografici recenti e storia del diritto. Un progetto di raccolta storica di giuristi italiani*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 37, 2008, p. 642. Si veda anche Idem, *Il Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani: una riflessione critica*, in *Lavorando al cantiere del "Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)"*, a cura di M.G. Di Renzo Villata, Milano, Giuffré, 2013, pp. 3-26 e A. Mattone, *Costruire un Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani: problematiche e questioni aperte*, pp. 27-34.

[2438] I. Birocchi, *Repertori biografici recenti e storia del diritto*, cit., p. 657.

[2439] I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, *Presentazione. Per un diritto fatto da uomini*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., p. VIII.

ISSN 2279-7238

Camaiani[2440] a Giorgio La Pira (2004) e da Giulio Cianferotti a Vittorio Emanuele Orlando (2013), per finire con le ultime pubblicate online, come quelle dedicate da Marco Sabbioneti a Salvatore Pugliatti e da Bernardo Sordi a Oreste Ranelletti (2016). Infine, ricordiamo le recentissime biografie di Massimo Severo Giannini, scritta da Sabino Cassese, di Gino Giugni di cui è autrice Silvana Sciarra e di Paolo Barile curata da Stefano Merlini, tutte e tre ricomprese nell'iniziativa "Italiani della Repubblica" della Treccani. Nelle tre voci richiamate, il dato biografico è necessariamente evocato e costituisce la direttrice seguendo la quale si dipana la narrazione. Incidentalmente è possibile anche notare che i più recenti profili di giuristi apparsi nel Biografico Treccani – Giannini, Giugni e Barile – sono anche fra i rari casi nei quali l'archivio personale del biografato si è conservato ed è attualmente consultabile o è in via di riordinamento. Il fondo archivistico che si riferisce a Massimo Severo Giannini è conservato a Roma, presso l'Archivio Centrale dello Stato e consta di cinque buste con documenti dal 1940 al 1990[2441], quello di Gino Giugni è conservato a Roma dalla Fondazione Pietro Nenni ed è costituito da centoventidue buste per un totale di 1294 fascicoli [2442]. L'archivio di Paolo Barile – al momento ancora in corso d'inventariazione – è depositato presso l'Istituto Storico della Resistenza e dell'Età Contemporanea di Firenze.

Più articolato si fa il discorso sulle monografie dedicate a giuristi, fondate - laddove possibile - su uno scavo archivistico. Possiamo partire dai profili dedicati a Silvio Trentin come quelli di Moreno Guerrato, *Silvio Trentin, un democratico all'opposizione* (1980)[2443] e di Frank Rosengarten, *Silvio Trentin dall'interventismo alla Resistenza* (tradotto in italiano nel 1981)[2444] nei quali la produzione e le idee del giurista rimangono, però, sostanzialmente sullo sfondo, privilegiando, al contrario, il vissuto e le battaglie dell'esule antifascista. Un percorso tra diritto e storia è invece quello adottato da Fulvio Cortese nei suoi diversi contributi dedicati finora al giurista veneto[2445].

Giorgio La Pira - romanista di rilievo – è stato, finora, scarsamente considerato dalla storiografia sotto il profilo della produzione giuridica[2446]. Alcuni contributi, si soffermano sul suo contributo come costituente, mentre un solo volume, fra quelli editi dalla

[2440] Bruna Bocchini Camaiani è un'illustre storica della Chiesa. Il fatto che il Biografico della Treccani le abbia affidato la voce dedicata a Giorgio La Pira è significativo di quanto nell'opinione comune la figura dell'amministratore pubblico e dell'uomo di fede faccia aggio sul giurista.

[2441] http://search.acs.beniculturali.it/OpacACS/guida/IT-ACS-AS0001-0004246

[2442] https://www.fondazionenenni.it/archivio-storico/archivio-giugni

[2443] M. Guerrato, *Silvio Trentin, un democratico all'opposizione,* Milano, Vangelista, 1980.

[2444] F. Rosengarten, *Silvio Trentin dall'interventismo alla Resistenza*, Milano, Feltrinelli, 1981.

[2445] F. Cortese, *Libertà individuale e organizzazione pubblica in Silvio Trentin*, Milano, Franco Angeli, 2008, *Il pensiero di Silvio Trentin, tra esilio e Resistenza*, in *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del paese*, a cura di B. Pezzini e S. Rossi, Milano, Franco Angeli, 2016, *Liberare e federare. L'eredità intellettuale di Silvio Trentin*, a cura di F. Cortese, Firenze, Firenze University Press, 2016.

[2446] Ricordiamo a questo proposito i contributi di Paolo Grossi, in particolare *Scienza giuridica e passione civile: la testimonianza di Giorgio La Pira* in *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Milano, Giuffré, 1986, pp. 99-108.

ISSN 2279-7238

Fondazione Giorgio La Pira, illustra il suo percorso scientifico, raccogliendo l'imponente carteggio con il maestro Emilio Betti curato da Giuliano Crifò[2447].

Il caso più interessante è rappresentato forse, finora, dalla figura di Arturo Carlo Jemolo. Paolo Valbusa ha dedicato all'insigne giurista lo studio *I pensieri di un malpensante*[2448], in cui è ricostruito l'insegnamento politico e civile di Jemolo del secondo dopoguerra pur senza utilizzare le carte Jemolo conservate all'Archivio Centrale dello Stato in cinquantotto buste. Un'altra opera, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*[2449], è stata pubblicata da un giurista, Sergio Lariccia, nei Quaderni dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", nel 2015. Tutta la prima parte del libro che precede i verbali della cosiddetta "Commissione Gonella" per la riforma del Concordato – in possesso dello stesso Lariccia[2450] - va nella direzione di illuminare la ricerca scientifica del protagonista alla luce della sua vicenda biografica che l'autore ha ripercorso anche in altre occasioni. Tuttavia, anche questa volta l'archivio non rappresenta una fonte per la stesura del libro[2451]. Un lavoro che ha faticosamente scavato nell'archivio Jemolo è risultato dal libro *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere di un italiano illustre*, la cui metodologia, come recita l'avvertenza preliminare «è di carattere archivistico, ossia tende a fornire al lettore notizie circostanziate, suffragate da materiale documentario, segnalato sia in riferimento alla tipologia del supporto, sia nella indicazione topica e cronica della notizia e del soggetto produttore»[2452]. Negli anni, inoltre, sono stati pubblicati numerosi carteggi jemoliani: quello di Jemolo e della moglie Adele Morghen con lo scrittore Giovanni Meriana, quelli con Giovanni Spadolini e con Ernesto Rossi e le lettere di Ernesto Buonaiuti al giurista romano[2453].

Nei casi che abbiamo esplorato finora, non si sono sfruttati – se non in misura del tutto irrilevante – gli archivi dei giuristi presi in esame. Per Trentin è disponibile l'archivio conservato presso la Biblioteca civica di Jesolo (Venezia) e in piccola parte presso il Centro Trentin di Venezia. Un Importante complesso documentario, anche come estensione, sono i fondi intestati a Piero Calamandrei, presenti a Firenze e Montepulciano con appendici a

---

[2447] *Il carteggio Betti-La Pira*, a cura di G. Crifò, Firenze, Polistampa, 2014. La prevista edizione nazionale delle opere di Giorgio La Pira, contempla due sezioni dedicate al lavoro del giurista, la prima sezione, affidata alla Prof.ssa Patrizia Giunti, dedicata agli scritti di storia e diritto romano e la seconda, coordinata dal Prof. Ugo De Siervo comprendente gli scritti che si riferiscono alla rifondazione costituzionale.

[2448] P. Valbusa, *I pensieri di un malpensante*, Venezia, Marsilio, 2008.

[2449] S. Lariccia, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Roma, Carocci, 2015.

[2450] G. Spadolini, *La questione del Concordato: con i documenti inediti della Commissione* Gonella**,** *Le Monnier*, Firenze 1976. Nel libro non vi sono però i verbali delle riunioni conservati da Lariccia tra le proprie carte.

[2451] S. Lariccia, *Arturo Carlo Jemolo: una voce di "coscienza laica" nella società italiana del Novecento*, in http://www.statoechiese.it/contributi/arturo-carlo-jemolo-una-voce-di-coscienza-laica-nella-societa-italiana-del-

[2452] *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere di un italiano illustre. Un professore dell'Università di Roma*, a cura di G. Cassandro, A. Leoni, F. Vecchi, Napoli, Jovene, 2007, p. XV.

[2453] G. Meriana, *Lettere da casa Jemolo: storia di un'amicizia*, con prefazione di F. Margiotta Broglio, Genova, Marietti, 1991, G. Spadolini, *La mia amicizia con A.C. Jemolo: con trentadue lettere inedite del periodo 1969-1981 e frammenti di discussione in materia di revisione del Concordato*, Roma, Grafica editrice romana, 1992, A. Becherucci, *Le lettere di Arturo Carlo* Jemolo *a Ernesto Rossi*, in «*Nuova Antologia*»**,** *2013*, aprile-giugno, pp. 138-150, E. Buonaiuti, *Lettere di Ernesto Buonaiuti ad Artuto Carlo Jemolo, 1921-1941*, a cura di C. Fantappiè, introduzione di F. Margiotta Broglio, Roma, Ministero per i Beni Culturali e Ambientali-Ufficio Centrale per i Beni Archivistici, 1997.

ISSN 2279-7238

Trento e a Roma[2454]. Altro importante lascito sono le carte di Giorgio La Pira contenute in circa quattrocento buste, conservate a Firenze presso l'omonima Fondazione[2455].

Un interessante esperimento è la collana dedicata ai "Maestri del diritto" pubblicata da Laterza, inaugurata pochi anni fa e che al momento conta tre volumi dedicati a Massimo Severo Giannini, Giuliano Vassalli e Paolo Grossi, curati rispettivamente dal Sabino Cassese, Francesco Palazzo e Guido Alpa. La collana prevede un'introduzione del curatore alla vita e al pensiero del biografato e una seconda parte antologica capace di suggerire il senso dell'itinerario giuridico del maestro preso in esame[2456].

Una recente iniziativa della famiglia Pisapia si è concretizzata nella donazione di un'ampia parte della biblioteca giuridica del penalista Giandomenico alla biblioteca comunale Sormani di Milano mentre rimane ancora in possesso della famiglia l'archivio del giurista che comprende le carte della Commissione che ha elaborato il testo del codice di procedura penale del 1988.

Si vogliono infine segnalare in questa sede anche i siti online di alcuni giuristi come il romanista Antonio Guarino (1914-2014) www.antonioguarino.it in cui la famiglia ha riversato buona parte della produzione scientifica dello studioso oltre alle necessarie informazioni biografiche, dell'amministrativista Giuseppe Guarino (1922) www.giuseppeguarino.it in cui sono disponibili versioni digitali di lavori scientifici, interviste e interventi in audio e video, dell'ecclesiasticista e amministrativista Sergio Lariccia (1935) www.sergiolariccia.it da cui è possibile scaricare un gran numero di contributi oltre a informarsi sulla biografia e la bibliografia dello studioso.

Fra gli studiosi più giovani ve ne sono alcuni come l'amministrativista Fulvio Cortese che mantiene un blog www.fulviocortese.it che si presenta come «... un po' letterario, un po' musicale, un po' cinematografico, un po' per il tempo libero oppure un po' per perdere un po' di tempo sulla rete in un modo che sembri anche solo per caso un po' intelligente, un po' anche per studiare un po' di diritto e forse per fantasticare su molte altre cose... ... in definitiva, per non prendersi troppo sul serio, ma per farlo solo per un po'...»[2457].

3. Gli archivi di due costituzionalisti

Vediamo adesso più da vicino gli archivi di due costituzionalisti, Costantino Mortati (1891-1985) e Paolo Barile (1917-2000).

[2454] E. Capannelli, *Le carte di Piero Calamandrei. Una rete di archivi*, in *Archivio Piero Calamandrei, inventario* a cura di M. Nicastro, revisione di M. Bonsanti, Firenze, Edizioni Polistampa, 2012, pp. VII-XI, F. Cenni, *L'archivio Calamandrei di Montepulciano: struttura del fondo e tipologie documentarie*, in Eadem, *Un caleidoscopio di carte: Gli archivi Calamandrei di Firenze, Montepulciano, Trento e Roma*, a cura di Ead., Firenze, Il Ponte, 2010, pp. 3-11, Eadem, *Archivio Piero Calamandrei. Inventario*, Siena, Amministrazione Provinciale di Siena, 2015.

[2455] http://www.fondazionelapira.org/it/content/consistenza-dellarchivio-cartaceo

[2456] S. Cassese, *Massimo Severo Giannini*, Roma-Bari, Laterza, 2010, F. Palazzo, *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari, Laterza, 2010, G. Alpa, *Paolo Grossi*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

[2457] www.fulviocortese.it

ISSN 2279-7238

Il fondo Mortati si trova depositato a Roma presso la Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà"[2458]. E' costituito da circa cinquanta buste per, all'incirca, complessivi duecento fascicoli suddivisi in tredici serie.

Roberto D'Orazio, in alcune considerazioni preliminari su queste carte, segnala, ad esempio, la lettera indirizzata a Mario Scelba, il 26 dicembre 1944, in cui Mortati «chiarisce e giustifica la propria posizione rispetto all'esperienza fascista»[2459], riconoscendovi alcune delle coordinate utili a «valutare storicamente la posizione di quei giuristi i quali, attribuendosi un ruolo tecnico senza però identificarlo o esaurirlo nel tradizionale e rassicurante formalismo, si impegnarono nella ricerca di soluzioni adeguate alle sfide regolative e alle trasformazioni ordinamentali del loro tempo, e pur astenendosi da una remissiva adesione ideologica al fascismo, ebbero la capacità di tradurre tali mutamenti sul piano tecnico-dogmatico»[2460]. Nella direzione di un necessario chiarimento rispetto a questo problema, Italo Birocchi ha, di recente scritto che, con l'avanzare degli studi su aspetti particolari del regime fascista, è venuta meno la tendenza a considerare il giurista positivo sostanzialmente immune da condizionamenti politici in virtù del tecnicismo proprio del diritto, anche se «permane l'immagine di una scienza giuridica essenzialmente autoreferenziale, ove gli scritti dei giuristi si misurano con se stessi, mentre l'affermata autonomia teoretica delle varie discipline sottende più separatezza che non legami con l'ambiente culturale e politico»[2461].

Altre carte che D'Orazio sottopone all'attenzione del ricercatore, riguardano il ruolo, fondamentale, svolto dal costituzionalista calabrese nella scrittura della costituzione repubblicana, rilevabile nelle carte dell'archivio sparse tra lettere, appunti di lavoro e corrispondenza. Altra ampia sezione è quella dedicata all'attività politica nella Democrazia Cristiana e ai suoi rapporti, dopo la chiusura dell'esperienza costituente, con gli esponenti dell'area dossettiana[2462].

Ampio spazio le carte dell'archivio Mortati riservano ad argomenti come il dodicennio (1960-1972) trascorso alla Corte Costituzionale in cui sono presenti testimonianze preziose sull'avvio dell'attività dell'organo di garanzia. Altri spunti di ricerca sono forniti dalla serie *Enciclopedia del Diritto* nel cui cantiere Mortati spende la propria autorità scientifica in una logorante attività di coordinamento editoriale. La serie *Corrispondenza* permette, invece, di ricostruire la rete professionale e scientifica: tra i colleghi con cui Mortati ha intrattenuto rapporti, si segnalano i nomi di Arturo Carlo Jemolo, Giuseppe Bettiol, Carlo Esposito, Luigi Rossi, Sergio Panunzio, Giuseppe Dossetti, Aldo Moro, Salvatore Pugliatti, Franco

[2458] Per i dati sull'archivio Mortati e per alcune valutazioni preliminari riguardo al suo contenuto sono ampiamente debitore della esaustiva relazione di Roberto D'Orazio tenuta al convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale" del 14 dicembre 2015, disponibile nel numero 1 del 2016 di «Nomos-leattualitaneldiritto.it» all'indirizzo http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/roberto-dorazio-larchivio-mortati-prime-considerazioni/

[2459] R. D'Orazio, *L'archivio Mortati: prime considerazioni*, p. 4.

[2460] Ivi, p. 6.

[2461] I. Birocchi, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime*, cit., p. 11.

[2462] Su cui si veda almeno P. Pombeni, *Le "Cronache Sociali" di Dossetti. Geografia di un movimento d'opinione*, Firenze, Vallecchi, 1976.

ISSN 2279-7238

Pierandrei, Vezio Crisafulli, Aldo Sandulli, Mario Nigro e Antonio Amorth. Infine D'Orazio ci fa vedere come, attraverso il carteggio, sia possibile legare la figura di Mortati agli eventi politici e sociali contingenti: dai fatti d'Ungheria del 1956 alle agitazioni studentesche del 1968 fino alle prove di revisione del Concordato.

Il fondo Paolo Barile è stato donato all'Istituto Storico della Resistenza e dell'Età Contemporanea di Firenze dal Professor Stefano Grassi, allievo e collaboratore di Barile[2463]. Il processo di riordinamento è attualmente in corso, tuttavia si può ipotizzare una consistenza di circa duecentocinquanta buste più circa duecento tra opuscoli e libri appartenuti al giurista bolognese di nascita ma fiorentino d'adozione. Gli estremi cronologici del fondo sono 1960-2000 in ragione del fatto che la gran parte dei materiali antecedenti il 1966 è andata perduta con l'alluvione del 4 novembre di quell'anno (pochi sono i materiali precedenti questa data).

Il contenuto del fondo comprende corrispondenza a carattere sia pubblico che privato, bozze di lavori editi e inediti, versioni manoscritte e dattiloscritte d'interventi, lezioni, conferenze, materiali preparatori per interventi vari, ritagli stampa relativi, per lo più, ad argomenti di politica istituzionale, materiale diverso prodotto o ricevuto nella sua funzione di ministro dei rapporti con il Parlamento nel governo Ciampi (maggio 1993-maggio 1994), docente universitario e consulente.

La serie *Scritti*, comprende numerosi fascicoli contenenti materiali relativi alla stesura e alla pubblicazione di articoli e interviste in quotidiani e settimanali, articoli per riviste scientifiche, monografie, saggi e voci enciclopediche redatti tra i primi anni Sessanta e la seconda metà dei Novanta.

La serie *Corrispondenza* annovera centinaia di lettere scambiate con enti di cui Barile ha fatto parte, associazioni delle quali è stato membro, riviste e case editrici con le quali ha intrattenuto rapporti di collaborazione. Le lettere scambiate, invece, con persone, riguardano per lo più questioni organizzative, segnalazioni, inviti o sono missive di accompagnamento e di ringraziamento.

A parte il primo quindicennio del dopoguerra in cui, presumibilmente, è andata perduta la parte più significativa della documentazione che avrebbe potuto riguardare la Resistenza, il lavoro in magistratura, la collaborazione con il maestro Piero Calamandrei o l'atteggiamento di Barile di fronte, ad esempio, alle prime pronunce della Corte Costituzionale, ciò che resta dell'archivio, che pure non è poco – illustra a dovere l'attività scientifica del giurista ma anche la sua presenza nel dibattito pubblico all'interno della società e delle istituzioni.

[2463] Per tutte le informazioni che seguono sul fondo Paolo Barile, sono debitore della Dott.ssa Marta Bonsanti, archivista dell'Istituto Storico della Resistenza e dell'Età Contemporanea di Firenze che è stata prodiga d'informazioni, pur essendo, il fondo Barile, ancora in corso di riordinamento. Ora si veda la voce biografica dedicatagli da S. Merlini, http://www.treccani.it/enciclopedia/paolo-barile_%28Dizionario-Biografico%29/ e Idem, *Il giovane Paolo Barile* in «Nuova Antologia», ottobre-dicembre 2017, a. 152, fasc. 2284, pp. 71-83. Informazioni sulla scuola giuspubblicistica fiorentina in F. Lanchester, *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina*, http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/04/Lanchester-Barile-1.pdf

ISSN 2279-7238

4. Gli archivi degli avvocati

Una crescente attenzione hanno riscosso da parte degli studiosi – allo stato attuale, quasi unicamente storici - anche gli archivi di avvocati[2464]. Di recente si è riscontrato, in particolare, un interesse per gli archivi di avvocati "militanti", ossia professionisti «che si impegnarono nella difesa di imputati coinvolti in processi politici e a rappresentare in giudizio vittime di ingiustizie sociali e atti di discriminazione»[2465]. Tra gli archivi di questo tipo ricordiamo i fiorentini Angiolo Gracci[2466] e Pasquale Filastò, i veneziani Emanuele Battain, Renzo Biondo e Luigi Scatturin[2467], la torinese Bianca Guidetti Serra ma anche grandi avvocati che erano o che sarebbero stati parlamentari socialisti e comunisti come Lelio Basso, Giuliano Vassalli e Umberto Terracini impegnati, dal 1948, nel Comitato di solidarietà democratica (CSD), che aveva il «compito di fornire l'assistenza legale ai militanti arrestati e il sostegno alle loro famiglie»[2468]. Tralasciamo d'illustrare gli archivi Basso e Terracini, più conosciuti, per soffermarci su complessi documentari meno noti.

Tra le carte dell'avvocato Angiolo Gracci è possibile rintracciare un cospicuo materiale relativo a processi politici degli anni Sessanta, Settanta e Ottanta. Tra questi ricordiamo la difesa di manifestanti operai di Genova e Trieste (ottobre 1966), di manifestanti contadini a Cutro e Isola Capo Rizzuto (1967-1969), di studenti impegnati in manifestazioni antimperialiste e di solidarietà con il popolo vietnamita a Napoli e a Firenze (luglio 1966, 1969) fino alla difesa degli accusati nel processo al Circolo XXII ottobre per il sequestro di Sergio Gadolla[2469] e alla difesa dei militanti di Prima Linea e delle Brigate Rosse negli anni Ottanta[2470].

Nel fondo dell'avvocato Scatturin è presente la documentazione relativa al processo al Petrolchimico di Porto Marghera mentre in quello dell'avvocato Guidetti Serra possiamo trovare ampie tracce del suo lavoro in difesa dei giovani e degli operai scesi in piazza negli

[2464] A. Meniconi, *La storia degli avvocati: primi bilanci e prospettive di ricerca*, in «Le Carte e la Storia», 2004, 2, pp. 57-70. La commissione per la storia dell'avvocatura del Consiglio nazionale forense ha pubblicato un dossier con sommarie biografie degli avvocati che hanno partecipato alla Resistenza reperibile anche on line, http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/201404/Gli+Avvocati+nella+Resistenza+figure%2C+esperienze%2C+testimonianze/f3b5e7d7-76f7-4a2c-a1df-efba517854db. La commissione per la storia dell'avvocatura del Consiglio nazionale forense ha, negli anni, patrocinato molte opere uscite con la casa editrice Il Mulino tra cui Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica di F. Tacchi e La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943) di A. Meniconi. Si segnala, inoltre, il volume curato da F. Cipriani *Memorie difensive* di Giuseppe Chiovenda, che, attingendo dalle carte dell'archivio del giurista piemontese, ha pubblicato una scelta delle sue comparse conclusionali prodotte in qualità di avvocato.

[2465] M. Malatesta, *Avvocati militanti. Francia e Italia nel XX Secolo*, in «Contemporanea», a. XIX, n. 4, ottobre-dicembre 2016, pp. 566.

[2466] P. Mencarelli, *Il Fondo Gracci-La resistenza continua: fonti per una storia dei movimenti sociali nell'Italia repubblicana*, in «Italia contemporanea», n. 236, settembre 2004, pp. 471-474.

[2467] *Cronaca Forense. Avvocati veneziani negli anni '60: impegno, modernità e democrazia*, a cura di R. Biondo, M. Borghi, A. Milner, Portogruaro, Nuova Dimensione, 2010.

[2468] M. Malatesta, *Avvocati militanti. Francia e Italia nel XX Secolo*, cit., p. 585.

[2469] D. Serafino, *La lotta armata a Genova. Dal Gruppo 22 ottobre alle Brigate Rosse (1969-1981)*, Pisa, Pacini editore, 2016. Sugli avvocati di Soccorso rosso militante e le storie di alcuni di loro tra patrocinio di terroristi e militanza politica rivoluzionaria, cfr. M. Griner, *La zona grigia*, Milano, Chiarelettere, 2014, pp. 137-190.

[2470] M. Malatesta, *Défenses militantes. Avocats et violences politiques dans l'Italie des années 1970 et 1980*, in «Le mouvement social», juillet-septembre 2012, pp. 85-103.

ISSN 2279-7238

anni Sessanta e Settanta, «nel processo sulle schedature Fiat, nei primi processi sulla salute in fabbrica e a tutela dell'ambiente, nella tutela dei diritti sindacali»[2471].

Un ampio archivio di un avvocato recentemente riordinato e messo a disposizione degli studiosi è quello del milanese Mario Boneschi (1907-1991), aderente a Giustizia e Libertà e militante del Partito d'Azione.

L'ampio archivio conservato a Milano dalla famiglia, comprende 1160 unità tra buste, scatole e pacchi[2472]. L'archivio è, al contempo, personale-familiare ma anche professionale; quest'ultima parte del fondo, «è organizzata in parte come centro di documentazione giuridica (i cosiddetti *Digesti*, la *Raccolta normativa, Usi e consuetudini e contratti collettivi di lavoro*, la serie delle *Voci per argomenti*), in parte formata da corrispondenza in copia del suo studio legale […], e in parte molto cospicua è costituita dalle pratiche dello stesso studio legale, che coprono un arco cronologico che va dalla metà degli anni Cinquanta alla fine degli anni Ottanta»[2473].

Quanto a quest'ultima documentazione, essa è suddivisa principalmente in *Voci per argomenti giuridici* e *Pratiche dei clienti dello Studio legale Mario Boneschi*. Le pratiche dei clienti avevano subito parecchi scarti, all'inizio ad opera dello stesso Boneschi, com'è consueto fare presso gli studi legali con le posizioni chiuse ormai da anni. Dopo la morte del titolare, però, non sono stati effettuati nuovi scarti. Tuttavia anche su questo tipo di documentazione il divieto all'accesso non è assoluto potendo inoltrare agli eredi Boneschi motivate richieste di consultazione nonostante le caratteristiche di queste carte richiedano sempre l'accortezza di individuare il confine tra ciò che può essere consultato e ciò che, al contrario, è coperto dai vincoli di riservatezza che insistono sulla documentazione conservata nei fascicoli processuali.

Di recente, sono stati pubblicati due volumi che si soffermano sulla vita e l'attività professionale di due avvocati molto presenti nelle cronache giudiziarie del dopoguerra, Adolfo Gatti (1919-2001) e Franzo Grande Stevens (1928). Del primo – avvocato di cultura laica vicino alle posizioni del «Mondo» di Pannunzio e per anni legale di fiducia de «L'Espresso» - è stato pubblicato un volume, *Scritti dell'avvocato Adolfo Gatti*[2474] che raccoglie molti suoi articoli nella cui prefazione la curatrice, l'avvocato Giovanna Corrias Lucente, già sua collaboratrice, scrive:

Adolfo Gatti […] impose anche la distruzione del suo archivio. E' stata una grande perdita; quei faldoni, geometricamente ordinati, contenevano un lustro di storia d'Italia attraverso i processi. Ne aveva trattati centinaia, li aveva trattati e discussi, catalogati in ordine alfabetico in fascicoli dove riponeva i suoi appunti e le sue arringhe, – famose nei

[2471] F. Campobello, *L'archivio dell'avvocato Bianca Guidetti Serra. Prime considerazioni*, in «Il Piemonte delle autonomie», http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/index.php/1-archivio-dell-avvocato-bianca-guidetti-serra-prime-considerazioni. Più in generale si veda B. Guidetti Serra con S. Mobiglia, *Bianca la rossa*, Torino, Einaudi, 2009.
[2472] B. Boneschi e S. Twardzik, *L'archivio di Mario Boneschi*, in «Storia in Lombardia», a. XXXVI, n. 1, 2016, p. 174.
[2473] Ivi, p. 175.
[2474] *Scritti dell'avvocato Adolfo Gatti*, a cura di G. Corrias Lucente, Roma, Aracne, 2015.

ISSN 2279-7238

Fori italiani - scritte meticolosamente con un pennarello blu, corrette più volte e sottolineate in diversi colori che segnavano l'enfasi da porre su uno specifico passaggio argomentativo. Tutto era stato scrupolosamente studiato a tavolino, in ore di lavoro ed impegno; non trascurava nulla, persino all'apice della sua carriera, quando ormai era considerato un mito a livello nazionale[2475].

Il libro di Grande Stevens, *Vita d'un avvocato*[2476], riporta aneddoti e ritratti recuperati da una più che cinquantennale professione forense a partire dalla partecipazione al collegio difensivo – a fianco di Piero Calamandrei - di Ferruccio Parri nel processo che nel 1955 vide "Maurizio" opposto al deputato missino Franco Servello.

5. Gli archivi dei magistrati

Alla generale mancanza d'informazioni sulla presenza di eventuali archivi di magistrati – nonostante la recente uscita dai ruoli della magistratura ordinaria di protagonisti di primo piano di delicate inchieste su stragi, terrorismo, criminalità organizzata, tutela d'interessi collettivi (Giancarlo Caselli[2477], Rosario Priore[2478], Raffaele Guariniello[2479] solo per fare alcuni esempi di magistrati che hanno scritto su importanti inchieste che hanno seguito, dopo che si era concluso l'iter giudiziario) – si contrappone un importante progetto di recupero, salvaguardia e valorizzazione degli archivi personali degli aderenti all'Associazione Magistratura Democratica, promosso dalla stessa MD in occasione dei suoi cinquant'anni di attività.

Il 23 maggio 2014 è stata infatti firmata una convenzione fra MD e l'Istituto piemontese per la storia della Resistenza e della società contemporanea "Giorgio Agosti" (Istoreto) di Torino. Col sostegno finanziario della Compagnia di San Paolo è stato messo a punto un piano di recupero degli archivi dei suoi membri fondatori tra cui Federico Governatori, Giovanni Palombarini, Claudio Castelli, Luigi Marini, Sergio Mattone, Vittorio Borraccetti e Livio Pepino. Inoltre è stato acquisito il fondo Delegazioni consiliari di MD presso il Consiglio Superiore della Magistratura.

Sono stati finora realizzati il processo di digitalizzazione dei manifesti aggregati presenti nel fondo Delegazioni consiliari MD presso il CSM, la schedatura preliminare del fondo Federico Governatori in preparazione al riordino, l'avvio dell'attività di riordino del fondo Vittorio Borraccetti. Inoltre è stato portato a termine il documentario *Dall'archivio di MD: frammenti di una storia per i cittadini* (marzo 2015), proiettato in occasione dell'incontro

[2475] *Scritti dell'avvocato Adolfo Gatti*, cit., pp. 15-16.
[2476] F. Grande Stevens, *Vita d'un avvocato*, Torino, Aragno, 2017.
[2477] G. Caselli, *Le due guerre: perché l'Italia ha sconfitto il terrorismo e non la mafia*, Milano, Melampo, 2009, Idem, *Nient'altro che la verità: la mia vita per la giustizia fra misteri, calunnie e impunità*, con M. Lancisi, Milano, Piemme, 2015, Idem, G. Lo Forte, *La verità sul processo Andreotti*, Bari-Roma, Laterza, 2018
[2478] R. Priore, *Intrigo internazionale: perché la guerra in Italia. Le verità che non si sono mai potute dire*, con G. Fasanella, Milano, Chiarelettere, 2010, Idem, *La strage dimenticata: Fiumicino, 17 dicembre 1973*, con G. Paradisi, Reggio Emilia, Imprimatur, 2015, Idem, *I segreti di Bologna: la verità sull'atto terroristico più grave della storia Italiana*, con V. Cutonilli, Milano, Chiarelettere, 2016.
[2479] R. Guariniello, *La giustizia non è un sogno: perché ho creduto e credo nella dignità di tutti*, Milano, Rizzoli, 2017.

ISSN 2279-7238

pubblico *Un magistrato per i cittadini. A cinquant'anni dalla Fondazione di Magistratura Democratica Per un archivio degli aderenti* (Torino, 18 marzo 2015) e in occasione del XX congresso nazionale di MD (Reggio Calabria, 27-29 marzo 2015).

Sempre tra i magistrati potrebbe riservare sorprese un eventuale archivio del Consigliere di Stato e giudice della Corte Costituzionale, Gabriele Pescatore (1916-2016), protagonista dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, come presidente, per oltre vent'anni, della Cassa del Mezzogiorno.

6. Conclusioni

A conclusione di questo excursus tra le carte di giuristi – siano essi docenti universitari di materie giuridiche, avvocati, magistrati o dirigenti della pubblica amministrazione – risulta evidente come non sia più possibile prescindere dall'elemento biografico nel definire la personalità di un giurista, incrociando i dati provenienti dalla rete dei suoi corrispondenti, dalle iniziative scientifiche alle quali ha preso parte, dalle sue letture non specificamente giuridiche, dalla sua clientela se esercita la professione forense (sindacati, associazioni a tutela del consumatore), dai suoi incarichi governativi o paragovernativi, dalla sua azione come partecipante in quanto consulente a commissioni di studio per la riforma di leggi o codici, dall'attività pubblicistica su quotidiani e riviste a larga tiratura, dalla presenza - più o meno costante – del giurista nel discorso pubblico. La complessità e l'articolazione della documentazione presente nei fondi di giuristi, soprattutto del dopoguerra, ne fanno uno strumento ormai irrinunciabile per lo studio della storia delle istituzioni, della storia del diritto e della stessa storia contemporanea.

I risultati che seguono sono frutto dello sforzo individuale di chi scrive e dell'aiuto che gli è stato cortesemente fornito da amici e colleghi e non può certamente essere considerato rappresentativo di tutte le fonti archivistiche di questo genere, potenzialmente rintracciabili in Italia.

La lista che segue vuol essere semplicemente il risultato di una prima ricognizione su una tipologia particolare di archivio privato che, negli ultimi anni, sembra riscuotere un interesse sempre maggiore da parte degli studiosi.

SECOLO XIX

FRANCESCO CARRARA (1805-1888)	BIBLIOTECA STATALE, LUCCA – BIBLIOTECA UNIVERSITARIA, PISA
ENRICO CIMBALI (1855-1887)	COLLEGIO CAPIZZi, BRONTE (CT)

ISSN 2279-7238

FRANCESCO CRISPI (1818-1901)	ARCHIVIO DI STATO DI PALERMO (SOLO PER LE CARTE LEGALI)
CAMILLO FINOCCHIARO APRILE (1851-1916)	ISTITUTO GRAMSCI SICILIANO, PALERMO
PASQUALE STANISLAO MANCINI (1817-1888)	MUSEO CENTRALE DEL RISORGIMENTO, ROMA
DANIELE MANIN (1804-1857)	BIBLIOTECA DEL CIVICO MUSEO CORRER; VENEZIA
GIUSEPPE MONTANELLI (1813-1862)	ARCHIVIO CONTEMPORANEO "ALESSANDRO BONSANTI", GABINETTO VIEUSSEUX,FIRENZE
ANTONIO SCIALOJA (1817-1877)	FONADAZIONE LUIGI EINAUDI, ROMA
FEDERICO SCLOPIS (1798-1878)	ACCADEMIA DELLE SCIENZE, TORINO – DEPUTAZIONE DI STORIA PATRIA, TORINO
GIUSEPPE ZANARDELLI (1826-1903)	ARCHIVIO DI STATO DI BRESCIA

SECOLO XX

GIORGIO AGOSTI (1910-1992)	ISTITUTO PIEMONTESE PER LA STORIA DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, TORINO
GASPARE AMBROSINI (1886-1985)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
MAX ASCOLI (1898-1978)	HOWARD GOTLIEB ARCHIVAL RESEARCH CENTER, BOSTON
PAOLO BARILE (1917-2000)	ISTITUTO STORICO TOSCANO DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, FIRENZE

ISSN 2279-7238

LELIO BASSO (1903-1978)	FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO, ROMA
EMANUELE BATTAIN (1927-2006)	IVESER, VENEZIA
GIOVANNI BAVIERA (1875-1963)	ARCHIVIO PRIVATO (PALERMO)
PIETRO BERTOLINI (1859-1920)	ARCHIVIO FAMILIARE, MONTEBELLUNA (TV)
DANTE LIVIO BIANCO (1909-1953)	ISTITUTO PIEMONTESE PER LA STORIA DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, TORINO
RENZO BIONDO (1926-2013)	IVESER, VENEZIA
NORBERTO BOBBIO (1909-2004)	CENTRO STUDI PIERO GOBETTI, TORINO
MARIO BONESCHI (1907-1991)	ARCHIVIO PRIVATO, MILANO
GIUSEPPE BOTTAI (1895-1959)	FONDAZIONE ARNOLDO E ALBERTO MONDADORI, MILANO
MARIO BRACCI (1900-1959)	ARCHIVIO DI STATO, SIENA
ATTILIO BRUNIALTI (1849-1920)	BIBLIOTECA CIVICA BERTOLIANA, VICENZA
MARIO CAGLI (1918-1983)	BIBLIOTECA DELL'ARCHIGINNASIO, BOLOGNA
PIERO CALAMANDREI (1889-1956)	ISTITUTO STORICO TOSCANO DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, FIRENZE - BIBLIOTECA ARCHIVIO PIERO CALAMANDREI, MONTEPULCIANO (SIENA)
GUIDO CALOGERO (1904-1986)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
UMBERTO CAMPAGNOLO (1904-1976)	ARCHIVI STORICI DELL'UE, FIRENZE

ISSN 2279-7238

MAURO CAPPELLETTI (1927-2004)	ARCHIVI STORICI DELL'UE, FIRENZE
LEONIDA CASALI (1898-?)	ISTITUTO PER LA STORIA E LE MEMORIE DEL NOVECENTO FERRUCCIO PARRI, BOLOGNA
GIOVANNI CASSANDRO (1913-1989)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
ANTONIO CASSESE (1937-2011)	ARCHIVI STORICI DELL'UE, FIRENZE
WIDAR CESARINI SFORZA (1886-1965)	BIBLIOTECA CIVICA MARIO COLOMBI GUIDOTTI, PARMA
EDUARDO CIMBALI (1862-1934)	COLLEGIO CAPIZZi, BRONTE (CT)
GIUSEPPE CIMBALI (1858-1924)	COLLEGIO CAPIZZi, BRONTE (CT)
GIOVANNI COLLI (1906-1990)	ARCHIVIO STORICO DELLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA, ROMA
FRANCESCO COSSIGA (1928-2010)	ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, ROMA
FRANCESCO DE MARTINO (1907-2002)	ARCHIVIO STORICO DEL SENATO, ROMA
ENRICO DE NICOLA (1877-1959)	ARCHIVIO STORICO DELLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA, ROMA
GIORGIO DEL VECCHIO (1878-1970)	DIPARTIMENTO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO, FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITA' LA SAPIENZA, ROMA
MARIO DELLE PIANE (1914-1989)	ISTITUTO STORICO DELLA RESISTENZA, SIENA
MARIO EINAUDI (1904-1994)	FONDAZIONE LUIGI EINAUDI, TORINO

ISSN 2279-7238

LEOPOLDO ELIA (1925-2008)	ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, ROMA
ANTONIO ERA (1889-1961)	DIPARTIMENTO DI SIENZE GIURIDICHE, UNIVERSITA' DI SASSARI
ENRICO FERRI (1856-1929)	FONDAZIONE DI STUDI STORICI "FILIPPO TURATI", FIRENZE
PASQUALE FILASTO' (1917-2000)	ISTITUTO STORICO TOSCANO DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, FIRENZE
ALESSANDRO GALANTE GARRONE (1909-2003)	ISTITUTO PIEMONTESE PER LA STORIA DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, TORINO
ETTORE GALLO (1914-2001)	ISTITUTO STORICO DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA ETTORE GALLO, VICENZA
AMEDEO GIANNINI (1886-1960)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
MASSIMO SEVERO GIANNINI (1915-2000)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
GINO GIUGNI (1927-2009)	FONDAZIONE PIETRO NENNI, ROMA
GUIDO GONELLA (1905-1982)	FONDAZIONE ISTITUTO LUIGI STURZO, ROMA
ANGIOLO GRACCI (1920-2004)	ISTITUTO STORICO TOSCANO DELLA RESISTENZA E DELL'ETA' CONTEMPORANEA, FIRENZE
BIANCA GUIDETTI SERRA (1919-2014)	CENTRO STUDI PIERO GOBETTI, TORINO
ARTURO CARLO JEMOLO (1891-1981)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA

ISSN 2279-7238

SILVANO LABRIOLA (1935-2005)	ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, ROMA
GIORGIO LA PIRA (1904-1977)	FONDAZIONE GIORGIO LA PIRA, FIRENZE
GIOVANBATTISTA LAZAGNA (1923-2003)	ISTITUTO PER LA STORIA DELLA RESISTENZA E DELLA SOCIETA' CONTEMPORANEA IN PROVINCIA DI ALESSANDRIA
PIER SILVERIO LEICHT (1874-1956)	ARCHIVIO DI STATO DI UDINE
GIOVANNI LEONE (1908-2000)	ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, ROMA
LIONELLO LEVI SANDRI (1910-1991)	ARCHIVI STORICI DELL'UE, FIRENZE
LUIGI LUZZATTI (1841-1927)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA – ISTUTO VENETO DI SCIENZE, LETTERE ED ARTI, VENEZIA
FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO (1938)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
GIACOMO MATTEOTTI (1885-1924)	FONDAZIONE DI STUDI STORICI "FILIPPO TURATI", FIRENZE
FRANCESCO MENESTRINA (1872-1961)	BIBLIOTECA COMUNALE DI TRENTO
SALVATORE MESSINA (1882-1950)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
ALDO MORO (1916-1978)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA – CENTRO DOCUMENTAZIONE ARCHIVIO FLAMIGNI
COSTANTINO MORTATI (1891-1985)	FONDAZIONE PAOLO GALIZIA, ROMA
GAETANO MOSCA (1858-1941)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA

ISSN 2279-7238

VITTORIO EMANUELE ORLANDO (1860-1952)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
MARIO PALERMO (1898-1985)	ISTITUTO CAMPANO PER LA STORIA DELLA RESISTENZA VERA LOMBARDI, NAPOLI
SERGIO PANUNZIO (1886-1944)	FONDAZIONE UGO SPIRITO E RENZO DE FELICE, ROMA
FEDERICO PATETTA (1867-1945)	BIBLIOTECA APOSTOLICA VATICANA, ROMA
GIUSEPPE PERA (1928-2007)	ARCHIVIO DI STATO, LUCCA
IGINO PETRONE (1870-1913)	ARCHIVIO DI STATO DI CAMPOBASSO
ANTONIO PIGLIARU (1922-1969)	ARCHIVIO FAMILIARE, SASSARI
EDUARDO PIOLA CASELLI (1868-1943)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
LUIGI RAVA (1860-1938)	BIBLIOTECA CLASSENSE, RAVENNNA
EGIDIO REALE (1888-1958)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
ARTURO RICCI BUSATTI (1868-1923)	ARCHIVIO FAMILIARE, SORANO (GR)
MARIO ROTONDI (1900-1984)	BIBLIOTECA ARCHIVIO COLLEGIO BORROMEO, PAVIA
ROBERTO RUFFILLI (1937-1988)	BIBLIOTECA DELL'UNIVERSITA' – CAMPUS DI FORLI', BIBLIOTECA CENTRALE ROBERTO RUFFILLI
MEUCCIO RUINI (1877-1970)	BIBLIOTECA PANIZZI, REGGIO EMILIA
MARIA RITA SAULLE (1935-2011)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
ANTONIO SALANDRA (1853-1931)	BIBLIOTECA COMUNALE RUGGERO BONGHI, LUCERA (FOGGIA)

ISSN 2279-7238

MARIO SBRICCOLI (1940-2005)	CENTRO DI DOCUMENTAZIONE SUI PARTITI E MOVIMENTI POLITICI NELLE MARCHE IN ETA' CONTEMPORANEA, MACERATA
LUIGI SCATTURIN (1919-2009)	IVESER, VENEZIA
UGO SPIRITO (1896-1979)	FONDAZIONE UGO SPIRITO E RENZO DE FELICE, ROMA
UMBERTO TERRACINI (1895-1983)	ARCHIVIO COMUNALE DI ACQUI TERME
PIETRO TORELLI (1880-1948)	ARCHIVIO DI STATO DI MANTOVA
SILVIO TRENTIN (1885-1944)	BIBLIOTECA CIVICA, JESOLO (VENEZIA) – CENTRO STUDI PIERO GOBETTI, TORINO
GIULIANO VASSALLI (1915-2009)	FONDAZIONE DI STUDI STORICI "FILIPPO TURATI", FIRENZE
EDOARDO VOLTERRA (1904-1984)	ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, ROMA
GIAN LUCA ZANETTI (1872-1926)	ISTITUTO NAZIONALE FERRUCCIO PARRI, MILANO (SEZIONE LEGALE), BIBLIOTECA ANGELO MAI, BERGAMO, (SEZIONE EDITORIALE E GIORNALISTICA)

ISSN 2279-7238

Des jouristes, pourquoi faire? Does legal thinkers matter? La valorizzazione degli archivi dei giuristi nell'era digitale*

di Paolo Massa**

"*Una fonte inutile?*" si domanda Andrea Becherucci nel suo pregevole saggio dedicato agli "Archivi dei giuristi". Indubbiamente no, risponderei: e per tre ordini di ragioni. I documenti ed i carteggi conservati negli archivi privati di studiosi ed operatori del diritto consentono anzitutto di ricostruire la maturazione del loro itinerario di pensiero, perfezionatosi affiorando nella pubblicazione dei loro lavori scientifici e/o nelle posizioni assunte attraverso il concorso ai processi di elaborazione normativa o giurisdizionale.

In tal senso, questo tipo di fonti archivistiche può concorrere in modo significativo ad integrare le fonti di produzione istituzionale nella prospettiva di analisi del loro sviluppo storico nel cui prisma si riflette e si scompone la luce – o talora , il buio – della riflessione giuridica.

Ed infine – prospettiva tutt'altro che trascurabile, come dimostra il filone di studi di cultura storico-giuridica a cui autorevolmente hanno contribuito, fra gli altri, in Italia i lavori di Fulco Lanchester, Maurizio Fioravanti e Guido Melis – particolare valore degli archivi dei giuristi può rilevarsi nel ruolo, talora determinante, che rivestono fra le fonti di carattere bio-bibliografico. Nell'era digitale peraltro, le potenzialità di ricerca offerte dalle tecnologie informatiche nell'interconnesione fra le fonti archivistiche incrementano di fatto l'interesse scientifico dei singoli archivi che, se adeguatamente valorizzati attraverso l'inventariazione informatizzata e la divulgazione in rete, non sono più solo pregevoli entità isolate che la curiosità e la cultura del ricercatore riesce a far dialogare ma entrano a far parte di un universo reticolare – l'espressione è immaginifica ma è proprio quella attraverso cui

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno '*Gli archivi dei giuristi e la loro tutela*' svolto presso la Sala del Refettorio della Biblioteca della Camera dei deputati il 12 aprile 2018.

** Direttore Archivio Storico della Camera dei Deputati.

ISSN 2279-7238

formicolano i portali ed i motori di ricerca in rete – che ne moltiplica le prospettive di analisi e riflessione scientifica.

Un esempio eloquente in tal senso proviene dall'esperienza degli "Archivi degli architetti", il portale di ricerca promosso nell'ambito del Sistema Archivistico Nazionale[2480]. In tal caso, la potenza espressiva delle tavole progettuali si manifesta pienamente attraverso la rete, notoriamente il luogo dove "molto si guarda e poco si legge", con buona pace delle suggestioni del "pensiero veloce". Quello dei giuristi, al contrario, è un pensiero necessariamente lento, dove anzi la velocità oltre misura rischia di stridere con i requisiti di equilibrio e ragionevolezza a cui si correla, nel sentire comune, la percezione della giustizia, faticosamente costruita attraverso il diritto. Ed è anzi forse nella prospettiva di contribuire a diffondere un'idea del giurista come costruttore della giustizia attraverso il diritto che un progetto di valorizzazione degli archivi dei giuristi può rivelarsi più proficuo in una società contemporanea che, non solo nell'esperienza italiana, tende a stigmatizzarne la funzione secondo una variegata gamma interpretativa, non sempre benevola ed in gran parte modellata su stereotipi consolidati[2481]. Specialmente invece per chi si avvia ad intraprendere studi giuridici, è estremamente utile maturare la consapevolezza che il giurista non è semplicemente un tecnico delle norme quanto piuttosto, in primo luogo, l'assertore e l'interprete di una cultura che dall'esperienza storica e sociale trae la materia grezza per i delicati manufatti che produce e che alla società ed alla storia restituisce affinché, interagendovi, generino, auspicabilmente, progresso civile.

Per questo quindi occorrono e contano i giuristi nella progettazione architettonica della società ed in questo sembrano trovare risposta gli interrogativi che mi è sembrato potessero fungere da titolo evocativo per questo breve contributo, ispirati a due volumi pubblicati, in Francia e nel Regno Unito, in due particolari passaggi storici dell'evoluzione del sistema parlamentare, che hanno alimentato un significativo dibattito giuridico e politologico: rispettivamente, a circa dieci anni dall'entrata in vigore della Costituzione della

[2480] Il portale è consultabile in rete all'indirizzo: http://www.architetti.san.beniculturali.it/web/architetti/home;jsessionid=1C53032FD41A0371D0F70AC8374CDA05.sanarchitetti_JBOSS

[2481] Cfr. al riguardo, da ultimo, le considerazioni di Gustavo Zagrebelsky in *Diritto allo specchio*, Torino: Einaudi, 2018, in particolare il cap. XI (*Il diritto come professione*), § 10 e ss.

ISSN 2279-7238

V Repubblica francese e, quasi trent'anni dopo, nel corso della riflessione sulla riforma del parlamentarismo inglese[2482].

Concorrono a suffragare questa opinione sulla rilevanza degli archivi dei giuristi alcune esperienze straniere che giova, pur brevemente, ripercorrere, in chiave comparativa rispetto alla situazione rilevabile nel nostro Paese. Ad una prima sommaria ricognizione, i cui esiti sono riportati nella breve sitografia allegata ad integrazione e conclusione di questo contributo, un modello descrittivo di sintesi evidenzia quattro elementi specifici: il ruolo svolto dalle grandi istituzioni archivistiche nazionali, su cui tendono a polarizzarsi numerosi archivi di persone; la tradizione al riguardo consolidatasi in ambito accademico a cui l'informatizzazione degli archivi storici delle università ha impresso notevole sviluppo conoscitivo; in terzo luogo, il ruolo tradizionalmente svolto da specifiche istituzioni pubbliche e private, di generale valenza culturale oltre che archivistica; ed infine, il carattere peculiare del contesto anglo-americano, per l'importanza e la ricchezza - culturale e materiale – dei circuiti delle grandi facoltà giuridiche e per la particolare rilevanza conoscitiva che in quel contesto assumono gli archivi de giudici e degli avvocati.

A fronte di questo quadro, qui delineato in maniera fin troppo sommaria, la situazione italiana presenta alcune analogie, in particolare per quanto concerne il patrimonio di archivi di giuristi conservato presso le grandi istituzioni archivistiche nazionali o presso Istituti e Fondazioni private, ma sembra nel complesso ispirata a quel "policentrismo e pluralismo conservativo" evocati da Linda Giuva nel volume del 2007 sul "potere degli archivi"[2483].

E' nella storia del nostro Paese una peculiare tendenza alla frammentazione municipalistica che, entro determinati limiti, può anche assumere valenza positiva come fonte di varietà e ricchezza delle esperienze locali ed antidoto all'accentramento autoritario;

[2482] André Chandernagor, *Un Parlement pour quoi faire?*, Paris : Gallimard, [1967]; Philip Norton, *Does Parliament matter?*, New York [etc.] : Harvester Wheatsheaf, 1993.
[2483] Cfr. Linda Giuva, Stefano Vitali, Isabella Zanni Rosiello, *Il potere degli archivi: uso del passato e difesa dei diritti nella società contemporanea*, Milano : Bruno Mondadori, 2007.

ISSN 2279-7238

oltre determinati limiti però, questa tendenza rivela i propri limiti producendo disomogeneità, inefficienza e, di fatto, immobilismo e spirito conservativo.

Le molteplici realtà archivistiche, del nostro Paese, nonostante le rispettive e notevolissime potenzialità culturali e scientifiche, presentano un quadro generale piuttosto disomogeneo, con situazioni di ammirevole progresso affiancate ad altre in auspicabile via di sviluppo; molte risorse risultano di fatto difficilmente tracciabili e moltissime, per cui non si dispone di strumenti di ricerca archivistica (i c.d. "mezzi di corredo") o quelli disponibili sono solamente cartacei, non hanno modo di entrare nel circuito dell'intercomunicabilità.

Per quanto concerne gli archivi dei giuristi, l'utile censimento condotto da Andrea Becherucci sembra confermare, in scala ridotta, queste tendenze generali. In particolare, vi vengono individuati 92 nominativi di giuristi, per un numero complessivo di 96 archivi, con quattro casi (Francesco Carrara, Luigi Luzzatti, Aldo Moro e Silvio Trentin) di complessi documentali non concentrati presso un unico soggetto conservatore.

In 78 casi, il soggetto conservatore è un Ente o Archivio Pubblico; in 13 casi, una Fondazione e nei 5 casi residui altri soggetti privati. Quanto al grado di ordinamento ed inventariazione dei documenti, per 22 archivi sono disponibili inventari informatizzati – di cui 12 consultabili in rete e 10 in locale – e per 56 archivi risulta invece disponibile solo un inventario a stampa. I rimanenti 18 archivi risultano non inventariati o non verificabili.

A questo variegato novero di rilevanti complessi documentali, l'Archivio storico della Camera dei Deputati concorre con tre archivi privati, rispettivamente di Leopoldo Elia

ISSN 2279-7238

(1925-2008)[2484], di Silvano Labriola (1935-2005)[2485] e di Francesco Cossiga (1928-2010)[2486]. Un caso particolare è inoltre rappresentato da Giovanni Leone, citato nel Censimento Becherucci, per il quale tuttavia l'Archivio storico della Camera conserva solo un pregevole documento audiovisivo registrato il 6 ottobre 1989 nell'ambito delle raccolte di "fonti di memoria orale", promosse dalla Sovrintendente Giuliana Limiti[2487].

Una proficua prospettiva di valorizzazione degli archivi dei giuristi potrebbe derivare dalla realizzazione di un portale specializzato che ne costituisca il punto di convergenza, interrelazione ed accesso unificato in rete. A tal fine, le considerazioni finora svolte a partire dai dati raccolti da Andrea Becherucci consentono di prefigurare un possibile cronoprogramma. A partire infatti dal nucleo dei 96 archivi finora individuati si può anzitutto attivare una più ampia rete di contatti accademici ed istituzionali per ampliarne la consistenza; in tale prospettiva, è auspicabile che l'attivazione delle sensibilità culturali per la valorizzazione di questo tipo di fonti archivistiche possa innescare un effetto di moltiplicazione, nella prospettiva di un progetto comune.

Parallelamente, occorre conseguire un livello omogeneo di informatizzazione fra gli archivi individuati. Per gli archivi da inventariare, occorre promuovere un progetto specifico condotto da archivisti professionisti; per gli archivi che invece siano già corredati da un inventario cartaceo, basta promuoverne il riversamento in una base dati archivistica

[2484] L'archivio privato di Leopoldo Elia è stato donato alla Camera dei Deputati nel 2009; nel 2014 è stata ultimata l'attività di ordinamento ed inventariazione analitica informatizzata per una consistenza di 462 bb. e 2180 fasc. Nel 2018 si prevede di rendere consultabile in rete l'inventario informatizzato in occasione de decennale della scomparsa del Prof. Elia.

[2485] L'archivio privato di Silvano Labriola è stato donato alla Camera dei Deputati nel 2010; nel 2011 è stata ultimata l'attività di ordinamento ed inventariazione analitica informatizzata per una consistenza di 16 bb. e 407 fasc. L'inventario a stampa è stato pubblicato nel 2015, nel volume n. 16 della collana dei "Quaderni dell'Archivio storico della Camera dei Deputati. La versione informatizzata dell'inventario sarà resa consultabile in rete nell'anno in corso, attraverso la nuova interfaccia del sito internet dell'Archivio storico.

[2486] L'archivio privato di Francesco Cossiga è stato donato alla Camera dei Deputati nel 2012; nel 2016 è stata ultimata l'attività di ordinamento ed inventariazione analitica informatizzata per una consistenza di 307 bb. e 3475 fasc. Nel 2018 si prevede di rendere consultabile in rete l'inventario informatizzato in concomitanza alla ricorrenza del centenario della nascita del Presidente Cossiga.

[2487] Il caso del Presidente Leone appare peraltro emblematico riguardo alla potenziale volatilità delle informazioni circa la documentazione archivistica: è nota a pochi addetti ai lavori la suggestiva raccolta delle registrazioni audiovisive in undici puntate delle lezioni sul processo penale che il Prof. Leone tenne nel 1969 per gli Allievi ufficiali della Guardia di Finanza, attualmente conservata nell'ambito dell'Archivio audiovisivo – Fototeca del Museo storico della Guardia di Finanza. Esprimo al riguardo un sentito ringraziamento al Maggiore Gerardo Severino, Direttore del Museo Storico e Comandante del Centro Studi Storici e Beni Museali del Quartier Generale Guardia di Finanza, per le puntuali informazioni che mi ha fornito in merito a questa originale e preziosa fonte archivistica.

ISSN 2279-7238

attraverso la disponibilità di un software adeguato. In tale ambito, può essere segnalata la disponibilità del Servizio Informatica della Camera dei Deputati a condividere gratuitamente, attraverso appositi protocolli di riuso, il software open source di gestione archivistica xFea.

Se quindi il software può essere reso disponibile gratuitamente, eventuali oneri riguarderebbero la remunerazione della professionalità archivistica e la progettazione dell'architettura informatica del portale. Sul primo versante, sarei molto felice se si potesse configurare un'iniziativa interistituzionale e spero vivamente che l'iniziativa di questo convegno, promosso dal Prof. Lanchester e dalla Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà", possa segnare l'avvio di una comune riflessione e di una campagna di sensibilizzazione.

In alternativa, è ipotizzabile e tutta da studiare, la prospettiva di un finanziamento europeo, che dovrebbe avere come interlocutore necessario il Ministero dei beni e delle Attività Culturali. Esiste al riguardo un Osservatorio sui bandi europei e dalle verifiche che ho potuto compiere in preparazione di questo intervento, non risultano al momento pubblicati bandi che possano riguardare tale settore specifico[2488].

Una terza ipotesi, più, per così dire "artigianale" e che mi convince di meno - nel presupposto che, pur nei limiti delle risorse disponibili, ogni lavoro debba essere remunerato – potrebbe riguardare la semplice immissione dei dati degli inventari già disponibili da parte di diplomandi delle scuole di archivistica per i quali, secondo le direttive

[2488] Osservatorio dei Programmi Internazionali per le Biblioteche – Nuovi Bandi 2017-2018

http://www.opib.librari.beniculturali.it/index.php?it/528/nuovi-bandi-europei-2017-2018

http://www.opib.librari.beniculturali.it/index.php?it/234/programmi-di-finanziamento-europei-2014-2020

2018 Anno europeo del patrimonio culturale - OPIB - Osservatorio dei Programmi Internazionali per le Biblioteche

http://www.opib.librari.beniculturali.it/index.php?it/529/2018-anno-europeo-del-patrimonio-culturale

ISSN 2279-7238

dei rispettivi docenti, tale opportunità possa costituire un occasione di utile esperienza pratica. Se ne potrebbe ad esempio accennare, per un parere ed ogni altro utile suggerimento, all'Associazione Nazionale Archivistica Italiana, che è l'ente associativo che riunisce gli archivisti italiani e ne promuove l'aggiornamento e la formazione.

C'è molto quindi su cui avviare una riflessione ed una serie di iniziative condivise che spero vivamente possano scaturire dall'iniziativa di questo primo convegno sull'argomento. Concluderei con l'indicazione di una possibile architettura del portale degli archivi dei giuristi, ispirata al portale commemorativo del Centenario della Repubblica di Weimar, 1919-2019[2489]. A parte l'attinenza dell'argomento con la storia del pensiero giuridico, può forse essere utile un esempio concreto di cosa ci piacerebbe realizzare per valorizzare gli archivi dei giuristi, sia per l'ampiezza della documentazione raccolta sia per l'ampio grado di ipermedialità e multimedialità che fanno di questo portale un modello conforme agli standard più avanzati.

L'invito è quindi ad esplorare non solo queste risorse ma anche il modo i cui sono organizzate e prospettate per convincersi e convincere – ove ce ne sia bisogno – su quanto gioverebbe uno strumento di questo genere alla formazione culturale ed accademica dei giuristi, oltre che alla corretta percezione del loro ruolo nella società.

[2489] Il portale è stato realizzato dall'Archivio federale tedesco (*Weimar - Die erste deutsche Demokratie*) ed è consultabile in rete all'indirizzo http://weimar.bundesarchiv.de/WEIMAR/DE/Navigation/Home/home.html .

ISSN 2279-7238

ALLEGATO

GLI ARCHIVI DEI GIURISTI

ALCUNI MODELLI STRANIERI

US

Library of Congress. Manuscript Division
Thurgood Marshall Papers, 1949-1991
http://findingaids.loc.gov/db/search/xq/searchMfer02.xq?_id=loc.mss.eadmss.ms001047&_faSection=overview&_faSubsection=did&_dmdid=

Library of Congress. Digital Collections. James Madison Papers, 1723 to 1859
https://www.loc.gov/collections/james-madison-papers/about-this-collection/

Library of Congress. Digital Collections. Alexander Hamilton Papers
https://www.loc.gov/collections/alexander-hamilton-papers/about-this-collection/

Yale University Library – Manuscripts and Archives
https://web.library.yale.edu/mssa

John Hart Ely papers
http://drs.library.yale.edu/HLTransformer/HLTransServlet?stylename=yul.ead2002.xhtml.xsl&pid=mssa:ms.1976&clear-stylesheet-cache=yes

Harvard Law School Library Digital Collections and Exibitions
https://hls.harvard.edu/library/digital-collections-and-exhibitions/

Oliver Wendell Holmes, Jr. Digital Suite
http://library.law.harvard.edu/suites/owh/

Joseph Story Digital Suite
http://library.law.harvard.edu/suites/story/

University of Louisville. The Louis D. Brandeis Collection
https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection

Harvard Law School - Louis D. Brandeis Papers Ruthenberg v. Michigan

ISSN 2279-7238

https://hls.harvard.edu/library/digital-collections-and-exhibitions/louis-d-brandeis-papers-ruthenberg-v-michigan/

UK

UK National Archives - Lawyers
http://www.nationalarchives.gov.uk/help-with-your-research/research-guides/lawyers/

British Library - Named Manuscripts Collections and Archives
http://www.bl.uk/reshelp/findhelprestype/manuscripts/namedmanuscripts/namedmanuscriptsh/index.html?Go.x=10&Go.y=24&Go=Submit&filter=0&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=public_reshelp&client=public_reshelp&site=public_reshelp

UK Society of Legal Scholars
http://ials.sas.ac.uk/library/archives/about-archives-held-institute-advanced-legal-studies-ials/records-legal-15

UK Law Society – Corporate Archive
http://www.lawsociety.org.uk/support-services/library-services/corporate-archive/

The Collected Papers of Frederic William Maitland
http://oll.libertyfund.org/titles/871

University of Edinburgh Archive and Manuscript Collections - Papers of Professor Albert Venn Dicey
https://archives.collections.ed.ac.uk/repositories/2/resources/282

GER

Deutsche Digitale Bibliothek - Archivportal
https://www.archivportal-d.de/?query=triepel+jurist&offset=0&facetValues%5B%5D=provider_id%3DVSHJWG7QLS7Y3NS2HKE43E5Q5NJ7OCLS

Bundesarchiv – Zentrale Datenbank Nachlässe
http://www.nachlassdatenbank.de/viewall.php?sid=57dc41135ace1cd05ede3

FRA

FRA - Archives Nationales de France - Fonds privés - Instruments de recherche par série
http://www.archivesnationales.culture.gouv.fr/chan/chan/ap03.html#APperso

ISSN 2279-7238

FRA - Archives Michel Debré
(Fondation Nationale des Sciences Politiques (FNSP). Centre d'histoire de Sciences Po)
http://chsp.sciences-po.fr/fond-archive/debre-michel

> **(Jérôme Perrier**, https://www.cairn.info/revue-histoire-politique-2013-3-page-155.htm)

Lettres de François Gény à Raymond Saleilles (1892-1912)
http://www.lextenso-editions.fr/evenements/lettres-de-francois-geny-raymond-saleilles-1892-1912-une-trajectoire-intellectuelle-corre

SPA

SPA - Archivo Cortina y Aranzana
(Fundación Cortina- Domingo Romero Grande)
http://www.dvr.euv-frankfurt-o.de/ejcl/index2.html

SPA – Universidad de Salamanca
Catedráticos (Siglos XV-XVII)
http://ausa.usal.es/espinosa_extractos_profesion2.php?libros=ESPINOSA8N.1D&libros2=Catedráticos (Siglos XV-XVII)

SPA – Universidad Complutense de Madrid - Archivo General
https://www.ucm.es/presentacion-e-historia-del-archivo

ISSN 2279-7238

Le carte dei giuristi tra esperienza giuridica e vita delle persone*

di Giuseppe Filippetta**

L'intervento di Andrea Becherucci ha messo a fuoco, con grande precisione e con sicura competenza, le cause del disinteresse degli storici, dei giuristi e degli storici del diritto per gli archivi dei giuristi. Io vorrei soffermarmi innanzi tutto sull'estrema ritrosia dei giuristi nell'utilizzare gli archivi nei loro studi, e vorrei farlo partendo dalla ragione di questa ritrosia indicata da Becherucci: i giuristi si interessano poco delle carte d'archivio se non per gli abbozzi o scritti inediti capaci di offrire elementi per lo studio di una determinata teoria o costruzione giuridica.

È di immediata evidenza il peso che in questo atteggiamento conoscitivo dei giuristi, e nel suo operare come freno all'interesse per gli archivi, hanno – in modo diverso e con intensità diversa - le concezioni normativistiche e istituzionalistiche del diritto e l'idea del rapporto tra storia e diritto e tra scienza giuridica e storia del diritto che queste concezioni portano con sé.

Per approfondire questo aspetto vorrei ricorrere alla riflessione di Riccardo Orestano, che ha mostrato come l'idea di 'ordinamento giuridico' sia l'equivalente dell'idea di sistema per i razionalisti e di organismo per i sociologi: l'ordinamento è un *ordo rerum* oggettivamente dato e i concetti che i giuristi elaborano sono un semplice riflesso di quell'*ordo*. In questo modo normativismo e istituzionalismo tendono a porre la scienza giuridica, specie nei suoi elementi biografici, fuori del proprio oggetto di studio, non consentendole di cogliere la propria partecipazione alla costruzione dell'oggetto del proprio sapere. Una partecipazione che invece c'è e che gli archivi dei giuristi possono aiutare a ricostruire.

Il riferimento a Orestano è importante non solo sul terreno della consapevolezza critica circa il modo di pensare e di fare storia dei giuristi, ma anche su quello dell'apertura di un nuovo tempo e di un nuovo spazio di riflessione, dentro i quali le carte d'archivio possano essere per i giuristi un rilevante strumento di conoscenza.

Una maggiore attenzione per il diritto come esperienza giuridica - e qui oltre a Orestano, Betti, Giuliani, Capograssi e Crifò, vorrei ricordare i recenti studi di Cervati e di Cerrone - consente di guardare al 'mondo del giuridico' senza distinguere e separare dentro di esso il 'mondo dei comportamenti umani' (e delle istituzioni cui gli uomini danno vita), il 'mondo delle norme' e il 'mondo delle attività di riflessione sui comportamenti e sulle norme' (il mondo della scienza giuridica). «Sotto questo aspetto - scrive Orestano - nessuna differenza si può fare tra fonti giuridiche e non giuridiche [...] Ancor più: in certi casi sono soltanto o quasi soltanto le cosiddette fonti extragiuridiche che ci permettono di conoscere o di intravvedere interi periodi o settori dell'esperienza romana».

---

* In Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno 'G*li archivi dei giuristi e la loro tutela*' svolto presso la Sala del Refettorio della Biblioteca della Camera dei deputati il 12 aprile 2018..

** Già Direttore della Biblioteca del Senato della Repubblica.

ISSN 2279-7238

Se ci si interessa del diritto come esperienza giuridica, le carte d'archivio dei giuristi assumono una grande importanza, anche per un aspetto che sempre Orestano ci indica quando ricorda che è un dato storico «il fatto che i giuristi in una determinata esperienza abbiano portato attenzione allo stillicidio da un tetto e "ignorato" quello dalle mani di seimila spartachisti crocefissi lungo la via Appia».

Questo passo di Orestano ci dice che lo scrivere dei giuristi, al pari del loro silenzio, ha sempre una motivazione storicamente situata, sta dentro la storia e anche dentro la storia personale di ciascuno di loro. Le carte d'archivio possono servire a ricostruire quella motivazione storicamente situata e a individuare con essa lo scopo, la funzione, i caratteri di una certa costruzione dogmatica, teoria o interpretazione giuridica.

Faccio alcuni esempi.

«Autarchia» è un neologismo inventato da Santi Romano nel 1897 per non usare le parole

«autonomia» e «decentramento» e per sostituirle con un nuovo termine capace di immergere nel tecnicismo giuridico dell'organizzazione amministrativa dello Stato, sino a farla scomparire, la questione politica dell'autonomia e dell'autogoverno delle comunità locali. Quel che Santi Romano fa, in nome della precisione dell'analisi giuridica, è sistematizzare le relazioni centro-periferia nel segno dell'assoluta prevalenza dello Stato e della riduzione dell'autonomia municipale a una specie particolare dell'amministrazione statale: il comune viene sottoposto all' assoluto controllo governativo e perde ogni valenza di rappresentanza dei cittadini.

Creando una nuova parola e usandola al posto di quelle prima impiegate, Santi Romano ipercentralizza il rapporto tra Stato e collettività locali, fa del comune un «oggetto dell'amministrazione dello Stato» e consegna al passato e al non-giuridico tutti gli ideali e i dibattiti municipalisti che, dalla Repubblica romana del 1849, avevano accompagnato le lotte del Risorgimento.

La situazione storica in cui Romano inventa la parola «autarchia» è la 'crisi di fine secolo', quando il presidente del consiglio Antonio Starabba di Rudinì ordina agli apparati statali di

«porre un freno efficace al movimento socialista. A quel movimento socialista che, con Andrea Costa, già nel 1883 aveva lanciato la parola d'ordine 'Impadroniamoci dei Comuni!' per sottrarre l'amministrazione comunale alle ingerenze del governo statale e per farne uno strumento della partecipazione democratica, dell'autogoverno e dell'emancipazione civile e sociale dei cittadini.

Il secondo esempio che voglio fare riguarda sempre Santi Romano, che insegna a Modena dal 1902 al 1908 e che vive da vicino gli scioperi agrari e in particolare i grandi scioperi parmensi che punteggiano tutto il 1907 destando attese di redenzione tra i lavoratori e grandissimo allarme tra i proprietari e la borghesia. Per comprendere il clima del momento basta ricordare la frase attribuita dalla stampa a Alceste De Ambris: «una scatola di cerini costa due soldi e contiene centoventi fiammiferi, sufficienti per incendiare altrettanti cascinali».

De Ambris e Masotti nel 1907 superano la concezione soreliana dello sciopero generale come mito palingenetico, e anche l'idea di Leone della sua natura spirituale e simbolica, per fare di esso una pratica

ISSN 2279-7238

concreta e non episodica di lotta e di autoeducazione del movimento dei lavoratori. Per De Ambris e Masotti il sindacato - articolato nelle Leghe, nelle Federazioni di mestiere e d'industria, nelle Camere del Lavoro - è il solo organismo nel quale si esprime la classe lavoratrice in vista della rivoluzione sociale.

Lo sciopero parmense del 1907 fu davvero impressionante: ventimila lavoratori della terra incrociano le braccia, sostenuti da seimila operai delle industrie dopo 56 giorni di serrata degli agrari; ottocento ciclisti affiggono nell'intera provincia i manifesti con l'ordine di sciopero; i lavoratori organizzano 'pentole comuniste' autogestite e l'ospitalità dei figli degli scioperanti presso famiglie di altre città.

È in questa concreta situazione storica che Santi Romano elabora la prolusione sullo Stato moderno e la sua crisi, che pronuncerà due anni dopo, e sappiamo cosa egli dirà del ruolo svolto dai sindacati nella dissoluzione del 'vecchio Stato moderno'. Non credo che si possa comprendere la prolusione romaniana se la si isola dal contesto in cui nasce, anzi penso che la stessa presenza di questa prolusione nella recente riflessione di tanti giuspubblicisti non sia che il segno del ritorno di antiche preoccupazioni.

Il terzo esempio riguarda invece Vezio Crisafulli, che a metà degli anni Cinquanta, precisamente tra il 1954 e il 1957, configura la sovranità popolare, sancita dall'articolo 1 della Costituzione, come sovranità dei singoli cittadini e concepisce il popolo sovrano come una moltitudine di singoli individui, sovrana di per sé, senza avere bisogno di essere rappresentata da un altro soggetto. Dopo il 1957 Crisafulli metterà in sonno e chiuderà in un cassetto questa ricostruzione della sovranità popolare, preferendo piuttosto sottolineare il ruolo fondamentale dei partiti politici e del sistema rappresentativo.

Queste due fasi del pensiero crisafulliano hanno a che fare con la vita e le scelte personali di Crisafulli, che dopo essere stato fascista, aver scritto (da giurista non militante, ma comunque consapevole) su riviste fasciste ed essere stato ascoltato consigliere giuridico di Dino Grandi, dal 1943 si schiera contro il regime. Aderisce prima all'Unione proletaria italiana di Giuliano Vassalli, poi al Movimento di unità proletaria per la repubblica socialista e poi al Psiup, della cui direzione è componente, oltre che essere uno dei principali curatori (con Eugenio Colorni e Achille Corona) dell'edizione romana dell'*Avanti!*. Passa quindi al Pci, del quale è, dal maggio del 1944 fino al gennaio 1957 (quando esce dal partito), il giurista di punta anche per lo stretto rapporto che instaura con Togliatti.

Soprattutto dal 1950 Crisafulli è il principale protagonista (anche in qualità di presidente del relativo comitato) della 'grande campagna in difesa della Costituzione' promossa dal Pci. In quel momento di durissimo scontro politico, Crisafulli - che nel 1950 pubblica addirittura un divulgativo *Manuale dei diritti del cittadino* - invoca la sovranità dei singoli cittadini quale riserva di potenza sovrana incastonata nel protagonismo dei singoli, per contrastare quelli che lui, in linea con la propaganda del Pci, chiama il «regime del 18 aprile» e «il tentativo di colpo di Stato di De Gasperi».

Questi tre esempi credo dimostrino la grande importanza che lo studio delle carte dei giuristi riveste per riflettere sull'esperienza giuridica, dentro la quale stanno i giuristi, le loro vite, le loro elaborazioni, le loro costruzioni dogmatiche. Queste carte sono indispensabili per comprendere il rapporto tra la riflessione del giurista e quanto accade intorno a lui, per scrutare dentro quella riflessione e provare a cogliere l'influenza su di essa esercitata tra la storia 'esterna' e quella personale, per tentare di comprendere ciò che spinge o che contribuisce a spingere il giurista a percorrere un determinato sentiero di pensiero.

Un'avvertenza mi pare però doverosa: gli archivi personali, non solo quelli dei giuristi, sono spesso una sorta di autobiografia o di biografia scritta dai familiari; e per questo molte volte non troviamo in essi carte che riguardano fatti o scelte che si vorrebbe far dimenticare. Faccio un solo esempio: non conosco a fondo l'Archivio Mortati, ma immagino che in esso non sia facile trovare documenti significativi sui suoi rapporti

ISSN 2279-7238

con il fascismo, sulla sua adesione al fascismo, di cui Mortati tante volte, con profondo e addolorato rimorso, ha parlato a Mario Galizia, il giurista che con maggior rigore morale ha affrontato il tema dei rapporti tra il costituzionalismo fascista e quello repubblicano.

Questa avvertenza, però, a sua volta mette sotto i nostri occhi l'importanza degli archivi dei giuristi, perché l'esistenza di una pluralità di archivi personali (e di inventari adeguati, magari disponibili *on line*) permette allo studioso di andare alla ricerca in altri archivi delle tracce di ciò che un determinato giurista ha voluto cancellare dal proprio. Penso in particolare agli epistolari e alla possibilità di rinvenire presso l'archivio di un giurista le lettere a lui inviate da un altro giurista. Viene qui in considerazione la fondamentale importanza dello stare in rete degli archivi e della loro digitalizzazione.

Tornando alle cause dello scarso interesse per le carte dei giuristi, a quelle segnalate da Becherucci ne aggiungerei un'altra, che riguarda specificamente lo scarso interesse degli storici per gli archivi dei giuristi e che consiste nella relativa separatezza esistente (soprattutto in passato, un po' meno oggi) tra la storia raccontata dai giuristi e quella raccontata dagli storici.

Credo che uno dei passaggi attraverso i quali si costituisce, a partire dalla fine dell'Ottocento, l'autonomia disciplinare della scienza giuridica, e in particolare della giuspubblicistica, sia il fare della storia dello Stato italiano una sezione (un paragrafo, un capitolo) del manuale giuspubblicistico. È questa una scelta che diventa tradizione, che arriva sino ai giorni nostri e che è strettamente legata al tema della continuità dello Stato.

Per la storia scritta dai giuristi gli storici mostrano da sempre un totale disinteresse, anzi spesso non la conoscono: quanti storici contemporanei sanno che nelle *Lezioni* di Vezio Crisafulli vi era un'intera sezione dedicata alla storia dello Stato italiano e che Manlio Mazziotti di Celso ha scritto per gli studenti un volume su quella storia?

Eppure – e faccio solo una delle tante osservazioni possibili – la scienza giuridica è stata una delle grandi protagoniste, anche attraverso la manualistica, di quella continuità dello Stato tra fascismo e Repubblica che tanto interessa gli storici. E la storia raccontata dai giuspubblicisti è stata un potentissimo strumento attraverso il quale generazioni e generazioni di studenti (poi diventati avvocati, magistrati, pubblici funzionari) sono state educate a vedere in un certo modo il rapporto tra lo Stato repubblicano e il passato, la vicenda formativa di quello Stato e i contenuti della Costituzione del 1947, e a interpretare in una certa maniera quegli stessi contenuti.

Consultare i documenti presenti negli archivi dei giuristi permetterebbe agli storici di scrutare più a fondo i fenomeni culturali e politici e ai giuristi di non trascurare il contesto di nascita delle proprie costruzioni e interpretazioni. Permetterebbe agli uni e agli altri di non dimenticare che il diritto è storia e vita, che la storia è storia delle vite delle persone e che il diritto sta dentro le vite delle persone, di quelle che lo creano, di quelle che lo interpretano, di quelle che lo invocano, di quelle che lo subiscono

ISSN 2279-7238

Gli archivi dei giuristi*

di Sabino Cassese**

Intervengo su due punti. Il primo: perché sono rilevanti gli archivi dei giuristi. Secondo: dove dovrebbero essere conservati e come.

Per quanto riguarda la prima domanda, penso che ci sia un problema più generale, relativo agli archivi degli uomini di cultura e delle professioni: noi ora siamo consapevoli del fatto che cultura non è soltanto il testo che viene prodotto (il libro di Orlando, il saggio di Ascarelli), ma anche il contesto nel quale è stato prodotto. Abbiamo oggi una idea più ampia di cultura, che deriva dall' influenza degli studi antropologici o degli studi sui rapporti tra testo e contesto (si pensi ai lavori di Genette).

Detto questo in generale, vi sono poi tre aspetti che riguardano i giuristi. Specialmente nell' area culturale francese, germanica e italiana, questi hanno svolto tre ruoli: di ricercatori e di insegnanti; di *public intellectuals* – si pensi al titolo di un famoso libro americano - o *public moralists* - secondo il titolo di un famoso libro inglese – o *opinion makers;* di uomini politici e di governo, quindi titolari di cariche pubbliche. In quell'albero genealogico che parte da Vittorio Emanuele Orlando, passa per Santi Romano, arriva a Giannini, vi sono: Orlando professore universitario, per trent' anni parlamentare, per dieci ministro, Presidente del Consiglio dei ministri e infine, data la sua lunga vita, anche protagonista di una parte delle vicende che riguardano il secondo dopoguerra. Santi Romano professore universitario chiamato da Mussolini a presiedere il Consiglio di Stato. Massimo Severo Giannini, impegnato con Nenni quale capo di gabinetto alla Costituente e più tardi Ministro della funzione pubblica nel governo Cossiga. Il primo e il terzo anche presenti nello "spazio pubblico" con scritti giornalistici. Gli archivi dei giuristi riflettono questo triplice ruolo.

Secondo: i giuristi fanno parte di comunità epistemiche non solamente nazionali. Alberto Trabucchi, professore dell'Università di Padova, dal 1962 diventa giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea e poi, dal '72 al '76, avvocato generale. La Corte di giustizia decide in questo periodo la famosa sentenza *Van Gend & Loos* e fa nascere la "comunità di diritto", pietra miliare dell'Unione.

Terza ragione dell'importanza degli archivi dei giuristi: lì vi sono le tracce della storia disciplinare, cioè della storia delle culture di settore. Ad esempio, Santi Romano aveva un archivio, anche con "copia lettere", conservato in maniera perfetta. L'ho consultato nei primi anni '70 (pare sia ora scomparso), scoprendo un libro non pubblicato dell'autore e potendo notare che vi era una fitta rete tra giuristi e tra giuristi e non- giuristi, che prescindeva dalle partizioni accademiche: vi si trovavano lettere di romanisti, di filosofi del

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno '*Gli archivi dei giuristi e la loro tutela*' svolto presso la Sala del Refettorio della Biblioteca della Camera dei deputati il 12 aprile 2018.

** Giudice emerito della Corte costituzionale e Professore emerito di Storia e Teoria dello Stato alla Scuola Normale Superiore di Pisa.

ISSN 2279-7238

diritto, di economisti. Ad esempio, Santi Romano si rivolse a Benedetto Croce, che era fuori del mondo universitario e del mondo dei giuristi, e a un filosofo, Giovanni Gentile, per la pubblicazione de "L'ordinamento giuridico". Dunque, vi era una forte interdisciplinarità, al di là del culto per la purezza del metodo giuridico.

Vengo alla seconda domanda. Abbiamo avuto un grande sviluppo della scienza archivistica italiana, ma la gestione degli archivi non è in buono stato. Ad esempio, gli archivi dei presidenti della Repubblica sono sparsi dovunque, uno addirittura su territorio dello Stato della Città del Vaticano.

Non reputo necessario accentrare tutti gli archivi nello stesso luogo, ma ritengo fondamentale costituire una rete di conoscenze, una mappa. Agli inizi del secolo, avendo dovuto gestire il problema dell'archivio e della biblioteca di Giannini, ho deciso di destinare le carte di Giannini all'Archivio centrale dello Stato, mentre la biblioteca è nella facoltà di giurisprudenza dell'università di Roma, regolarmente catalogata.

Per i giuristi che hanno avuto cariche pubbliche, il sovrintendente manda ai agli eredi una lettera di notifica, richiedendo il deposito all'Archivio centrale dello Stato. Questo è un criterio che va rispettato, anche se apre un problema ulteriore, quello di documenti pubblici, spesso a stampa, conservati negli archivi privati (è il caso delle carte Orlando e di quelle Giannini). Per questi ultimi, solo dopo averne fatto una selezione, le ho destinate all'Archivio centrale dello Stato. Ma va ricordato che la documentazione raccolta in preparazione di un'importante audizione parlamentare può essere molto rilevante per capire come è stato preparato il discorso parlamentare di un ministro. Ma questo tende ad essere dimenticato.

Concludo con un invito: cerchiamo di conservare gli archivi dei giuristi, ma lasciamo che qualcosa venga dimenticato, perché poco rilevante e anche perché le lacune acuiscono l'intelletto degli studiosi (pensate all'inventiva degli storici dell'antica Grecia che hanno solo brani di testi o frammentarie iscrizioni in una stele).

ISSN 2279-7238

Gli archivi dei giuristi e la loro tutela*

di Nicola Antonetti**

Ringrazio il Professor Fulco Lanchester che mi ha invitato a questo importante Convegno sugli Archivi dei giuristi, pur sapendo che non sono un'archivista, ma uno studioso di storia delle istituzioni e delle dottrine politiche che per il suo mestiere di docente universitario, nonché per personale interesse, ha frequentato vari archivi istituzionali e personali italiani degli ultimi due secoli. Sono qui, quindi, come Presidente dell'Istituto Luigi Sturzo di Roma solo per fornire dati e informazioni sul patrimonio archivistico dell'Istituto e per porre qualche quesito, spero non inopportuno, sul significato del termine 'giurista' e sul ruolo dei giuristi.

L'Istituto raccoglie ormai oltre cento archivi e le acquisizioni sono cresciute nell'ultima stagione: si tratta in buona parte di archivi appartenuti a rilevanti personalità del movimento e del mondo cattolico dell'Italia postunitaria, ma non mancano biblioteche e depositi archivistici di esponenti dell'alta cultura (universitaria e non) e delle scienze giuridiche. Un'intera parte degli archivi, inoltre, raccoglie la memoria storica della lunga esperienza politica del Partito popolare sturziano, attraverso i fondi dei suoi protagonisti, nonché della Democrazia Cristiana e delle vicende interne dei suoi organi direttivi centrali e periferici: si tratta di un patrimonio di carte (arricchito di fonti d'epoca come giornali, foto e filmati) sempre meglio utilizzabile per una ricostruzione non rapsodica della storia del nostro Paese dalla fine dell'Ottocento fino a tutto il Novecento.

Ogni ingresso di documenti, come è noto, è sempre complesso, a partire dalla loro acquisizione e conservazione, regolata da una specifica legislazione, passando per la loro indispensabile inventariazione, ormai non più solo cartacea ma anche informatizzata, fino alla loro eventuale totale o parziale digitalizzazione utile, tra l'altro, per la loro tutela. Queste operazioni, finalizzate alla fruizione degli archivi nel loro complesso, richiedono, come noto, spese e investimenti solo in parte coperti dallo Stato.

Per quanto riguarda il nostro patrimonio archivistico si attendono risultati importanti per l'avviata inventariazione sia del consistente fondo di Luigi Sturzo, finanziata per il prossimo triennio dal Mibact, sia di quello di Giulio Andreotti, che per la parte "esteri" è per ora finanziata dal Wilson Center Digital Archive e dall'Ambasciata di Roma della Repubblica Popolare della Cina.

Scontata, però, l'importanza di tali operazioni per rendere disponibili in un futuro che si spera prossimo gli archivi a livello globale, rimangono i problemi relativi all'addestramento dei giovani studiosi che, navigando in un mare sempre più vasto di carte digitalizzate, vanno istruiti a muoversi sempre e comunque da ipotesi di ricerca definite ma pur sempre

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno '*Gli archivi dei giuristi e la loro tutela*' svolto presso la Sala del Refettorio della Biblioteca della Camera dei deputati il 12 aprile 2018.

** Presidente dell'Istituto Luigi Sturzo e già ordinario di Storia delle Dottrine Politiche presso l'Università di Parma

ISSN 2279-7238

provvisorie, cioè, mantenendo la doverosa disponibilità a confermale o a smentirle di fronte a più ampie verifiche su documenti inediti o poco noti.

Dopo questa premessa, si può passare rapidamente ai 'giuristi'. Di questi ultimi sono conservate nell'Istituto Sturzo importanti fondi librari personali che qualificano la traccia della loro spesso articolata formazione come della loro rilevanza nel mondo delle scienze giuridiche. Tra queste mi limito a segnalare quella di oltre duemila volumi appartenuta a Fulvio Maroi, un accademico che dopo avere insegnato Diritto agrario divenne dal 1939 ordinario di Diritto civile presso l'Ateneo romano. Nell'unico contesto della sua biblioteca sono anche disponibili sia le fonti della civilistica e della cultura giuridica di tutta l'Europa dal Settecento al Novecento, sia buona parte della pubblicistica giuridica e filosofico-giuridica apparsa dopo il fascismo e donata a Maroi, spesso da giovani aspiranti accademici.

Per non tacere dei 2.506 volumi monografici del giurista e storico Fernando Della Rocca, libero docente universitario di diritto canonico, decano della Sacra Rota, vice presidente dell'Ordine degli Avvocati di Roma, autore di oltre 450 pubblicazioni tra monografie e articoli e, non ultimo, amico di Luigi Sturzo e tra i fondatori dell'Istituto a lui dedicato.

Per quanto riguarda, invece, i fondi archivistici di giuristi, certamente il più grande e completo presente in Istituto è quello di Guido Gonella con i suoi 2.942 fascicoli riordinati da tempo, oltreché una serie di volumi e di album fotografici. Gonella, esponente del tomismo giuridico del Novecento, allievo di Giorgio Del Vecchio e vicino a Giuseppe Capograssi, insegnò Filosofia del diritto nelle università di Bari e di Pavia[2490]. La ricchezza del suo archivio si spiega per i vari e importanti ruoli che il giurista svolse nella sua vita: per la sua predisposizione all'impegno di giornalista e per le sue posizioni notoriamente antifasciste fu un elemento di spicco prima della Federazione universitaria cattolica italiana diretta da mons. Gian Battista Montini e da Igino Righetti, poi del Movimento laureati cattolici fino alla stesura del cd. Codice di Camaldoli (1943-1945). Dopo la Liberazione fu eletto alla Costituente e rimase alla Camera per le prime cinque legislature del Parlamento repubblicano, assumendo la responsabilità di Ministeri cruciali per la rinascita democratica e costituzionale del Paese: infatti fu Ministro della pubblica istruzione, Ministro per l'attuazione della Costituzione e più volte Ministro di grazia e giustizia[2491].

Un rapido cenno va fatto anche ai 50 faldoni, non ancora riordinati ma dichiarati di notevole interesse storico dalla Soprintendenza Archivistica per il Lazio, del fondo di Federico Turano, fondatore e Presidente dal 1958 al 1971 dell'Istituto Internazionale di Studi Giuridici, poi riconosciuto ente di diritto pubblico, nonché autore di importanti saggi sul diritto penale e su temi nevralgici del dibattito sull'evoluzione democratica del nostro

[2490] In modo a mio avviso inspiegabile il nome di Gonella non compare nei due ponderosi volumi del *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna, Il Mulino 2013. Una puntuale ricostruzione della sua formazione giuridica è stata di recente condotta da C. Ciscato, *Natura, persona, diritto. Profili del tomismo giuridico nel Novecento*, Cedam, Milano 2013 spec. pp. 53-81.

[2491] Una ricostruzione della sua attività, anche di quella di giurista, in G. Bertagna, A. Canavero, A. D'Angelo, A. Simoncini (a cura di) *Guido Gonella tra governo, parlamento e partito*, 2 tomi, Soveria Mannelli, Rubbettino 2007.

ISSN 2279-7238

sistema rappresentativo come quello su *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia* (Giuffré, 1964).

Da citare infine la recente acquisizione della raccolta di carte di Antonio Amorth, illustre docente di Diritto amministrativo presso l'Università Statale di Milano, nonché di Diritto costituzionale presso l'Università cattolica, che, tra i suoi tanti scritti, pubblicò, come noto, già nel 1948 un volume su *La costituzione italiana (commento sistematico)*, Giuffré. Nelle carte sono presenti testi di prolusioni universitarie e una serie di epistolari specie della stagione della Costituente che attestano i suoi rapporti con Dossetti, con Mortati, con Fanfani e con De Gasperi[2492].

Ora vorrei avanzare qualche risposta agli interrogativi cui accennavo all'inizio del mio intervento, perché implicano la possibilità e l'utilità di indirizzare le ricerche su una parte consistente del nostro patrimonio archivistico. Come definire in modo persuasivo il termine 'giurista' e quindi il ruolo pubblico dei giuristi, una volta che non ci si limiti a considerare unicamente la loro attività accademica? Mi pare superfluo riprendere la secolare polemica sulle tante posizioni pubbliche svolte dagli 'avvocati' nell'intera storia d'Italia[2493]. Piuttosto, pare opportuno considerare la cultura giuridica in senso più generale, quindi non solo quella dei giuristi 'professori' e/o giuristi 'positivi', ma anche quella di coloro che hanno portato contributi importanti su questioni essenziali della storia giuridica e istituzionale. In altre parole, ritengo che sia da vagliare l'opportunità di tenere conto anche degli archivi dei giuristi che hanno offerto un loro apporto alla comprensione, sotto un profilo giuridico, dei livelli sui quali si fissano e si svolgono gli ordinamenti e i sistemi costituzionali e, probabilmente, anche di coloro che, in via diretta o indiretta, hanno dato un contributo diretto all'evoluzione degli stessi ordinamenti e sistemi[2494].

Su questa linea, e per quanto riguarda gli archivi custoditi dall'Istituto Sturzo, ritengo si debba portare la dovuta attenzione ai 13 faldoni appartenuti a Francesco Luigi Ferrari, avvocato modenese patrocinante nella Corte di Cassazione, giornalista e esponente della sinistra del Partito popolare, il quale, con l'avvento del fascismo, fu costretto all'esilio prima in Francia e poi in Belgio, poi di nuovo a Parigi dove morì nel 1933. Proprio all'Università di Lovanio, anche per garantire la futura sopravvivenza economica della sua famiglia, ottenne un dottorato in Scienze politiche e sociali, presentando una tesi sul *Régime fasciste italien* che, una volta pubblicato nel 1928, fu apprezzato per la sua importanza analitica da esuli come Sturzo e Salvemini. Solo agli inizi degli anni Settanta, ancor prima che il voluminoso saggio fosse tradotto in italiano[2495], Norberto Bobbio scriveva che il saggio di Ferrari, assieme a quello successivo di un giurista dell'accademia, anche lui in esilio, Silvio Trentin (*Les trasformations récentes du droit public italian*, Paris 1929), rappresentavano ancora

[2492] Per il ruolo eminente svolto da Amorth nella sua disciplina già agli inizi della sua carriera accademica rinvio ad A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffré 2009, *ad indicem.*

[2493] Rinvio solo alla nota denuncia di P. Calamandrei, *Troppi avvocati!*, Firenze, Quaderni della "Voce" 1921.

[2494] Affronta bene la questione A. Becherucci, nel suo saggio *Gli archivi dei* giuristi, in corso di stampa sul numero 2 del 2018 della rivista "Le carte e la storia".

[2495] F. L. Ferrari, *Il regime fascista italiano*, presentazione di G. De Rosa e a cura di G. Ignesti, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura 1983.

ISSN 2279-7238

per gli studiosi della stagione repubblicana le uniche e pregevoli analisi giuridiche condotte nel ventennio sul sistema costituzionale fascista[2496].

Rimane aperta la questione degli archivi di tanti giuristi di professione (avvocati, magistrati, alti funzionari) che ricoprendo un ruolo politico hanno inciso, più o meno in profondità, sulla costituzione formale o sugli assetti che si producono nella costituzione materiale e nel sistema politico. In tal senso è importante riflettere ancora sulla opportunità di utilizzare i molti archivi, depositati nell'Istituto Sturzo e non solo in esso, di quelle eminenti personalità politiche che, sulla base di una qualificata esperienza giuridica, hanno contribuito, nel bene e nel male, a definire il quadro normativo nel quale si è svolta la storia del nostro paese e in particolare quella della Repubblica.

[2496] Cfr. N. Bobbio, *La cultura e il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Torino, Einaudi 1973, p. 228.

ISSN 2279-7238

L'archivio di Paolo Barile*

di Marta Bonsanti**

Innanzitutto desidero ringraziare il professor Lanchester e la Fondazione Paolo Galizia, l'Associazione Antonio G. Zorzi Giustiniani e la Soprintendenza archivistica e bibliografica per la Toscana per avermi invitato a quest'iniziativa.

Come seconda cosa, vorrei fare una premessa: oggi sono qui, in mezzo a illustri giuristi, non in quanto esperta di diritto ma in qualità di archivista che ha avuto l'onere e l'onore di occuparsi delle carte di Paolo Barile. Il mio intervento dunque intende illustrare la storia, le caratteristiche e i contenuti dell'archivio, lasciando l'approfondimento di determinati aspetti e tematiche a carattere giuridico agli studiosi e a chi ne abbia le competenze.

Il fondo personale di Barile ha una consistenza assai notevole – circa 260 faldoni –, copre un arco cronologico di alcuni decenni – per lo più 1960-2000 - e come vedremo riflette in gran parte la straordinaria varietà degli ambiti in cui ha agito il soggetto produttore. Come è noto, infatti, nel corso della sua vita Barile è stato antifascista, partigiano, magistrato, avvocato, giurista, docente universitario, pubblicista, politico e molto di più; la sua attività e i suoi interessi si sono rivolti a numerosi campi del sapere, dal diritto alla politica, dalla musica alla cultura in senso lato, a testimonianza di un impegno intellettuale e di una passione civile fuori dal comune.

Non starò a ripercorrere il profilo biografico del soggetto produttore, che la maggior parte di voi conosce meglio di me. Per chi non lo conoscesse o volesse approfondire, rimando all'accurata voce realizzata nel 2017 per il *Dizionario biografico degli italiani* dal qui presente professor Merlini[2497].

---

* Il presente intervento, scritto in occasione della giornata di Firenze su Gli archivi e le biblioteche dei giuristi e la loro tutela, presso la Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Toscana, intende offrire una prima panoramica sull'archivio di Paolo Barile. Si tenga presente che alla data del convegno (7 giugno 2018) ordinamento e inventariazione sono ancora in corso, anche se ormai prossimi alla conclusione.

** Archivista dell'istituto storico della resistenza in Toscana.

* Il presente intervento, scritto in occasione della giornata di Firenze su *Gli archivi e le biblioteche dei giuristi e la loro tutela*, intende offrire una prima panoramica sull'archivio di Paolo Barile. Si tenga presente che alla data del convegno (7 giugno 2018) ordinamento e inventariazione sono ancora in corso, anche se ormai prossimi alla conclusione.

2497 Cr. S. Merlini, *Barile, Paolo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 2017, www.treccani.it/enciclopedia/paolo-barile_%28Dizionario-Biografico%29/. Cfr. anche M. Galizia, *Paolo Barile, Il liberalsocialismo e il costituzionalismo*, «Il Politico», vol. 66, n. 2 (197), maggio-agosto 2001, pp. 193-228, anche in P. Barile, *Libertà e diritti nella prospettiva europea*,

ISSN 2279-7238

Per quanto riguarda la storia archivistica del fondo[2498], i documenti sono stati conservati nelle tre diverse sedi fiorentine ove si è svolta la attività legale di Barile: fino alla fine degli anni Sessanta presso lo studio di via Lamarmora - dove le carte hanno subito gravi danni a causa dell'alluvione, andando persa la maggior parte di quelle antecedenti al novembre 1966 -, dal 1969 al 1979 presso lo studio di Borgo Pinti, e dal 1979, con la creazione dell'associazione tra Paolo Barile, Enzo Cheli e Stefano Grassi, presso Palazzo Capponi in via Capponi 26, dove il giurista ha lavorato per tutto il periodo successivo.

In un primo periodo l'archivio è stato gestito da Tosca, segretaria "storica" di Piero Calamandrei; in seguito è stato per lo più di competenza di Vanna Biondi, entrata a lavorare nello studio come segretaria nel 1974 e rimastavi fino alla fine degli anni Novanta, continuando a collaborare da esterna nell'ultimo periodo di vita del giurista.

In seguito alla scomparsa di Barile nel 2000, lo studio ha proseguito con i suoi soci per circa un anno, dopo il quale l'associazione si è divisa in due gruppi: da una parte Stefano Grassi, Fiorella Meschini e Gianni Taddei, trasferitisi in uno studio in Corso Italia, e dall'altra Vittorio Gesmundo, Paolo Golini e Giovanni Calugi, rimasti nei locali di Palazzo Capponi. Secondo le volontà di Barile, biblioteca e archivio erano stati ereditati da Grassi, Gesmundo e Golini; al momento della separazione, la biblioteca è stata divisa in due tronconi secondo gli ambiti di competenza, mentre l'archivio personale è rimasto a Grassi, che in quanto stretto collaboratore del giurista ha in parte contribuito alla formazione stessa del complesso documentario. Dopo averlo custodito per anni, nel 2013 Grassi ha deciso, insieme a Golini e Gesmundo e d'accordo con le figlie di Barile Paola e Laura, di donarlo all'Istituto storico toscano della Resistenza e dell'età contemporanea (ISRT). La scelta è avvenuta in base alla considerazione che presso l'Istituto è conservata anche una parte consistente dell'archivio di Piero Calamandrei[2499] e che Barile, oltre che partigiano, membro del Comitato toscano di liberazione nazionale di cui l'ISRT è stato emanazione e del Partito d'Azione che tanto ha contribuito alla storia della Resistenza fiorentina, è stato socio

atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile, 25 giugno 2001, Padova, Cedam, 2002; P. Caretti, *Barile Paolo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani, secoli XII - XX*, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 170-172; S. Merlini, *Il giovane Paolo Barile*, «Nuova Antologia», ottobre-dicembre 2017, pp. 71-83.

[2498] Per le notizie sulla storia archivistica, ringrazio Stefano Grassi e Vanna Biondi per le interviste gentilmente rilasciatemi rispettivamente in data 14 aprile 2014 e 30 marzo 2015.

[2499] Cfr. *Archivio Piero Calamandrei, inventario* a cura di M. Nicastro, Firenze, Polistampa, 2012. Sugli altri archivi del giurista cfr. *Un caleidoscopio di carte: gli archivi Calamandrei di Firenze, Montepulciano, Trento e Roma*, a cura di F. Cenni, Firenze, Il Ponte, 2010.

ISSN 2279-7238

promotore dell'ISRT stesso nonché suo presidente per un breve periodo prima della morte[2500].

Una volta donato all'ISRT, il fondo è stato affidato alla sottoscritta, che ha proceduto al condizionamento fisico e all'ordinamento delle carte e alla realizzazione di un inventario tramite il software GEA. In seguito alla dismissione di quest'ultimo, l'ISRT è in attesa di migrare lo strumento sul software ArDes, realizzato dal Centro archivistico della Scuola Normale di Pisa in collaborazione con la Soprintendenza archivistica e bibliografica per la Toscana, grazie a cui l'inventario potrà essere consultato on-line.

Purtroppo nell'archivio mancano testimonianze sull'attività giovanile, sugli studi, sulla professione di magistrato, sull'esperienza della Resistenza, sulla militanza nel Partito d'Azione e sull'impegno politico nel dopoguerra[2501], nonché sul primo decennio di avvocatura e sulla collaborazione con Calamandrei. Infatti i materiali antecedenti al 1966, come già avvertito, sono in gran parte andati perduti con l'alluvione di Firenze perché custoditi in una cantina dello studio legale finita sott'acqua.

Queste lacune non sminuiscono la rilevanza dell'archivio Barile in termini di potenzialità di percorsi di ricerca. Nel fondo troviamo concentrata pressoché tutta la produzione scientifica e intellettuale di Barile di almeno quattro decenni, realizzata per giornali, pubblicazioni, convegni, iniziative pubbliche, consulenze e audizioni. La tipologia dei documenti è variegata: corrispondenza, bozze manoscritte e dattiloscritte degli scritti per lo più editi (ma si conservano anche fascicoli relativi a un certo numero di articoli inediti), materiale preparatorio (opuscoli, ritagli stampa, atti parlamentari, dottrina, giurisprudenza), e documenti diversi prodotti e acquisiti nel corso della sua attività di professore universitario, di consulente, di ministro. All'interno dei fascicoli spesso è possibile seguire la gestazione e lo sviluppo di un testo a partire dai primi appunti manoscritti fino alla consegna o alla presentazione del lavoro. Per quanto riguarda i supporti documentari e le

[2500] Sull'ISRT cfr. *L'Istituto Storico della Resistenza in Toscana. Mezzo secolo di vita e di attività*, Firenze, Polistampa, 2006; per il suo archivio, cfr. *Archivio dell'Istituto storico della Resistenza in Toscana*, a cura di M. Bianchi e P. Mencarelli, «Quaderni di Archimeetings», 26, Firenze, Polistampa, 2011.

[2501] A parziale rimedio di questa lacuna, alcuni archivi conservati presso l'ISRT testimoniano, seppur come semplice presenza a livello organizzativo, la partecipazione di Barile all'attività del Partito d'Azione e di gruppi e movimenti che ne hanno raccolto l'eredità tra la fine degli anni Quaranta e i primi anni Cinquanta. Cfr. gli inventari dei seguenti fondi: *Partito d'azione. Sezione di Firenze*, a cura di Francesco Mascagni (di prossima conclusione); *Partito socialista unitario. Federazione provinciale di Firenze*, a cura di M. Bonsanti; *Unità popolare*, a cura di F. Mascagni; *«Nuova Repubblica»*, a cura di F. Mascagni (cfr. http://www.istoresistenzatoscana.it/archivio.html).

ISSN 2279-7238

tecnologie, si assiste all'evolversi dalle lettere o minute battute a macchina su carta velina alla stampa di file da computer, e dall'invio cartaceo per posta all'invio tramite telefax e in rarissimi casi per posta elettronica. Fortunatamente per noi (vista le numerose criticità legate alla conservazione e gestione di archivi ibridi), Barile stampava tutti suoi files e ne conservava copia cartacea.

Il soggetto produttore si caratterizza come un conservatore attento, spesso scrupoloso nel serbare le minute delle lettere, le varie stesure di uno scritto o tutto il materiale relativo ad un convegno. L'archivio aveva un ruolo di supporto al lavoro quotidiano ed era gestito in funzione di esigenze di autodocumentazione che potevano rendere necessario il reperimento del materiale anche a distanza di anni dalla conclusione di un affare. Ad esempio, si trovano rimandi tra unità archivistiche diverse oppure pro-memoria relativi al prelievo del materiale da parte qualche membro dello studio. Allo stesso tempo si può ipotizzare che Barile e la sua segretaria Vanna Biondi (che oggi si assume gran parte della responsabilità della genesi e della struttura dell'archivio) avessero consapevolezza del valore scientifico e culturale che le carte avrebbero rivestito nel tempo, e che la formazione del complesso documentario abbia risentito di quella volontarietà in qualche misura inevitabilmente connaturata agli archivi di persona, specialmente nel caso di personalità di rilievo come Barile. Bisogna infatti tener presente che per questa categoria di archivi si registra un'intenzionalità maggiore che per le altre: al di là di esigenze amministrative o fiscali, per gli archivi dei singoli individui non esiste obbligatorietà di conservazione. Inoltre essi presentano una componente più o meno rilevante di autorappresentazione, in quanto l'immagine del soggetto produttore si plasma anche attraverso le tracce documentarie rimaste a memoria di sé[2502].

Come è noto, Barile ha lasciato la propria impronta su tutto lo spettro del diritto costituzionale. L'archivio testimonia il suo impegno nell'ambito della teoria generale della Costituzione e della forma di governo: si pensi ai fascicoli dedicati al fondamentale ciclo di

[2502] Sulle caratteristiche e sulle problematiche legate agli archivi di persona cfr., tra gli altri, *Specchi di carta. Gli archivi storici di persone fisiche: problemi di tutela e ipotesi di ricerca*, atti del seminario (Firenze-Certosa del Galluzzo, 28 maggio 1992), a cura di C. Leonardi, Firenze, Fondazione Ezio Franceschini, 1993; R. Navarrini, *Gli archivi privati*, Lucca, Civita Editoriale, 2005; *Archivi di persona del Novecento. Guida alla sopravvivenza di autori, documenti e addetti ai lavori,* a cura di F. Ghersetti e L. Paro*,* Fondazione Benetton Studi Ricerche-Fondazione Giuseppe Mazzotti per la civiltà veneta, Treviso, Antiga Edizioni, 2012.

ISSN 2279-7238

lezioni apparso per la prima volta nel 1962 come *Corso di diritto costituzionale* e via via ampliato nelle successive edizioni in *Istituzioni di diritto pubblico*[2503], ma anche ai fascicoli relativi ad importanti voci per il *Novissimo digesto italiano* ed altre enciclopedie giuridiche[2504].

Per quanto riguarda i diritti di libertà e in particolare di libertà di manifestazione del pensiero, ambito in cui il giurista ha dato un contributo fondamentale, l'intero archivio riflette al medesimo tempo il percorso compiuto da Barile su questo terreno ed insieme quello compiuto dai diritti stessi nella storia dell'Italia repubblicana, permettendo di approfondire le fasi e le modalità di attuazione della Carta.

La Serie degli *Scritti* contiene non soltanto due centinaia di esemplari di opuscoli e volumi, offrendo una bibliografia quasi completa del giurista (a partire dall'opuscolo *Sistemi elettorali*, edito dal Partito d'Azione nel 1944)[2505], ma anche numerosi fascicoli dedicati alla redazione dei saggi e delle monografie che più hanno lasciato il segno sul tema dei diritti di libertà: dalla raccolta di lezioni su *Le libertà nella Costituzione* (1966), a *Libertà di manifestazione del pensiero* (1974-1975) [2506], da *I nodi della Costituzione* (1979), a *Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (1984). Un'attenzione particolare merita l'impegno nell'ambito dei problemi giuridici dell'informazione, di cui si trova riscontro in vari fascicoli dedicati ad esempio al volume *Idee per il governo. Il sistema radiotelevisivo* (1995) e ad articoli per riviste come «Il Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni» e «Problemi dell'informazione»[2507].

Oltre alla stampa periodica specializzata, gli interventi di Barile hanno trovato spazio su quotidiani e settimanali di larga diffusione, primi tra tutti «La Repubblica» (1976-1999) e «L'Espresso» (1963-1974), frutto di una collaborazione decennale (e di una decennale amicizia con Eugenio Scalfari, di cui si conservano numerose lettere), e poi il «Corriere della Sera», «La Stampa», «l'Unità», passando per «Il Mondo», «Paese Sera» ed altri [2508]. Nell'archivio sono conservati corrispondenza, materiali preparatori e bozze relativi a centinaia di articoli su un ampio ventaglio di argomenti istituzionali e politici, tra cui i poteri del Presidente della Repubblica e il ruolo del Parlamento, i rapporti tra giustizia e politica e

[2503] Cfr. i fascicoli relativi alla collaborazione con CEDAM in Archivio Paolo Barile (d'ora in avanti APB) 1.3.2.
[2504] Cfr. la sottoserie *Voci in enciclopedie*, APB 1.4.
[2505] Cfr. la sottoserie *Esemplari a stampa degli scritti giuridici*, APB 1.5.
[2506] In APB 1.4.4 si conserva un fascicolo dedicato alla voce per l'*Enciclopedia del diritto* di Giuffrè, edita nel 1974. Nel 1975 uscirà con lo stesso titolo un volume monografico, sempre edito da Giuffrè.
[2507] I fascicoli relativi ai testi citati si trovano nella serie *Scritti* all'interno delle seguenti sottoserie: *Articoli per riviste giuridiche e periodici diversi*; *Monografie e saggi*; *Voci in enciclopedie* (APB 1.2; APB 1.3; APB 1.4).
[2508] Cfr. la sottoserie *Articoli e interviste per quotidiani e settimanali*, APB 1.1.

ISSN 2279-7238

il ruolo dei magistrati, i conflitti tra poteri dello Stato, l'istituto del referendum, la legislazione antitrust.

I documenti testimoniano inoltre la partecipazione di Barile al dibattito sulla legge sul divorzio e sul successivo referendum, sulla legge 194, sulla laicità dello Stato e i rapporti Stato-Chiesa (vedi l'ora di religione a scuola). Numerose le associazioni e i privati che chiedono la sua consulenza su aspetti giuridici legati a queste problematiche, così come gli enti e le Commissioni (parlamentari e non) che lo convocano per pareri e audizioni in merito a questioni di carattere istituzionale: tra i tanti, ricordiamo i fascicoli sui lavori della Commissione Bosco circa le attribuzioni degli organi del governo della Repubblica e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri, sui referendum abrogativi in materia di leggi elettorali e sulla riforma del diritto di famiglia[2509].

Tutti i temi menzionati sono trattati anche in interventi in convegni, seminari, dibattiti, conferenze, documentati da centinaia di fascicoli dal 1960 al 1999. Nell'arco di un quarantennio possiamo seguire Barile nella sua partecipazione ad incontri nazionali ed internazionali promossi da una molteplicità di enti: dagli Istituti giuridici di Facoltà italiane ed estere ad enti locali diversi, dall'Associazione nazionale magistrati all'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, da «Giustizia e Costituzione» all'Istituto nazionale di urbanistica. Considerando anche le trasmissioni radio-televisive, il numero di iniziative che hanno visto l'intervento del giurista è davvero notevole[2510].

Molto consistente è la corrispondenza conservata nell'archivio, che lo stesso Barile aveva organizzato in fascicoli nominativi per ente o per affare o in fascicoli annuali per quella considerata di natura più personale. Centinaia di unità archivistiche riuniscono gli scambi intercorsi tra il giurista e soggetti diversi, per la maggior parte enti del cui consiglio scientifico, esecutivo o direttivo è membro, associazioni alle quali è affiliato o delle quali segue l'attività, riviste e case editrici con le quali collabora. La corrispondenza con persone, presente dal 1966 al 2000, non è di tipo strettamente privato e consiste per lo più in lettere, telegrammi e minute a carattere organizzativo, di invito ad iniziative diverse, di ringraziamento per l'invio di doni e auguri, di accompagnamento all'invio di volumi e

[2509] Cfr. la serie *Pareri, audizioni ed altri interventi in merito a vicende istituzionali*, APB 4.
[2510] Cfr. le serie *Interventi in convegni e conferenze* e *Interventi in trasmissioni radio-tv*, rispettivamente APB 2 e APB 3.

ISSN 2279-7238

documenti, di presentazione e di segnalazione su persone e pubblicazioni, di condoglianze e felicitazioni[2511].

Il materiale epistolare restituisce una fittissima rete di relazioni all'interno di sezioni diverse della società civile, nel mondo laico come in quello cattolico (per lo più orientato a sinistra, vedi i rapporti con Ernesto Balducci e Giuseppe Dossetti), nell'area post-azionista (si veda l'amicizia con Norberto Bobbio e Alessandro Galante Garrone) ma anche in altre aree politiche (in particolare comunista), nel mondo della cultura e persino dello sport. Le lettere rispecchiano inoltre l'instancabile attività di Barile nel tessere rapporti con realtà locali, nazionali ed internazionali, nel sostenere gruppi e associazioni, nel mettere in contatto allievi e studiosi. Allo stesso tempo rende conto delle innumerevoli cariche da lui ricoperte, che qui sarebbe troppo lungo ricordare; mi limito a dire che è stato presidente, vicepresidente e componente del consiglio di amministrazione di banche, istituti e fondazioni, nonché membro di prestigiose istituzioni come l'Accademia dei Lincei. Né si dimentichi la sua esperienza nel Consiglio comunale di Firenze, eletto come indipendente nelle liste del PCI, tra il 1985 e il 1987.

La corrispondenza testimonia poi l'impegno nel campo dell'istruzione, non solo in ambito accademico – una serie raccoglie la documentazione di decenni di docenza universitaria[2512] - ma anche e più in generale nella formazione di generazioni di studiosi del diritto, di avvocati, di funzionari; basti ricordare il suo ruolo di coordinatore per numerose ricerche finanziate dal CNR e la sua attività per il Seminario di studi e ricerche parlamentari.

L'interesse di Barile per l'attualità politico-istituzionale si manifesta nella ricca raccolta di pagine e ritagli di quotidiani e periodici, contenenti articoli talora posti da lui in evidenza. Il materiale di questi fascicoli non solo rispecchia gli interessi di chi li ha collezionati, ma offre anche agli studiosi materiale importante per lo studio della storia dell'Italia repubblicana, riunendo insieme una carrellata di interventi di firme diverse su fatti di politica interna, sulle riforme istituzionali, sui problemi della giustizia, e in generale su questioni che hanno caratterizzato la vita politico-istituzionale nazionale dal 1960 alla fine degli anni '90 del secolo scorso[2513].

[2511] Per la corrispondenza cfr. le serie: *"Archivio personale" [corrispondenza e fascicoli tematici]*, APB 5; *Rapporti con enti diversi*, APB 6; *"Miscellanea" [corrispondenza e fascicoli tematici]*, APB 7; *"Varie" [corrispondenza]*, APB 8.
[2512] Cfr. la serie *Attività universitaria*, APB 9.
[2513] Cfr. la serie *"Cronache costituzionali" [ritagli di stampa]*, APB 11.

ISSN 2279-7238

Un altro aspetto che emerge con forza dalle carte è l'entità degli interessi culturali del soggetto produttore. Uomo di profonda erudizione, spazia con disinvoltura in ambiti diversi: in particolare in quello della musica, come è testimoniato dai suoi incarichi all'interno di enti e fondazioni (l'associazione fiorentina Amici della Musica, la Fondazione Scuola di musica di Fiesole, il Teatro Comunale di Firenze), dalla sua consulenza per la riforma degli enti lirici nei primi anni '70 e dai suoi scritti sul progetto di legge governativo sulla musica dei primi anni '80[2514].

Anche l'esperienza nel governo Ciampi trova riscontro nell'archivio, che conserva il materiale originale relativo all'incarico di ministro per i rapporti con il Parlamento svolto tra il 1993 e il 1994. I fascicoli degli atti ufficiali generali e degli atti personali (contenenti tra gli altri tutti i suoi interventi alla Camera, al Senato e alla Bicamerale), illustrano il gran lavoro affrontato in appena un anno di incarico, da lui ricoperto con sollecitudine, impegno e senso di responsabilità[2515].

Le lettere, i biglietti e i telegrammi ricevuti in occasione della sua designazione a ministro, come la corrispondenza ricevuta nel 1997 in occasione dell'80° compleanno, dánno un'idea della lunga strada percorsa da Barile a partire da quel 13 luglio 1939 in cui conseguì la laurea in giurisprudenza, di cui l'ISRT conserva il solenne diploma rilasciato dalla Regia Università degli studi di Roma[2516]. Ma è tutto l'archivio a testimoniare la straordinaria carriera compiuta da Barile nel progressivo ampliarsi delle competenze, degli incarichi, dei riconoscimenti e delle reti di relazioni, permettendo al tempo stesso - come già sottolineato - di ripercorrere e approfondire la storia politica, istituzionale e giuridica del nostro Paese nella seconda metà del Novecento, vissuta da Barile con costante partecipazione e spiccato senso di responsabilità civile.

[2514] Cfr. in serie diverse all'interno dell'archivio, da quelle contenenti corrispondenza (cfr. nota 15) a quella relativa ad audizioni e consulenze per enti diversi.
[2515] Cfr. la serie *Ministro per i rapporti con il Parlamento*, APB 10.
[2516] Cfr. la serie *Documenti* personali, APB 12.1.

ISSN 2279-7238

Intervento di Stefano Merlini*

di Stefano Merlini**

Sono qui non solo per esprimere brevemente la testimonianza di uno studioso qualsiasi ma anche per aderire con convinzione a questa iniziativa sugli Archivi e delle Biblioteche dei giuristi che è stata promossa da Fulco Lanchester e che ha trovato stamattina nelle parole di Becherucci una base ed un fondamento culturale davvero importanti. Questo è un segno del cambiamento dei tempi: questo interesse nuovo per le Biblioteche, per gli Archivi dei giuristi, un tempo considerati quasi esclusivamente come interpret delle leggi e i creatori di dogmi, di una astratta dogmatica giuridica, spesso lontana dalla realtà e non anche come testimoni, e qualche volta autori della storia del loro tempo. Riflettendo, recentemente, su uno dei più importanti giuristi del '900, Paolo Barile quando ho avuto la occasione di scrivere la voce " Barile " per il *Dizionario biografico degli italiani* e poi quando, per il convegno sul centenario della nascita del costituzionalista fiorentino, ho pubblicato sulla *Nuova Antologia*, un saggio sul " Giovane Barile ", mi sono reso conto che durante il ' 900 (il " secolo breve ") i giuristi sono invece entrati a far parte a pieno titolo della storia del loro tempo: non soltanto come testimoni e critici degli ordinamenti giuridici esistenti ma anche come protagonisti, spesso importanti protagonisti, delle "storie " particolari che hanno accompagnato o hanno addirittura determinato, le grandi scelte e le grandi svolte di quella più grande storia nella quale rientra, ovviamente, anche l'ordinamento giuridico di un paese. Queste storie particolari che hanno visto spesso come protagonisti giuristi noti o meno noti, sono state, ad esempio, la storia politica; quella sociale; quella della cultura, ma anche le storie personali sulle quali si è spesso sorvolato fino ai tempi più recenti.. Tutta quella pluralità di storie senza le quali, come siamo ormai abituati a

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno '*Gli archivi dei giuristi e la loro tutela*' svolto presso la Soprintendenza archivistica e bibliografica della Toscana, il 7 giugno 2018.

** Già Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli studi di Firenze

ISSN 2279-7238

pensare, la grande storia rischia di perdere il suo rapporto con la realtà e con la realtà degli avvenimenti e diviene, qualche volta, ideologia e sostanziale falsificazione.

E' in questo quadro, dunque, che il recupero, la conservazione e lo studio delle biblioteche e degli archivi dei giuristi riveste una importanza fondamentale da due punti di vista.

Il primo, riguarda l'uso di un corretto metodo di lavoro nella ricostruzione della nascita e dei mutamenti degli ordinamenti giuridici (ed in particolare di quell'ordinamento giuridico davvero peculiare che è denominato Costituzione). Da questo punto di vista, infatti, l'apporto dei giuristi agli eventi che hanno determinato i mutamenti delle nostre fonti del diritto (prima nel passaggio fra lo Statuto e il totalitarismo fascista; poi nel ungo percorso delle nostre istituzioni dalla " costituzione provvisoria " a quella repubblicana, fino alla lunga e non ancora completa attuazione di essa) richiede, per essere davvero esauriente, la possibilità di una vasta e piena utilizzazione delle loro biblioteche ed archivi, senza distinguer fra i giuristi " interpreti ", i giuristi che sono stati " consiglieri del principe " e quelli che hanno personalmente partecipato alla formazione dell'ordinamento giuridico sia come membri del governo che come membri del parlamento. Se è vero, insomma, che per molti anni il mestiere del giurista è stato quello di interpretare le leggi partendo dalla loro lettera ed elencando, in maniera spesso pedante, le diverse letture di esse date dalla più illustre " dottrina " e giurisprudenza, sembra che oggi un metodo più scientifico richieda invece di risalire, per così dire, a monte della stessa interpretazione fatta propria dai giuristi che sono oggetto di studio da parte dei giuristi di oggi per capire più in profondità i motivi che hanno determinato quelle interpretazioni e quelle scelte normative. Se si vuole, infatti, che il diritto cessi di essere una scienza puramente dogmatica, in quanto fondata su presupposti puramente autoreferenziali, per diventare una vera scienza sociale, questo richiede uno sforzo rivolto in due direzioni diverse. Una prima, concentrata sulla formazione dei giuristi e, quindi, sugli strumenti fondamentali della loro formazione culturale: i loro maestri; la loro carriera e, soprattutto, le loro biblioteche. Biblioteche che

ISSN 2279-7238

debbono essere conosciute non soltanto nella loro composizione generale attraverso l'analisi dei loro cataloghi, ma che debbono essere conosciute anche attraverso la conoscenza dei singoli volumi, e le annotazioni che, a volte, è dato di rintracciare su di essi. Come è capitato a chi scrive quando ebbe la fortuna di rinvenire, su un datato volume della "English Constitution " di W. Bagehot, conservato nella ricca biblioteca di un grande giurista della scuola di Piero Calamandrei, annotazioni e sottolineature che introducevano direttamente a quella brillante lettura degli articoli 92 e 95 della Costituzione (appena entrata in vigore) in quel suo celebre libro dedicato al presidente del consiglio dei ministri.. Appunti che mi apparvero allora sono altrettanto importanti della notazione delle "arcate" che compaiono spesso sugli spartiti usati dai grandi direttori di orchestra e che illustrano la loro interpretazione del brano musicale ivi stampato.

Una nuova e più avvertita attenzione deve essere, però, dedicata anche agli archivi dei giuristi.

Ai documenti, cioè, alle lettere, alle testimonianze che connettono la formazione giuridica di quel protagonista (grande o meno grande, non importa) che è, in quel momento, oggetto dello studio alle vicende della sua vita ed a tutta la sua formazione culturale, sociale e politica.

Da questo punto di vista, se vogliamo che la scienza giuridica diventi da storia delle sole idee giuridiche una scienza fondata su una convincente storia del diritto e della sua formazione e sul suo uso come strumento di guida, di consenso e di controllo sociale, appare indispensabile aggiungere all'utilizzazione delle biblioteche e degli archivi personali dei giuristi, lautilizzazione degli archivi di quegli importantissimi strumenti di formazione del pensiero giuridico e di quello sociale che sono rappresentati dagli archivi di quei soggetti, partiti, movimenti, istituzioni che sono stati parte essenziale della formazione culturale e sociale e della stessa coscienza civile del giurista che è oggetto delle nostre ricerche.

Da questo punto di vista, una nuova traccia di lavoro può essere individuata anche rappresentati negli archivi di tutte quelle riviste giuridiche, e soprattutto quelle "

ISSN 2279-7238

nuove " che nacquero fra la fine degli Anni '60 e gli inizi degli Anni '70 (penso, ma a puro titolo di esempio, a Politica del diritto a Politica e società; a Democrazia e diritto; Quaderni Costituzionali; Quale giustizia e così via) che hanno rappresentato, negli ultimi decenni, le vere palestre di formazione dei giovani giuristi e gli strumenti di collegamento fra essi e quei " poteri " (più o meno forti, come direbbe de Bortoli) che sono, da sempre, i necessari ed inevitabili interlocutori dei giuristi.

L'apertura e lo studio degli archivi delle riviste sembra indispensabile anche perché nel corso dell'ultimo cinquantennio sembra essersi verificata una mutazione genetica nel mondo dei giuristi, prima rappresentati da quei pochi grandi protagonisti che hanno occupato la scena dei cambiamenti epocali della nostra storia (dalla caduta del fascismo, alla Costituzione ed alla prima storia repubblicana) ai quali si sono progressivamente aggiunti quelle decine di giuristi più giovani che nelle università, nella magistratura, nelle professioni, si sono affacciati nel mondo del diritto. Con modalità di espressione e con una loro storia, individuale e collettiva, che sembra ancora da indagare e da scrivere.

ISSN 2279-7238

Sull'archivio di Paolo Barile*

di Stefano Grassi**

Ho poco da aggiungere a quanto è stato detto benissimo dalla Dott. Marta Bonsanti con riferimento all'archivio di Paolo Barile. Ho contribuito alla sua conservazione, non solo per la gratitudine al maestro e al suo insegnamento, ma anche perché consapevole dell'importanza di documenti capaci di testimoniare l'impegno costante - per oltre un cinquantennio - del giurista Paolo Barile nell'affermazione e nello sviluppo dei diritti di libertà e dei valori della nostra costituzione.

Sono quindi d'accordo sul giudizio pienamente positivo, che si sta sviluppando anche negli interventi di questo nostro incontro, sull'esigenza di attivare forme di conservazione sia degli archivi sia delle biblioteche dei nostri maggiori giuristi.

Come sottolineava, nell'introdurre questo incontro, Enzo Cheli, per comprendere il senso e il ruolo del giurista, nel suo tempo, è importante averne presente la biografia e documentare l'ambito culturale in cui si è mosso. Il diritto nasce dalla storia e si sviluppa nella storia: i giuristi sono parte attiva della società e testimoni partecipi e al tempo stesso critici dello svolgimento delle sue istituzioni: la loro storia personale e il tessuto delle loro relazioni sociali e culturali contribuiscono a comprendere il senso del ruolo che essi hanno svolto come interpreti di quella della fondamentale dimensione sociale che è costituita dal diritto e dal suo sviluppo dinamico.

Ciò è particolarmente vero per il giurista che interpreta la Costituzione: come aveva sottolineato Paolo Barile, sin dalla sua prima monografia, la costituzione è "norma giuridica"; norma positiva che si fonda sulla "realtà sociale", ed è quindi la "costituzione vivente" quella che il giurista è chiamato a interpretare e promuovere nel concreto sviluppo della società che in essa si riconosce: la storia della Costituzione si intreccia quindi con la ricostruzione della vita e delle opere dei suoi interpreti più autorevoli.

L'importanza della conservazione dei documenti, in grado di testimoniare il collegamento stretto tra la funzione di giurista e il contesto storico in cui si è sviluppato il suo contributo interpretativo, trova un'ulteriore giustificazione nella necessità di evitare i rischi di ricostruzioni emotivamente orientate, in cui possono incorrere le testimonianze degli allievi e degli studiosi che hanno avuto la fortuna di incontrare o di formarsi agli insegnamenti dei grandi giuristi.

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno '*Gli archivi e le biblioteche dei giuristi e la loro tutela*', svolto presso la Soprintentendenza e Bibliografica della Toscana, 7 giugno 2018.

** Già Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Firenze

ISSN 2279-7238

La rimeditazione sul ruolo svolto dal maestro è divenuto in alcuni casi un vero e proprio genere letterario (penso ai numerosi e frequenti interventi e convegni dedicati a Piero Calamandrei, allo stesso Paolo Barile, ad Alberto Predieri e a Mauro Cappelletti), nel quale la ricostruzione della personalità del caposcuola da parte degli allievi finisce spesso per essere un modo per riconoscere la propria identità di comunità di studiosi, manifestando una rinnovata adesione all'interpretazione della dimensione giuridica e dei principi costituzionali frutto degli insegnamenti ricevuti. La conservazione degli archivi e delle biblioteche permette di superare il rischio di un ricordo autoreferente e di consegnare i dati biografici e di contesto culturale alla valutazione oggettiva – nei limiti dell'oggettività dell'interpretazione storica - di altri studiosi, non appartenenti alla famiglia del giurista di cui si ricostruisce l'identità.

Gli studiosi, nel caso delle carte di Paolo Barile, avranno a disposizione una quantità rilevante di dati e documenti utili per ricostruirne la biografia e il senso della sua interpretazione della vita della Costituzione. Si tratta, come ha ben ricordato Marta Bonsanti, delle prove del rilevante contributo che Barile ha dato nella costruzione e nello sviluppo del nostro ordinamento costituzionale. Ma gli studiosi dovranno anche tener conto dei rischi propri di molti archivi, e cioè delle lacune che si possono presentare per periodi più o meno lunghi della vita e dell'attività svolta dal giurista oggetto di studio. Nel caso di Paolo Barile sono molto ridotti, come sappiamo, i documenti e le testimonianze riferite ai primi due decenni della sua attività. Vi sono dati rilevanti che provano la sua storia di uomo della resistenza, di giurista impegnato nella lotta all'antifascismo e di allievo partecipe e attivo nello studio del suo maestro Calamandrei; ma non si può non tener conto del carattere estremamente riservato che Paolo Barile ha sempre mantenuto sia con riferimento alle sue vicende personali sia con riferimento anche a quelle nelle quali ha svolto il ruolo di importante protagonista del sistema di relazioni sociali e culturali del mondo laico fiorentino ed italiano (anche la sua partecipazione alla resistenza è sintetizzata solo nella relazione manoscritta che dovette presentare al Comitato di Liberazione Toscano sulle circostanze che avevano portato al suo arresto; ma sono assenti sue successive ricostruzioni o memorie, in coerenza con lo spirito di antiretorica e l'assenza di autocompiacimento che caratterizzava la sua riservatezza). Personalmente posso testimoniare che solo raramente, e con risposte sempre molto sintetiche ed essenziali, ho potuto chiedergli di ricordare quelle vicende; così come posso ricordare che lo stile riservato non gli impediva di aprirsi al dialogo con tutte le realtà culturali del suo tempo sia in ambito laico che in ambito cattolico (sono testimone in particolare del suo rapporto fecondo di riflessioni e di amicizia con cattolici impegnati come padre Ernesto Balducci e Giampaolo Meucci).

Un altro problema, logisticamente forse più complesso, riguarda la conservazione delle biblioteche. Come risulta dalla ricostruzione fatta da Marta Bonsanti, la biblioteca di Paolo Barile è stata divisa in due tronconi in conseguenza della scissione tra i due gruppi di soci

ISSN 2279-7238

collaboratori che si è verificata, dopo la sua morte, con la conclusione dell'attività dello "Studio Barile". Si tratta del destino di molte biblioteche create dagli studi professionali, che viene dettato dalle articolazioni successive dei rapporti di collaborazione, dalla diversificata definizione degli ambiti di interesse delle rispettive attività e dai problemi logistici che ne conseguono. Ad esempio - anche se in proposito riferisco solo dati testimoniali indiretti, acquisiti da professionisti che collaboravano con Paolo Barile negli anni 60 e 70 - la stessa biblioteca di Calamandrei, sarebbe stata suddivisa tra Carlo Furno, Paolo Barile e Mauro Cappelletti (e non a caso nella biblioteca di Paolo Barile erano presenti volumi già classificati dal bibliotecario di Calamandrei; bibliotecario che per oltre due decenni ha proseguito la sua preziosa attività di classificazione anche nello "Studio Barile").

La biblioteca di Paolo Barile aveva assunto una dimensione importante (circa 12000 volumi). I soci dello Studio Barile, che l'hanno ereditata, non l'hanno smembrata, ma hanno diviso la biblioteca per settori di competenza omogenei. Il settore del diritto costituzionale presenta un interesse particolare, perché i volumi sono collocati in ordine cronologico di acquisizione da parte della biblioteca: è quindi possibile ricostruire non solo i riferimenti bibliografici essenziali per la stesura delle prime fondamentali monografie di Paolo Barile (sono particolarmente interessanti i manuali ottocenteschi e della prima metà del 900 cui sicuramente ha fatto riferimento Paolo nello stendere la sua monografia sulla "Costituzione come norma giuridica"); ma anche seguire lo svolgimento di tutta la dottrina costituzionalistica dal 1948 fino al 2000. Tale settore della biblioteca è accompagnato dalla presenza di oltre 100 scatole contenenti le miscellanee raccolte e catalogate da Paolo Barile (e che potranno costituire prezioso materiale per gli storici, ai fini della ricostruzione delle relazioni accademiche, testimoniate dall'invio degli estratti da parte di colleghi e allievi). Mi preme sottolineare che la biblioteca tuttora vive unita perché le bibliotecarie, dei due studi che si sono formati dopo la scissione, sono in stretto collegamento e di volta in volta c'è uno scambio dei volumi, al fine di utilizzarli sia per il lavoro professionale che per la ricerca scientifica. Si tratta di una prova pratica dell'utilità dell'indicazione, che poco fa forniva Fulco Lanchester, per la costruzione di una rete che permetta di collegare le biblioteche esistenti, ciascuna delle quali resta caratterizzata da una struttura unitaria ma al tempo stesso risulta collegata e complementare rispetto alle altre, sia per le vicende storiche della sua formazione sia per le relazioni professionali e culturali dei giuristi che l'hanno creata (penso non solo ai due tronconi della biblioteca di Barile - fortemente incrementata dalle acquisizioni; successive alla sua morte, sia nel settore costituzionalistico sia nel settore del diritto dell'ambiente – ma anche a quella di Enzo Cheli, di notevole rilievo per il diritto costituzionale; a quella di Alberto Predieri e di Mauro Cappelletti, entrambe ricchissime di volumi di diritto straniero e comparato; a quella, quantitativamente limitata ma qualitativamente piena di preziosi volumi, di Antonio Zorzi Giustiniani; ai volumi della Fondazione Galizia: tutte biblioteche che nel loro insieme costituiscono un nucleo molto

ISSN 2279-7238

rilevante del sapere giuridico dei costituzionalisti, della scuola fiorentina, erede di Calamandrei e delle sue intuizioni sul futuro della scienza del diritto costituzionale).

Vorrei fare un cenno, infine ad un tema problematico che si pone per documentare il ruolo di giuristi che hanno accompagnato l'insegnamento universitario con lo svolgimento di una intensa attività professionale: quello della conservazione - o comunque della acquisizione selettiva dei relativi materiali - degli archivi contenenti le pratiche in cui hanno assunto il patrocinio.

Per quanto riguarda l'attività professionale di Paolo Barile, che è stata intensa e che si è svolta in tutto l'arco cinquantennale della sua presenza nel dibattito dottrinale e culturale italiano, ho avuto modo di ricostruirla nei suoi passaggi essenziali in occasione della relazione che ho presentato al convegno per il centenario dalla nascita che si è tenuta l'anno scorso a Firenze.

Ho potuto ricordare le circa 100 cause che ha trattato dinanzi alla Corte costituzionale: si tratta dei fascicoli delle questioni di maggior rilievo che, insieme ai colleghi del disciolto "Studio Barile" siamo riusciti fin qui a conservare. Non posso farne l'elenco, ricco di riferimenti alle più rilevanti questioni in cui la Corte si è occupata dei diritti di libertà e dei rapporti tra gli organi costituzionali. Vorrei solo sottolineare come, in molti casi vi sia la testimonianza dei fecondi rapporti che in molte di tali battaglie Barile ha avuto con alcuni protagonisti della cultura giuridica della seconda metà del novecento (si passa dalle cause fatte con Calamandrei - lì le carte non ci sono, ma la collaborazione risulta provata indirettamente da molte fonti; alle cause riferite al tema dell'obiezione di coscienza, in occasione della proiezione a Firenze del film *Non uccidere*, con i contatti con La Pira, Balducci e il mondo cattolico fiorentino; alle cause in materia di libertà di manifestazione del pensiero, tra cui quella sull'albo dei giornalisti, fatta insieme ad Arturo Carlo Jemolo, quelle sul sistema radiotelevisivo, fatte anche con Alessandro Pace, nonché quella sulla libertà d'insegnamento, nel c.d. caso Cordero; ad alcune cause in materia fiscale con Uckmar; alla causa in difesa della legge sul divorzio, predisposta insieme a Rosario Niccolò; a tutte le cause in cui difendeva le confessioni acattoliche – come la Tavola valdese o i Testimoni di Geova- in materia di libertà religiosa, favorendo il formarsi della giurisprudenza della Corte che ha affermato il principio fondamentale di laicità dello Stato ; alle cause in difesa della Regione Toscana; fino ai ricorsi per conflitto di attribuzione, sia quelli in difesa dell'autonomia costituzionale della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica - nell'ambito dei quali sono rilevanti i rapporti con Damiano Nocilla, allora Segretario Generale al Senato – sia quelli riferiti ai conflitti in cui veniva per la prima volta coinvolto il Ministro della Giustizia – sollevati nei confronti del CSM, per la nomina delle posizioni apicali in magistratura; nei confronti del Presidente della Repubblica, sul potere

ISSN 2279-7238

di grazia; nei confronti del Parlamento, sul tema della sfiducia individuale al Ministro Mancuso.

Il problema della conservazione (ed in particolare quello della selezione del materiale essenziale degno di conservazione) si presenta particolarmente difficile, sia per la mole ingente del materiale cartaceo sia per i problemi di riservatezza a tutela delle parti coinvolte nelle difese. Vi sono difficoltà di accesso ai documenti, senza l'autorizzazione delle parti, e molte delle carte dovrebbero essere macerate dopo la scadenza del termine di legge (10 anni) per la loro conservazione a cura del difensore. Si tratta quindi di un problema che incontra gravi ostacoli pratici: una possibile soluzione si potrebbe trovare mediante la memorizzazione digitale delle memorie più rilevanti e delle relative sentenze, accompagnata da una elencazione riassuntiva dei temi affrontati e delle parti assistite dal maestro.

ISSN 2279-7238

Presentazione della "associazione Antonio G. Zorzi Giustiniani"

di Paola Zorzi Giustiniani*

L'Associazione, con presidente il prof. Fulco Lanchester, si è costituita in Firenze in data 19/12/2016 ed ha per scopo istituzionale:

- ricordare la figura e l'opera del giurista Antonio G. Zorzi Giustiniani (1949 – 2015);
- conservare, valorizzare ed estendere il patrimonio della Biblioteca situata nello studio di Firenze via Gino Capponi 8;
- curare la catalogazione della suddetta Biblioteca per metterla a disposizione degli studiosi di storia costituzionale e di diritto comparato.

Hanno onorato l'Associazione con la loro adesione in qualità di soci onorari: Giuliano Amato, Stefano Grassi, Franca Leverotti, Giovanni Serges, Sara Volterra, Marino Zorzi.

Come ha scritto Fulco Lanchester in un suo saggio pubblicato sulla rivista Nomos, *Le attualità nel diritto*, Antonio G. Zorzi Giustiniani inizia il suo percorso di studioso alla Facoltà di Giurisprudenza di Firenze laureandosi nel luglio 1971 con una tesi di Diritto comparato su *La Corte costituzionale jugoslava* con relatore Mauro Cappelletti. Poi borsista presso la cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Scienze politiche, nel 1974 inizia a collaborare con Giuliano Amato, docente di Diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo fiorentino. Divenuto assistente di Carlo Lavagna presso la Cattedra di Istituzioni di diritto pubblico della Facoltà di Scienze politiche alla Sapienza di Roma, inizia, come ha detto Giuliano Amato nel suo intervento al convegno *Ricordando Antonio Zorzi Giustiniani* a Pisa il 17 ottobre del 2016, una feconda collaborazione con lo stesso Amato e con Mario Galizia, titolari delle due cattedre di Diritto costituzionale italiano e comparato.

Dal 1985 è docente presso la Facoltà di Scienze politiche di Pisa di Diritto pubblico anglo americano, Diritto costituzionale italiano e comparato e infine di Diritto pubblico comparato.

La Biblioteca è il lascito di una vita dedicata alla ricerca in ambito giuridico, politologico ed economico di un intellettuale dai vasti interessi culturali e ne rispecchia la personalità poliedrica.

La convinzione che tali ambiti di ricerca non possano mai prescindere da un forte radicamento nella storia e da una visione multidisciplinare, è all'origine della ricchezza dei vari settori della Biblioteca, che è stata il laboratorio non solo della produzione scientifica

* Coordinatrice della Associazione Antonio G. Zorzi Giustianiani.

ISSN 2279-7238

di Antonio Zorzi Giustiniani, ma anche della Sua attività forense e di analista e osservatore delle relazioni tra politica ed economia.

Bibliofilo appassionato, da sempre in contatto con le principali case editrici e librerie antiquarie di tutto il mondo, Antonio Zorzi Giustiniani ha raccolto testi rari ed edizioni di pregio bibliografico, spesso orma introvabili sul mercato italiano ed internazionale.

In particolare i settori riguardanti la storia del costituzionalismo americano ed europeo, ivi compresa l'Europa orientale e balcanica, raccolgono pressoché tutto ciò che è stato pubblicato fino ad oggi.

Da cultore della storia locale, Antonio Zorzi Giustiniani ha reperito sul mercato antiquario un vastissimo numero di pubblicazioni sulla storia di Venezia, di Vicenza, di Bovino di Puglia, di Firenze e delle altre città toscane, di Roma, di Napoli…

Anche i settori relativi alla storia, all'arte ed alla geografia sono particolarmente ricchi, così le letterature italiana, europea e mondiale.

Da una prima stima approssimativa la Biblioteca racchiude una collezione compresa tra le 20.000 e le 30.000 unità bibliografiche.

La famiglia ha voluto chiedere alla Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Toscana la tutela delle unità bibliografiche delle aree disciplinari: Scienze giuridiche, Scienze economiche, Scienze sociali, Riviste e periodici.

In data 9/11/2017 la Soprintendenza ha notificato un "provvedimento di eccezionale interesse culturale" della Biblioteca.

La famiglia si riserva di chiedere in futuro la medesima tutela per le collezioni relative ai settori disciplinari: Filologia e Linguistica, Letterature classiche, Letterature moderne, Storia, Mitologia e religioni, Etnologia e Antropologia, Arte e Archeologia, Musica e Spettacolo, Geografia, Scienze pure e applicate, Psicologia e Psicanalisi, Teosofia.

A partire dall'anno 2018 la Biblioteca ha aderito al Sistema Documentario Integrato dell'Area Fiorentina (SDIAF).

Dall'aprile 2018 è iniziata la catalogazione secondo le linee guida e gli standard internazionali delle biblioteche, le schede vengono inserite in tempo reale sul catalogo del Sistema Bibliotecario Nazionale (SBN).



A.Z.G.

Associazione Antonio G. Zorzi Giustiniani
Via Gino Capponi, 8 - 50121 Firenze - Tel. 055 0136081
associazione.zorzigiustiniani@gmail.com

ISSN 2279-7238

Emancipazione ebraica e drafting revolution in Israele: le funzioni latenti di una norma giuridica*

di Enrico Campelli**

La classica distinzione tra funzioni manifeste e funzioni latenti può applicarsi utilmente, talvolta, anche al caso della norma giuridica. Accanto agli scopi espliciti e dichiarati della norma infatti, si danno a volte "obiettivi" non chiaramente programmati - talvolta perfino non previsti- che tuttavia la norma stessa contribuisce a porre in essere. In alcuni casi, tali "obiettivi" si rivelano ancor più significativi e urgenti delle stesse intenzioni originarie.

In una prospettiva quasi di "sperimentazione", può essere interessante, per argomentare questa tesi, ricorrere a esempi quanto più possibile diversi e lontani nello spazio, nel tempo e nel contesto di applicazione. Nel 2018 ricorrono, per un caso singolare, molti anniversari di date storicamente significative. Fra queste è possibile ricordare i 170 anni dello Statuto Albertino e i 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, come pure- a livello internazionale, i 70 anni della fondazione dello Stato di Israele.

Il testo che segue si riferisce precisamente a due casi, storici e giuridici, di questo tipo, del tutto non sovrapponibili: da un lato le vicende dell'emancipazione ebraica durante il periodo statutario, e dall'altra il dibattito attuale circa la coscrizione per gli ultra-ortodossi in Israele. Ad una sostanziale e apparentemente irrimediabile *lontananza* corrisponde infatti un intento paragonabile che accomuna tali casi e che si riferisce alle ragioni sociali che ne sono alla base e ne costituiscono, a ben vedere, la *ratio*.

Il primo riguarda infatti la vicenda delle Lettere Patenti di Carlo Alberto. Una intensa stagione riformista, che avrà il suo passaggio più significativo nello Statuto Albertino del 4 marzo 1848, si era aperta nel regno di Sardegna già nel novembre del 1847 con le iniziative del marchese Roberto d'Azeglio a favore dell'emancipazione civile di valdesi ed ebrei. In seguito alle Regie Patenti del 17 febbraio (n.673/1848), con cui Carlo Alberto concede i diritti civili e politici ai sudditi valdesi ("partecipi di tutti i vantaggi conciliabili con le

* Contenuto sottoposto a *double blind peer review*

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Università di Roma "La Sapienza"

ISSN 2279-7238

massime generali della nostra legislazione"), molte nuove petizioni vengono rivolte al re per chiedere l'estensione di quelle misure liberali anche agli ebrei. Il cambiamento decisivo si verifica, più o meno inaspettatamente, il 21 marzo dello stesso anno, quando un nutrito gruppo di ebrei torinesi si concentra nel deposito di Chivasso, punto di raccolta dei volontari la guerra contro l'Austria, manifestando apertamente il proposito – del tutto non previsto dalle norme – di far parte del corpo di spedizione. Il 29 marzo avviene il riconoscimento ufficiale dei diritti civili degli ebrei, con la firma del relativo decreto n.688/1848, sul campo di battaglia di Voghera, da parte di Carlo Alberto. Il 15 aprile dello stesso anno, per effetto di un decreto regio (n.700/1848) firmato dal principe Eugenio di Savoia, luogotenente del Regno, gli israeliti regnicoli vengono ammessi a far parte della leva militare "in conformità alle leggi e discipline esistenti". Nel giugno successivo infine, l'articolo unico di un nuovo Decreto Regio (sempre a firma di Eugenio di Savoia) stabilisce che "la differenza di culto non forma eccezione al godimento dei diritti civili e politici e all'ammissibilità delle cariche civili e militari". (Legge Sineo 735/1848).

Il frasario piuttosto scarno e anonimo di questi documenti apre di fatto ad una rivoluzione di grande rilievo, destinata ad essere infranta, novant'anni più tardi, solo dalle leggi razziali del 1938.

Al di là della cornice formale di elasticità e "pieghevolezza"[2517] dello Statuto e del contesto di concessioni liberali su tutto il territorio italiano e non solo, il significato di questi provvedimenti di legge non è del tutto ovvio, né di univoca interpretazione. Si tratta forse di affermazioni nell'ordinamento del principio di uguaglianza? Della evidente ma anche controversa propensione liberale di Carlo Alberto? O piuttosto dell'estensione a minoranze – di piccole dimensioni ma socialmente visibili - del principio di responsabilità relativamente ai doveri dei cittadini nei confronti dello Stato?

In un momento in cui si è aperto e sta maturando il progetto politico-ideologico della costruzione della "italianità"[2518], piuttosto che ai moderni concetti di democrazia e

[2517] Si veda a questo proposito T. Marchi, *Lo Statuto Albertino e il suo sviluppo storico*, Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia. - 18 (1926), pt. 1, p. 187-209.
[2518] Lo Statuto Albertino verrà progressivamente esteso alle altre regioni italiane tra il 1859 ed il 1920. Pochi giorni dopo la promulgazione dello Statuto, Carlo Alberto stabilisce che "a guidare l'esercito" nella guerra di liberazione nazionale sia non la bandiera dei Savoia piemontesi, ma il Tricolore italiano.

ISSN 2279-7238

partecipazione, è forse più utile rivolgersi a una categoria diversa, che meglio consenta di entrare nel problema. La chiave più convincente per interpretare il territorio della ammissione alla leva militare di minoranze significative, ma fino ad allora oggetto di secolare esclusione, potrebbe essere quella di *inclusività sociale*. Che l'inclusione venga declinata in questa forma – l'ammissione alla leva degli israeliti regnicoli e il diritto a risalire i gradi della carriera militare - trova una spiegazione proprio nel contesto di un senso di appartenenza allo Stato che deve essere costruito e promosso. Il concetto porta in sé un carico, per così dire, di "affettività" e "internità", insospettabile dalle forme in cui viene espresso dei decreti, ma pure visibile. L'ammissione alla leva non è rappresentata dal legislatore come dovere e responsabilità universale dei "nuovi" cittadini, ma piuttosto, appunto, come un diritto ad esserci, una forma di presenza allo Stato e nello Stato che segnala il raggiungimento e godimento di una piena cittadinanza, finalmente sostanziale.

Poco più di mezzo secolo più tardi questa carica "emozionale", contenuta ma non emergente nei decreti precedentemente ricordati, diventerà materia concreta nell'interventismo e irredentismo dei sudditi israeliti. In particolar modo gli ebrei di Trento e Trieste offriranno un contributo rilevante di partecipazione e di eccellenza al primo conflitto mondiale, arruolandosi nell'esercito italiano già dal 1915, dopo il trattato di Londra, e battendosi per un paese di cui ridefinire i confini e del quale si sentono pienamente cittadini. Dall'unità di Italia in poi, molti ebrei erano di fatto entrati nei ranghi dell'esercito e negli impieghi pubblici, di cui il servizio militare è una branca. Nel 1869 l'esercito italiano aveva già 87 ufficiali e più di 300 soldati israeliti (che rompono ogni proporzione se si pensa che la popolazione ebraica è lo 0,1% della popolazione complessiva). Estrazione borghese e grado di istruzione li privilegiano per il ruolo di ufficiali e l'annuario del 1895 segnala a questo proposito i nomi di circa 700 ufficiali ebrei[2519]. Tra il 1902 ed il 1903, Ministro della Guerra è l'ebreo Giuseppe Ottolenghi, che firmerà una riforma dell'esercito poi attuata e conclusa dai suoi successori del Dicastero. Tra il 1907 ed il 1913, inoltre, sindaco di Roma è l'ebreo anglo-italiano Ernesto Nathan.

È però la prima guerra mondiale il culmine di questa parabola. In particolare è la comunità ebraica di Trieste, da sempre demograficamente rilevante ed emergente dal punto

[2519] G. Cecini, *I congedi razziali dei militari italiani ebrei nel 1938/39*, DEP n.5-6, 2006.

ISSN 2279-7238

di punto di vista professionale (rimasta però isolata dalle altre comunità del Regno dopo la Terza Guerra di Indipendenza e l'annessione del Veneto all'Italia), a immettere la lotta irredentista nella sua fase epica. Anche gli ebrei stranieri residenti a Trieste e quelli giuliani accorrono volontari nell'esercito italiano. 261 saranno i caduti, un migliaio i decorati e due medaglie d' oro saranno concesse alla memoria (una alla memoria del diciassettenne figlio di Margherita Sarfatti, amante del Duce)[2520].

Dopo la guerra, nel 1920, su 350 deputati 19 sono ebrei e, nella popolazione ebraica molti, dal 1922 in poi, daranno prova di solida fede fascista[2521]. Questo rapporto di *internità* al paese e alle sue leggi degli ebrei italiani viene spezzato brutalmente dalle leggi razziali del 1938. Nel novembre di quell'anno, il Gran Consiglio del Fascismo emana la disposizione per la rimozione dal pubblico impiego degli ufficiali ebrei dell'esercito (Rdr n. 1728 del 17/11/1938). Paradosso della brutalità appare l'invenzione dei "discriminati", ossia coloro che, per meriti di fronte alla patria o al regime, potevano mantenere alcuni "privilegi" rispetto ai divieti introdotti. Alfiere di una posizione morbida rispetto ai militari ebrei fu – come è noto – Balbo, il quale (insieme a Federzoni e De Bono) riuscì a fare rientrare nella categoria dei discriminati tutti i combattenti ebrei decorati con la croce al merito di guerra. Per il resto fu mantenuta, nella lettera delle Leggi, l'impossibilità per i non discriminati, di "prestare servizio militare in pace ed in guerra". Non era, appunto, una esenzione, ma un divieto tassativo. Contemporaneamente fu disposto l'allontanamento degli "allievi di razza ebraica" dalle scuole militari. Una norma successiva, del febbraio 1939, collocava in congedo assoluto tutti i dipendenti di "razza" ebraica delle forze armate, della Guardia di Finanza e della Milizia. Di fatto, tale provvedimento fu attuato, nonostante la prevista distinzione dei "discriminati", disinvoltamente per tutti i militari ebrei, con rarissime eccezioni che rendevano del tutto vano il concetto giuridico di discriminazione. Tra i militari vi furono 5 suicidi. Occorrerà attendere il Regno del Sud e poi la Costituzione repubblicana per sanare, almeno in parte, questa tragica ferita.

Con la caduta del Fascismo e la Liberazione, comincia di fatto il processo che porterà alla riaffermazione del principio di uguaglianza e alla restituzione dei diritti civili e politici negati

[2520] A. Rovighi, *I militari di origine ebraica nel primo secolo di vita dello Stato italiano*, Stato maggiore dell'Esercito - ufficio storico, 1999.
[2521] Si veda, su questo argomento, G. Cecini, *I soldati ebrei di Mussolini*, Mursia, Milano, 2008.

ISSN 2279-7238

negli anni precedenti ai cittadini di fede ebraica. L'art. 3 della Costituzione repubblicana prevede, come è noto, la non discriminazione in base a ragioni legate al sesso, alla razza, alla lingua, alle opinioni personali, alla fede religiosa. Il primo comma dell'art.8 enuncia invece il principio per cui tutte le confessioni religiosi sono egualmente libere davanti alla legge, assicurando quindi libertà di religione e di coscienza. L'art. 21 dà a tutti il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero. Sono dunque poste le basi di uno Stato laico e si introduce il principio secondo il quale i rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse da quella cattolica saranno regolate da "intese" con le relative rappresentanze.

Lo stesso tema, il diritto/dovere del cittadino di prestare servizio militare (e l'universo che vi ruota attorno, di cui l'obiezione di coscienza e l'esenzione dal servizio di leva sono solo una parte), mostra, anche in contesti giuridici infinitamente lontani nello spazio e nel tempo, la stessa capacità di includere/escludere, lo stesso tratto di territorio sensibile e dirimente rispetto all'istituto di cittadinanza. Il caso che segnala, nel nostro presente, la grande complessità della questione e la sua *stratigrafia,* storica e antropologica, è certamente, e non senza ironia, quello di Israele.

È bene chiarire immediatamente come dalla sua nascita, nel 1948, l'ordinamento giuridico israeliano si sia dotato, già l'anno successivo, di una legislazione circa la leva obbligatoria, la *Defense Service Law*, successivamente modificata più volte senza arrivare, ad oggi, ad un testo trasversalmente condiviso. Già dal 1949 dunque, la legislazione israeliana, fortemente valuta anche dal primo Primo Ministro israeliano David Ben Gurion, prevede, nella pratica, l'esenzione dal servizio militare per una delle molte comunità che vivono in Israele, demograficamente in costante crescita e definita da una rigidissima ortodossia religiosa, gli *haredim* (ebrei ultraortodossi*)*. Per quanto manchino spiegazioni univoche o unilaterali di questa scelta, nella sostanza la si può far risalire alle forti correnti di antisionismo che attraversano la comunità in questione. Gli *haredim* non riconoscono infatti lo Stato di Israele in quanto ordinamento giuridico, ma solo come futuro regno divino dopo l'arrivo del Messia e dunque considerandolo, fino ad allora, totalmente illegittimo e blasfemo. Del resto, pur non svolgendo il servizio militare, tale comunità di ebrei ortodossi ritiene intercambiabile e altrettanto utile allo Stato la centralità della propria pratica religiosa,

ISSN 2279-7238

che la leva militare collocherebbe invece su un piano inferiore, costituendo un elemento di trasgressione e incrinatura profonda dell'osservanza.

Cercare di ricostruire l'intricata vicenda giuridica dell'esenzione militare per gli ultraortodossi è certamente un compito troppo arduo per questo scritto, ma non è inesatto affermare che la battaglia sulla *Military Service Law* del 1949 (successivamente emendata nel 1956 e nel 1986), sia una delle controversie più profonde e radicate dell'ordinamento giuridico in questione, che ha visto, negli anni, oltre a numerosissime udienze ministeriali ed interrogazioni parlamentari, veri e propri esecutivi "cadere" sulla questione, oltreché storici interventi della Corte Suprema. Per meglio comprendere il peso della questione, basterà analizzare una delle molte petizioni all'Alta Corte di Giustizia, il *Rubinstein vs Minister of Defense Case*[2522], in cui la Corte stabilì che la decisione circa l'esenzione *"must be adopted in the framework of a national decision made by the Knesset regarding the position of the State of Israel on a controversial national-social issue"*.

È proprio per rispondere all'invito della Corte e per risolvere la sfida della coesione sociale che il Primo ministro Netanyahu, insieme all'allora ministro della Difesa Barak, nomina nel 1998 una commissione *ad hoc* sulla questione: la Commissione Tal. Presieduta da Tzvi Tal (ex giudice della Corte Suprema), la Commissione fu infatti incaricata di fornire dei suggerimenti all'esecutivo su come formulare la legislazione in materia di arruolamento. Le principali conclusioni della Commissione portarono la *Knesset*, il parlamento israeliano, a trasformare l'*accordo di differimento* in una legge, promulgando la "*Deferral of Military Service for Yeshiva Students Law*" nel 2002.

Anche nota come *Tal Law*, la legge stabiliva il rinvio per gli studenti delle *Yeshivot* (le scuole rabbiniche) fino all'età di 22 anni, momento in cui avranno la possibilità di accedere ad un servizio militare minimo o ad un servizio nazionale (della durata di almeno un anno). Rinnovata per altri cinque anni nel 2007, la *Tal Law* venne giudicata incostituzionale, il 21 febbraio 2012, dalla Corte Suprema israeliana, che con un giudizio[2523] di 6-3, vide nella legge una violazione del principio di uguaglianza dei cittadini, stabilendo l'impossibilità da parte della *Knesset* di prolungarla oltre la sua scadenza, fissata al 1° agosto 2012.

[2522] HCJ 3267/97 Rubinstein vs Minister of Defence, 52(5) PD 481.
[2523] HCJ 6298/07, HCJ 6318/07, HCJ 6319/07, HCJ 6320/07, HCJ 6866/07

ISSN 2279-7238

Se la volatilità dell'ordinamento e della vita partitica israeliana aveva fino a quel punto reso molto complesso il raggiungimento di un accordo stabile tra le parti e tra le numerosissime sensibilità presenti all'interno della *Knesset*, è dall'intervento della Corte del 2012 che l'ordinamento israeliano mostra più che mai i suoi limiti e debolezze. Con l'allargarsi del dibattito nazionale e con la catastrofica esperienza della *Plesner Commission*, boicottata dai suoi stessi partecipanti, una rinnovata *Knesset* approva il 12 marzo 2014, l'emendamento n.19 alla *Defense Service Law*, introducendo per la prima volta l'obbligo di prestare servizio anche per i giovani ultraortodossi. Fortemente voluto da *Yesh Atid*, nuovo astro della *Knesset* alle elezioni politiche del 2013, che sulla "condivisione del peso militare" aveva impostato tutta la sua campagna elettorale, il testo viene superato l'anno successivo su richiesta dei partiti ultra-ortodossi, che mettono di fatto a rischio la tenuta del governo Netanyahu.

È dunque questo il necessario quadro storico per meglio comprendere l'ultimo intervento della Corte Suprema, datato 12 settembre 2017, che con la sentenza 1877/14, ha nuovamente dichiarato incostituzionale l'esenzione e che ha dato un anno di tempo affinché il legislatore riuscisse a votare un testo condiviso atto a risolvere, una volta per tutte, l'annosa questione.[2524] Ciò che probabilmente ha spinto la Corte ad intervenire, certamente più dell'evidente violazione del principio di uguaglianza, è il grande investimento *di senso* sul servizio militare nel paese: il fatto, cioè, che la leva sia, particolarmente in un ordinamento giovane ed investito da forti e diverse correnti migratorie, fonte di inclusione e appartenenza sociale e giuridica. Yemeniti, russi, europei di molteplici provenienze, *kibbutznikim*[2525], e abitanti delle città, portatori, tutti, di tradizioni, culture e modi di vita diversissimi, trovano nel servizio militare, come forma di collante sociale, un momento di formazione di educazione della coscienza civile e di senso di appartenenza. Proprio perché per gli *haredim* l'inclusione nei ranghi dell'esercito sarebbe potenzialmente in rapporto di collisione con quella che banalmente si potrebbe definire "convenienza" del sistema israeliano, è molto

[2524] A seguito della sentenza, è stato avanzato in aula un disegno di legge, votato solamente in prima lettura, che ha portato ad una concreta minaccia di crisi di Governo: i partiti religiosi hanno infatti minacciato la maggioranza di lasciare la coalizione se tale disegno dovesse essere fatto avanzare in commissione. Mentre si lavora a queste pagine, la Corte Suprema israeliana ha fornito un ulteriore proroga di tre mesi per arrivare ad un testo condiviso.

[2525] Abitanti dei diversi *kibbutzim*

ISSN 2279-7238

improbabile che le questioni dell'inclusività giuridica e dell'appartenenza sociale (per alcuni sovrapponibile anche a quella della responsabilità) prevalgano sulle considerazioni meramente strumentali ed economiche, soprattutto in un momento di grande confusione e scontro tra i tre poteri statali.

Che il servizio militare rappresenti un nodo cruciale nel complesso tema dell'inclusione sociale e della cittadinanza sostanziale, specialmente all'interno di ordinamenti giuridici giovani e ancora in fase di maturazione, è ben rappresentato in Israele anche dal caso dei Drusi, comunità non ebraica e da sempre esempio positivo di integrazione sociale all'interno del paese. La chiave per comprendere pienamente l'appartenenza drusa all'ambito della cittadinanza sostanziale è infatti da ricercare nell'attività militare di moltissimi membri della comunità stessa, ammessi al servizio dopo l'emendamento del 1956 della *Defense Service Law* per le stesse ragioni di "collante sociale" fin qui esposte. È proprio a causa di tale "internità" che le recenti proteste druse sulla *vexata quaestio* della legislazione dello Stato-Nazione hanno avuto, innegabilmente, un peso politico molto diverso da quelle palestinesi, portando addirittura l'Esecutivo Netanyahu a considerare l'ipotesi di una integrazione legislativa per evitare di creare una spaccatura con la comunità drusa israeliana.

Per chi è, anche in minima parte, familiare con le recenti vicende dell'ordinamento in questione, è facile comprendere come per la società israeliana non esista, attualmente, un bisogno specifico del contributo militare della frangia radicale ultraortodossa: l'adattamento e la rimodulazione degli apparati militari ai bisogni degli ultraortodossi sarebbero infatti enormemente costosi e difficili[2526], a fronte di un bisogno di fatto relativo del loro apporto. La necessità pressante, piuttosto, sembra essere quella di creare un sentimento nazionale unitario, una "israelianità" insomma, che riesca a riportare nell'ambito della cittadinanza sostanziale le moltissime divergenze e sfumature di una società, e di un ordinamento giuridico, decisamente eterogenei e divisi.

[2526] Si pensi solamente al rigido e costoso controllo alimentare secondo le norme della *Kasherut*, all'organizzazione quotidiana che consenta le diverse preghiere quotidiane, l'accreditamento militari di rabbini appartenenti ai diversi gruppi *haredim* etc.

ISSN 2279-7238

Il caso di Israele mostra infatti chiaramente come lo studio dei nuovi paradigmi di cittadinanza, in particolare in contesti di ordinamenti giuridici misti, si sia arricchito di posizioni giuridiche intermedie e sfumate, più caute e complesse dal punto di vista politico, che mandano in crisi l'equazione "secca" della cittadinanza come uguaglianza, rilanciando temi dalla ricca polisemia come quello della "semi-cittadinanza" e dell'inclusione differenziale.

ISSN 2279-7238

Le sfide politico-istituzionali del Governo Trudeau nel contesto delle complicate relazioni internazionali*

di Mario Altomare**

La scena politica canadese degli ultimi quattro mesi è stata dominata dalle profonde difficoltà con cui il Governo liberale si è dovuto confrontare tanto sul piano della politica estera quanto nell'ambito della politica interna.

Il *Prime Minister's Office* sta valutando l'opportunità di ricorrere ad elezioni federali anticipate, quattordici mesi prima della chiamata alle urne, così da sfruttare il momento di unità e di assoluto sostegno che l'opinione pubblica sembra manifestare nei confronti dell'Esecutivo, in risposta ad una serie di tensioni internazionali emerse nel quadrimestre considerato: le restrizioni commerciali imposte dall'amministrazione statunitense sulle importazioni di acciaio e alluminio canadesi e l'esclusione del Canada dall'accordo preliminare, concluso per adesso soltanto con il Messico, per riscrivere alcune parti importanti del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA); la rottura diplomatica con l'Arabia Saudita, che ha disposto l'espulsione dell'ambasciatore canadese e ha intimato quindicimila studenti sauditi presenti in Canada di rientrare entro fine **agosto** dopo le critiche rivolte dal Primo Ministro Trudeau contro la Nazione del Golfo per le violazioni dei diritti umani ivi consumate e l'incarcerazione di due attiviste saudite; infine, la mancata ratifica, perlomeno in tempi brevi, dell'accordo di libero scambio con l'Unione Europea (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA), provvisoriamente applicato da settembre 2017, specialmente da quando è emersa l'intenzione dell'Italia di non approvarlo. In realtà, come è stato

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottorando di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

osservato da alcuni analisti, il ricorso ad elezioni anticipate potrebbe rivelarsi una strategia inutile, dato che finirebbe per attirare l'attenzione sulla dipendenza del Canada dal commercio continentale con i vicini Stati Uniti e sulle complesse problematiche istituzionali che sta affrontando il Governo liberale.

Tali problematiche attengono, innanzitutto, ai difficili rapporti che si sono delineati nell'ultimo quadrimestre tra la federazione e la provincia dell'Ontario, guidata da **giugno** dal Governo conservatore del Premier Doug Ford che ha osteggiato duramente l'introduzione del programma *cap and trade*. Tale programma commerciale è stato implementato in virtù di un accordo firmato il 22 settembre 2017 dall'Ontario, allora governato dal Partito Liberale, dal Québec e dalla California ed entrato in vigore il 1 gennaio 2018, al fine di creare un libero mercato in cui, una volta fissati i tetti massimi alle emissioni di gas serra (*cap*), le industrie inquinanti possono acquistare sul mercato permessi di emissione dalle industrie virtuose (*trade*) attraverso aste trimestrali. Si tratta di un sistema alternativo alla *carbon tax*, già adottata da altre province, per porsi in linea con gli sforzi del Paese diretti a raggiungere gli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi del 2015 sul cambiamento climatico. Il piano del Governo federale prevede di imporre la tassa sul carbonio nei confronti di quelle province che non prendono provvedimenti contro l'inquinamento ambientale, quindi che non adottano il sistema *cap and trade*, in modo da rispettare gli impegni sul clima presi a Parigi nel dicembre 2015. Ma su questo punto si è concentrato l'elemento di maggior frizione con il Governo dell'Ontario, deciso ad evitare qualsiasi imposizione da parte delle autorità federali, specie in materia energetica, dato che durante la campagna elettorale i Conservatori Progressisti vi avevano preso impegni importanti con i cittadini, promettendo di ridurre le imposte sulla fabbricazione e vendita dei carburanti. Per tenere fede a questi impegni, il **3 luglio** l'Esecutivo provinciale ha adottato un regolamento (O. Reg. 386/18) con cui è stato revocato l'*Ontario*

ISSN 2279-7238

Regulation 144/16 che disciplinava il funzionamento del *cap and trade system* nella provincia. Da un lato, tale misura ha comportato l'introduzione del divieto per le industrie di vendere o acquistare i permessi di emissione sul mercato e, dall'altro, ha condotto alla cancellazione di una serie di programmi di economia verde che erano finanziati tramite il sistema *cap and trade*. Ma al di là di questi evidenti effetti, la revoca del regolamento 144/16 di fatto implica che "the Ontario government is making it clear that it is not taking climate action, and is effectively withdrawing from Canada's national climate change plan without a plan of their own", come ha dichiarato la portavoce della Ministra dell'Ambiente e dei Cambiamenti Climatici. A ciò si aggiunga che il **2 agosto** il Ministro dell'Ambiente del Governo Ford, Rod Philips, e l'*Attorney General*, Caroline Mulroney, hanno annunciato di aver presentato un ricorso dinanzi alla Corte d'Appello dell'Ontario per contestare la legittimità costituzionale della *carbon tax*, in quanto questa viene applicata, come ha affermato la stessa Mulroney, "only in those provinces that have not exercised their own jurisdiction in a way in a way that the federal government thinks they should" e, pertanto, si assume lesiva delle responsabilità delle province nelle materie in cui esercitano la propria giurisdizione. Inoltre, la Mulroney ha anche annunciato che l'Ontario si unirà al ricorso presentato lo scorso aprile dalla provincia di Saskatchewan davanti la Corte d'Appello provinciale contro l'imposizione della medesima tassa.

Oltre al tema della *carbon tax,* ad alimentare le tensioni tra l'Ontario e il Governo di Ottawa si è posto anche il nodo dell'immigrazione: da un lato il Premier Ford ha chiesto al Governo federale di aumentare gli stanziamenti di spesa necessari per sostenere i costi dell'accoglienza dei migranti, dall'altro l'Esecutivo di Ottawa ha deciso il **15 agosto** di rimuovere il Ministro dell'immigrazione Ahmed Hussen dalla Commissione intergovernativa incaricata di trovare soluzioni concrete all'emergenza immigrazione. L'unico segnale di distensione è arrivato dalla Ministra dei Servizi Sociali dell'Ontario, Lisa McLeod, la quale si è detta soddisfatta della rimozione del

ISSN 2279-7238

Ministro Hussen, il cui operato, a suo avviso, non era altro che l'ennesimo esercizio di retorica in una vicenda così complessa, incapace di conseguire gli obiettivi prefissati dalla *task force* che aveva il compito di guidare.

Un'altra questione politico-istituzionale che rimane da risolvere riguarda le pressioni crescenti che sta incontrando il Primo Ministro Trudeau da parte delle *First Nations*, da sempre contrarie alla costruzione e all'espansione dell'oleodotto *Trans-Mountain*, progettato per collegare i giacimenti di sabbie bituminose dell'Alberta alla regione pacifica, perché preoccupate per l'impatto potenzialmente devastante dell'opera sulla fauna selvatica locale.

Il **30 agosto** la *Federal Court of Appeal* ha deciso un ricorso presentato nel 2017 da una comunità aborigena della British Columbia in senso favorevole ai ricorrenti. La Corte all'unanimità ha annullato l'approvazione da parte del Governo federale del progetto di espansione del gasdotto, rinviandolo al *National Energy Board* per condurre ulteriori e più approfondite valutazioni di impatto ambientale. I tre giudici della *FCA* hanno affermato che l'Esecutivo ha violato il dovere di cui all'art. 35 del *Constitution Act* 1982 per non aver adeguatamente consultato le popolazioni indigene che sarebbero coinvolte dall'estensione dell'infrastruttura, sottolineando che «the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the jurisprudence of the Supreme Court» (para. 557), mentre il *National Energy Board* non ha preso sufficientemente in considerazione i rischi ambientali legati al maggiore traffico di petroliere che ne sarebbero derivati. Evidentemente, come sostengono alcuni commentatori politici, la controversia sarà quanto prima sottoposta all'attenzione della Corte Suprema, dalla quale però non sono arrivati segnali incoraggianti per gli oppositori al piano di estensione della condotta, dato che il **24 agosto** la Corte ha respinto la concessione del *leave to appeal* richiesta dal Consiglio municipale di Burnaby contro la decisione del *National Energy Board* che esentava la società *Kinder Morgan*, proprietaria dell'oleodotto, dall'applicazione delle stringenti disposizioni dello statuto della città di Burnaby.

ISSN 2279-7238

In conclusione, tenendo in considerazione la complessità e la delicatezza di queste problematiche, sembra che il momento di unità del Paese stia vacillando sotto i colpi di una serie di antagonismi crescenti che provengono da più parti: dalla provincia dell'Ontario in testa, ma anche dalle *First Nations* e, probabilmente, dal prossimo nuovo Governo del Québec, qualora fosse guidato dalla formazione di centro-destra *Coalition Avenir Québec* dopo le elezioni provinciali programmate per ottobre. In queste circostanze sembra ragionevole accogliere l'opinione di coloro che ritengono che l'indizione di elezioni anticipate non rafforzerebbe la posizione del Governo in carica, ma rischierebbe soltanto di assottigliare le aree del consenso esistenti verso il Primo Ministro, la sua squadra di governo e il Partito Liberale.

ELEZIONI

LE ELEZIONI PER IL RINNOVO DELL'ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELL'ONTARIO

Il **7 giugno** si è tenuta la quarantaduesima elezione dell'Assemblea legislativa dell'Ontario. Innanzitutto occorre osservare che sebbene in precedenza, sulla base delle previsioni di cui all'*Electoral Boundaries Act 2015*, era stato stabilito che i seggi da allocare fossero 122, la *Far North Electoral Boundaries Commission*, istituita nel 2016, nel rapporto finale ha raccomandato la creazione di due nuovi distretti elettorali che avrebbero aumentato a 124 il totale dei seggi da distribuire. Tale raccomandazione è stata poi recepita dal *Representation Statute Law Amendment Act 2017*. Oltre a ciò, si rilevi che il tasso di affluenza di queste elezioni è stato il più alto dal 1999, attestandosi al 58,4%. Il *Progressive Conservative Party of Ontario*, guidato da Doug Ford, conquistando il 40,5% dei voti, è riuscito a ottenere la maggioranza assoluta dei seggi (76 su 124), mentre il ruolo di Opposizione ufficiale sarà esercitato dall'*Ontario New Democratic Party* che ha ottenuto 40 seggi con il 33,5% dei voti. Il *Green Party of Ontario* ha invece conquistato il 4,6% dei voti un solo seggio per la prima volta nella sua storia nell'Assemblea di *Queen's Park*. Il vero sconfitto di queste elezioni è stato chiaramente l'*Ontario Liberal Party* di Kathleen Wyne, che ha registrato il peggiore risultato elettorale nella storia

ISSN 2279-7238

del partito nella provincia, dato che ha guadagnato solo 7 seggi con il 19,5% dei voti dell'elettorato provinciale e, pertanto, non è riuscito a superare per un solo seggio la soglia stabilita dall'art. 2 dei regolamenti dell'Assemblea dell'Ontario in modo da essere riconosciuto come partito parlamentare. Ciò significa non avere accesso alle risorse stanziate annualmente dall'*Internal Economy Board* dell'Assemblea provinciale tra i gruppi parlamentari per finanziare la loro attività, non poter partecipare al dibattito in aula in cui sia stabilita una equa ripartizione del tempo a disposizione tra i vari gruppi per esprimere la loro posizioni o dichiarazioni di voto e di essere costretti a schierarsi tra gli Indipendenti.

Il nuovo Governo Ford è entrato in carica dopo aver prestato giuramento il **29 giugno** nelle mani del Governatore luogotenente. La composizione del nuovo Esecutivo si presenta formata nei ruoli chiave dai veterani del PC, come Christine Elliott, ex leader del partito, che ha assunto la carica di Vicepremier e Ministro della Sanità, e Vic Fedeli, che aveva guidato il partito fino alle primarie dopo le dimissioni di Patrick Brown, il quale è stato nominato nuovo Ministro delle Finanze, oltre a detenere la carica di *Chief of Cabinet*.

ELEZIONI SUPPLETIVE IN QUÉBEC

Il **18 giugno** si sono tenute le elezioni suppletive nel distretto di Chicoutimi-Le Fjord nella provincia del Québec, da sempre roccaforte dei Liberali, dove è stato eletto il candidato del Partito Conservatore Richard Martel con il 53% dei voti. Le *by-election* si sono tenute a seguito delle dimissioni presentate dal MP liberale Denis Lemieux. La vittoria del candidato conservatore è da segnalare in quanto rappresenta secondo diversi analisti politici il primo passo del tentativo di Andrew Scheer, leader dei *Tories* canadesi, di ricostruire la storica coalizione con i nazionalisti quebecchesi, la *National Union,* al potere nella provincia francofona fino agli anni '70 e scioltasi ufficialmente nel 1989. Inoltre, la vittoria di Martel è importante in quanto costituisce evidentemente un segnale molto preoccupante per il Premier Trudeau, che cerca di guadagnare il più ampio consenso possibile dell'opinione pubblica per fronteggiare al meglio la guerra commerciale con i vicini Stati Uniti; il distretto si trova infatti nel cuore della regione di Saguenay dove sorge la più importante industria di alluminio della provincia, settore particolarmente colpito dai dazi sulle importazioni disposti dall'amministrazione Trump e, pertanto, di grande interesse per il Primo

ISSN 2279-7238

Ministro e il Partito Liberale anche per osservare le oscillazioni dell'opinione pubblica sul tema dei rapporti commerciali con gli USA.

PARTITI

BLOC QUÉBÉCOIS, MARTINE OUELLET PERDE LA FIDUCIA DELLA BASE DEL PARTITO

L'atteso referendum sulla *leadership* del *Bloc Québécois*, tenutosi il **2** e il **3 giugno** e indetto dal comitato esecutivo del partito, ha decretato la sfiducia del 67% degli iscritti nei confronti di Martine Ouellet, leader del partito da marzo 2017. A seguito della sconfitta, la Ouellet ha rassegnato le sue dimissioni, dichiarando pubblicamente che le stesse sarebbero divenute efficaci a partire dall'**11 giugno** e che l'ostacolo più forte nella realizzazione della repubblica del Québec è emerso proprio dall'interno del movimento sovranista, profondamente diviso in fazioni e soggetto a lotte intestine. Inoltre, qualche giorno dopo l'annuncio delle dimissioni della Ouellet, 2 MPs sono tornati nel partito che avevano lasciato a fine febbraio, per cui attualmente il *caucus* del BC nella Camera dei Comuni risulta composto da 5 deputati.

Si è giunti al termine così di una *leadership* già fortemente indebolita dalle consistenti defezioni del *caucus* parlamentare avvenute lo scorso febbraio (a cui occorre aggiungere quella dell'ex leader del partito, Michele Gauthier, il quale il **12 maggio** ha annunciato la sua intenzione di unirsi al Partito Conservatore, che, a suo dire, si pone come l'unico partito realmente sensibile alle esigenze della popolazione quebecchese) e considerata da molti estremamente intransigente e distante dai reali problemi della provincia francofona, perché orientata più che altro a dar voce alle storiche istanze indipendentiste.

Occorre notare, tuttavia, che, poiché i votanti sono stati chiamati ad esprimersi anche sulla questione se la piattaforma programmatica del partito dovesse prevedere l'impegno a continuare a promuovere la secessione del Québec dal Canada, il 65% di loro si è pronunciato, sorprendentemente, in senso positivo in merito. Pertanto, l'esautorazione della *leadership* di Martine Ouellet non comporterà certo l'abbandono delle pretese indipendentiste della provincia francofona in occasione delle prossime elezioni provinciali di ottobre, nelle quali il Blocco del Québec si contenderà il suo elettorato con una forza politica emergente, il *Québec Debout*, costituitasi sulla base del *Groupe*

ISSN 2279-7238

parlamentaire Québécois che si era formato lo scorso febbraio su iniziativa dei deputati defezionisti del BC. Come annunciato il **9 maggio** dal portavoce del nuovo partito, Rheal Fortin, il programma del *Québec Debout* è di rappresentare gli interessi e le problematiche concrete della provincia, instaurando un dialogo costruttivo con il Governo centrale e lasciando da parte, quindi, la questione dell'indipendenza. La competizione tra queste due forze politiche, come sostiene il sondaggista Greg Lyle intervistato dal periodico *The Hill Times*, sarà molto dura se si considera, da un lato, il modo in cui funziona il *First-Past-The-Post*, che tende a premiare in termini di seggi i partiti con una forte concentrazione territoriale di voti e, dall'altro lato, il fatto che si tratta di formazioni politiche sostenute dalla medesima base elettorale.

Detto ciò, sarà necessario attendere la nuova *Convention* del partito che dovrà individuare il successore di Martine Ouellet e che con ogni probabilità, stando alle dichiarazioni dell'ex leader Gilles Duceppe, sarà convocata dopo le elezioni provinciali di ottobre.

I LIBERALI DEL QUÉBEC DI FRONTE ALLA SFIDA DELLE PROSSIME ELEZIONI PROVINCIALI

I commentatori politici hanno osservato con grande interesse le vicende che hanno riguardato in questo quadrimestre il Partito Liberale del Québec. In vista delle prossime elezioni provinciali, che sono programmate per il mese di ottobre, 14 deputati liberali hanno annunciato il **3 maggio** che non sono intenzionati a ricandidarsi. Tra questi si annoverano 7 Ministri del Governo Couillard e lo stesso *Speaker* della *National Assembly of Québec*, Jacques Chagnon, esponenti di spicco del partito di governo, la cui scelta di farsi da parte avrà inevitabilmente un peso negativo per i Liberali nella competizione elettorale di ottobre.

Come ha spiegato Marlene Jennings, più volte eletta tra le fila del Partito Liberale alla *House of Commons*, è probabile che molti *Members of National Assembly of Québec* appartenenti al gruppo dei Liberali non si ricandideranno per ragioni squisitamente economiche e di interesse personale. Occorre notare, infatti, che in base alle disposizioni di cui all'art. 2 dell' *Act respecting the conditions of employment and the pension plan of the Members of the National Assembly,* i deputati dell'Assemblea provinciale del Québéc, che hanno terminato il loro mandato e che non hanno presentato la loro candidatura alle successive elezioni, hanno diritto ad un particolare tipo di indennità, prevista dalla normativa citata, la c.d. *transition allowance*, proporzionale al salario percepito e alla durata del mandato parlamentare. Ed è questa indennità che, secondo la Jennings, alcuni esponenti del *Liberal Party of*

ISSN 2279-7238

Québec mirano ad ottenere, considerato che completeranno il loro mandato a fine settembre.

Oltre a ciò, da parte di taluni osservatori è stato fatto notare come i deputati liberali che hanno deciso di non ricandidarsi sembrino guardare al loro partito come ad una forza politica già sconfitta, dopo essere stata al governo per quindici anni (dal 2003 al 2012 e, dopo la breve parentesi del governo del *Parti Québécois,* dal 2014 ad oggi), destinata a subire un forte ridimensionamento nelle prossime elezioni di fronte ad una significativa crescita di consensi che sta registrando il partito di centro-destra *Coalition Avenir Québec (CAQ)*, come è emerso in un sondaggio pubblicato nel mese di **giugno**.

L'INCERTA POSIZIONE DEL *NEW DEMOCRATIC PARTY* SULLA COSTRUZIONE DELL'OLEODOTTO *KINDER MORGAN*

Lo scontro sulla realizzazione del progetto *Trans Mountain* che si è profilato nei mesi precedenti tra il Premier della provincia dell'Alberta, Rachel Notley, e il Premier della British Columbia, John Horgan, entrambi appartenenti al *New Democratic Party*, ha spinto il leader Jagmeet Singh a chiarire la posizione del suo partito in merito all'affare dell'oleodotto e alla conseguente contesa interprovinciale. Da mesi Singh aveva già reso diverse dichiarazioni in cui si è sempre detto contrario all'espansione dell'infrastruttura perché il procedimento con cui ne è stato valutato l'impatto ambientale presentava gravi criticità. Dopo la notizia dell'acquisto dell'opera da parte del Governo federale annunciata il **30 maggio** dal Ministro delle Finanze Morneau (sul punto v. *infra*), Singh ha attaccato duramente i Liberali di Trudeau, accusandoli di scaricare tutti i rischi economici connessi alla realizzazione dell'oleodotto sui cittadini canadesi e di avvantaggiare esclusivamente il proprietario dell'infrastruttura, la compagnia texana *Kinder Morgan.* In tal modo, Singh ha cercato di esprimere una posizione quanto più possibile unitaria del partito almeno sulla questione dell'acquisto del gasdotto che ha indignato la maggioranza dei canadesi e delle comunità indigene. Ma neanche su questo specifico aspetto della questione il leader del NDP è riuscito a trovare l'appoggio della Premier Notley, la quale in una conferenza stampa del **16 maggio** ha sostenuto che Jagmeet Singh "is absolutely, fundamentally, incontrovertibly incorrect" nelle sue dichiarazioni riguardanti il *Trans-Mountain Expansion Project* e che le sue posizioni non rispecchiano "the vast majority of opinions in the NDP across the country". In aggiunta a ciò, bisogna notare come la distanza tra la Notley e il suo partito sembra sia diventata siderale dopo i nuovi duri attacchi che la Governatrice dell'Alberta ha rivolto al leader sikh in una intervista

ISSN 2279-7238

rilasciata il **10 agosto**, tanto che alcuni commentatori politici sostengono che la Notley possa lasciare ben presto il partito.

In questo contesto è venuta emergendo l'opinione di alcuni esponenti del partito, secondo i quali la scelta di Jagmeet Singh di opporsi drasticamente all'estensione dell'oleodotto appare legata ad un mero calcolo elettorale, in quanto il NDP federale ha molto di più da perdere nella provincia della British Columbia rispetto che nella provincia dell'Alberta, dal momento che più di un terzo del *parliamentary caucus* è composto da rappresentanti eletti nella Columbia Britannica e che è in questa provincia che il partito mira a conquistare maggiori consensi per le prossime elezioni federali. Oltre a ciò, c'è chi sostiene che Singh si sia dovuto esprimere necessariamente in opposizione al progetto *Trans-Mountain* in quanto egli ha annunciato l'**8 agosto** che si candiderà nel collegio di Burnaby South per le elezioni della Camera dei Comuni dell'anno prossimo, in cui si sono concentrate la gran parte delle manifestazioni di dissenso nei confronti della compagnia petrolifera texana.

Alla luce delle profonde divisioni emerse in questi mesi tra i *New Democrats*, è importante anche riconoscere che, come ha affermato lo stesso John Horgan, il partito si presenta come una "collection of interests", tra i quali lo stesso Singh si è dimostrato capace di mediare, dato che, nel criticare la mossa del Governo federale di acquistare il progetto dalla *Kinder Morgan,* è stato ben attento a non attaccare la strategia della Notley. Al contrario, sembra abbia riconosciuto, da un lato, gli sforzi compiuti finora dai Premier delle due province nel non far precipitare una questione politica in uno scontro personale e, dall'altro, il fatto che entrambi abbiano agito nell'interesse delle popolazioni che rappresentano.

Si può osservare, pertanto, come la questione della *Trans-Mountain pipeline,* ancora ben lontana dal trovare una soluzione politica definitiva, appaia quella più spinosa e delicata su cui il Nuovo Partito Democratico si è dovuto misurare in questi ultimi anni, in particolare dal 2011 quando il partito era riuscito a ricoprire il ruolo di Opposizione Ufficiale.

LA *CONVENTION* DEL PARTITO CONSERVATORE

L'ultima *Convention* del Partito Conservatore prima delle elezioni federali del 2019 si è tenuta in 3 giorni, dal **23** al **25 agosto**, ad Halifax, in Nuova Scozia. La *Convention* è stata l'occasione per discutere la piattaforma programmatica dei *Tories* in vista del voto del 2019, per approfondire con i membri del *caucus* federale alcuni temi caldi della politica nazionale e per esaminare e votare alcune proposte di modifica dello statuto del partito.

ISSN 2279-7238

Nel primo giorno di *Convention* è stata annunciata la rottura inaspettata con il parlamentare Maxime Bernier, il quale ha dichiarato di voler lasciare il *Conservative Party* e di creare una propria formazione politica per correre alle prossime elezioni federali. Bernier ha affermato che si è reso conto solo nell'ultimo anno di far parte di un partito "intellettualmente e moralmente corrotto per essere riformato" e che si è dimostrato incapace di offrirsi come valida alternativa ai Liberali. Anche altre fratture sono emerse all'interno del Partito Conservatore durante la *Convention*, senza tuttavia generare altre defezioni. In particolare, nel dibattito che si è svolto su alcuni temi come l'aborto, l'eutanasia e l'identità di genere, si sono confrontati orientamenti opposti, che hanno reso manifesta l'esistenza di visioni anche di stampo social-conservatore. Nonostante abbia preso atto di queste diverse posizioni, il leader dei *Tories* canadesi, Andrew Scheer, ha preferito concentrarsi a ricostruire la trama del consenso tra la base del partito e i suoi MPs e di non riaprire nuovi dibattiti sui temi etici, in relazione ai quali ha dichiarato di non voler imporre una linea dura unitaria e di lasciare totale libertà di opinione.

Oltre alle complesse questioni legate all'unità del partito, la *Convention* di agosto, come si è detto, è stata la sede di discussione tra i delegati sulle proposte di riforma della *party constitution*. Delle 42 proposte inizialmente presentate, solo 10 sono state prima selezionate per essere discusse nella seduta plenaria fissata nell'ultimo giorno di *Convention* e conseguentemente sono state adottate solo in via informale. Tra queste quelle più significative prevedono di introdurre il voto elettronico come nuovo sistema di elezione del leader di partito, di garantire più trasparenza sulle donazioni e raccolte fondi e di stabilire un limite al numero di richieste di finanziamenti trasmesse dai *party members* per posta elettronica e tradizionale o tramite apparecchi telefonici.

PARLAMENTO

L'APPROVAZIONE DEL *CANNABIS ACT*

La legge che consente l'acquisto e il consumo della cannabis per scopi ricreativi (legge C-45, meglio nota come *Cannabis Act*) ha ricevuto il *Royal Assent* il **21 giugno**. L'*iter* legislativo che ha condotto all'approvazione del *Bill* C-45 da parte di entrambe le Camere non è stato semplice: dopo l'approvazione del disegno di legge da parte della Camera dei Comuni, intervenuta l'11 novembre dello scorso anno, il testo è stato trasmesso al Senato che, dopo 7 mesi di studi e dibattiti, lo ha approvato il **7 giugno**, introducendovi alcuni emendamenti; questi sono stati presi in esame dalla

ISSN 2279-7238

House of Commons che ha accolto quelli che costituiscono accorgimenti tecnici alla normativa in esame e ha respinto quelli più significativi (tra questi si ricordi l'emendamento che proponeva di lasciare alle province la libertà di stabilire se vietare l'autoproduzione della cannabis sul proprio territorio); la Camera dei Comuni ha poi inviato il disegno di legge alla Camera alta il **18 giugno**, che ha approvato la versione finale del *Bill* il giorno seguente con 52 voti favorevoli, 29 contrari e 2 astenuti. La legge entrerà in vigore ufficialmente il 17 ottobre 2018, come ha annunciato il Primo Ministro Trudeau durante il *Question Period* del **20 giugno** dinanzi ai Comuni, per consentire alle province di avere il tempo necessario per definire autonomamente il proprio sistema di distribuzione, coltivazione e vendita di cannabis. La normativa prevede, oltre ai quantitativi di detenzione per uso personale, pesanti sanzioni per chi contravviene al divieto di vendita ai minorenni, con pene di reclusione fino a 14 anni. Viene vietata l'esportazione e, in combinato disposto con il *Bill* C-46 che modifica alcune parti del Codice penale, saranno inasprite le pene per i reati legati alla guida sotto l'effetto di marijuana.

LA NOMINA DEL NUOVO *PARLIAMENTARY BUDGET OFFICER*

Il **19 giugno** il Primo Ministro Trudeau ha annunciato la nomina di Yves Giroux come nuovo *Parliamentary Budget Officer*, che entrerà in carica ufficialmente il 3 settembre prossimo. Giroux ha precedentemente esercitato le funzioni di *Assistant Commissioner* presso la *Strategy and Integration Branch* della *Canada Revenue Agency* (l'Agenzia delle Entrate canadese) e di *Chief Data Officer* presso la stessa Agenzia. Il PBO è un organismo indipendente che ha l'incarico di svolgere analisi e verifiche sull'andamento macroeconomico e sulle previsioni di finanza pubblica del Paese, di promuovere la trasparenza dei bilanci degli enti pubblici e di predisporre analisi e rapporti anche su richiesta dei partiti. Viene nominato dal *Governor in Council* per un mandato che dura 7 anni, previa consultazione dei partiti politici rappresentati nella Camera dei Comuni, dello *Speaker* del Senato e dei *leaders* dei *caucus* in cui sono organizzati i partiti nella Camera Alta.

GOVERNO

RIMPASTO DI GOVERNO

Il **18 luglio**, a seguito della cerimonia di giuramento che si è tenuta dinanzi alla Governatrice generale del Canada, il Primo Ministro ha annunciato la

ISSN 2279-7238

composizione del suo nuovo Gabinetto, in vista delle prossime elezioni federali che si terranno nel 2019. Prevedendo che alcuni temi caldi su cui verterà la campagna elettorale saranno rappresentanti dalla politica commerciale, sia sul fronte interno che nei mercati esteri, dalla sicurezza e dai rapporti con le province, Trudeau ha pensato di proporre alcune nomine alla rappresentante ufficiale della Monarchia britannica, che possano rafforzare la propria squadra di governo nella gestione di queste aree di *policy*. La nuova compagine governativa risulta composta da 35 membri, 5 in più rispetto alla precedente. Tra questi occorre menzionare il nuovo Ministro della Terza età, Filomena Tassi, sulla quale Trudeau punta molto per conquistare i voti dell'elettorato *senior* nelle prossime elezioni. Per il resto il rimpasto è stato il risultato degli spostamenti di alcuni Ministri in altri ruoli di governo. Tra questi è importante rilevare il veterano Dominic Leblanc, nominato Ministro degli Affari intergovernativi, considerati i rapporti tesi che si sono registrati negli ultimi tempi con le province governate dal Partito Conservatore, in particolare con l'Ontario; Jim Carr, ex Ministro delle Risorse naturali, ora al Dicastero del commercio internazionale, una posizione importante viste le relazioni sempre più difficili con i vicini Stati Uniti; Bill Blair, ex capo dei servizi di polizia della città di Toronto, nominato Ministro della Sicurezza delle frontiere, in risposta alla crescente attenzione dedicata dai Conservatori alla questione scottante della gestione dell'immigrazione irregolare al confine tra Canada e Stati Uniti. Rimane invece invariata la maggior parte dei Ministeri più importanti del Governo: Bill Morneau alle Finanze, Chrystia Freeland agli Affari esteri, Harjit Sajjan alla Difesa, Ralph Goodale alla Sicurezza pubblica.

IL GOVERNO FEDERALE NAZIONALIZZA L'OLEODOTTO *TRANS-MOUNTAIN*

Il rischio per la compagnia petrolifera *Kinder Morgan* di portare avanti l'investimento sulla costruzione dell'oleodotto *Trans-Mountain*, divenuto ormai troppo complicato e oneroso da sostenere per la società, ha spinto il Governo Trudeau a nazionalizzare l'infrastruttura e a continuarne l'opera di espansione. Ad annunciarlo è stato il Ministro delle Finanze Morneau il **30 maggio**, affermando che dal punto di vista politico l'obiettivo di questa nuova mossa del Governo risulta diretta, da un lato, a ribadire la competenza esclusiva della federazione in materia di regolazione degli scambi commerciali e di trasporti interprovinciali, come indicato dall'art. 91 del *Constitution Act 1982*, nel cui ambito ricade la costruzione del gasdotto; dall'altro, appare

ISSN 2279-7238

senz'altro una mossa capace di superare il punto di stallo in cui si era giunti nello scorso quadrimestre, dato che il Governo non era riuscito ad elaborare un piano di azione efficace a difendere l'interesse nazionale, superando così anche le polemiche e i duri attacchi mossi da parte delle opposizioni, gruppi ambientalisti e dai rappresentanti delle comunità aborigene del Canada.

Inoltre, il gruppo Kinder Morgan si impegnerà ad aiutare il Governo per cercare nuovi acquirenti che siano interessati a investire in questi *asset,* mentre l'Esecutivo dovrà occuparsi di rilanciare il progetto di raddoppio della condotta che, per il momento, come si è detto nell'introduzione, risulta bloccato dalla necessità di procedere ad una nuova valutazione di impatto ambientale, come stabilito dalla recente sentenza della Corte d'Appello Federale.

CORTI

LA *SUPERIOR COURT OF QUÉBEC* SOSPENDE L'APPLICAZIONE DEL *FACE-COVERING BAN* DEL QUÉBEC

Una sentenza del **28 giugno** emessa dal giudice Marc-André Blanchard della Corte Superiore del Québec ha stabilito la sospensione dell'applicazione della legge approvata dall'Assemblea nazionale del Québec nell'ottobre 2017 che dispone l'obbligo per tutti, comprese le donne musulmane che indossano il niqab, di tenere scoperto il volto sia per poter fornire che per usufruire dei servizi governativi, come i mezzi di trasporto pubblici o i servizi bibliotecari. Si tratta della seconda sospensione che viene imposta sull'applicazione di questa legge da parte di una Corte di *first level* della provincia francofona. Nel dicembre 2017, infatti, il giudice di primo grado Babak Barin aveva disposto la sospensione di alcune parti della legge del Québec finché il Governo provinciale non avesse provveduto ad emanare un apposito regolamento di attuazione della medesima normativa. Nel nuovo pronunciamento da parte della *Superior Court of Québec*, il giudice Blanchard ha ritenuto che le nuove regole di attuazione fossero ambigue e confuse e, pertanto, ne ha deciso la sospensione, nelle more di un giudizio sulla presunta incostituzionalità della legge introdotto, tra gli altri ricorrenti, dal *National Council of Canadian Muslims*. In aggiunta a ciò, nella sentenza del 28 giugno, il giudice Blanchard ha scritto che gli effetti della *sec.* 10 del *face-covering ban* sarebbero tali da comportare un "irreparable harm" nei confronti delle donne musulmane che decidono, per ragioni legate alla loro fede religiosa, di coprirsi il volto con un velo o

ISSN 2279-7238

con il niqab quando ricevono o offrono un servizio pubblico; perciò, appaiono *prima facie* in contrasto con la *sec.* 2, lett. a) della Carta canadese dei diritti e delle libertà, che tutela la libertà di coscienza e la libertà religiosa, e con la *sec.* 3 della *Québec Charter*, posta a tutela delle medesime libertà. Seguendo questa direzione, è abbastanza probabile che il divieto di cui alla legge sulla neutralità religiosa della provincia francofona sarà presto dichiarato incostituzionale nel giudizio di merito.

LA CORTE SUPREMA SI PRONUNCIA IN TEMA DI *JUDICIAL REVIEW* AVVERSO LE DECISIONI DELLE ASSOCIAZIONI DI DIRITTO PRIVATO

Nel caso *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall, 2018 SCC 26* la Corte Suprema si è espressa all'unanimità per chiarire che non è ammissibile il ricorso giurisdizionale contro le decisioni delle associazioni di diritto privato, comprese le organizzazioni e i gruppi religiosi, che non esercitino alcuna autorità dello Stato canadese. Nel caso di specie, il sig. Randy Wall aveva presentato domanda di revisione giudiziale avverso la decisione del comitato giudiziario della Congregazione di Highwood dei Testimoni di Geova di espellerlo dall'associazione per aver commesso più volte un comportamento peccaminoso e per non averlo ritenuto sufficientemente pentito. La pronuncia della Corte Suprema ribalta l'orientamento espresso dalla *Court of Queen's Bench of Alberta* (confermato in secondo grado dalla *Court of Appeal of Alberta*) con cui era stata riconosciuta la giurisdizione sulle decisioni e procedure interne dei gruppi religiosi quando queste sono poste in violazione dei principi di giustizia naturale, del dovere di equità e di significativi interessi proprietari (questi ultimi vengono in rilievo dato che la decisione del comitato giudiziario della Congregazione aveva avuto conseguenze dannose per la professione di agente immobiliare svolta dal ricorrente). La *Supreme Court* ha invece accertato, in primo luogo, che il *judicial review* è uno strumento ammissibile per sottoporre a revisione solo le sentenze dei tribunali o le decisioni di soggetti di diritto pubblico, escludendovi quindi quelle provenienti da associazioni che non esercitano poteri conferiti con legge federale o provinciale, come è il caso della *Highwood Congregation*; in secondo luogo, ha stabilito che le Corti possono soltanto interferire nelle questioni di correttezza procedurale che interessano tali associazioni, se è in gioco l'esercizio di diritti legali; in terzo luogo, ha affermato che le Corti possono prendere in considerazione solo le questioni c.d. "giustiziabili" e nel caso specifico sulle questioni di carattere teologico la Corte non ha né

ISSN 2279-7238

"legitimacy nor institutional capacity to deal with contentious matters of religious doctrine".

LA LIBERTÀ DI RELIGIONE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA

Con una sentenza emessa il **15 giugno** la Corte Suprema è tornata ad esprimersi in materia di libertà di religione, questa volta in connessione con il divieto di discriminazione per ragioni legate all'orientamento sessuale. Il caso (*Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada, 2018 SCC 33*) prende le mosse dal rifiuto della *Law Society* dell'Ontario, istituto di specializzazione post-laurea e di formazione professionale, di accreditare gli studenti provenienti da una università cattolica, la *Trinity Western University*, motivato dal fatto che quest'ultima prevede la sottoscrizione obbligatoria di un codice di condotta da parte degli studenti che in tal modo si impegnano a non avere rapporti sessuali prematrimoniali. Questo patto è stato giudicato dai giudici della Corte, con un voto di 7 a 2, come lesivo del divieto di discriminazione per motivi di orientamento sessuale in quanto definirebbe il matrimonio come una "unione sacra tra un uomo e una donna" e, di conseguenza, è stato ritenuto ingiusto e contrario nei confronti della popolazione LGBT. Oltre a ciò, è interessante osservare che, nel confermare la legittimità costituzionale delle decisioni della *Law Society of Ontario* e di quella della British Columbia di rifiutare l'iscrizione ai laureati della *Trinity Western University,* la *Supreme Court* ha però ammesso che si tratta di una violazione della libertà di coscienza e religiosa costituzionalmente garantita, ma ha visto in queste decisioni un modo ragionevole di prevenire un danno concreto alle persone della comunità LGBT e di tutelare l'interesse pubblico generale. In tanti sono intervenuti per criticare la sentenza dei giudici supremi e non soltanto cristiani. A titolo esemplificativo si può citare la dichiarazione del direttore esecutivo della *Canadian Constitution Foundation,* Howard Anglin, che ha affermato: "La Carta dei diritti esiste per garantire che lo Stato rispetti e accolga visioni differenti. […]. Ciò che disturba di più è il fatto che i giudici della Corte Suprema abbiano ammesso apertamente che si tratta di una violazione della libertà di religione […], ma la maggioranza di essi ha ritenuto che ciò fosse permesso nell'ottica di servire obiettivi sociali più vasti e indefiniti".

PROVINCE E TERRITORI

ISSN 2279-7238

NELLA BRITISH COLUMBIA SI TORNA A DISCUTERE DI RIFORMA ELETTORALE

Il **1 luglio**, giorno di festività nazionale del Canada in cui si festeggia l'anniversario del *British North America Act* (1 luglio 1867), è iniziata la campagna in vista del referendum che si terrà dal 22 ottobre al 30 novembre su iniziativa del Governo provinciale guidato dal Nuovo Partito Democratico e con il quale i cittadini canadesi, che avranno compiuto 18 anni entro l'ultimo giorno previsto per votare e che risultino residenti nella Columbia Britannica da almeno 6 mesi prima di quella stessa data, avranno l'opportunità di scegliere se mantenere il sistema elettorale vigente, ossia il *First-Past-The-Post*, oppure se sostituirlo con un sistema proporzionale. Se la maggiora parte dei voti si dovesse esprimere favorevolmente per il proporzionale, in un secondo quesito gli elettori dovranno scegliere per uno delle tre formule elettorali proposte: il *Mixed-Member Proportional Represetation*, (MMP), nel quale le scelte degli elettori vengono utilizzate per eleggere i rappresentanti, in misura maggiore, tramite un sistema proporzionale di lista, e per la parte restante, tramite un sistema di tipo *plurality*; il *Dual-Member Proportional Repr.*, che prevede di eleggere due rappresentanti per ciascun distretto e che il primo seggio sia attribuito al candidato che ottiene più voti; o, infine, il *Rural-Urban Proportional Repr.,* in cui viene utilizzato il MMP per i collegi rurali e il *Single Transferable Vote* per i collegi urbani.

La procedura per lo svolgimento del referendum elettorale di autunno è contenuta in un apposito regolamento emanato nella forma di un *Order in Council* dal Governatore luogotenente il **22 giugno**. Il regolamento è stato emanato su raccomandazione dell'*Attorney General* David Eby, che svolge le funzioni di consulente giuridico del *Lieutenant Governor* e di Ministro della Giustizia, che il **30 maggio** ha pubblicato sulla pagina *web* ufficiale del Governo provinciale una relazione – intitolata *How We Wote, 2018 Electoral Reform Referendum* – contenente una serie di raccomandazioni indirizzate al *Cabinet* sulle modalità di svolgimento del referendum. Tali raccomandazioni sono state elaborate a seguito di un lungo processo di consultazioni con tutti i partiti e le associazioni dei cittadini, condotto dallo stesso *Attorney General* tra il 17 novembre 2017 e il 28 febbraio 2018, in modo da raccogliere tutte le informazioni e le opinioni utili al fine di decidere se e come avviare il processo di riforma elettorale.

Nella provincia della British Columbia il tema della riforma elettorale è stato oggetto di un dibattito molto vivace quando nel 2003 venne insediata

ISSN 2279-7238

una *Citizens Assembly,* composta da comuni cittadini, su iniziativa dell'allora Governo Campbell, che si era prefissato di avviare un processo di consultazione della cittadinanza provinciale in materia di riforma elettorale. La proposta della Assemblea di adottare il Voto Singolo Trasferibile era stata sottoposta ad un primo referendum nel 2005 che, pur ottenendo il sostegno di una chiara maggioranza di votanti, non raggiunse la soglia del 60% dei consensi per essere approvata. Lo stesso referendum venne ripetuto nel 2009, ma in questa seconda occasione il voto popolare favorevole alla riforma si rivelò notevolmente ridimensionato. Quello del prossimo autunno sarebbe, dunque, la terza consultazione refendaria che si tiene in materia di riforma elettorale.

Detto ciò, occorre segnalare che la decisione di indire un referendum su questa materia, già presente nel programma presentato dai *New Democrats* per le elezioni del 2017, è stata contrastata da una associazione imprenditoriale e un sindacato del settore edilizio, che si sono uniti nel chiedere il **29 giugno** una *injunction* alla Corte Suprema della British Columbia al fine di bloccare la procedura referendaria, asserendone l'incostituzionalità in quanto violerebbe alcune disposizioni della Carta canadese dei diritti e delle libertà (in particolare l'art. 2.b, 2.d e l'art. 3). I ricorrenti lamentano, tra le altre cose, che l'*Order in Council* disciplina una procedura referendaria troppo complessa, che, così come è stata delineata, non costituirebbe una reale opportunità per i cittadini di discutere e informarsi adeguatamente sul progetto di riforma elettorale e, in secondo luogo, propone all'elettorato un quesito poco chiaro e ingarbugliato. Invero, uno dei punti più contestati dai *petitioners* in relazione al referendum di autunno consiste proprio nel fatto che gli elettori non saranno chiamati a esprimere la loro preferenza verso il sistema elettorale vigente o un tipo di sistema proporzionale ben determinato, concreto, facilmente comprensibile dai votanti nei suoi effetti, bensì su una vaga idea di *proportional representation*, come ha avuto modo di dichiarare il presidente della *Independent Contractors and Businesses Association*. Tra l'altro, il legale che rappresenta i ricorrenti sostiene che anche le tre diverse opzioni di sistemi elettorali proporzionali siano troppo complicate per essere sottoposte al voto popolare e come, in particolare, la seconda e la terza non trovino altri casi concreti in cui vengono applicati.

In attesa di conoscere quale sarà la decisione dei giudici supremi della B.C., occorre notare, infine, che ai sensi dell'*Electoral Reform Referendum 2018 Act*, la legge che è stata approvata dall'Assemblea legislativa provinciale il 30

ISSN 2279-7238

novembre 2017 e che ha condotto all'indizione del referendum del prossimo autunno, il *Chief Electoral Officer,* ufficio responsabile dello svolgimento elettorale e delle consultazioni referendarie, ha selezionato il comitato di sostegno e quello di opposizione all'introduzione della rappresentanza proporzionale. Entrambi i comitati riceveranno un finanziamento pubblico di 500 mila dollari canadesi necessari per condurre la propria attività di propaganda durante la campagna referendaria.

ONTARIO, IL DISCORSO DAL TRONO

Nel Discorso dal Trono che si è tenuto davanti all'Assemblea legislativa dell'Ontario il **13 luglio**, la Governatrice luogotenente ha esposto la *road map* del nuovo *majority Government* a guida dei Conservatori Progressisti ed ha così dato il via alla sessione estiva della legislatura. Nel Discorso sono state ribadite le promesse fatte da Ford e dal suo partito durante la campagna elettorale. Fra queste, merita particolare attenzione l'intenzione della nuova amministrazione provinciale di superare il programma *cap and trade* (sul punto v. infra: introduzione)

IL TAGLIO DEL NUMERO DEI CONSIGLIERI COMUNALI DI TORONTO

Il Premier dell'Ontario Doug Ford ha annunciato il **27 luglio** che il Consiglio municipale di Toronto sarà composto da 25 consiglieri a partire dalle prossime elezioni comunali programmate per il 22 ottobre. Il numero dei consiglieri sarà così ridotto dagli attuali 44 membri, che sarebbero dovuti salire a 47. Con questa misura l'Esecutivo provinciale mira a ridurre i costi del governo locale e a semplificare i processi decisionali interni al Consiglio comunale, che era stato definito dal Premier Ford come "the most dysfunctional political arena".

Qualche giorno dopo l'annuncio di Ford, il **30 luglio**, è stato presentato il relativo progetto di legge (*Bill* 5), duramente criticato da Andrew Horwath, leader del *NDP* dell'Ontario, la quale ha sottolineato che tale provvedimento non era presente nel programma politico dei *Tories* per concorrere alle elezioni provinciali di **giugno** e che permetterà al Premier Ford di divenire sindaco *de facto* della città di Toronto. Inoltre, la nuova legge del Governo Ford, che comporterà l'accorpamento di numerosi distretti provinciali, è stata contestata anche dallo stesso Sindaco di Toronto, John Tory, che si è detto preoccupato per le conseguenze che si avranno sulla qualità della rappresentanza politica in seno al Consiglio comunale. Dopo la presentazione del provvedimento, il Sindaco era riuscito a trovare un ampio appoggio tra i consiglieri

ISSN 2279-7238

comunali per far passare una mozione con cui si chiedeva al Governo provinciale di indire un referendum vincolante sulla definizione del numero dei collegi elettorali prima di iniziare il procedimento legislativo sul *Bill* 5. Tra l'altro, occorre segnalare che con questa mozione il *Toronto City Council* ha dato mandato all'ufficio del *Solicitor* di "consider the validity and constitutionality of any provincial legislation, including its potential violation of the rights of the citizens of Toronto to fair and effective representation". Ma il tentativo del Sindaco Tory di bloccare il progetto di legge si è rivelato infruttuoso visto che il **14 agosto** l'Assemblea legislativa dell'Ontario ha comunque approvato il *Bill* 5 ed è stato apposto il *Royal Assent*. I consiglieri comunali di Toronto hanno sottolineato che il Governo Ford si è comportato in maniera antidemocratica, riuscendo a modificare le regole del gioco nel mezzo della campagna elettorale senza ricorrere ad alcuna consultazione pubblica formale e il **20 agosto** hanno votato una mozione per intraprendere qualsiasi azione legale diretta a tutelare la rappresentanza dei cittadini di Toronto in seno al Consiglio comunale e la *governance* della città.

L'ASSEMBLEA DEL NUNAVUT ELEGGE IL NUOVO PREMIER

Il **15 giugno** l'Assemblea legislativa del Nunavut ha eletto Joe Savikataaq come nuovo Premier del territorio[2527], a seguito di un voto di sfiducia espresso lo stesso giorno dai membri dell'Assemblea nei confronti del Governo guidato da Paul Qassa, in carica da novembre 2017, in quanto accusato di avere speso più di 500 mila dollari canadesi per consentire ad alcuni Ministri e membri del loro staff di recarsi alla *Northern Lights Conference*, una fiera su impresa e cultura svoltasi lo scorso febbraio ad Ottawa. È la prima volta nella storia del territorio che un Governo viene sfiduciato dalla Assemblea. È bene ricordare che quest'ultima ha il compito di eleggere l'Esecutivo, data l'assenza di partiti politici e l'affermazione di un sistema di governo che funziona secondo la pratica del *consensus*, che prevede che la maggior parte delle decisioni vengano adottate senza una formale votazione, essendo sufficiente la sussistenza dell'accordo tra i membri certificata dallo *Speaker*. Dei 22 MLA che compongono l'Assemblea, 16 hanno votato a favore della *motion of no-confidence* presentata dal deputato John Main, 2 si sono astenuti e solo 3 hanno votato contro, incluso l'ex Premier Qassa.

[2527] Subito dopo il voto di sfiducia si è tenuto il *Nunavut Leadership Forum*, la seduta speciale dell'Assemblea incaricata di eleggere il Premier del territorio e un membro dell'*Executive Council*.

ISSN 2279-7238

La riforma costituzionale all'ombra dell' "affaire Benalla" [2528]

di Paola Piciacchia[**]

La sospensione, a fine **luglio**, del dibattito parlamentare sul progetto di riforma costituzionale seguita allo scoppio dell' *"affaire Benalla"* (*v. infra*) ha segnato la prima grave crisi del quinquennato di Macron a poco più di un anno dalla sua elezione. Le implicazioni politiche, oltre che giudiziarie, della vicenda hanno determinato una brusca battuta di arresto per il programma di riforme avviato dal Presidente francese che aveva posto proprio le riforme istituzionali tra i punti più importanti dell'agenda programmatica del quinquennato, come annunciato in campagna elettorale e poi ribadito il 3 luglio 2017 davanti al Parlamento riunito in Congresso a Versailles.

L'*iter* di approvazione della riforma costituzionale aveva preso l'avvio il **9 maggio** con la presentazione del progetto di legge costituzionale *Pour une démocratie plus représentative, plus responsable et plus efficace* Il **23 maggio** la proposta di riforma costituzionale era stata completata con la presentazione di un progetto di legge organica e di un progetto di legge ordinaria.

Il **10 luglio** all'Assemblea Nazionale – dopo l'esame in Commissione - si era già aperta la discussione in Aula sulle linee generali del progetto prima che l' *"affaire Benalla"* irrompesse sulla scena politica travolgendo l'Eliseo e costringendo il **22 luglio** il Governo, nella persona del Ministro della Giustizia, Nicole Belloubet ad annunciare, durante la seduta, la sospensione dell'esame del progetto di revisione costituzionale, auspicandone comunque la ripresa in un clima più sereno.

Si tratta di un progetto, com'è noto, ambizioso, che nelle intenzioni dell'Esecutivo mira a correggere alcuni nodi non risolti del sistema costituzionale francese.

Innanzitutto quello delle incompatibilità. Il progetto di riforma, infatti, torna sull'annosa questione del cumulo dei mandati prevedendo (art. 1 del progetto di legge

[2528] Contributo sottoposto a peer review.

[**] Professore aggregato di Diritto pubblico comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

costituzionale) il divieto del cumulo di funzioni di governo con l'esercizio di funzioni esecutive o di presidenza di assemblea delle collettività territoriali.

Riguardo al Governo e alla responsabilità penale dei Ministri, il progetto propone anche la soppressione della Corte di Giustizia della Repubblica (art. 13) assoggettando i ministri al giudizio della Corte di appello di Parigi per i crimini e i delitti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni.

Il nodo più importante della proposta di Governo riguarda tuttavia il Parlamento che ancora una volta (come già con la revisione del 2008) si trova al centro delle preoccupazioni dell'Esecutivo il cui intento principale è quello di migliore le condizioni di lavoro dell'istituzione parlamentare affinché quest'ultima possa svolgere pienamente le sue funzioni, quella legislativa ma anche quella di controllo e di valutazione delle politiche pubbliche. Ma non mancano le preoccupazioni per un testo che rischia di tornare indietro rispetto ad alcune conquiste della riforma del 2008.

Nello specifico, il progetto interviene ancora una volta sull'ordine del giorno dell'art. 48 Cost. (art. 8) con una proposta di modifica che è volta a facilitare l'iscrizione all'ordine del giorno dei progetti giudicati prioritari dal Governo in ambito economico, sociale e dell'ambiente, a meno che la Conferenza dei Presidenti delle due Assemblee non vi si opponga.

Numerose sono poi le previsioni relative alla modifica del procedimento legislativo. In primo luogo quelle che riguardano il diritto di emendamento.

Se con la revisione del 2008 si era assistito ad una certa espansione del diritto di emendamento, - che si era tradotta nella possibilità di introdurre emendamenti in prima lettura aventi un legame anche solo indiretto col testo in discussione, in controtendenza, peraltro, rispetto alla giurisprudenza restrittiva del Consiglio costituzionale – l'attuale progetto tende a limitarne il campo prevedendo l'irricevibilità di tutti gli emendamenti – siano essi di origine parlamentare o governativa – che non abbiano un legame diretto con il testo depositato (art. 3 del progetto di legge costituzionale). Se l'intento principale dichiarato è quello di colpire

ISSN 2279-7238

i cosiddetti *"cavaliers législatifs"* ovvero quelle disposizioni estranee al testo legislativo in discussioni - in linea con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale del Consiglio costituzionale che, sin dalla lontana sentenza n. 85-191 DC del 10 luglio 1985, non ha mancato di censurare tutte le disposizioni estranee al contenuto del testo approvato - nondimeno rimane il timore di una compressione del diritto di emendamento, che com'è noto, nel diritto parlamentare francese è da sempre considerato una forma di iniziativa legislativa.

Il progetto introduce, inoltre, una procedura di esame del progetto esclusivamente in commissione (art. 4 del progetto) che elimina la possibilità di introdurre emendamenti in Aula. Al tempo stesso l'art. 5 del progetto pone il limite di massimo di due letture dei testi in ciascuna Assemblea prevedendo, in caso di disaccordo tra le due Camere anche dopo la convocazione della CMP, la possibilità per il Governo di dare direttamente l'ultima parola all'Assemblea Nazionale senza passare attraverso un'ulteriore lettura come succede invece attualmente (art. 5). Viene infine prevista un'accelerazione dell'esame delle leggi finanziarie che dovrà concludersi in 50 giorni (art. 6) e che avrà come contropartita il rafforzamento della funzione di controllo e valutazione attraverso la possibilità per le commissioni di ascoltare *a posteriori* il Governo sull'esecuzione delle leggi finanziarie.

Si tratta di previsioni che sollevano più di una perplessità. Al di là infatti delle ottime intenzioni di rendere più fluido il lavoro parlamentare queste previsioni rischiano di ridurre gli spazi di discussione in Parlamento per l'approvazione delle leggi e dunque anche di comprimere il controllo che il Parlamento potrebbe esercitare sul Governo nel momento in cui le leggi vengono adottate, limitando la capacità dell'istituzione parlamentare di rappresentare un interlocutore attivo del Governo : questo peraltro in controtendenza rispetto alle lente e graduali, ma importanti conquiste delle più recenti legislature dopo la riforma del 2008.

Merita infine ricordare che l'art. 2 del progetto (di modifica dell'art. 34 Cost.) assegna al Parlamento la competenza legislativa in materia di azioni contro i cambiamenti climatici.

ISSN 2279-7238

Per quanto concerne la giustizia il progetto - oltre a prevedere la soppressione dei membri di diritto (gli *ex* Presidenti della Repubblica) del Consiglio costituzionale (proposta già in passato presentata e mai approvata durante il quinquennato di Hollande) e ad abbassare, a favore dei diritti dell'opposizione, ma soprattutto nell'ottica di una riduzione del numero dei parlamentari, da 60 a 40 il *quorum* richiesto per la *saisine parlementaire* – propone la riforma del CSM con la nomina dei magistrati *du parquet* con parere conforme, e non più semplice, della formazione competente del CSM.

Sul piano della società civile il progetto prevede la sostituzione del Consiglio economico, sociale e dell'ambiente (CESE) con un'apposita *Chambre de la société civile* (art. 14) con il compito di organizzare consultazioni pubbliche composta da non più di 155 membri della società civile.

Per quanto concerne il decentramento, importante appare il riconoscimento di un diritto alla differenziazione che viene riconosciuto alle collettività territoriali. Il progetto di modifica dell'art. 72 Cost. prevede infatti che, alla condizioni previste da una legge organica, e sempre che non siano messe in discussione le condizioni essenziali di esercizio di una libertà pubblica, la legge possa prevedere che alcune collettività territoriali esercitino competenze, in numero limitato, di cui non dispongono le altre collettività della stessa categoria e prevede che, al tempo stesso, esse possano derogare, nel caso legge o regolamento l'abbiano previsto, alle disposizioni legislative o regolamentari relative all'esercizio delle loro competenze, eventualmente dopo una sperimentazione autorizzata alle stesse condizioni.

Il diritto alla differenziazione viene allo stesso modo riconosciuto anche alle collettività d'oltremare (art. 17 progetto) le quali potranno chiedere di essere abilitate, con decreto preso in Consiglio dei ministri, previo parere del Consiglio di Stato, in un numero limitato di ambiti, a fissare esse stesse le regole applicabili ai loro territori.

Si tratta in sostanza di un approfondimento e di un'evoluzione del potere di sperimentazione introdotto con la revisione costituzionale sull'organizzazione decentrata della Repubblica nel 2003. Dal contenuto innovativo in ordinamento che

ISSN 2279-7238

non ha mai riconosciuto poteri legislativi alle Regioni, il potere di sperimentazione legislativa e regolamentare introdotto nel 2003, negli anni, ha risposto solo limitatamente alle esigenze per le quali era stato pensato. Con l'introduzione del principio di differenziazione e un suo riconoscimento esplicito in Costituzione si tenta ora di approfondire tale percorso evolutivo caratterizzato da un approccio pragmatico alle specificità del complesso panorama delle collettività territoriali francesi.

A completare il progetto in tal senso vi è anche il riconoscimento dello Statuto particolare della Corsica (art. 16) con la costituzionalizzazione del diritto di adattamento di leggi e regolamenti alla specificità corsa già riconosciuto nello Statuto.

Il progetto di legge costituzionale è stato accompagnato, come si è già detto, da un progetto di legge organica relativo alla riduzione del numero dei parlamentari e alla riforma dell'elezione dei deputati che propone la riduzione del numero dei deputati da 577 a 404 e dei senatori da 348 a 326 ; e da un progetto di legge ordinaria relativa alle modalità di elezione dei deputati e all'introduzione di una dose di proporzionale nella legge elettorale.

Sin dalla sua presentazione il progetto - che contiene elementi di interesse ma, come si è visto, anche limiti - non ha mancato di sollevare critiche, soprattutto per ciò che concerne il ridimensionamento del Senato e, più in generale, quello delle prerogative parlamentari.

Tuttavia, se in primavera il dibattito sembrava essere animato soprattutto dagli interrogativi sul ruolo che il Senato avrebbe potuto giocare nell'*iter* di approvazione di tutto il pacchetto di riforme, soprattutto del progetto di legge costituzionale la cui adozione ai sensi dell'art. 89 Cost. dipende anche dal consenso della seconda Camera e di quella organica, che parimenti ha bisogno del consenso del Senato nella parte relativa alle regole che lo riguardano (art. 46 Cost.), in estate gli scenari sembrano essere radicalmente cambiati all'ombra dell' "*affaire Benalla*".

Il terremoto politico abbattutosi sull'Esecutivo con "*affaire Benalla",* infatti, oltre ad aver minato il consenso nei confronti dell'inquilino dell'Eliseo – testimoniato dal

ISSN 2279-7238

forte calo nei sondaggi, addirittura peggiori di quelli di Hollande nello stesso periodo - è diventato piuttosto "la représentation d'une affaire d'État" (Derosier) indubbiamente alimentata da un clima di persistente tensione tra Esecutivo e Legislativo, in particolare tra Esecutivo e Senato il quale non ha mancato di rivendicare in ogni occasione il proprio ruolo di controllore.

I poteri di una commissione di inchiesta assunti dalla *Commission des lois* del Senato (e prima ancora dalla *Commission des lois* dell'Assemblea Nazionale) per far luce sugli avvenimenti del primo maggio hanno suscitato le reazioni del Ministro della Giustizia Nicole Belloubet la quale – pur non essendosi opposta all'istituzione delle commissioni di inchiesta - ha però dichiarato che per il principio di separazione dei poteri il Parlamento non può occuparsi di ciò che riguarda il Presidente e che di ciò che riguarda un'inchiesta giudiziaria. Di contro, se è vero che ai sensi dell'art. 6 dell'ordinanza n. 58-1100 del 1958 sul funzionamento delle assemblee parlamentari il potere di inchiesta parlamentare incontra un limite nell'attività giudiziaria tale che non possono essere create commissioni di inchiesta su fatti sottoposti ad indagine giudiziaria e anche per i quali sia ancora in corso un'indagine, non altrettanto può dirsi sul diritto del Parlamento di far luce su aspetti controversi che riguardano non tanto la persona del Presidente della Repubblica quanto l'istituzione e il funzionamento dei servizi dell'apparato della Presidenza e che rimane di natura politica.

La questione rimane tuttavia controversa e delicata e spinge a riflettere ancora una volta sui rapporti tra Esecutivo e Legislativo nella V Repubblica, sulla separazione dei poteri, sul ruolo del bicameralismo e soprattutto sul ruolo del Senato, protagonista ancora una volta della vita politica francese, per niente disposto ad alcun ridimensionamento nel sistema costituzionale.

ELEZIONI

ISSN 2279-7238

LEGGE PER L'ELEZIONE DEI RAPPRESENTANTI DEL PARLAMENTO EUROPEO

Il **25 giugno** (J.O. del 26 giugno) è stata promulgata la legge **n. 2018-509** relativa all'elezione dei rappresentanti del Parlamento europeo.

Il progetto di legge era stato presentato il **3 gennaio** all'Assemblea Nazionale, con dichiarazione di adozione da parte del Governo della procedura accelerata, ed ivi adottato in prima lettura il 20 febbraio. Trasmesso al Senato, il progetto era stato modificato in prima lettura l'11 aprile. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, trovato l'accordo, il progetto era stato adottato dall'Assemblea Nazionale e dal Senato rispettivamente il **14** e il **23 maggio**.

La legge ha creato una circoscrizione elettorale unica in luogo delle otto circoscrizioni elettorali create con la legge n.2003-327 dell'11 aprile 2003 relativa all'elezione dei consiglieri regionali e dei rappresentanti del Parlamento europeo. La legge ha inoltre fissato in 9,2 milioni di euro il limite massimo per le spese elettorali, aumentabile nel limite del 2% di spese di trasporto sostenute per ogni candidato, andata e ritorno dai territori d'oltremare.

La legge ha previsto disposizioni relative alla ripartizione del tempo per l'utilizzo delle antenne del servizio pubblico di radiodiffusione e di televisione tra le diverse liste in linea con la decisione QPC n. 2017-651del Consiglio costituzionale del 31 maggio 2017 che aveva censurato parte del dispositivo analogo in vigore per elezioni legislative.

Il tempo sarà ripartito in tre frazioni che prevedono un momento unico di due minuti per ogni lista; due ore riservate alle liste sostenuto da partiti rappresentati in parlamento dai gruppi parlamentari; un'ora da ripartire tra le liste in funzione della loro rappresentatività come correttivo alla ripartizione meccanica della seconda frazione.

La legge, inoltre, estende ai rappresentanti francese del Parlamento europeo gli stessi obblighi dichiarativi dei parlamentari francesi introdotti con la legge del 15 settembre 2017 n. 2017-1339 per la fiducia nella vita politica. Sulla legge si è espresso il Consiglio costituzionale con decisione **n. 2018-766 DC** del **21 giugno** (v. *infra*)

PARLAMENTO

LEGGE SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Il **20 giugno** è stata promulgata (J.O. del 21 luglio) la legge **n. 2018-493** relativa alla protezione dei dati personali.

ISSN 2279-7238

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il 13 dicembre 2017 con dichiarazione di ricorso alla procedura accelerata da parte del Governo ed ivi approvato in prima lettura il 13 febbraio. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il 21 marzo.

Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e in assenza di accordo, il testo era stato ulteriormente esaminato e adottato in nuova lettura all'Assemblea Nazionale il 12 aprile e al Senato il 19 aprile dove erano state introdotte nuove modifiche. Di fronte al persistente disaccordo, l'Assemblea Nazionale aveva approvato il testo in lettura definitiva il **14 maggio**. Adito, il Consiglio costituzionale si è pronunciato 12 giugno con la decisione **n° 2018-765 DC.**

La legge opera un adattamento della legislazione vigente in materia di informatica e diritti di libertà alla luce del nuovo regolamento europeo sulla privacy entrato in vigore il **25 maggio.** Nello specifico la legge ridefinisce le missioni della esistente *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), alla luce del Regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD) facendola divenire l'autorità nazionale di controllo sull'applicazione di tale regolamento.

Riguardo agli attori economici, il testo sostituisce il sistema di controllo *a priori*, fondato sul regime declaratorio e di autorizzazione preliminare, con un sistema di controllo *a posteriori* basato sull'apprezzamento del trattamento dei rischi in materia di protezione dei dati. In tal ambito i poteri della CNIL vengono ulteriormente rafforzati insieme all'aumento di importo delle sanzioni.

La legge ha rafforzato anche i diritti delle persone riconoscendo un diritto all'informazione delle persone interessate con la possibilità di esercizio diretto del diritto di accesso, di rettifica e di cancellazione dei dati. Viene inoltre posto il divieto del trattamento dei dati personali relativi all'origine razziale o etnica, alle opinioni politiche, alle convinzioni religiose o filosofiche e all'appartenenza sindacale nonché al trattamento dei dati genetici, biometrici, di salute o relativi alla vita sessuale o all'orientamento sessuale di una persona.

Quanto ai minori, viene introdotto l'obbligo per i minori di quindici anni del consenso di chi esercita la potestà genitoriale per il trattamento dei dati sui social : solo a partire dai quindici anni un minore potrà iscriversi ad una piattaforma social senza autorizzazione dei genitori.

LEGGE SULLA PROGRAMMAZIONE MILITARE

Il **13 luglio** è stata promulgata (J.O. del 14 luglio) la legge **n. 2018-607** relativa alla programmazione militare per gli anni 2019-2025.

ISSN 2279-7238

Il progetto di legge era stato presentato l'8 febbraio all'Assemblea Nazionale e ivi approvato con modifiche il 27 marzo. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con ulteriori modifiche il **29 maggio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, trovato l'accordo, la legge era stata approvata il **27 giugno** dall'Assemblea Nazionale e il **28 giugno** dal Senato.

La legge rafforza i mezzi a disposizione dell'esercito per portare avanti le proprie missioni, per rinnovare le capacità operative e per garantire l'autonomia strategica nell'ottica di contribuire al consolidamento di una difesa in Europa. La legge interviene sugli aspetti relativi al finanziamento e agli effettivi militari sulla base del bilancio operativo e finanziario presentato dal Governo.

In tema di cybersicurezza, la legge autorizza gli operatori di comunicazioni elettroniche, per esigenze di sicurezzza dei sistemi di informazione, di predisporre dispositivi che permettono con dei marcatori tecnici di rilevare eventi che possono influire sulla sicurezza dei sistemi informativi dei propri abbonati. In caso di minaccia, l'Autorità nazionale della sicurezza dei sistemi di informazione (ANSSI) potrà chiedere agli operatori di avvalersi di questi marcatori.

LEGGE SU "LE SECRET DES AFFAIRES"

Il **30 luglio** (J.O. del 31 luglio) viene promulgata la legge **n. 2018-670** relativa alla protezione del segreto commerciale.

La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale il 19 febbraio ed ivi approvata, con adozione della procedura accelerata, il 28 marzo. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato con modifiche il 18 aprile. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, in presenza di accordo, la legge era stata approvata definitivamente all'Assemblea Nazionale e al Senato rispettivamente il **14** e il **21 giugno**.

Sulla legge si è pronunciato il Consiglio costituzionale con decisione **n. 2018-768** del **26 luglio**.

Con questa legge il legislatore francese ha recepito la direttiva europea dell'8 giugno 2016 sulla protezione del know-how e delle informazioni commerciali non divulgate. In primo luogo la legge ha definito la nozione di segreto commerciale riconducendola a un'informazione conosciuta da un numero ristretto di persone, avente un valore commerciale in ragione del suo carattere segreto e che costituisce oggetto di misure particolari di protezione. In secondo luogo la normativa introdotta ha precisato le condizioni per le quali si può invocare la responsabilità civile davanti alle giurisdizioni competenti contro l'autore di un comportamento illecito dannoso. Sono state

ISSN 2279-7238

introdotte tuttavia alcune deroghe per salvaguardare la libertà di espressione nel rispetto della libertà di stampa e di informazione.

PER UNO STATO AL SERVIZIO DI UNA SOCIETA' DI FIDUCIA

Il **10 agosto** (J.O. 11 agosto) è stata promulgata la legge **n. 2018-727** *pour un Etat au service d'une société de confiance* relativa ad una strategia nazionale di orientamento della funzione pubblica. Il progetto era stato presentato in prima lettura all'Assemblea Nazionale il 27 novembre 2017, con l'adozione da parte del Governo della procedura accelerata, ed ivi approvato il 18 gennaio. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il 20 marzo. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica che non era riuscita a trovare l'accordo, il testo era stato approvato in nuova lettura all'Assemblea Nazionale il **26 giugno** e nuovamente modificato dal Senato il **25 luglio**. Il testo era poi stato approvato in via definitiva dall'Assemblea Nazionale il **31 luglio**.

La legge introduce il principio del diritto all'errore prevedendo anche tutta una serie misure di semplificazione delle procedure amministrative. L'intento principale della legge è quello fare prevalere la buona fede del cittadino che incorre in un errore nei confronti della pubblica amministrazione, facendo ricadere sull'amministrazione l'onere di provare la cattiva fede. Il diritto all'errore non è esteso ai truffatori e ai recidivi e non è applicabile agli errori che portano pregiudizio alla salute pubblica, alla sicurezza dei beni e delle persone o che sono contrari agli impegni europei e internazionali.

La legge ha introdotto regole in materia fiscale con la previsione della riduzione degli interessi su ritardi di pagamenti. Per le imprese il diritto all'errore si traduce in diritto al controllo con cui le imprese potranno chiedere ad una amministrazione di essere controllate per la verifica del rispetto delle normative : le conclusioni adottate possono essere opposte in caso di controversia. Alcune infrazioni delle imprese in materia di lavoro non saranno più sanzionate; le imprese riceveranno un semplice avvertimento se non vi è intenzione fraudolenta.

NOMINA PARLAMENTARI IN ORGANISMI ESTERNI AL PARLAMENTO

Il **3 agosto** è stata promulgata la legge **n. 2018-699** (J.O. del 5 agosto) relativa alla presenza dei parlamentari in alcuni organismi esterni al parlamento.

La proposta di legge era stata presentata il 30 marzo all'Assemblea Nazionale ed ivi approvata il **24 maggio**. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato con modifiche il **12 giugno**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, trovato l'accordo, la legge era stata approvata nel medesimo testo da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente il **23** e **il 26 luglio**.

ISSN 2279-7238

La legge fissa le regole relative alla nomina di deputati e senatori in organismi esterni al Parlamento, nel rispetto della regola della parità tra uomini e donne. La legge prevede che le designazioni vengano effettuate da una delle commissioni permanenti delle due Camere o dall'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (OPECST).

Il testo definisce inoltre le modalità di sostituzione di un parlamentare con la carica di presidente di questi organismi esterni prevedendo che il parlamentare uscente debba essere sostituito da un parlamentare della stessa assemblea per la durata del mandato che resta da coprire.

LOTTA ALLA VIOLENZA SESSUALE E SESSISTA

Il **3 agosto** (J.O. del 5 agosto) viene promulgata la legge **n. 2018-703** relativa alle misure di rafforzamento della lotta contro le violenze sessuali e sessiste.

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il 21 marzo, con dichiarazione di adozione della procedura accelerata da parte del Governo, e ivi approvato il **16 maggio**. Trasmesso al Senato, era stato approvato in prima lettura con modifiche il **5 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, trovato l'accordo, la legge era stata adottata da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente il **31 luglio e il 1° agosto**.

Tra le disposizioni più importanti della legge si trova il prolungamento del periodo di prescrizione da 20 a 30 anni per reati di violenza su minori ; la repressione degli abusi sessuali compiuti sui minori, delitti che vengono introdotti nel codice penale; la repressione delle molestie sessuali o morali compiute anche attraverso mezzi informatici e in modo concertato e anche le molestie cosiddette "de rue".

MODIFICA DEL REGOLAMENTO DEL SENATO

Il **6 giugno** il Senato ha approvato la Risoluzione n. 117 di modifica del proprio Regolamento relativa agli obblighi deontologici e alla prevenzione dei conflitti di interesse dei senatori.

Il progetto di risoluzione era stato depositato al Senato dal Presidente Gérard Larchher il 15 marzo. La modifica del Senato si è resa necessaria per esplicitare gli obblighi previsti dalla legge del 15 settembre 2017 sulla fiducia nella vita politica. In particolare tale modifica è intervenuta sull'indennità del parlamentare; sul nuovo quadro per la prevenzione e il trattamento del conflitto di interessi dei parlamentari; sulla limitazione della possibilità del cumulo di indennità parlamentare con altre remunerazioni pubbliche.

ISSN 2279-7238

INCHIESTE PARLAMENTARI SU L' *"AFFAIRE BENALLA"*

Il **19 luglio** la *Commission des Lois* dell'Assemblea Nazionale, facendo ricorso al potere che gli riconosce l'art. 5*ter* dell'ordinanza n.58-1100 del 17 novembre 1958, relativa al funzionamento della assemblee parlamentari, e l'art. 145-1 del RAN, ha votato all'unanimità per attribuirsi, per un mese, le prerogative di una commissione di inchiesta per far luce sugli avvenimenti relativi al cosiddetto *"affaire Benalla"*. La decisione è stata presa accogliendo le richieste delle opposizioni su proposta del Presidente dell'Assemblea Nazionale, in accordo con i presidenti di tutti i gruppi parlamentari convocati d'urgenza.

Allo stesso modo, il **23 luglio** anche il Senato, conformemente all'art. 22*ter* del suo Regolamento e all'art. 5*ter* dell'ordinanza n. 58-1100 del 17 novembre 1958, relativa al funzionamento delle assemblee parlamentari, ha conferito alla *Commission des lois* le prerogative delle commissioni di inchiesta per sei mesi per far luce "sur les conditions dans lesquelles des personnes n'appartenant pas aux forces de sécurité intérieure ont pu ou peuvent être associées à l'exercice de leurs missions de maintien de l'ordre et de protection de hautes personnalités et le régime des sanctions applicables en cas de manquements".

GOVERNO

RIFORME ISTITUZIONALI

Il **9 maggio** il Primo Ministro e il Ministro della Giustizia presentano in Consiglio dei Ministri il Progetto di riforma costituzionale *Pour une démocratie plus représentative, plus responsable et plus efficace* concernente il procedimento legislativo, il controllo parlamentare, il CSM, il CESE, la responsabilità penale dei Ministri, la composizione del Consiglio Costituzionale, la lotta contro i cambiamenti climatici, la Corsica e il principio di differenziazione per le collettività territoriali. Si tratta del cuore del pacchetto di riforme istituzionali che è stato completato con la presentazione, il **23 maggio,** del progetto di legge organica e del progetto di legge ordinaria relative rispettivamente alla riduzione del numero dei parlamentari, alla limitazione del cumulo dei mandati nel tempo (progetto di legge organica) e all'introduzione di una dose di proporzionale per l'elezione dei parlamentari e al ritaglio delle circoscrizioni elettorali (progetto di legge ordinaria).

PATTO DI DIGIONE

ISSN 2279-7238

Il **16 luglio** il Primo Ministro, Edourd Philippe ha siglato il "Patto di Digione" con 86 grandi comuni e intercomunalità che punta a fondare un nuovo metodo di lavoro tra lo Stato e le collettività in direzione delle politiche delle città.

Il progetto di patto era stato presentato ad aprile a Digione ed era stato redatto da due associazioni di eletti, *France urbaine* e *Assemblée des communautés de France* (AdCF) che erano rappresentate al momento della firma a Matignon dai loro presidenti Jean-Luc Moudenc, sindaco di Tolosa e Jean-Luc Rigaut, sindaco e presidente dell'agglomerato di Grand Annecy.

Impiego, digitale, rinnovamento urbano, mobilità, eduzione, formazione, azione sociale, sicurezza e giustizia sono alcuni dei piani sui quali ci si è impegnati ad intervenire con il concorso dello Stato. Si tratta di un cammino auspicato dallo stesso Macron.

Le linee politiche del Patto saranno discusse a livello locale nei prossimi mesi con i prefetti per la loro attuazione e a tal fine è stata annunciata la creazione di gruppi tematici.

AUDIZIONE DEL MINISTRO DEGLI INTERNI COLLOMB SULL' *"AFFAIRE BENALLA"*

Il **23 luglio** il Ministro degli Interni, Gérard Collomb viene ascoltato dalla Commission des Lois sugli avvenimenti del 1° maggio e difende la linea del suo Gabinetto. Molti gli interrogativi dei deputati cui Collomb ha risposto in dettaglio spiegando anche i motivi che non l'hanno portato ad azionare l'articolo 40 del codice penale che prevede l'obbligo per ogni autorità costituita, in caso di notizia di reato, di trasmettere immediatamente al Procuratore della Repubblica la notizia e tutte le informazioni in possesso, appellandosi alla linea tenuta dai suoi predecessori sull'utilizzo dell'art.40 c.p. : " Je me suis assuré le 2 mai que le cabinet du président de la République et la préfecture étaient au courant. Ce n'est qu'après le 18 juillet et l'article du *Monde*, qui apporte des éléments nouveaux, que j'ai considéré qu'il fallait en savoir plus et que j'ai saisi l'IGPN.", aggiungendo : "Ce sont les personnes placées dans les services qui sont susceptibles de donner des suites qui sont censés le saisir. Ce n'est pas à moi de le faire".

MOZIONE DI SFIDUCIA

Il **31 luglio** vengono rigettate dall'Assemblea Nazionale due mozioni di sfiducia depositate dalle opposizioni, una dall'opposizione di destra de *Les Républicains*, l'altra dall'opposizione di sinistra dei deputati del Partito Socialista, del Partito comunista e di *La France insoumise*. Le mozioni erano state presentate in seguito all' "*affaire Benalla*",

ISSN 2279-7238

il caso sorto intorno alla rivelazione su un collaboratore di Macron accusato di aver colpito due manifestanti a Parigi il 1° maggio. Le votazioni si sono svolte in aula in un clima agitato, fatto di reciproche accuse tra maggioranza e opposizione: la maggioranza ha infatti accusato l'opposizione di voler strumentalizzare l'accaduto mentre le opposizioni hanno accusato la maggioranza di aver coperto le azioni di Benalla e di aver frenato la commissione di inchiesta.

DIMISSIONI DI HULOT E RIMPASTO DI GOVERNO

Il **28 agosto** il Ministro della Transizione ecologica e solidale, Nicolas Hulot ha annunciato le sue dimissioni non nascondendo il rammarico per essere stato lasciato solo sulle questioni relative all'ambiente, che non sembrano essere la priorità del governo francese. Il **31 agosto** il portavoce del Governo, Benjamin Griveaux, al termine del Consiglio dei Ministri, ha annunciato un rimpasto di governo per il **4 settembre**.

CAPO DELLO STATO

MACRON DAVANTI IL CONGRESSO DEL PARLAMENTO

Ad un anno dal precedente incontro, il **9 luglio** il Presidente della Repubblica, dopo la convocazione del **18 giugno,** si è presentato di fronte al Parlamento riunito in Congresso con una dichiarazione che ha dato luogo ad un dibattito non seguito da un voto.

Il Presidente ha innanzitutto ricordato le riforme votate dal Parlamento per rafforzare l'economia, definire un modello sociale giusto ed equo conforme alle aspirazioni del XXI secolo, per restaurare l'autorità dello Stato e restituirgli reattività ed efficacia e per rilanciare l'Europa. Ha poi ricordato la riforma costituzionale in approvazione, volta a rafforzare la rappresentanza nazionale e il principio di differenziazione per le collettività territoriali. Ha anche annunciato l'introduzione di un emendamento al progetto di riforma costituzionale volto a consentire al Presidente di rispondere alle domande dei parlamentari dopo le dichiarazioni al Congresso del Parlamento.

L' *"AFFAIRE BENALLA"*

Il **18 luglio** con la divulgazione da parte di *Le Monde* di un video in cui Alexandre Benalla, 26 anni, consulente ufficiale dell'Eliseo, addetto alla sicurezza viene ripreso

ISSN 2279-7238

mentre, confondendosi con la polizia, è coinvolto nel pestaggio di due manifestanti nella giornata del 1° maggio, l'Eliseo viene travolto dall' *"affaire Benalla"*.

La vicenda infatti ha innescato fortissime reazioni politiche da parte dell'opposizione, reazioni che hanno portato le due Camere ad avviare commissioni di inchiesta nell'ambito delle rispettive *Commissions del Lois* e che si sono sommate a quelle immediate da parte della Procura che ha avviato un'indagine preliminare a carico di Benalla, - licenziato in tronco dall'Eliseo - per violenza da parte di persona con un incarico pubblico e per usurpazione delle funzioni.

Il Presidente della Repubblica, Emmanuel Macron a lungo rimasto in disparte sulla vicenda, il **24 luglio** davanti ai deputati della maggioranza ha finalmente rotto silenzio e l'imbarazzo dell'Eliseo prendendosi le responsabilità di quanto accaduto : « Se cercano un responsabile, - ha dichiarato - il solo e unico responsabile sono io. Sono io ad aver avuto fiducia in Alexandre Benalla. Sono io ad aver confermato la sanzione. Non è la Repubblica dei fusibili, la Repubblica dell'odio. Non puoi essere capo solo quando c'è bel tempo. Se vogliono un responsabile, eccolo qui, davanti a voi, che vengano a cercarlo. Rispondo al popolo francese".

CORTI

LEGGE SUL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Con la decisione **n° 2018-765 DC** del **12 giugno** relativa alla legge sulla protezione dei dati personali (v. sopra) il Consiglio Costituzionale ha avuto modo di tornare sul tema del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea.

I rilievi di incostituzionalità delle legge – di adattamento della legislazione vigente al nuovo regolamento europeo sulla privacy entrato in vigore il 25 maggio scorso - hanno riguardato diversi articoli, sia sotto il profilo dell'accessibilità e dell'intelligibilità dell'intera legge, sia sotto il profilo del controllo operabile dal *Conseil* in caso di armonizzazione della legislazione vigente ad un regolamento europeo direttamente applicabile.

Nell'esaminare tale legge il Consiglio costituzionale ha così avuto modo di completare la sua precedente giurisprudenza in tema di recepimento delle direttive, richiamando in particolare la decisione n. 2004-496 del 10 giugno 2004. In tale decisione il Consiglio costituzionale aveva chiarito che, se gli spetta il compito di vegliare sul rispetto dell'esigenza costituzionale di recepimento delle direttive in virtù dell'art. 88-1 Cost., tale controllo è tuttavia soggetto ad un doppio limite: quello secondo il quale il Consiglio costituzionale non è competente a controllare la

ISSN 2279-7238

conformità a Costituzione delle disposizioni di una legge che debba recepire disposizioni incondizionate e precise di una direttiva, salvo il caso in cui il recepimento di una direttiva sia contrario ad una regola o al principio inerente l'identità costituzionale della Francia (a meno che il costituente non vi acconsenta); e quello per cui il *Conseil* non potrebbe, avendo un mese per decidere ai sensi dell'art. 61 Cost., ricorrere alla Corte di Giustizia dell'Unione europea su una questione pregiudiziale. Sulla base di tali argomentazioni il Consiglio aveva specificato che può limitarsi a dichiarare incostituzionali le sole disposizioni della legge manifestatamente incompatibili con la direttiva da recepire mentre spetta alle giurisdizioni amministrative e alle giurisdizioni ordinarie esercitare il controllo di compatibilità della legge agli impegni europei della Francia, e casomai adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale.

Tale giurisprudenza era stata poi completata dalla decisione n. 2008-564 del 2008 con la quale il *Conseil* aveva specificato che l'esigenza di recepimento delle direttive non pregiudica la ripartizione delle materie tra legge e regolamento previste dalla Costituzione.

Nella decisione in esame il Consiglio ha dovuto affrontare il caso di adattamento della legislazione ad un regolamento europeo che è direttamente applicabile negli stati membri. Il *Conseil* ha così ribadito che, anche in questo caso, in virtù dell'art. 88-1 Cost., il legislatore ha l'obbligo di rispettare il regolamento e che il controllo del Consiglio costituzionale sulla legge di adattamento al regolamento assume la stessa portata di quello effettuato per il recepimento delle direttive.

Oltre a questo profilo, il *Conseil* ha respinto i rilievi relativi alla violazione del principio di imparzialità e di proporzionalità delle pene da parte dell'art. 7 della legge che modifica l'art. 45 della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 e le nuove competenze della CNIL (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*) in caso di violazione degli obblighi previsti dal regolamento europeo del 27 aprile del 2016 e della legge. Per il *Conseil*, infatti, le misure di contrasto alle violazioni non costituiscono sanzioni con il carattere di punizione.

Il *Conseil* si è pronunciato inoltre sull'art. 20 della legge che ha introdotto l'art. 7-1 alla legge del 6 gennaio 1978, il quale prevede che il consenso dei dati dei minori di quindici anni debba essere fatto dal minore e da coloro che sono titolari della potestà genitoriale. Il *Conseil* ha ritenuto che tale articolo non violasse l'esigenza costituzionale di applicazione del diritto europeo ai sensi dell'art. 88 Cost. rilevando che il regolamento europeo permette agli stati membri di prevedere sia il consenso del minore da parte dei genitori sia l'autorizzazione al minore al consenso da parte dei genitori, il che suppone la possibilità di introdurre il doppio consenso.

ISSN 2279-7238

Il Consiglio ha dichiarato costituzionale anche le disposizioni di modifica dell'art. 10 della legge del 6 gennaio del 1978 che autorizzano le amministrazioni e prendere decisioni anche sulla base di algoritmi, ritenendo che il legislatore abbia predisposto garanzie appropriate per la salvaguardia dei diritti e delle libertà. Il *Conseil* ha ammesso tale possibilità ritenendo che essa non consente la presa di decisioni prive di base legale. Il *Conseil* ha tuttavia chiarito che tale possibilità per le amministrazioni è soggetta a tre condizioni. La prima condizione è che le decisioni amministrative individuali specifichino esplicitamente che sono state adottate sulla base di algoritmi e siano comunicate agli interessati; che la decisione amministrativa individuale possa costituire oggetto di ricorso amministrativo; e che la decisione amministrativa basata su algoritmo sia vietata in caso sia fondata su dati sensibili menzionati dal paragrafo I dell'art. 8 della legge 6 gennaio 1978, ovvero i dati a carattere personale quali l'origine razziale o l'origine etnica, le opinioni politique, le convinzioni religiose o filosofiche o l'appartenenza sindacale di una persona fisica, i dati genetici, biometrici, relativi alla salute, alla vita sessuale e all'orientamento sessuale di una persona fisica. Il *Conseil* ha anche specificato che il responsabile del procedimento deve assicurarsi il controllo del trattamento dei dati algoritmici e della loro evoluzione al fine di poter spiegare in maniera intellegibile, alla persona interessata, le modalità con cui il trattamento è stato posto in essere; da ciò discende l'impossibilità di utilizzare come fondamento esclusivo della decisione amministrativa algoritmi suscettibili di modificare essi stessi le regole che applicano senza il controllo e la validazione del responsabile del procedimento.

Il *Conseil* ha tuttavia censurato per incompetenza negativa le parole "sous le contrôle de l'autorité publique" presenti nell'art. 13 della legge di modifica dell'art. 9 della legge del 6 gennaio 1978 per il trattamento dei dati a carattere personale relativi alle condanne penali, alle infrazioni o alle misure di sicurezza connesse, perche tali trattamenti non sono presi dalle autorità competenti a fini penali ai sensi del regolamento europeo del 27 aprile 2016.

ELEZIONE DEI RAPPRESENTANTI DEL PARLAMENTO EUROPEO

Con decisione **n. 2018-766 DC** del **21 giugno**, il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge relativa all'elezione dei rappresentanti del Parlamento europeo.

I ricorrenti avevano formulato dei rilievi sul primo comma dell'art. 9 della legge che prevedeva che la legge entra in vigore all'indomani della sua pubblicazione sul *Journal Officiel* "senza pregiudizio dell'applicazione delle disposizioni prese dalle autorità competenti dell'Unione europea che organizzano se del caso l'elezione dei

ISSN 2279-7238

rappresentanti al Parlamento europeo sulle liste trasnazionali in seno ad una circoscrizione europea". Essi avevano sottolineato che nel caso l'Unione europea non fosse in grado di organizzare tali liste trasnazionali per le prossime elezioni europee, il riferimento a tali disposizioni nella legge sarebbe privo di portata normativa. In merito a questo il Consiglio costituzionale ha ritenuto che se la creazione delle liste trasnazionali non si dovesse verificare, questo non può costituire una condizione di entrata in vigore della legge, considerando anche che, nella misura in cui le disposizioni contestate fanno riferimento ad una eventuale modifica delle regole europee il cui tenore non è conosciuto, esse non possono precisare le conseguenze. Il *Conseil* ha pertanto censurato le parole incriminate in quanto contrarie all'esigenza costituzionale di normatività della legge.

SEGRETO COMMERCIALE

Il Consiglio costituzionale il **26 luglio** si è pronunciato con decisione **n. 2018-768 DC** sulla legge relativa al segreto industriale di recepimento della direttiva europea 2016/943 dell'8 giugno 2016 sulla protezione del know-how e delle informazioni commerciali non divulgate.

I ricorrenti avevano contestato alcune previsioni dell'art. 1 che introduce nuove disposizioni al codice del commercio. Anche in questo caso il Consiglio costituzionale ha richiamato la giurisprudenza sul controllo delle leggi di recepimento delle direttive europee e ha confermato che il controllo del *Conseil* limitato alla verifica del rispetto dell'esigenza costituzionale che deriva dall'art. 88-1 Cost. di recepimento delle direttive europee. Anche in questo caso come nel caso della sentenza sulla protezione dei dati personali il *Conseil* si è dichiarato incompetente a controllare la costituzionalità dei contenuti di una legge che debba recepire disposizioni incondizionate e precise e che spetta alla giustizia amministrativa e ordinaria di esercitare il controllo della compatibilità della legge agli impegni internazionali della Francia, potendo casomai queste adire la Corte di giustizia. Ha riconfermato inoltre che l'esigenza costituzionale di recepimento delle direttive non altera la ripartizione tra legge e regolamento posta dalla Costituzione francese.

Facendo leva su questo orientamento giurisprudenziale il *Conseil* ha respinto i rilievi relativi all'articolo L.151-1 del codice del commercio che enumera i criteri di definizione delle informazioni protette dal segreto commerciale. Il *Conseil* ha argomentato infatti che la disposizione, riproducendo i criteri previsti dalla direttiva dell'8 giugno 2016, non lo abilita a pronunciarsi sul rilievo sulla violazione da parte di questa disposizione della libertà di espressione e di comunicazione protetti dall'art.

ISSN 2279-7238

11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Rispetto alla precedente decisione il *Conseil* ha stabilito che l'esigenza costituzionale di recepimento delle direttive non dispensa il legislatore dal rispetto dell'obiettivo di valore costituzionale di accessibilità e intelligibilità della legge.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

NUOVA CALEDONIA

Il **7 giugno** è stato pubblicato il decreto di convocazione degli elettori e di organizzazione del referendum sull'accesso alla piena sovranità della Nuova Caledonia che si terrà il prossimo 4 novembre.

OLTREMARE

Il **28 giugno** si sono concluse, con la pubblicazione di un **Libro Blu** (nel quale sono contenuti i progetti per l'oltremare dei quali si è discusso nei vari territori fino all'inizio dell'anno), le Assise dell'Oltremare, annunciate da Macron durante la campagna elettorale e lanciate nel settembre del 2017. I temi dei quali si è trattato nella Assise sono stati la mobilizzazione degli investimenti pubblici; la definizione di un quadro stabile per la crescita economica e per l'impiego; la definizione di un ruolo guida dei territori d'oltremare nella lotta contro il cambiamento climatico e la preservazione della biodiversità; le risposte alle aspirazioni dei giovani; la considerazione delle culture ultramarine al centro dell'integrazione; l'accompagnamento delle collettività nei loro progetti.

CONFERENZA NAZIONALE DEI TERRITORI

In presenza del Primo Ministro, Edouard Philippe, il **12 luglio** si è tenuta la terza Conferenza Nazionale dei Territori che ha riunito le collettività territoriali e lo Stato. Il Primo Ministro ha pronunciato il discorso di apertura nel quale si è soffermato sulle sfide concernenti la futura politica europea di coesione. Durante la Conferenza è stato presentato da Serge Morvan, commissario generale all'uguaglianza dei territori il Rapporto sulla Coesione dei territori. "La coesione dei territori, - ha sottolineato – è restituire ai territori la possibilità di inserire in maniera responsabile e autonoma traiettorie di sviluppo durevoli ed eque (...)È dare la capacità di trasformarsi per rispondere alle sfide liberandosi dei freni che le ostacolano, permettendo loro di innovare, di impegnarsi, di inventare nuovi volani di sviluppo sostenibile ai quali tutti aspirano tenendo conto la realtà della situazione territoriale.".

ISSN 2279-7238

TRASFERIMENTO COMPETENZE IDRICHE A COMUNITA' DI COMUNI

Il **3 agosto** (J.O. del 5 agosto) viene promulgata la legge **n. 2018-702** relativa al trasferimento di competenze idriche a comunità di comuni.

La proposta di legge era stata depositata il 21 dicembre 2017 all'Assemblea Nazionale ed ivi adottata, con dichiarazione da parte del Governo di adozione della procedura accelerata, in prima lettura con modifiche il 31 gennaio. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con ulteriori modifiche il 17 aprile. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica e in assenza di accordo, si era proceduto all'esame in nuova lettura all'Assemblea Nazionale e al Senato che avevano approvato il testo con modifiche rispettivamente il **5** e il **26 luglio**. La legge era stata poi approvata in via definitiva dall'Assemblea Nazionale il **31 luglio**.

La legge interviene stemperando alcune disposizione della loi NOTRe sul trasferimento di competenze relative all'acqua e alle reti fognarie alle comunità di comuni e alla comunità di agglomerazione. Essa permette infatti che i comuni membri di una comunità di comuni possano opporsi al trasferimento obbligatorio di queste competenze fissato dalla legge NOTRe per il 1° gennaio 2020, se il 25% di essi che rappresentino almeno il 20% della popolazione si esprimono in tal senso. E in tal caso il trasferimento verrà spostato dal 2020 al 2026.

Viene altresì previsto che l'organo deliberante di una comunità di comuni che non si trovi riconosciute dopo il 1° gennaio 2020 le competenze in oggetto potrà, in ogni momento, pronunciarsi con un voto sull'esercizio di pieno diritto delle competenze da parte della comunità di comuni mentre i comuni potranno opporsi a questa delibera sul pieno diritto di esercitare le competenze nel termine di tre mesi.

ISSN 2279-7238

Il Giappone ripensa sé stesso in vista delle Olimpiadi del 2020 ma deve fare i conti con la situazione internazionale contemporanea *

di Michele Crisafi**

Lentamente, in perfetto stile giapponese, ma concretamente. Il IV Gabinetto Abe comincia a dare una fisionomia concreta alle aspettative ingenerate nel proprio elettorato, prendendo le mosse da un settore per cui al Giappone è unanimemente riconosciuto un ruolo di *leadership* globale, ovvero il lavoro. La vetrina offerta nel 2020 dai Giochi Olimpici di Tokyo costituirà senz'altro un'occasione irrinunciabile per fornire al mondo un'immagine "tradizionalmente moderna" del Paese, in grado di stupire milioni di visitatori con le *performances* sulle rotaie degli *Shinkansen* e la millenaria spiritualità del sentimento religioso consacrata dallo Shintō.

Un inizio probabilmente meno roboante di quanto annunciato in campagna elettorale dall'LDP, il partito di maggioranza relativa, poco meno di un anno or sono. Langue ogni passo formale sulla prospettata revisione costituzionale, che conferisca un profilo di legittimità alle SDF, mentre la soddisfazione domestica per tutte le questioni aperte sui tavoli internazionali, Corea del Nord *in primis*, transita, con allegata manifesta superiorità relazionale, per Washington. Capitale statunitense un giorno più vicina e più lontana il giorno dopo. Se è vero che il Trattato di Sicurezza USA-Giappone seguita a costituire la pietra angolare della pace e della stabilità nella regione asiatica, tuttavia il protezionismo economico trumpiano ha inferto un duro colpo, per lo meno d'immagine, alla raffigurazione nazionale dell'alleato sull'altra sponda del Pacifico.

* Contributo sottoposto a *Peer-Review*.

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

ISSN 2279-7238

La ricerca in quest'ottica di vecchi-nuovi interlocutori diventa allora un evidente strumento di pressione per la diplomazia nipponica. Il variegato fronte europeo si stringe al Giappone attraverso la cooperazione economica e strategica, mentre parallelamente il Giappone annuncia il **6 luglio** di aver completato le procedure domestiche per il *Comprehensive and Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership (TPP11 Agreement)*, di cui gli USA non sono parte, e non senza polemiche, sulla scia dell'avvicendamento Obama-Trump.

Mai come adesso il Giappone giunge ad un cruciale incrocio fra vecchio e nuovo, e nella visione del Primo Ministro la ricerca della perfetta alchimia da iniettare nel Paese è appena iniziata.

FAMIGLIA IMPERIALE

L'ULTIMO 15 AGOSTO DI AKIHITO

In occasione del **15 agosto**, ricorrenza del 73° anniversario della fine della II Guerra Mondiale, l'Imperatore Akihito ha tenuto il suo ultimo discorso relativo alla Cerimonia per la commemorazione dei morti in guerra. L'abdicazione dell'Imperatore è infatti programmata per la primavera del 2019, ed un apposito Segretariato è stato a tal fine costituito in seno al ramo esecutivo. "Spero calorosamente che le devastazioni della guerra non si ripeteranno mai più, guardando indietro alla lunga pace del dopoguerra, riflettendo sul nostro passato e sopportando nell'animo i sentimenti di profondo rimorso", sono state alcune delle parole scelte dal Simbolo dell'unità dello Stato e del popolo giapponese. Non può non rilevarsi la differenziazione con le parole impiegate dal Primo Ministro Abe, che da quando ricopre la sua carica ha sempre evitato di pronunciare il termine "rimorso" in questa ed in altre simili occasioni. "Rispetto e gratitudine per i preziosi sacrifici offerti ieri dai morti in guerra, nella consapevolezza che oggi la pace e la prosperità sono costruite su di essi".

ALT AL FIDANZAMENTO DELLA PRINCIPESSA MAKO

ISSN 2279-7238

L'**8 agosto** si sono ufficialmente interrotte le procedure per il fidanzamento ufficiale della Principessa Mako, la figlia più grande del Principe Akishino, secondogenito dell'Imperatore Akihito. La più grande delle nipoti dell'Imperatore è da tempo legata al *commoner* Kei Komuro, ma l'incapacità di questi di spiegare pubblicamente una situazione debitoria della madre ha convinto i genitori dell'inopportunità di proseguire formalmente con l'unione fra i due 26enni.

Frattanto Komuro ha iniziato un percorso triennale di studi in legge presso la *Fordham University* di New York, di fatto sanzionando la scelta di interrompere ogni atto formale rispetto alla Principessa Mako. Al di là dell'evidente attenzione cronachistica della vicenda in Giappone, la circostanza riporta sotto i riflettori la previsione costituzionale per cui le donne della famiglia imperiale che contraggano matrimonio al di fuori di essa perdono il proprio *status*.

DIETA

SMOKING BILL

Il **18 luglio** è entrato in vigore il c.d. *smoking bill*, che ha dichiarato "*non smoking areas*" diversi edifici pubblici sul suolo giapponese. Considerato a lungo un "porto sicuro" per i fumatori (si veda al riguardo l'apposito *report* del 2017 della *World Health Organization*, che piazza il Giappone nell'ultimo *tier* in termini di *policies* anti fumo), il Giappone proibisce adesso espressamente il fumo in aree come ospedali, scuole e strutture governative, con la previsione di eseguire compiutamente tale misura entro 18 mesi, e pur consentendo la possibilità di istituire zone apposite per i fumatori. L'implementazione dell'atto sarà infatti graduale, in tre tappe, con crescente gradazione di severità ad ognuna di esse. Il culmine verrà raggiunto il 1° aprile 2020, all'alba dei Giochi Olimpici di Tokyo. La capitale giapponese ha adottato il **27 giugno**, in sede di Assemblea Metropolitana, un'ordinanza che a sua volta è intervenuta sull'argomento. La singolarità del parallelismo risiede nella circostanza che la legislazione edocchiana è decisamente più severa di quella nazionale.

Ai sensi dell'ordinanza municipale, ogni bar o ristorante che abbia del personale si trova davanti due opzioni: una è quella di essere del tutto *no* smoking, l'altra è quella di preparare una stanza apposita per fumatori dove non sarà concesso alcun tipo di consumazione. Esenti da tali previsioni saranno i ristoranti senza impiegati o quelli ad esclusiva conduzione familiare (trattasi per lo più di piccoli bar e tipici *pubs*

ISSN 2279-7238

chiamati *izakaya),* che potranno decidere a propria discrezione se vietare il fumo oppure no.

Diversamente la legge nazionale statuisce che il fumo sarà consentito in bar e ristoranti la cui capitalizzazione equivalga o sia inferiore a 50 milioni di Yen (circa 378.000 €), e con una superficie di non più di 100 metri quadri. Il che di fatto esenta circa il 55% di tutti i locali enogastronomici del Paese.

CASINO BILL

Il **20 luglio** la Camera dei Consiglieri ha approvato il c.d. *Casino Bill*, che è dunque entrato in vigore, facendo seguito all'approvazione del testo (**19 giugno**) da parte della Camera dei Rappresentanti. Con la speranza di attirare in Giappone turismo ad alta capacità di spesa, e proiettando tale ambizione sui Giochi Olimpici di Tokyo del 2020, il provvedimento mira a rivitalizzare le economie locali al di fuori della capitale. I c.d. "*resort* integrati" sorgeranno in località selezionate dal Governo previa specifica manifestazione di interesse. In tal senso le Prefetture di Nagasaki, Osaka, Wakayama ed Hokkaido si sono già dichiarate disponibili ad ospitare le strutture, fermo restando il limite, stabilito nella legge, di un massimo di tre centri di questo tipo sul suolo nazionale.

I "*resort* integrati" dovranno includere strutture ricettive, commerciali e congressuali, e mentre per i visitatori stranieri l'accesso sarà gratuito, è prevista una tassa di ingresso pari a 6.000 ¥ (circa 45€) per i cittadini giapponesi. L'opposizione parlamentare ha duramente contestato il *bill*. Yukio Edano, *leader* del Partito Costituzionale Democratico del Giappone, ha parlato in aula per oltre due ore e trenta minuti, mettendo in atto una pratica di *filibustering* non molto comune in Giappone. Le principali critiche riguardano tanto le possibili insufficienti misure di protezione contro la dipendenza patologica da gioco d'azzardo, sia le eventuali infiltrazioni della criminalità organizzata nel potenzialmente immenso giro d'affari sviluppato.

APPROVAZIONE DEL *BEPS MULTILATERAL INSTRUMENT*

Il **18 maggio** la Dieta ha approvato, nella sua 196esima sessione ordinaria, la "Convenzione Multilaterale per implementare misure relative ai trattati fiscali per prevenire i BEPS" (*Base Erosion and Profit Shifting),* in seno all'OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*). Mentre il Ministero delle Finanze approntà lo strumento di ratifica per il deposito, appare significativo sottolineare in questa sede il rifiuto degli Stati Uniti di partecipare alla Convenzione, adducendo un limitato rischio di BEPS per il sistema economico di Washington.

ISSN 2279-7238

RIFORMA DELLO "STILE DI LAVORO"

Il **29 giugno** la Dieta ha approvato una rilevante riforma del mondo del lavoro. La normativa si caratterizza per l'introduzione di un tetto legale alle ore di straordinario durante l'alta stagione, restrizioni all'orario di lavoro per i lavoratori altamente specializzati, e regole tese ad affermare un principio di "lavoro eguale, salario eguale", per correggere le disparità esistenti fra lavoratori regolari ed irregolari.

La nuova legislazione fissa un tetto legale circa gli straordinari di 720 ore per anno, 100 ore al mese (inclusi i festivi) ed 80 ore al mese di media durante ciascun periodo consecutivo di due, tre, quattro, cinque e sei mesi. Sono esenti attività specifiche, quali gli ambiti di ricerca e sviluppo. È prevista una moratoria di un anno per le piccole e medie imprese, cui la nuova legislazione sarà applicabile solo a partire dal 1° aprile 2020. Di cinque anni è invece la moratoria per l'edilizia, gli autisti ed i medici. Dal 1° aprile 2019 vigeranno le c.d. HLP (*High-Level Professionals*) *Rules*. Il datore di lavoro è obbligato a prendere misure tese ad assicurarsi il buono stato di salute dei propri dipendenti. Specificatamente deve:

- Accertarsi delle ore totali di lavoro nelle quali il dipendente è in ufficio od al lavoro al di fuori di esso;
- Assicurare ferie per non meno di 104 giorni l'anno e di non meno di 4 giorni ogni 4 settimane.

Prendere una delle seguenti misure, selezionata dal datore di lavoro, per assicurare lo stato di salute del dipendente:

- Implementazione di un sistema lavoro-pausa e limitazione del lavoro notturno al di fuori dell'orario;
- Concedere ferie di almeno due settimane consecutive l'anno;
- Condurre *check-up* per i dipendenti il cui servizio è in eccesso di un limite di ore prefissato.

Per quanto concerne il principio "lavoro eguale, salario eguale", in Giappone, allo stato attuale, sono proibite disparità nelle condizioni di lavoro dei lavoratori *full-time* e di quelli *part-time* nella misura in cui tali disparità non sono irrazionali prendendo in considerazione gli obblighi di lavoro, il grado di possibile mobilità nelle attività e posizioni dei rispettivi lavoratori ed ogni altra circostanza lavorativa orbitante intorno ad essi. Tuttavia, poiché la legge non stabiliva cosa costituisse le "condizioni di lavoro", e dunque il criterio per determinare la ragionevolezza di eventuali disparità, si è reso necessario un intervento normativo per scongiurare irragionevoli discriminazioni. In tal senso è stato chiarificato che le condizioni di lavoro includono

ISSN 2279-7238

il salario base, i bonus ed ogni altra ulteriore indennità. Inoltre il datore di lavoro deve considerare la razionalità di ciascuna di tali voci delle condizioni di lavoro, prendendo in considerazione individualmente la natura e lo scopo di esse.

GOVERNO

FIRMA DELL'EPA E DELL'SPA CON L'UNIONE EUROPEA

Il **17 luglio** a Tokyo, il Primo Ministro Abe, il Presidente del Consiglio Europeo Tusk ed il Presidente della Commissione europea Juncker hanno firmato l'Accordo di Partnership Economica Giappone-UE (EPA), nonché l'Accordo di Partnership Strategica (SPA).

Per quanto concerne l'EPA, essa è espressamente in controtendenza al proliferare contemporaneo di misure protezionistiche, per promuovere un mercato libero, equo e regolato. Viene confermato l'impegno di ambo le parti nei confronti della lotta al cambiamento climatico affermata negli accordi di Parigi, così come viene ribadito nel comunicato finale congiunto il ruolo cruciale del WTO in funzione antiprotezionistica.

Pare difficile non leggere un segnale diretto a Washington nella combinazione delle diplomazie europea e nipponica. A perorare tale sensazione l'annuncio del ritiro, l'**8 maggio**, degli Stati Uniti dal JCPOA (*Joint Comprehensive Plan of Action*) ed il ripristino di sanzioni all'Iran. Il Giappone ha infatti dichiarato che "sarebbe scoraggiante se l'annuncio avesse un impatto tale da rendere difficile la prosecuzione del JCPOA. Il Giappone, comunque, continua a supportare il JCPOA che contribuisce a rafforzare il regime internazionale di non proliferazione e la stabilità del Medio Oriente".

LA VISITA DI ABE IN RUSSIA

Fra il **24 ed il 27 maggio**, Abe si è recato in visita di Stato in Russia. Al netto della cordialità pubblica dei rapporti ufficiali, appare significativo rimarcare che i due Paesi non hanno ancora concluso un formale trattato di pace all'indomani della II Guerra Mondiale, e la circostanza rende quantomeno improbabile una chiara definizione della contesa territoriale sui Territori del Nord.

IL SUMMIT TRILATERALE CON CINA E COREA DEL SUD

Il **9 maggio**, a Tokyo, si è celebrato il *meeting* trilaterale con Cina e Corea del Sud. I tre Paesi, che hanno orgogliosamente ricordato nel Comunicato congiunto di costituire, congiuntamente, più del 20% del Prodotto Interno Lordo planetario,

ISSN 2279-7238

hanno inoltre concordato sulla necessità di dare seguito alle specifiche risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite rispetto ad una totale e verificabili denuclearizzazione della Corea del Nord, premendo affinché quest'ultima prenda misure concrete in tale direzione. In quel momento era già circolata la voce di un possibile futuro incontro fra il Presidente USA Trump ed il Leader supremo della Repubblica Popolare Democratica di Corea Kim Jong-un, incontro che sarà in effetti celebrato a Singapore il **12 giugno**. In quest'ottica, il Trilaterale ha messo in chiaro la comunanza di vedute circa la minaccia nucleare nordcoreana. Tuttavia la situazione pare complessivamente assai fluida anche adesso, specie "leggendo" la Conferenza stampa straordinaria del Ministro degli Esteri Kono Taro del **3 agosto**, subito dopo un incontro informale con il suo omologo nordcoreano. Non si sono sinora visti infatti significativi passi in avanti circa l'annosa questione dei rapimenti di cittadini giapponesi in Corea del Nord, al netto delle dichiarazioni simpatetiche di altri *leaders* mondiali (fra cui il Presidente del Consiglio italiano Conte, conosciuto al G7 di Charlevoix del **9 giugno**).

Peraltro proprio il Ministro degli Esteri Kono Taro ha rivelato la propria intenzione di concorrere alla presidenza del Partito Liberal Democratico (LDP), sfidando la *leadership* sinora incontrastata di Abe.

Tuttavia restano sul piatto regionale diverse questioni irrisolte, sia sul piano territoriale (isole Senkaku-Diaoyu con la Cina e Takeshima-Dokdo con la Corea del Sud), sia sul piano più generale della visione della democrazia, come ha fra le righe sottolineato il Primo Ministro Abe il **5 luglio**, in occasione del Simposio "Valori condivisi e Democrazia in Asia".

ISSN 2279-7238

Israele: stato ebraico o stato degli ebrei? Il dibattito sulla Nation State Law e le nuove minacce alla stabilità dell'esecutivo Netanyahu*

di Enrico Campelli**

Come già ampiamente anticipato in diversi "episodi" di questa rubrica, l'ordinamento israeliano si trova ormai, non più celatamente, in una viva fase di ridefinizione dei propri valori fondanti e dei propri "confini". Il quadrimestre preso in considerazione, maggio – agosto 2018, vede attuarsi questo processo in modo sempre meno sotterraneo e silenzioso, divenendo ormai decisamente pubblico ed esplosivo.

Qualunque sia l'opinione di chi legge, non si può non dare ragione al Primo Ministro Netanyahu quando afferma che la *Basic Law: The Jewish Nation- State*, approvata in via definitiva il **19 luglio**, rappresenti un momento fondamentale per l'ordinamento israeliano e per la ridefinizione dei suoi equilibri. Se infatti tale *Basic Law*, forse, non cambia più di tanto la realtà sostanziale dello Stato e del suo ordinamento, è però, negli occhi di chi scrive, altamente rappresentativa degli equilibri di forza attualmente in atto e del rischio, reale, di rottura della fragile stabilità costituzionale israeliana.

La nuova legge, estremamente dibattuta e discussa dentro e fuori gli sfumati confini israeliani, è al centro di una polemica feroce che la vede, negli occhi di chi la supporta, logica conseguenza giuridica del sogno sionista e ovvio provvedimento per attestare la realtà israeliana coronando le politiche di centro-destra degli ultimi anni. Di contro, a detta degli oppositori, la legge è un testo che formalizza, su un livello quasi-costituzionale, la nascita di una *etnocrazia*, dove non è prevista uguaglianza tra i

* Contributo sottoposto a Peer Review

** Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

suoi cittadini e che categorizza tutti i gruppi che non appartengono alla maggioranza ebraica come cittadini ufficialmente "esterni" all'ordinamento.

Le obiezioni al testo, su cui l'esecutivo Netanyahu sembra aver puntato molto anche in ottica di una possibile tornata elettorale, pur essendo rivolte al testo nel suo complesso, possono tuttavia essere schematizzate attorno a tre nodi centrali.

L'art. 1, sez. C, stabilisce che "*The exercise of the right to national self-determination in the State of Israel is unique to the Jewish People*", violando, secondo alcuni, il principio di uguaglianza formale e la cornice democratica sanciti *dalla* Basic Law: human dignity and Liberty del 1992 (che formalizza la tanto discussa definizione di Israele come stato *ebraico e democratico*). L'art. 4, sez. A, stabilisce, invece, per la prima volta che solo l'ebraico sia lingua ufficiale dello Stato, relegando l'arabo ad un *status speciale* (sez. B) ed innescando, insieme alle norme che regolamentano i diversi simboli del Paese (art. 2), dure reazioni dentro e fuori la *Knesset,* altamente prevedibili in un ordinamento diviso e polarizzato come quello israeliano.

Infine, la formulazione dell'art. 7, stabilisce che *"The State views the development of Jewish settlement as a national value, and shall act to encourage and promote its establishment and strengthening*". L'articolo in questione, le cui versioni precedenti aprivano alla possibilità costituzionale di creare comunità separate su base etnica e religiosa, è stato modificato più volte, anche a causa dell'intervento del Presidente Rivlin, e codifica per la prima volta, ed in modo profondamente ambiguo, la nozione di "*Jewish Settlement"*, incontrando l'opposizione anche di moltissimi gruppi ebraici israeliani e diasporici.

Sebbene la *Basic Law* appena approvata sia evidentemente una versione "più soft" delle proposte precedentemente presentate alla *Knesset*[2529], il testo è stato capace di scuotere profondamente gli assi politici e costituzionali israeliani, vedendo per la prima volta la componente drusa israeliana scendere in piazza contro il provvedimento approvato da un esecutivo storicamente "vicino" a tale minoranza.

[2529] Diverse versioni precedenti proponevano la sottomissione del carattere democratico del paese a quello religioso e l'obbligo per le Corti di giudicare basandosi sull'*halachà* (la legge religiosa) nel caso di mancanza di precedente.

ISSN 2279-7238

A questo proposito è inoltre necessario notare come le proteste druse, fatte anche di pesanti dimissioni dalla *Knesset* e dalle alte cerchie militari, abbiano un "peso specifico" molto più rilevante delle proteste della sinistra parlamentare ebraica di *Avodà* o di *Meretz* e, ovviamente, della componente parlamentare araba.

In chiave elettorale, la leader dell'opposizione Tsipi Livni ha chiarito di non avere nessuna obiezione al testo che dichiara Israele come "*historical homeland of the Jewish people*". Tuttavia, per far sì che la *Basic Law* rifletta pienamente i principi fondanti di Israele, il testo doveva anche includere l'impegno di Israele a garantire l'uguaglianza per tutti i suoi cittadini. Nella Dichiarazione di Indipendenza, sostiene Livni, Israele promette "completa uguaglianza sociale e politica diritti a tutti i suoi abitanti indipendentemente dalla religione, dalla razza o dal sesso". Pochi, se non addirittura nessuno dei parlamentari arabi avrebbero votato la *Basic Law* nella forma proposta da Livni, che punta ad uno Stato ebraico e democratico e non, ovviamente, ad uno "stato per tutti i suoi cittadini". Tuttavia, è prevedibile che, se fosse stata inserita la clausola di "uguaglianza", la maggior parte dell'opposizione ebraica della *Knesset* avrebbe supportato il progetto, e la legge avrebbe raccolto circa 100 voti dei 120 membri del Parlamento, piuttosto che ottenere, come ha fatto, 62 voti contro 55.

Quali le ragioni, dunque, che hanno spinto l'esecutivo Netanyahu ad accontentarsi di una maggioranza così stretta? La risposta è forse da cercare nel quadro elettorale israeliano che, come ormai da molto tempo, sembra sempre maggiormente pronto per un ritorno alle urne, con risultati sempre di difficile previsione.

Nello specifico, l'avvicinarsi del termine ultimo imposto all'esecutivo dalla Corte Suprema per il voto e l'applicazione delle nuove norme circa l'arruolamento dei giovani ultra-ortodossi (di cui si tratterà più in avanti), sembra delineare una possibile crisi senza ritorno per l'attuale maggioranza, con i partiti *haredì* che hanno molte volte minacciato di abbandonare la coalizione di maggioranza se dovesse essere realmente votato il disegno di legge che sancisce l'obbligo di arruolamento per i giovani *haredim* e la fine della loro esenzione militare.

ISSN 2279-7238

In questa ottica dunque, la mossa del Primo Ministro Netanyahu sembra preventiva, volta a inviare un messaggio al corpo elettorale israeliano che dipinga lui e la sua coalizione come i difensori nazionalisti dell'ebraicità israeliana. In questo senso quindi, il rifiuto di una maggioranza più ampia su un testo altamente divisivo, serve all'attuale maggioranza a creare uno scenario bipolare tra "patrioti e non patrioti" in vista delle possibili elezioni politiche, da tenersi durante il 2019.

ELEZIONI

I SEGGI A GERUSALEMME EST E LO SPETTRO DEL MALAPPORTIONMENT

Con l'avvicinarsi delle elezioni municipali, il Comune di Gerusalemme ha pianificato di aprire solamente sei seggi elettorali nella parte orientale della città, prevalentemente araba. Se tale decisione non dovesse essere smentita dall'ufficio elettorale del Comune prima dell'appuntamento elettorale, sarà difficile spegnere le accuse di *malapportionment* - considerando che il settore orientale della città conta circa 360.000 residenti.

I quartieri ebraici, situati nella parte ovest della municipalità e che rappresentano la maggior parte dell'elettorato cittadino, avranno infatti a disposizione circa 180 seggi, con una media di approssimativamente 2.000 elettori a seggio, a differenza dei 40.000 elettori previsti per ogni seggio elettorale nella parte Est. Dei 6 seggi previsti, 3 saranno aperti nel quartiere misto arabo-ebraico di *Beit Safafa*, con il risultato che i 3 seggi rimanenti, situati nella Città Vecchia, a *Sheikh Jarrah* e *Jabal Mukkaber*, serviranno ciascuno 80.000 residenti.

Il tasso di affluenza araba nelle passate elezioni municipali si è attestato all'1%, a causa del boicottaggio palestinese delle elezioni locali, viste come una concessione di legittimità all'occupazione Israeliana della città. Il forte divario tra i seggi previsti nella parte ovest ed est della città, avrà come conseguenza anche l'interessante dato che vede ogni seggio nella parte ovest avere una media di 3,5 cabine, in contrasto con la scuola *Abdullah Ibn Hussein* a *Sheikh Jarrah* che conterà ben 75 cabine. Inoltre, dei seggi elettorali nei quartieri arabi, solo la posizione di *Beit Safafa* sarà accessibile ai disabili.

Molti degli abitanti di Gerusalemme Est sono residenti permanenti autorizzati a partecipare alle elezioni locali, ma non detengono la cittadinanza e non detengono la

ISSN 2279-7238

capacità attiva e passiva relativamente alla *Knesset*. Gli ultimi anni hanno visto un'impennata nel numero dei gerosolimitani orientali in cerca di cittadinanza israeliana, ma la maggior parte di tali domande deve ancora essere elaborata. *Saeb Erekat*, segretario generale del Comitato esecutivo dell'Organizzazione per la liberazione della Palestina, ha recentemente lanciato un appello ai palestinesi di Gerusalemme Est per astenersi dal votare, ma la candidatura di Ramadam Dabash, primo candidato palestinese nella storia a correre per un posto nel consiglio municipale di Gerusalemme, potrebbe condizionare i prossimi dati sull'affluenza.

PARTITI

NUOVA LEADER DELL'OPPOSIZIONE

Come annunciato dal Presidente del gruppo parlamentare del *Machanè Tzionì* Mk Yoel Hasson e dallo *Speaker* della Knesset Yuli Edelstein, e conformemente alle disposizioni della Sezione 11 (b) della *Basic Law The Knesset* del 1994, il **1° agosto** il MK Tzipi Livni (*Machanè Tzionì*) ha assunto il ruolo di leader dell'opposizione, sostituendo il Mk Herzog.

Livni, che ha già ricoperto la carica tra il 2009 e il 2012, arriva al ruolo di Leader dell'opposizione dopo un faticoso accordo raggiunto con Avi Gabbay, leader della coalizione *Machanè Tzionì* e della sua corrente principale *Avodà* (Partito laburista israeliano). Da parte sua, Livni ha convenuto che il suo *Hatnuà Party* correrà alle prossime elezioni con i laburisti di Gabbay e tenterà di costruire un più ampio blocco di partiti di centro-sinistra. La nuova leader dell'opposizione aveva infatti affermato più volte che se non avesse ricevuto la carica, il *Machanè Tzionì* si sarebbe sciolto.

UNITED TORAH JUDAISM E LE ELEZIONI MUNICIPALI A GERUSALEMME

Per la prima volta in quasi 30 anni, il *Degel Hatorah Party* a Gerusalemme ha deciso di correre separatamente da *Agudat Yisrael*, nelle elezioni municipali di Gerusalemme del prossimo 30 ottobre a causa di una disputa sulla divisione dei seggi nel consiglio comunale tra le due parti.

La leadership di *Degel*, compresi i parlamentari nazionali e i principali rabbini di Gerusalemme del settore "lituano" non-hassidico rappresentato dal partito, si è riunita il **21 agosto** e ha deciso di separarsi da *Agudat*. I due partiti *Haredì* corrono stabilmente insieme in molte municipalità del paese e dal 1992 si sono uniti a livello nazionale nella storica coalizione *(UTJ)*.

ISSN 2279-7238

Nelle elezioni municipali gerosolomitane del 2013, l'*UTJ* ha ottenuto otto seggi nel consiglio comunale; *Agudat* ha preso cinque seggi e *Degel* ne ha ottenuti tre in base ad un accordo che riflette l'idea che la popolazione hassidica sia più grande della popolazione "lituana" *Haredì*.

Tale accordo, applicato anche a livello nazionale, è tuttavia contestato negli ultimi anni da *Degel*, che ora afferma di avere un bacino di voti più numeroso e di meritare almeno la parità del numero di seggi nei consigli comunali e di seggi della *Knesset* quando corre nella lista comune *UTJ* con *Agudat Torah*.

MERETZ E LA PETIONE ALL'ALTA CORTE DI GIUSTIZIA

Il partito più a sinistra dello spettro partitico ebraico israeliano, *Meretz*, ha presentato il **31 luglio**, una petizione all'Alta Corte di Giustizia contro la *Basic Law: Nation-State law* approvata recentemente dalla *Knesset*.

Definendo nella petizione la legge "un atto di sabotaggio contrario al diritto israeliano che ha sostituito l'uguaglianza con il razzismo", la presidentessa di *Meretz*, MK Tamar Zandberg, ha insistito affinché la Corte abroghi il provvedimento. Nell'appello, il partito sostiene che la legge, una "legge fondamentale" dal valore quasi-costituzionale, contraddice la Legge fondamentale: Dignità umana e Libertà approvata nel 1992.

L'argomento legale della petizione rimanda alle sentenze della *High Court* secondo le quali alcuni principi, tra cui l'uguaglianza, siano fondamentali per la natura del regime democratico di Israele, e quindi esistano anche senza essere espressamente enunciati nelle leggi fondamentali (la *Basic Law: Human dignity and liberty*, infatti, non menziona specificatamente il principio di uguaglianza)

La nuova legge fondamentale, nella visione del partito, viola questo principio implicito. La Corte ha fissato al **2 gennaio** la data dell'udienza relativa. Zandberg ha depositato la petizione insieme al MK Issawi Frej, l'unico parlamentare arabo del partito, ed Eran Lev, avvocato di *Meretz*.

KNESSET

LA GIURISDIZIONE DELL'ESECUTIVO SULLE AZIONI MILITARI RILEVANTI

Il Plenum della *Knesset* ha approvato il **1° maggio** un emendamento (n.40) alla Legge fondamentale: il Governo che cerca di conferire poteri in materia di dichiarazione di guerra e intrapresa di azioni militari significative. L'emendamento

ISSN 2279-7238

proposto ha ricevuto 62 voti favorevoli nella seconda e terza lettura, mentre 41 parlamentari si sono opposti al disegno di legge.

L'emendamento approvato stabilisce che la decisione di intraprendere un'azione militare che può chiaramente portare a una guerra, abbia necessariamente l'approvazione del Governo, e non solo del *Cabinet*.

MODIFICHE CONCERNENTI LA CAPACITÀ ELETTORALE PASSIVA

Con un voto che ha visto 86 voti favorevoli e 10 contrati, la Knesset ha approvato il **1° maggio**, nelle sue letture finali, una legge redatta dal MK Anat Berko (*Likud*) che impedirà ad una persona condannata per terrorismo o altri reati di sicurezza con una condanna di almeno sette anni, di candidarsi alla Knesset per un periodo di 14 anni successive al giorno della sua liberazione.

LA *BASIC LAW* PROPOSTA DALLA *JOINT LIST*

In una mossa insolita, il Presidio della *Knesset* (formato dallo *Speaker* e dai suoi vice) ha deciso il **5 giugno** di adottare l'opinione del consulente legale della *Knesset* e squalificare un progetto di legge presentato da *Balad* che chiedeva che Israele sia definito come lo stato di tutti i suoi cittadini, non ammettendolo alla discussione parlamentare.

Balad è uno dei gruppi parlamentari che formano il partito arabo *Joint List*, attualmente terzo partito per numero di voti in Israele. Le altre due anime della coalizione, sono *Ta`al* e *Hadash*.

La decisione di bandire il dibattito della *Knesset* sulla proposta, denominata "Basic Law: un paese di tutti i suoi cittadini" (P5353/20) è stata adottata con una votazione di 7-2. I MK Ahmad Tibi (*Joint List*) e Esawi Frej (*Meretz*) hanno votato contro la decisione, mentre il MK Bezalel Smotrich si è astenuto. Si tratta del primo episodio di squalifica di una proposta di legge prima della discussione del plenum nelle ultime due legislature.

Il consigliere legale della *Knesset* Eyal Yinon ha chiarito nel suo report che "sia sul piano teorico che su quello specifico, è difficile non vedere il disegno di legge in questione come un tentativo di negare l'esistenza di Israele come lo stato del popolo ebraico, e quindi in conformità con l'articolo 75 (sez.E) del regolamento della *Knesset*, il Presidio della *Knesset* è qualificato per impedirne la presentazione".

Yinon ha altresì specificato che la legislazione sembrava mirare a modificare i principi basici dell'ordinamento israeliano - ad esempio, annullando de facto la Legge del Ritorno (che dichiara il diritto di ogni ebreo di emigrare in Israele) e

ISSN 2279-7238

conseguentemente modificando radicalmente i principi per l'ottenimento della cittadinanza israeliana.

APPROVAZIONE IN TERZA LETTURA DELLA *NATION-STATE LAW*

A seguito di un acceso dibattito durato più di otto ore, il plenum della *Knesset*, il **19 luglio**, ha approvato in terza lettura la Proposta di *Basic Law: Israele come Stato-nazione del popolo ebraico.*

La legge, sponsorizzata dal MK Avi Dichter (*Likud*) e da un gruppo di altri parlamentari della coalizione di maggioranza, ha superato la sua seconda e terza lettura con il voto di 62 parlamentari favorevoli, 55 contrari e due astenuti. A seguito del voto, alcuni membri della *Joint List* araba hanno pubblicamente strappato il testo della legge equiparando il testo ad un provvedimento di apartheid.

La legge sancisce, per la prima volta nel suo corpus giuridico, Israele come "la casa nazionale del popolo ebraico". Ribadisce Gerusalemme come unica capitale di Israele, definisce l'ebraico come lingua ufficiale e il calendario ebraico come il calendario ufficiale dello stato, e riconosce il Giorno dell'Indipendenza, i giorni del ricordo, le festività ebraiche e il diritto di tutti i residenti israeliani di preservare i loro patrimonio culturale senza differenze basate su religione e nazionalità.

A seguito dell'enorme dibattito scaturito dalla proposta, due clausole nel disegno di legge sono state modificate. La clausola della diaspora recita ora nel testo (art.6b): "*The State shall act, in the Diaspora, to preserve the ties between the State and members of the Jewish People*" La versione originale affermava che la connessione sarebbe stata mantenuta tra lo Stato e "il popolo ebraico, ovunque si trovi nel mondo".

La clausola che invece paventava l'ipotesi di creare comunità separate su base etnica e religiosa, oggetto di una veemente polemica internazionale (nonché dell'esplicito intervento del Presidente Rivlin), è stata sostituita con un generico "lo Stato considera lo sviluppo di insediamenti ebraici come un interesse nazionale e prenderà provvedimenti per incoraggiare, promuovere e attuare questo interesse".

GOVERNO

APPROVAZIONE FINALE DELLA *BREAKING THE SILENCE LAW*

Dopo una lunga discussione, culminata il **3 luglio** con l'approvazione da parte del Comitato per l'Educazione, la Cultura e lo Sport, il plenum della *Knesset* ha approvato il **16 luglio**, in seconda e terza lettura, un emendamento alla legge sull'istruzione

ISSN 2279-7238

pubblica (emendamento n.17), presentato dal MK Shuli Moalem-Rafaeli (*Hayabit Hayehudi*) ed un gruppo di membri della *Knesset*.

L'emendamento, denominato *Prevention of Activity in an Educational Institution of External Elements Acting against the Purposes of Education and against the Israel Defense Forces,* aggiunge un ulteriore punto agli obiettivi educativi elencati nella sezione 2 della Legge sull'educazione statale, inserendo nel testo l'importanza dell'educazione verso il servizio militare nell'IDF (Israeli Defense Force) o nel servizio civile nazionale.

Inoltre, l'emendamento approvato stabilisce che il Ministro della Pubblica Istruzione fornisca delle linee guida per vietare l'attività in un'istituzione educativa di un individuo o un elemento esterno che non fa parte del sistema educativo, la cui attività sia gravemente e significativamente in contraddizione con gli obiettivi dell'educazione statale. Il ministro dell'Istruzione stabilirà inoltre norme per la prevenzione delle attività svolte in un istituto scolastico da parte di un elemento esterno che agisca in modo ritenuto contrario alla condotta dell'IDF.

Fortemente contestato dalle opposizioni e denunciato da diverse ONG, tra cui l'*Association for Civil Rights* in Israel e da molte associazioni come *Breaking The Silence e B'tselem*, l'emendamento dovrà quasi certamente passare un giudizio di costituzionalità davanti alla Corte Suprema nel prossimo futuro.

LA PROTESTA DRUSA ALLA *NATION-STATE LAW*

Come già ampiamente riportato, la nuova Legge fondamentale: "Israele come Stato-nazione del popolo ebraico" è ampiamente percepita all'interno della società araba di Israele come una svolta nelle relazioni arabo-ebraiche e di minoranza statale e, come detto, la sua approvazione ha incontrato una forte opposizione, in aula e fuori.

Una risposta particolarmente organizzata ed energica all'interno della società araba si è vista, nei mesi analizzati, dalla comunità drusa - un piccolo (circa 150.000 persone) e distinto sottoinsieme della popolazione araba israeliana – fortemente centrata sulla storica "alleanza di sangue" con lo Stato di Israele, che ha tra le altre conseguenze, la stabile partecipazione maschile drusa nell'esercito israeliano. L'approvazione della nuova *Basic Law* è stata percepita da molti Drusi come "la fine dell'illusione di un destino condiviso" e di cittadinanza equa e condivisa in Israele, causando proteste massicce sul tutto il territorio nazionale.

I parlamentari drusi sono stati i primi a presentare una petizione contro la legge all'Alta Corte di Giustizia (successivamente imitati anche da esponenti della comunità beduina e dal partito *Meretz*), e i sindaci drusi, insieme ai leader della comunità hanno

ISSN 2279-7238

rapidamente istituito un forum speciale contro la *Basic Law* in questione, a cui hanno partecipato immediatamente oltre 100 ufficiali di riserva drusi dell'IDF. Altre critiche druse sono arrivate da alti ufficiali Drusi dell'esercito, famiglie e associazioni di veterani. Il Forum druso ha organizzato una partecipatissima manifestazione il **4 agosto** a Tel Aviv, con circa 60000 persone, per manifestare pubblicamente il dissenso al provvedimento e costringere l'esecutivo Netanyahu a prendere provvedimenti.

La protesta drusa, che mai prima d' ora aveva raggiunto strade o i media, è diventata rapidamente un punto focale per gran parte del dibattito nazionale, dividendo l'opposizione alla legge in due principali linee di critica: la prima basata, genericamente, sulla necessità di riaffermare l'uguaglianza tra i cittadini di Israele ed una seconda, specificatamente basata sui diritti dei cittadini non ebrei che prestano servizio nelle forze di sicurezza.

Leader governativi come il Primo Ministro Netanyahu, il Ministro dell'Istruzione Naftali Bennett, il Ministro delle Finanze Moshe Kahlon e molti altri esponenti dell'esecutivo hanno rapidamente riconosciuto le preoccupazioni della comunità drusa e ammesso la lacuna della nuova legislazione. Il Premier Netanyahu ha anche affermato la necessità per l'esecutivo di rettificare l'omissione con una legislazione aggiuntiva e un pacchetto di sviluppo economico dedicato alla comunità drusa israeliana.

PRESIDENTE DELLO STATO DI ISRAELE

GRAZIA

In linea con la tradizione ebraica di compassione e perdono durante il mese ebraico di *Elul*, che precede il periodo penitenziale tra *Rosh Hashana* e *Yom Kippur*, il Presidente Reuven Rivlin concederà la grazia ed eserciterà clemenza nei casi in cui lui e i suoi consulenti legali credono che i prigionieri meritino clemenza. In una dichiarazione rilasciata il **14 agosto** dall'ufficio di Rivlin, è stato reso noto che il Presidente sta attualmente trattando circa 1.400 richieste di grazia e clemenza.

A marzo è stato annunciato che Rivlin, insieme al Ministro della Giustizia Ayelet Shaked, aveva deciso di concedere speciali atti di grazia durante il 70 ° anniversario della fondazione di Israele. Tali atti si applicheranno agli individui che non hanno commesso reati gravi - in particolare ai soldati e ai volontari dei servizi nazionali civili che hanno espresso rimorso, hanno mantenuto una buona condotta durante la detenzione e hanno dimostrato il desiderio di essere riabilitati.

ISSN 2279-7238

La *Basic Law "The President of the State*, dà al Presidente di Israele l'autorità di concedere la grazia ai criminali condannati o di commutare le loro sentenze. I *pardons* speciali furono concessa dai predecessori di Rivlin durante i 30 °, 40 ° e 50 ° anniversari dello Stato, così come nel 15 ° anniversario della liberazione e riunificazione di Gerusalemme.

LA LETTERA DI RIVLIN CONTRO LA LEGGE SULLO STATO-NAZIONE

In un'insolita critica pubblica al legislatore, il Presidente Reuven Rivlin ha inviato, il **10 luglio**, una lettera pubblica ai membri della *Knesset*, invitandoli a modificare il controverso disegno di legge della Basic Law atta a sancire il carattere ebraico di Israele, affermando che la misura "potrebbe danneggiare il popolo ebraico, gli ebrei in tutto il paese mondo e lo stato di Israele.

Il disegno di legge controverso, successivamente approvato il **19 luglio**, per la prima volta nella storia israeliana sancisce il paese come "la casa nazionale del popolo ebraico", stabilendo il diritto "esclusivo" del popolo ebraico all'autodeterminazione all'interno dello Stato di Israele, e determinando una serie di misure costituzionali che definiscono la natura ebraica del Paese.

Nella sua lettera ai membri del Parlamento, inviata anche al Primo Ministro Benjamin Netanyahu, Rivlin ha affermato che l'inclusione di tale *Basic Law* nell'ordinamento giuridico israeliano, senza le necessarie modifiche, potrebbe alterare i "delicati principi costituzionali" di Israele.

A seguito dei dubbi sollevati dal Presidente, peraltro già espressi oltre che dalle opposizioni anche dal Procuratore Generale Mandelbit, il disegno di legge approvato dalla *Knesset* il **19 luglio**, non prevede l'articolo che legalizzava l'istituzione di comunità separate in base alla religione e alla nazionalità (Art. 7b), disposizione tra le più controverse e su cui si concentravano la maggior parte delle preoccupazioni del Presidente.

CORTE SUPREMA

THE ADMINISTRATIVE AFFAIRS COURTS BILL

Il **18 luglio**, in seguito al respingimento di tutte le riserve, il plenum della *Knesset* ha approvato in seconda terza lettura *The administrative affairs courts bill* (emendamento

ISSN 2279-7238

n ° 117). Proposto dal MK Bezalel Smotrich (*Habayit Hayehudì*), l'emendamento ha ricevuto il voto favorevole di 56 parlamentari, contro i 48 che si sono opposti.

Con tale disposizione, la legislatura israeliana ha di fatto compiuto un altro passo verso l'offuscamento delle linee che distinguono il sistema legale israeliano da quello vigente in Cisgiordania. L' emendamento in questione, infatti, trasferisce la giurisdizione originale su alcuni casi riguardanti la Cisgiordania dalla Corte Suprema israeliana (nella sua qualità di Alta Corte di Giustizia, *HCJ*) alla Corte degli affari amministrativi di Gerusalemme (una suddivisione del Tribunale distrettuale di Gerusalemme). I sostenitori dell'emendamento, principalmente il partito *Habayt Hayehudì*, hanno affermato pubblicamente che tale disposizione renderà più difficile per la Corte Suprema ordinare la rimozione degli avamposti e degli insediamenti illegali israeliani in Cisgiordania.

Il nuovo emendamento "espande" la legge sui tribunali amministrativi originaria per includere alcuni casi relativi alla Cisgiordania. Così facendo, per la prima volta, la *Knesset* estende uno statuto giurisdizionale ordinario ad un territorio controllato solo *de facto* e non *de iure*.

L'emendamento stabilisce che tre categorie di petizioni amministrative e una categoria di ricorsi amministrativi riguardanti la Cisgiordania - che la Corte di giustizia aveva precedentemente giudicato in prima istanza (e su cui l'emendamento mantiene la giurisdizione della Corte solo nell'appello) - saranno ora trasferite alla Corte per gli affari amministrativi di Gerusalemme. Ciò include petizioni riguardanti la libertà di informazione, pianificazione e costruzione e libertà di circolazione. È importante sottolineare che non tutti i casi amministrativi che rientrano in queste categorie sono stati trasferiti dalla *HCJ*. L'emendamento elenca autorità specifiche e tipi di decisioni all'interno di ciascuna categoria. In gran parte, le categorie di casi riguardanti la pianificazione e le costruzioni in West Bank sono le vere ragioni che sottendono all'emendamento. La destra israeliana ha duramente criticato l'*HCJ* per aver ordinato l'evacuazione e la demolizione di un certo numero di avamposti e insediamenti israeliani in Cisgiordania costruiti illegalmente su terre palestinesi private. Recentemente, questo ha incluso i noti casi di Amona e Netiv Ha'avot.

In qualsiasi altro contesto, gli adeguamenti giurisdizionali all'interno di un sistema giudiziario nazionale non sarebbero probabilmente considerati particolarmente degni di nota. Nel contesto israelo-palestinese, tuttavia, questa misura, solo apparentemente tecnica, è l'ennesimo "campo di battaglia" politica che sottolinea l'urgenza di un chiarimento sulla natura della presenza israeliana in Cisgiordania. Se da un lato l'emendamento non risolve molte delle questioni portate aventi dai suoi sostenitori (preservando in gran parte la giurisdizione originaria e d'appello dell'*HCJ*

ISSN 2279-7238

sui casi di risoluzione dei contenziosi e degli avamposti più controversi), è innegabile che continui una tendenza allarmante dell'attuale *Knesset* che mina i principi fondamentali della relazione giuridica tra Israele e la Cisgiordania.

HAREDÌ DRAFTING

L'**8 agosto**, la Corte suprema israeliana ha concesso al Governo ulteriori tre mesi per trovare un accordo sulla legislazione che dovrebbe portare all'inclusione dei giovani ultra-ortodossi nelle file dell'esercito. Tale prolungamento si è reso necessario a causa dell'enorme potenziale divisivo della questione (che ha visto la Corte Suprema dichiarare l'esenzione dei giovani *haredim* incostituzionale nel settembre 2017 e concedere al Governo un anno di tempo per l'implementazione di una legislazione condivisa) e non è avventato affermare che l'attuazione di un nuovo disegno di legge potrebbe innescare la caduta dell'attuale esecutivo e nuove elezioni politiche, probabilmente nei primi tre mesi del 2019.

Nel luglio 2018, un disegno di legge che fissava le quote di arruolamento militare per gli studenti di *yeshiva haredi* ha passato la lettura iniziale nella *Knesset* ed ha innescato una fortissima crisi all'interno della maggioranza, con molti parlamentari ultraortodossi pronti a far cadere il Governo se tale disegno, proposto dal partito di destra non religiosa *Israel Beitenu*, diventasse legge (soprattutto il leader di *Agudat Torah*, Yakoov Litzman). Proprio a seguito dell'accesissima situazione interna alla coalizione di maggioranza, l'esecutivo Netanyahu ha chiesto una proroga di 7 mesi alla Corte Suprema, che ne ha invece concessi "solamente" tre.

Il limite fissato dalla Corte è per il prossimo **2 dicembre**. Se la *Knesset* non riuscisse ad approvare un testo per quella data, tutti gli studenti delle *yeshivot* (le scuole rabbiniche), finora esclusi dal servizio, sarebbero costretti ad arruolarsi, con conseguenze politiche, elettorali e sociali di difficile previsione.

ISSN 2279-7238

L'Esecutivo si prepara a conquistare l'ordine giudiziario, che resiste appellandosi a una debole Europa

di Jan Sawicki*

I mesi centrali del 2018 sono quelli in cui comincia a prendere forma la conquista del giudiziario da parte dell'esecutivo, in attuazione delle leggi di riforma approvate nel 2017 – su cui ampiamente le precedenti *Cronache* – già ripetutamente novellate dalla maggioranza di Diritto e giustizia (PiS), con piccoli aggiustamenti tecnici adottati in parte per dare l'impressione di conformarsi ai rilievi critici della Commissione europea – in seguito alla procedura per violazione dell'art. 7 TUE già avviata alla fine dell'anno scorso –, in parte per consentire alla forza politica dominante di adeguarsi alle resistenze che provengono dalla stessa magistratura.

Il conflitto culmina ai primi di luglio, quando, secondo la nuova legislazione concernente la Corte suprema, insieme a una procedura innovativa di reclutamento di gran parte dei suoi membri, dovrebbe cessare il mandato della sua prima presidente, Małgorzata Gersdorf, nominata nell'aprile 2014 per un periodo di sei anni sancito dall'art. 183.3 della Costituzione. La legge attua in effetti una purga nell'organo con il classico pretesto di collocare a riposo tutti i supremi giudici che abbiano compiuto 65 anni di età, tra cui la stessa Gersdorf, tranne coloro che – a seguito della presentazione di un certificato medico che ne attesti le ottime condizioni di salute – abbiano presentato domanda di rimanere in carica per un periodo massimo di altri tre anni, a condizione che il Consiglio nazionale della magistratura – KRS –,nella sua nuova compagine composta in modo da assicurare larga rappresentanza al partito di maggioranza, esprima un parere favorevole, e che il Presidente della Repubblica si conformi discrezionalmente a tale parere. Ma la prima

*Qualifica autore

ISSN 2279-7238

presidente, insieme a numerosi altri componenti dell'alto collegio, rifiuta di assoggettarsi a tale procedura, nel suo caso facendo affidamento su una disposizione costituzionale con cui la legislazione in vigore si pone in palese conflitto (la Costituzione polacca sembra offrire qualche appiglio per una sua diretta applicazione ma è dubbio che ciò possa avvenire pacificamente in presenza di una precisa disciplina legislativa, pur nell'impossibilità di ottenere un giudizio equilibrato in altra sede, stante la conquista illegittima ma ormai definitiva, e ormai la scarsa operatività, del Tribunale costituzionale).

Il rischio che in Polonia si crei un duplice ordinamento giuridico – e ormai anche giudiziario – si mantiene in bilico tra uno stato di latenza sempre più accentuato e una concretizzazione dagli sviluppi imprevedibili. Tale latenza si è aggravata dal 3 luglio, quando, secondo il governo, la maggioranza politica, il capo dello Stato, il Consiglio nazionale della magistratura, il mandato della Gersdorf è cessato, mentre secondo la stessa Corte suprema, grandissima parte di tutti i corpi della magistratura e dell'avvocatura, della dottrina giuridica, del mondo accademico e delle opposizioni, corroborate da manifestazioni di massa nelle principali città, esso prosegue naturalmente fino ad aprile del 2020. Un'ambigua, equivoca e provvisoria concordia si registra nella persona del giudice Józef Iwulski, che secondo la legge, e secondo il capo dello Stato Andrzej Duda, farà funzioni di primo presidente della Corte fino a che non sarà completata l'opera di reclutamento dei nuovi componenti dell'organo, mentre secondo la stessa Gersdorf egli ricoprirà solo funzioni vicarie in caso di sua provvisoria assenza per ferie o per malattia. In tutta la vicenda è ambiguo il ruolo dello stesso Duda, che ai giudici via via in decadenza secondo legge si limita a inviare delle missive private con cui comunica a ciascuno di loro la rispettiva collocazione a riposo, invece di emanare atti amministrativi provvisti di ufficialità e pubblicità previsti dalla stessa legge, non essendo forse troppo sicuro che non sarà chiamato in futuro

ISSN 2279-7238

a rispondere dinanzi al Tribunale di Stato per la rimozione di giudici inamovibili secondo ripetute disposizioni della Costituzione.

Sul versante giuridico, sempre più labile e periclitante, di questo scontro politico in cui la forza predominante della politica pretende di qualificarsi democratica mentre si sbarazza incontrastata, l'uno dopo l'altro, di ogni strumento di garanzia e di controllo, la Corte suprema tenta di difendersi con lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, con una serie di argomentazioni imperniate sulla constatazione di fondo che la Corte suprema polacca è a pieno titolo un organo giudiziario anche dell'Unione europea. Al rinvio polacco andrà ad aggiungersi un ulteriore procedimento di infrazione attivato dalla Commissione europea, motivato in particolare dalla lesione all'indipendenza e inamovibilità dei giudici provocata sia dalla cessazione anticipata di quelli in carica sia dalla politicizzazione occulta dei criteri di reclutamento dei nuovi. Ma gli strumenti giuridici sono sempre più deboli, a causa soprattutto della propria lentezza, rispetto alla fulmineità di cui fa prova la classe politica dominante in Polonia, che ormai da quasi tre anni mette ogni controparte, interna o europea, davanti al fatto compiuto. Così un giudizio della Corte di giustizia, temuto dalle autorità polacche più di ogni altra decisione europea presa in sede politica, rischia però di arrivare quando la trasformazione dell'intero ordine giurisdizionale nel paese ha già cominciato a produrre effetti giuridici irreversibili (se si considerano anche i poteri della Corte suprema nel procedimento elettorale o l'istituzione nel suo seno di una potentissima sezione disciplinare, che il potere politico vuole attivare anche per sanzionare le iniziative, che tendono a diffondersi a vari livelli, di rinvii pregiudiziali).

Le condizioni attuali dell'ordinamento polacco, in cui gli elementi di una 'democrazia illiberale' sembrano essersi radicate in maniera profonda, testimoniano di due soli elementi capaci in qualche misura di arrestare o almeno rallentare il ritmo della marcia verso il potere illimitato. Uno, pur in

ISSN 2279-7238

forma assai limitata e condizionata, è l'influenza dell'estero; l'altro è dato dalle possibili divisioni e contrapposizioni interne al partito di potere e alle istituzioni che esso detiene. Questi due fattori si dimostrano sempre più il solo surrogato del venir meno delle istituzioni e degli organi di controllo, la cui neutralizzazione ha indebolito a sua volta le opposizioni politiche, capaci ormai solo di protestare impotenti.

Nel corso dei mesi considerati, l'unica dimostrazione sostanziale di forza proveniente dal contesto internazionale è quella che ha imposto a Governo e Parlamento di fare una 'retromarcia' rispetto alla decisione presa a inizio anno di punire penalmente chiunque usi espressioni come «campo di concentramento polacco» rispetto ai Lager costruiti dalla Germania nazista sul suolo della Polonia occupata. Sul piano interno, sono le rivalità e le contrapposizioni tra il Presidente della Repubblica, il Governo e il vero leader informale della nazione, il presidente del PiS Jarosław Kaczyński, a neutralizzare in parte il potere *tout court*; ne siano esempio il desiderio del primo di questi organi di indire un referendum di indirizzo per modificare la Costituzione in senso nazionalista e illiberale, bloccato dal Senato – a larga maggioranza del PiS – sia per l'indisponibilità del partito di maggioranza a rafforzare i poteri costituzionali del Presidente sia per il timore di un insuccesso soprattutto nell'affluenza alle urne. O le intenzioni del Governo Morawiecki, con il pieno sostegno di Kaczyński e della maggioranza parlamentare, di modificare la legge elettorale per le europee in senso soverchiamente maggioritario, ostacolate però da un insormontabile veto presidenziale.

Date le peculiari condizioni politiche della Polonia attuale, in cui una posizione costituzionale esorbitante è attribuita di fatto al semplice deputato Jarosław Kaczyński, qualche parola è necessario spendere su questa figura. Il ricovero in ospedale per alcune settimane, a causa di un problema al ginocchio aggravato da un'infezione batterica che ne avrebbe impedito un intervento più

ISSN 2279-7238

risolutivo, ha fatto diffondere voci allarmate su una situazione sanitaria ben più grave del leader, che si sono intensificate per l'ulteriore prolungarsi della sua assenza dalla scena pubblica. La riapparizione tardiva del leader ha messo a tacere solo in parte queste voci, rinviando *sine die* l'apertura di una lotta per la successione, ma mette a nudo i rischi – o forse, a questo punto, le potenzialità positive? – di una paralisi del processo decisionale nel prolungarsi della sua assenza.

PARLAMENTO

IL TRATTAMENTO ECONOMICO DEI PARLAMENTARI

Il **9 maggio** il *Sejm* approva in via definitiva una riduzione del 20%, con effetto immediato, del trattamento economico riservato ai 460 deputati e ai 100 senatori della Repubblica. La misura è stata imposta dalla sola volontà del leader del PiS Jarosław Kaczyński, che non ha mostrato alcuna preoccupazione per la tenuta nel consenso politico al partito a seguito dei ripetuti interventi sullo stato di diritto, ma si è invece intimorito per alcuni scandali minori relativi a premi di produttività attribuiti ai membri dell'esecutivo. Il risparmio complessivo per lo Stato dovrebbe ammontare a regime a 13 milioni di *złoty*, pari a poco più di 3 milioni di euro.

LA LEGISLAZIONE ELETTORALE PER IL PARLAMENTO EUROPEO

Il **20 luglio** il *Sejm* approva, con i soli voti del gruppo PiS (231 contro 198), una modifica del codice elettorale del 2011 limitatamente alle elezioni europee. Viene mantenuta la ripartizione dei 51 seggi tramite la formula d'Hondt nell'ambito di 12 circoscrizioni elettorali, nonché la soglia di accesso nazionale al 5%, ma, con il pretesto di una maggiore trasparenza del sistema, si stabilisce di assegnare i seggi direttamente nelle circoscrizioni anziché attribuirli alle liste su scala nazionale prima di procedere al riparto nelle

ISSN 2279-7238

circoscrizioni. Di conseguenza, la soglia di esclusione implicita sarebbe elevata, secondo stime di alcuni politologi, almeno a un quindici per cento di fatto, riducendo allo stato attuale l'accesso al Parlamento a due soli partiti e premiando in maniera esasperata Diritto e giustizia.

Dopo l'approvazione definitiva della legge da parte del Senato, tuttavia, il Presidente della Repubblica Duda rifiuta il **17 luglio** di promulgare la legge, rinviandola al *Sejm* in modo da vanificarla di fatto. Secondo Duda l'innovazione voluta dal PiS comporterebbe una compressione illegittima e irragionevole del pluralismo politico.

GOVERNO

L'ESECUTIVO TENTA DI DIFENDERE IN EUROPA LA CREDIBILITA' DELLA GIURISDIZIONE POLACCA

Il Governo polacco, per bocca di un viceministro della giustizia, interviene il **4 giugno** presso la Corte di giustizia europea a difesa della propria giurisdizione interna. La causa in discussione è provocata dal rifiuto di un tribunale irlandese di concedere l'estradizione di un cittadino polacco perseguito dalla magistratura di questo Paese per traffico di stupefacenti, in considerazione del presunto mancato rispetto dei diritti umani da parte della Polonia. Se la pronuncia della Corte di giustizia dovesse essere favorevole all'Irlanda, si aprirebbe la strada per contestare l'efficacia esterna di ogni decisione presa dall'autorità giudiziaria polacca. Secondo il rappresentante del Governo polacco, nessuno Stato membro ha il diritto di mettere in discussione il rispetto dei principi fondamentali in altri Stati.

DOPO APPENA SEI MESI DEPENALIZZATA LA PENALIZZAZIONE DEL REATO D'OPINIONE CHE ATTRIBUISCE ALLA POLONIA LA RESPONSABILITA' DEI CAMPI DI STERMINIO NAZISTI

Il Governo polacco cede alle pressioni di Israele e degli Stati Uniti – queste ultime legate soprattutto alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero – e il **25 giugno** presenta un disegno di legge di abrogazione della legge approvata appena lo scorso gennaio, e di fatto mai entrata in vigore per il ricorso in via diretta pendente presso il Tribunale costituzionale ad opera del Presidente Duda, volta a sanzionare penalmente l'attribuzione alla nazione

ISSN 2279-7238

polacca, sui mezzi di comunicazione di massa, di responsabilità in merito allo sterminio degli ebrei durante la seconda guerra mondiale (in particolare mediante l'uso, per negligenza o per mala fede, di espressioni quali *Polish death camps* o simili; sul tema ampiamente le ultime *Cronache* su *Nomos*). La legge, si ricorda, colpiva indistintamente cittadini polacchi e stranieri, per affermazioni fatte anche all'estero, e indipendentemente dalla legislazione vigente in Stati esteri. Il **27 giugno** la decisione viene celebrata con due conferenze stampa, separate ma simultanee, dei premier di Israele, Benjamin Netanyahu, e della Polonia, Mateusz Morawiecki. La Polonia in particolare afferma di non avere intenzione di comprimere la libertà di espressione, ma di aver voluto sollevare un problema relativo all'onorabilità della nazione, mentre è ora disposta a fare un passo indietro nel nome delle buone relazioni con alcuni suoi importanti partner internazionali. Il Parlamento approva in effetti la legge in tempo brevissimo nei giorni successivi.

CAPO DELLO STATO

IL PRESIDENTE DUDA CERCA UN RUOLO DA PROTAGONISTA CON UN REFERENDUM COSTITUZIONALE CONSULTIVO. MA SUBISCE UNA BRUCIANTE UMILIAZIONE AD OPERA DELLO STESSO PARTITO CHE NE HA SOSTENUTO L'ELEZIONE

Da tempo il Capo dello Stato Andrzej Duda cerca un maggiore protagonismo nella vita politica nazionale, usando anche la Costituzione come strumento di lotta politica. Secondo Duda la Carta del 1997 è un documento che dovrebbe avere natura provvisoria, essendo la fotografia di una particolare fase della transizione, quella 'post-comunista'. Poiché però Al PiS manca la maggioranza per approvare un nuovo testo costituzionale, Duda è diventato fautore dell'idea di un referendum di indirizzo, consistente in una pluralità di questioni, con cui rivolgersi al popolo al fine di gettare almeno le basi per un'ampia revisione costituzionale da operarsi in futuro. È su queste premesse che Duda, dopo lunghe consultazioni, il **20 luglio** presenta al Senato, come previsto dalla Costituzione, la richiesta di indire un referendum articolato su ben dieci quesiti, da questioni ideologiche come un maggiore ancoraggio dei valori cristiani nella Costituzione ad argomenti relativi alla forma di governo – si caldeggia in particolare un'accentuazione dei poteri presidenziali e la modifica dei sistemi elettorali in senso maggiori –, da una

ISSN 2279-7238

copertura costituzionale all'adesione alla UE e alla NATO fino a temi sociali, come la protezione di una bassa e differenziata età pensionabile per uomini e donne.

Il **26 luglio**, però, il Senato dominato dal PiS rigetta la mozione di Duda ad ampia maggioranza (solo 10 voti a favore, 30 contrari e 52 astenuti) umiliando il Presidente in modo inaudito. Tra le ragioni possibili per questa decisione, la contrarietà personale del leader del PiS Kaczynski a che Duda assuma in ruolo di eccessivo protagonismo, ma anche i timori di un danno di immagine per la possibilità di un'affluenza molto bassa nella consultazione.

CORTI DI GIUSTIZIA

LA CONTROVERSIA RELATIVA ALLA CORTE SUPREMA

Il **14 giugno** viene reso noto che 14 dei 27 giudici della Corte suprema polacca, che ai sensi della nuova relativa legislazione dovrebbero essere collocati a riposo dal prossimo **3 luglio**, ufficialmente per aver compiuto 65 anni di età, hanno presentato domanda per restare in servizio altri tre anni. La decisione finale in merito alla permanenza in carica dipenderà dal Presidente della Repubblica, ma – secondo una modifica approvata lo scorso aprile per andare incontro alle richieste dell'Unione europea – essa dovrà essere preceduta da un parere favorevole del Consiglio nazionale della magistratura (KRS), la cui composizione è stata peraltro politicizzata con le recenti riforme in materia giurisdizionale.

Come abbiamo visto nell'introduzione, il **4 luglio** entra in vigore la legge sulla Corte suprema, a norma della quale 27 dei suoi 72 componenti vengono collocati a riposo in modo retroattivo per aver già compiuto il sessantacinquesimo anno di età. La prima Presidente del collegio, Malgorzata Gersdorf, rientra tra i giudici che dovrebbero decadere, ma ha rifiutato di presentare richiesta per restare in carica per un periodo supplementare. Essa ha dichiarato di considerarsi ancora a tutti gli effetti un giudice in carica, in quanto protetta dalla Costituzione - prevalente in caso di contrasto con la legge – che fissa in sei anni la durata dell'art incarico. Un incontro con il Capo dello Stato Duda non vale a risolvere il contrasto. Tuttavia le due parti concordano singolarmente nell'individuare nel giudice Iwulski colui che nell'immediato futuro ricoprirà l'incarico della Gersdorf. Secondo Duda, però, Iwulski farà le funzioni provvisoriamente della Gersdorf in attesa della nomina di un Presidente definitivo. Di diverso avviso la stessa Presidente,

ISSN 2279-7238

secondo cui il giudice Iwulski si limita a sostituirla con funzioni vicarie nel corso di in periodo di ferie.

Il **2 agosto** la Corte suprema presenta un rinvio pregiudiziale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea in merito alla compatibilità con il diritto UE della legge che la riguarda, in particolare per quanto attiene al collocamento a riposo con effetti retroattivi dei giudici che abbiano raggiunto un certo limite di età. Il rinvio, formulato in cinque domande, provoca però dubbi in merito alla possibilità nell'ordinamento polacco di sospendere l'applicazione di una legge in vigore. Tali dubbi sono espressi con particolare virulenza dal nuovo Consiglio nazionale della magistratura (KRS) il quale nel frattempo ha avviato la procedura per il reclutamento dei nuovi giudici della Corte.

ISSN 2279-7238

L'approvazione dell'European Union (Withdrawal) Act 2018 e le incertezze dell'accordo di recesso*

di Giulia Caravale**

Nothing is agreed until everything is agreed. Lo slogan ripetuto più volte durante i negoziati per evidenziare le incertezze ancora presenti nelle trattative sull'accordo di recesso fa da sottofondo agli avvenimenti di questi mesi, caratterizzati da aspetti ancora poco definiti sulle future relazioni tra Regno Unito ed Europa. Incertezze che si riverberano anche su numerose questioni interne al Paese, quali i rapporti Governo -Parlamento ed i rispettivi ruoli nel processo *Brexit*, le dinamiche dell'assetto territoriale, la complessa questione del Nord Irlanda. A ciò si aggiunge il difficile compito che attende le Corti chiamate, tra pochi mesi, a confrontarsi con un quadro normativo profondamente rinnovato dopo l'*exit day*.

Il quadrimestre preso in esame si caratterizza in primo luogo per l'approvazione, dopo quasi un anno di esame parlamentare, dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018* che ha ricevuto l'assenso reale il **26 giugno**. Si tratta di una delle leggi più rilevanti, non solo per la *Brexit*, ma anche per il futuro assetto costituzionale britannico. L'atto, che esamineremo più in dettaglio nelle pagine successive, abroga l'*European Communities Act* 1972 a partire dall'*exit day* (29 marzo 2019, ore 23); converte in normativa nazionale tutta quella europea direttamente applicabile e garantisce vigenza a tutta la legislazione delegata emanata in forza della legge del 1972. A tal fine il testo ha previsto una nuova categoria di atti legislativi nazionali, le "retained EU laws", suddivise in tre diverse tipologie: la "EU-derived domestic legislation", la "direct EU-legislation" e la "retained EU law" ai sensi della sezione 4, la quale ultima comprende i "rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures". La Carta dei diritti fondamentarli dell'Unione europea non farà più

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.
** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

parte del diritto nazionale e non saranno consentiti i ricorsi sulla base del principio affermato nel 1991 dalla sentenza Francovich del risarcimento del danno in casi di mancato adeguamento della normativa interna alle disposizioni comunitarie. L'evoluzione della normativa europea, come ovvio, non varrà più per il Regno Unito: le "retained EU laws" cristallizzeranno la normativa vigente e non godranno del carattere di supremazia tipico del diritto europeo.

Come è stato osservato, molte di queste leggi funzionano nel contesto sovranazionale e quindi dovranno necessariamente essere modificate nel Regno Unito. In proposito la legge prevede un'ampia delega nei confronti dei ministri a cui conferisce il potere di abrogare o modificare gli atti di derivazione europea in modo da adeguarli alla nuova realtà del Paese, ma solo dopo che il Parlamento avrà approvato, con un'altra legge, l'accordo di recesso. La giurisdizione della Corte europea non avrà più effetto nel Regno e le passate sentenze costituiranno la categoria delle "retained EU case law", vincolanti per le corti inferiori e non per le corti superiori, secondo le regole giurisprudenziali vigenti nel *common law*.

Nel corso dell'*iter legis* l'esecutivo ha subito 16 sconfitte (1 ai Comuni e 15 ai Lords) e sono stati introdotti 201 emendamenti. Nonostante che le bocciature ai Lords siano state superate dai Comuni, il testo definitivo appare frutto del dialogo e del compromesso tra il Governo ed entrambe le Camere, le quali hanno espresso le loro osservazioni non solo durante il dibattito in aula, ma anche attraverso l'attento ed accurato esame svolto dai *Select Committees* parlamentari. Inoltre proficuo è apparso l'invito al Governo da parte di alcuni alti esponenti della magistratura e dalla dottrina di fare maggior chiarezza sui rapporti futuri tra le Corti nazionali e le sentenze della Corte di giustizia europea.

Uno dei principali temi di fondo del dibattito parlamentare sul disegno di legge è stato quello del ruolo che Governo e Parlamento devono avere nel processo *Brexit* e nella gestione del periodo di transizione, un tema strettamente collegato anche con la *ratio* che ha ispirato la sentenza Miller del gennaio 2017. Ad esempio, diversa è stata l'interpretazione data all'espressione "meaningful vote", il voto del Parlamento

ISSN 2279-7238

sull'accordo di recesso. Il Governo stesso, infatti, si era impegnato a riconoscere al Parlamento un ruolo nella definizione dell'accordo di recesso, ruolo che secondo l'esecutivo avrebbe dovuto però essere circoscritto alla mera presa d'atto di una dichiarazione governativa sulla situazione dell'accordo, mentre secondo altri avrebbe dovuto essere più incisivo. Dopo un lungo dibattito e diversi rinvii tra le Camere, la soluzione di compromesso trovata ha previsto tre differenti possibili soluzioni legate all'approvazione o meno della risoluzione da parte del Parlamento o anche all'ipotesi del mancato accordo con l'Europa.

Sono dunque molteplici i possibili scenari dei prossimi mesi (una pubblicazione dell'*Institute of Government* di **agosto** *Autumn surprises: possible scenarios for the next phase of Brexit* ne ha individuato 5 differenti). Scenari che vanno da quello più favorevole - secondo cui il Regno Unito e l'Europa riusciranno a trovare un accordo, questo sarà approvato dal Parlamento, dal 29 marzo 2019 il Paese sarà fuori dall'Unione, ma inizierà il periodo di transizione durante il quale saranno fissati nei dettagli i contenuti dei futuri rapporti - a quello più drammatico del *no deal*, a cui lo stesso Governo ha pensato pubblicando il **23 agosto** le sue linee guida.

La legge disciplina, poi, la complessa questione del passaggio delle competenze dall'Unione europea al Regno Unito nelle aree che rientrano nelle materie devolute. Per garantire un'applicazione uniforme il testo originario del disegno di legge aveva previsto che le materie devolute fossero tutte trasferite in un primo momento a Londra e, in un secondo momento, distribuite alle amministrazioni devolute. Una disposizione, questa, che aveva suscitato le accese proteste dei governi scozzese e gallese perché considerata un tentativo da parte dell'esecutivo centrale di riappropriarsi dei loro poteri. Controversa è stata poi la previsione contenuta nella legge secondo cui le leggi delle assemblee devolute – attualmente nulle se contrarie alla normativa europea - non potranno essere contrarie alle "retained EU laws" nazionali, anche nelle materie devolute. Dopo lunghe trattative nel mese di marzo il Governo May aveva proposto di mantenere il controllo, per un periodo limitato, solo in 24 aree che sono attualmente devolute (tra cui agricoltura, ambiente, sanità, pesca).

ISSN 2279-7238

La proposta è stata in un primo momento respinta dai Governi di Scozia e Galles e le Assemblee nazionali hanno approvato due *Continuity Bills* per disciplinare il passaggio di competenze in modo autonomo da Londra

Tuttavia, mentre il Galles ed il Regno Unito ad aprile hanno raggiunto un accordo secondo il quale i poteri di Bruxelles nelle materie devolute saranno temporaneamente trasferiti a Londra per un periodo massimo di 7 anni e Westminster legiferera in queste materie solo con il consenso del Parlamento di Cardiff, la Scozia è rimasta sulle sue posizioni. Tanto che l'Assemblea di Holyrood il **15 maggio** ha votato a grande maggioranza (93 voti contrari e 30 a favore) contro la *legislative consent motion* relativa all'*European Union (Withrawal) bill*. Un voto che non è giuridicamente vincolante - il disegno di legge infatti è stato comunque approvato da Londra - ma politicamente molto rilevante, anche per aver ottenuto a Holyrood il sostegno di tutti i partiti, con la sola eccezione dei Conservatori.

Le tensioni tra la Scozia e il Governo centrale sono ora spostate di fronte alla Corte suprema a cui l'esecutivo si è rivolto nel mese di aprile per chiedere se il *Continuity Bill* scozzese fosse "within devolved legislative powers". Il Governo ha esercitato il potere conferitogli dalle leggi della *devolution* che, per tutelare la sovranità di Westminster, hanno introdotto procedure di "salvaguardia" dirette ad evitare l'entrata in vigore di leggi approvate dalle Assemblee incompatibili con il disposto degli atti devolutivi, contrarie alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o alla normativa europea. I meccanismi previsti sono diversi e intervengono in diverse fasi: 1) prima della presentazione del *bill* in Parlamento, quindi attraverso un controllo di tipo astratto e preventivo; 2) quando il *bill* stato approvato dal Parlamento, ma non è ancora perfezionato dall'assenso reale; 3) successivamente all'entrata in vigore della legge (in questo caso si hanno le *devolution issues*).

Il **24** e il **25 luglio** la Corte Suprema ha esaminato il caso della Scozia e il giudizio è atteso per l'autunno. Dopo la sentenza Miller ancora una volta (ed è facilmente ipotizzabile che non sarà l'ultima) la Corte suprema è chiamata a intervenire su una questione relativa alla *Brexit* e a svolgere un ruolo di interprete della Costituzione

ISSN 2279-7238

britannica. Al di là del contenuto della sentenza ciò che per ora emerge è l'urgenza di ripensare a nuovi meccanismi più strutturati di relazioni intergovernative *post Brexit*. Un'urgenza chiaramente espressa anche nel rapporto pubblicato il **31 luglio** dal *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* *Devolution and Exiting the Eu: reconciling differences and buildin strong relationships* il quale ha evidenziato che la *devolution* così come nata ed evoluta nel corso di questi 20 anni è stata fortemente condizionata dall'appartenenza del Paese all'Unione europea. Di conseguenza l'esecutivo dovrebbe ora avviare una *devolution policy* fondata su basi differenti, che possa contribuire a far recuperare l'attuale erosione di fiducia tra i livelli di governo e riconosca anche all'Inghilterra una propria rappresentanza all'interno del *Joint Ministerial Council*.

Possibili nuovi fronti di tensioni interne potranno nascere nei prossimi mesi in relazione al voto sull'*European Union (Withdrawal Agreement) Bill* che, ai sensi dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018*, dovrà incorporare l'accordo di recesso. Tale nuova legge dovrà già abrogare alcuni aspetti dell'atto del 2018 dato che dovrà dare conto dell'esistenza del periodo di transizione. Ne consegue che mentre l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* fissa la data di abrogazione dell'*European Communities Act 1972* al 29 marzo 2019, la previsione di un periodo di transizione (fino al 31 dicembre 2020, secondo gli accordi raggiunti a marzo di quest'anno) estenderà l'applicazione nel Regno Unito del diritto europeo, anche se il Paese, ormai fuori dall'Unione, non potrà contribuire alla sua formazione. Una realtà che appare in contraddizione con quanto sostenuto nel *white paper* governativo pubblicato il **12 luglio**, nel quale l'esecutivo ha affermato che Westminster continuerà a svolgere una "strong scrutiny function, and will continue to support and facilitate this for as long as EU legislation will continue to affect the UK". Come affermato da Mark Elliott "what the White Paper leaves unsaid is that whatever scrutiny the UK Parliament carries out post-exit, the UK Government will no longer be in a position to play a full part, as a Member State, in shaping new EU law".

ISSN 2279-7238

Di fronte poi alla nuova categoria di "retained EU laws" in cui sarà trasformata tutta la normativa di derivazione europea a partire dal 29 marzo 2019 la dottrina si interroga su quale sarà lo status della normativa europea successiva all'*exit day*, ma emanata nel periodo di transizione e quindi valida anche nel Regno Unito e se questa sarà automaticamente trasformata in "retained EU laws" o non sarà più in vigore alla fine del periodo di transizione (gennaio 2021). Tutti dubbi a cui si potrà rispondere solo con l'approvazione di una nuova legge.

In attesa delle novità previste per questo autunno, dalla sentenza della Corte suprema al contenuto dell'accordo di recesso, la sensazione è che il processo *Brexit* stia mettendo in luce alcuni dei limiti della *political constitution* britannica sia nei rapporti centro periferia sia in quelli tra Governo e Parlamento.

ELEZIONI

ELEZIONI AMMINISTRATIVE E *BY-ELECTIONS*

Il **3 maggio** si sono tenute le elezioni amministrative in Inghilterra e Galles. Il risultato ha sostanzialmente confermato lo status quo per i due principali partiti. I Conservatori sono apparsi sollevati dato che temevano un'emorragia di voti a causa dell'incerta politica della May per la *Brexit*. L'unico partito che ha perso in modo decisivo rispetto alle precedenti consultazioni locali del 2014 è stato l'UKIP.

Il **3 maggio** si sono tenute anche le elezioni suppletive per il Parlamento di Westminster nel collegio nord irlandese di West Tyrone, vinte dal Sinn Féin.

Le elezioni suppletive del **15 giugno** nel collegio di Lewisham East, invece, sono state vinte dalla laburista Janet Daby.

ELECTORAL COMMISSION

Il **17 luglio** l'*Electoral Commission* ha condannato *Vote Leave*, la principale organizzazione a favore della *Brexit* durante il referendum, al pagamento di una multa per aver violato i limiti di spesa di 7 milioni di sterline fissati per la campagna referendaria.

ISSN 2279-7238

PARTITI

PARTITO LABURISTA

In questi mesi i Laburisti appaiono divisi non solo sulla *Brexit*, ma anche sulla questione dell'antisemitismo. Il **3 agosto**, in un editoriale sul *Guardian*, il leader Corbyn ha ammesso l'esistenza di un serio problema interno al suo partito, impegnandosi a risolverlo.

Ma molti ritengono che il *leader* non solo non abbia fatto nulla per impedire tale crisi, ad esempio non ha promosso l'inserimento nello statuto del partito della definizione di antisemitismo proposta dall'*International Holocaust Remembrance Alliance*, ma sia, e sia stato in passato, protagonista egli stesso di atteggiamenti antisemitici, come emerso anche da alcune inchieste giornalistiche.

PARLAMENTO

EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) ACT 2018

Come abbiamo visto nell'introduzione in questo periodo è proseguito in Parlamento il travagliato esame dell'*European Union (Withdrawal) Bill* che è stato approvato il **20 giugno** e ha ricevuto il *royal assent* il **26 giugno**.

Nel corso dell'esame da parte della Camera dei Lords di questi mesi il Governo ha subito 15 sconfitte, ma quando il **12 giugno** il testo è tornato alla Camera dei Comuni molti degli emendamenti introdotti sono stati di nuovo modificati. In particolare si deve ricordare il ping pong che nel mese di **giugno** si è svolto tra le due Camere in relazione al ruolo del Parlamento sul voto finale sull'accordo. Ai Comuni i conservatori ribelli guidati da Dominic Grieve, favorevoli al riconoscimento di un ruolo del Parlamento, sono riusciti ad ottenere dalla May l'impegno a presentare un emendamento alternativo rispetto a quello dei Lords che avrebbe riconosciuto il ruolo dei Comuni nel voto sull'accordo di recesso. Tale emendamento è stato quindi approvato con 324 voti a favore e 298 contrari, ma solo dopo il voto Grieve si è accorto che il testo differiva da quanto concordato con la Premier e che la May aveva concesso al Parlamento solo il potere di approvare o respingere l'accordo, senza nessuna possibilità di intervenire. I conservatori europeisti hanno accusato la May di debolezza e doppiezza, ma dopo ulteriori trattative il **14 giugno** il Governo ha presentato un ulteriore emendamento su cui si è trovato un accordo. La legge quindi – come abbiamo visto - prevede scenari differenti, e affida ai regolamenti

ISSN 2279-7238

parlamentari, e quindi allo Speaker la decisione sulla tipologia di voto a cui sottoporre la mozione del Governo.

Le divisioni non hanno riguardato solo il partito di governo, ma anche quello laburista: nel corso del dibattito parlamentare sul disegno di legge 6 deputati si sono dimessi il **13 giugno** perché contrari alla linea di Corbyn. Il leader ha anche subito la più grande ribellione dei suoi *backbenchers*, dato che 90 deputati hanno deciso di non seguire le indicazioni di partito di astenersi sull'emendamento che chiedeva la permanenza nel mercato unico, e hanno scelto invece di votare 75 a favore e 15 contro.

DISPUTE RESOLUTION AND ENFORCEMENT AFTER BREXIT

Il **3 maggio** l'*House of Lords European Union Justice-Sub Committee* ha pubblicato il rapporto *Dispute resolution and enforcement after Brexit*. Il Comitato ha esaminato la complessa questione del *Withdrawal Agreement* e della risoluzione delle controversie tra Regno Unito e Unione Europea sia nel periodo transitorio sia a conclusione dello stesso.

Nel periodo transitorio il Regno Unito sarà ancora vincolato ai giudizi della Corte di giustizia dell'Unione europea, giurisdizione diretta che però la May intende terminare. Il Comitato ha affermato tuttavia che non è riuscito ad individuare ancora un adeguato modello di "dispute resolution". Inoltre in relazione al *Withdrawal Agreement* ha condiviso le perplessità del Governo sull'affidare alla sola Corte di giustizia le controversie relative alla sua applicazione, ma ha manifestato anche non pochi dubbi sull'idea di riservare le stesse ad una azione politica svolta da un *Joint Committee*.

L'indagine del Comitato ha lasciato aperte moltissime questioni in attesa di conoscere i termini dell'accordo di recesso. Il Comitato comunque ha affermato che, pur senza la giurisdizione diretta della Corte di giustizia, il diritto inglese continuerà ad essere influenzato dalle sue sentenze anche in futuro.

Il **5 luglio** il Governo ha risposto al Comitato, accogliendo alcune delle osservazioni.

WITHDRAWAL AGREEMENT

L'*House of Commons Exiting the European Union Committee* il **28 giugno** ha pubblicato il suo rapporto *Parliamentary scrutiny and approval of the Withdrawal Agreement and negotiations on a future relationship* nel quale ha evidenziato il rischio legato al prolungarsi delle trattative con l'Europa oltre il mese di ottobre che finirebbe per lasciare poco

ISSN 2279-7238

tempo all'esame parlamentare del testo. Il rapporto ha ribadito che il Governo dovrà consentire al Parlamento di esprimersi con un voto, chiarire come funzionerà il *backstop* previsto per il Nord Irlanda e anche ipotizzare un prolungamento del periodo transitorio nel caso fosse necessario.

TAXATION (CROSS-BORDER TRADE) BILL E *TRADE BILL*

In questi mesi sono stati esaminati dal Parlamento anche altri disegni di legge relativi alla *Brexit*: il *Taxation (Cross-border Trade) Bill* (definito anche *Customs Bill*) e il *Trade Bill*. Entrambi hanno l'obiettivo di garantire continuità anche dopo la *Brexit* alla politica commerciale del Paese. I dibattiti relativi ad entrambi i disegni di legge sono stati particolarmente accesi e hanno rappresentato un nuovo terreno di divisioni per entrambi i principali partiti. Il primo disegno di legge è stato accusato di essere incoerente rispetto agli impegni assunti dal Governo in materia di commercio al commercio. E', ad esempio, il caso del voto del **17 luglio** sulla c.d. *New Clause 37* inserita con un emendamento voluto dal DUP e dal gruppo dei conservatori favorevoli alla *hard Brexit* ERG. L'emendamento è apparso in netta contraddizione con *backstop* previsto dall'accordo raggiunto nel dicembre scorso. Lo stesso giorno il ministro della difesa Guto Bebb si è dimesso perché contrario agli emendamenti introdotti.

In merito al *Trade bill* si ricorda che il testo, tra l'altro, conferisce al Parlamento un potere incisivo nei futuri accordi commerciali internazionali che il Paese potrà negoziare dopo la *Brexit*, dato che è stata introdotta la previsione di un controllo parlamentare da esercitare attraverso la *affirmative procedure* sulle deleghe al Governo, controllo che potrebbe conferire a Westminster un ruolo molto più attivo di quello svolto attualmente.

RECALL

A seguito della decisione della *House of Commons* del **24 luglio** di sospendere Ian Paisley del DUP per 30 sedute parlamentari a partire da 4 settembre, ha trovato applicazione - per la prima volta - la *recall petition* introdotta dal *Recall of MPs Act 2015*. La legge ha, infatti, stabilito che la procedura di *recall* possa essere attivata solo dietro iniziativa del Parlamento e in 3 casi ben specifici: la prima a seguito di una condanna inferiore ad un anno (i deputati decadono automaticamente per condanne superiori ad un anno); la seconda nel caso in cui, a seguito di un *report* del *Committee of Standards,* l'Assemblea voti la sospensione di un deputato per minimo 10 *sitting days* o, in alternativa, 14 *calendar days*; la terza, infine, nell'eventualità in cui il deputato sia giudicato colpevole della violazione dell'art. 10 del *Parliamentary Standards Act 2009*,

ISSN 2279-7238

vale a dire del reato di fornire informazioni false o ingannevoli per ottenere rimborso di spese.

La legge prevede che, se si verifica una di queste ipotesi, lo *Speaker* si rivolge al *petition officer* responsabile del collegio in cui è stato eletto il deputato invitandolo a comunicare la notizia agli elettori e ad organizzare la petizione volta a chiedere le elezioni suppletive. Lo *Speaker* il **25 luglio** ha comunicato la decisione dell'Assemblea alla *Chief Electoral Officer for Northern Ireland* la quale ha aperto la petizione per l'eventuale richiesta delle suppletive a partire dall'**8 agosto**. Considerato l'elettorato della circoscrizione di North Antrim serviranno almeno 7.543 firme. Il deputato oggetto della *recall* se eleggibile può ripresentarsi alle elezioni suppletive.

CAMERA DEI LORDS

Come noto da anni si discute non solo della riforma della Camera dei Lords, ma anche della diminuzione del numero dei suoi componenti. Nell'ottobre 2017 il Comitato Burns aveva proposto di portare a 600, entro i prossimi 10 anni, il numero dei Lords, senza approvare una legge di riforma, ma solo modificando alcune prassi: da un canto la riduzione delle nuove nomine, dall'altro il pensionamento o le dimissioni spontanee dei Lords dopo alcuni anni di servizio. La May era sembrata favorevole alla proposta, ma a seguito delle 15 sconfitte subite dal suo Governo alla Camera alta sull'*European Union (Withdrawal) Bill* ha deciso di nominare, il **18 maggio** 13 nuovi pari per riequilibrare il numero dei componenti (9 conservatori, 3 laburisti e 1 del DUP). La scelta dalla May ha suscitato molte critiche. I nomi di altri 3 pari *crossbenchers* sono stati, poi, proposti dall'*House of Lords Appointments Commission* l'**8 giugno**.

In questi mesi, inoltre, anche la componente "ereditaria" della Camera ha conosciuto alcune modifiche dato che si sono tenute due elezioni per i posti di pari ereditari rimasti vacanti. Il **3 luglio** è stato eletto l'*Earl of Devon* che sostituisce Lord Baldwin andato in pensione. Alle elezioni si era candidato anche Lord Snowdon, figlio di Margaret, sorella della regina. In questo caso l'elettorato attivo spettava ai 31 pari ereditari *crossbenchers*.

Il **17 luglio**, poi, Lord Bethell è stato eletto al posto del *Conservative hereditary peer* Lord Glentoran.

Come noto a seguito dell'*House of Lords Act 1999* i Lords ereditari sono stati ridotti a 92 e la loro carica ha perso il carattere dell'ereditarietà, tanto che nel momento in cui il seggio risulta vacante il nuovo Lords è eletto dai pari ereditari del suo gruppo.

ISSN 2279-7238

Il meccanismo, che in questi anni ha portato alla elezione di 34 nuovi Lords, all'epoca era stato pensato come temporaneo in vista di una più radicale riforma della Camera che tuttavia non è mai arrivata nonostante le diverse proposte avanzate sia da parte del Governo che dell'opposizione. Attualmente è in discussione ai Lords *The House of Lords (Hereditary Peers) (Abolition of By-Elections) Bill*, l'ultimo disegno di legge presentato in materia nel giugno 2017 da Lord Grocott.

Sempre in materia di pari ereditari bisogna, infine, ricordare che il **16 luglio** alcune esponenti di famiglie eredi di un seggio ai Lords si sono rivolte alla Corte europea dei diritti dell'uomo chiedendo di porre fine alla regola per cui gli eredi maschi hanno la precedenza sulle donne (solo una donna attualmente riveste la carica di *hereditary peer*). Le corti inglesi non hanno giurisdizione in materia perché considerata solo procedura parlamentare.

Le polemiche suscitate in questi mesi di contrasto tra Governo e Lords hanno portato il **18 giugno** a dibattere la *e-petition* sull'abolizione della Camera alta ("Give the electorate a referendum on the abolition of the House of Lords - the House of Lords is a place of patronage where unelected and unaccountable individuals hold a disproportionate amount of influence and power which can be used to frustrate the elected representatives of the people"), petizione che aveva raggiunto 168.755 sottoscrizioni.

GOVERNO

BREXIT

Il dibattito svoltosi in questi mesi sul futuro delle relazioni tra Regno Unito ed Europa ha diviso – e in alcuni casi destabilizzato – il governo May.

Dopo lunghi mesi di discussioni il **6 luglio** la Premier ha riunito i 26 ministri del Gabinetto nella sua residenza di campagna a Chequers per una intera giornata al fine di riuscire a trovare un accordo. Il piano emerso dopo lunga mediazione propone, tra l'altro, di dar vita ad un'area di libero scambio tra Regno Unito e Europa che riguardi sia le merci che le persone e che permetta di evitare i dazi, mantenere aperto il confine irlandese, pur al contempo controllando l'immigrazione e stipulando accordi commerciali con i paesi terzi. Il governo vorrebbe sostituire l'attuale libera circolazione con un "mobility framework" che consenta agli europei di andare a studiare e a lavorare nel Regno Unito e viceversa. Secondo il progetto il diritto del Regno Unito continuerà ad armonizzarsi in futuro con quello europeo in materia di

ISSN 2279-7238

commercio, pur nel rispetto del principio della sovranità parlamentare. L'accordo prevede anche che, pur terminando la giurisdizione della Corte di giustizia europea, il Regno Unito continuerà a tenere in considerazione le decisioni prese nelle aree in cui sono presenti regole comuni.

Nonostante la parvenza di un Governo coeso intorno allo "Chequers plan", dopo pochi giorni, il **9 luglio** David Davis, ministro per la *Brexit* si è dimesso perché contrario alla linea conciliante della May; il giorno seguente, poi, le sue dimissioni sono state seguite sia da quelle del ministro degli Esteri, Boris Johnson sia da quelle di alcuni sottosegretari, tutti in disaccordo con la May. Nel rimpasto di governo Davis è stato sostituito da Dominic Raab e Johnson da Jeremy Hunt. Molti commentatori politici hanno evidenziato la debolezza della Premier e alimentato le voci di una futura sfida alla leadership.

La May ha comunque difeso in Parlamento l'accordo raggiunto che è confluito nel *White paper* *Legislating for the Withdrawal Agreement between the United Kingdom and the European Union* pubblicato il **12 luglio**. Ovviamente si tratta solo della proposta del Governo britannico che dovrà essere discussa dall'Europa nelle trattative dei prossimi mesi, ma serve a fare luce su alcuni punti.

Molte rimangono le questioni ancora aperte tra cui le future relazioni commerciali, e il confine dell'Irlanda del Nord, anche se Micael Barnier, il negoziatore dell'Unione europea per la *Brexit*, ha dichiarato il **2 agosto** che le trattative sono all'80%.

Come dicevamo il **23 agosto** il Governo ha pubblicato le linee guida anche per lo scenario peggiore, quello del *no deal*, nell'ipotesi in cui si arrivi alla data del 29 marzo 2019 senza un accordo o nell'ipotesi in cui l'accordo raggiunto venga respinto dal Parlamento. Pur ribadendo che si tratta di una possibilità remota il Governo appare consapevole delle difficoltà per la vita quotidiana dei cittadini in caso di *no deal*.

Per scongiurare tale ipotesi in questi mesi si sono registrati appelli sempre più pressanti provenienti dalla società civile e dal mondo economico e del lavoro a favore dell'indizione di un secondo referendum sulla Brexit. Il **23 giugno**, in occasione del secondo anniversario del referendum, è stata organizzata a Londra da *People's Vote* una grossa manifestazione per chiedere di fare esprimere i cittadini sull'accordo. I manifestanti hanno protestato sia contro la May sia contro Corbyn accusato di non aver preso mai una adeguata posizione sulla questione. La May ha, comunque, escluso in modo categorico l'ipotesi di un secondo referendum.

ISSN 2279-7238

Come anticipato nell'introduzione il **24** e il **25 luglio** la Corte Suprema ha esaminato il caso del *Continuity Bill* scozzese. Il collegio che si occupa del caso è composto da 7 giudici (Lady Hale, Lord Reed, Lord Sumption, Lord Carnwarth, Lord Hodge, Lord Kerr and Lord Lloyd-Jones). Il Governo di Londra è stato difeso da Lord Keen of Elie, *Advocate General for Scotland*, mentre quello scozzese da James Wolffe, *Law Officer* dell'esecutivo di Edimburgo.

La posizione del Governo britannico è chiara: il disegno di legge scozzese eccede le competenze di Holyrood perché riguarda le relazioni internazionali, materia riservata in via esclusiva a Westminster. Peraltro, anche se si ammettesse che il *Continuity Bill* fosse stato emanato nell'ambito delle competenze del Parlamento scozzese, sarebbe comunque abrogato dall'*European Union (Withdrawal) Act* 2018, approvato successivamente alla legge scozzese. L'*European Union (Withdrawal) Act* 2018 infatti ha definito un quadro comune a tutto il Paese, senza prevedere la possibilità che la Scozia, o le altre nazioni devolute, possano modificarlo. Il *Continuity Bill* scozzese, inoltre, abrogando il riferimento al diritto europeo contenuto nello *Scotland Act 1998* va a modificare le competenze della Scozia, potere riservato in via esclusiva al Parlamento sovrano di Westminster.

Dal canto suo il Governo scozzese ritiene che il disegno di legge approvato da Holyrood rientri nelle materie di competenza dell'Assemblea, dato che non ha ad oggetto le relazioni internazionali, bensì gli effetti interni della *Brexit*. Inoltre reputa il *Continuity Bill* non contrario al *Withdrawal Act*, dato che dà vita ad un contesto parallelo, del tutto compatibile con la disciplina prevista dalla legge di Westminster.

Nelle sedute della Corte sono intervenuti anche Michael Fordham, a nome del *Welsh Counsel General*, che ha sostenuto la posizione del parlamento scozzese e ha affermato che tutte le amministrazioni devolute hanno competenza in materia e John Larkin, *Attorney General for Northern Ireland*, anche lui a favore della capacità di Holyrood di approvare la legge.

AUTONOMIE

SCOZIA

Come detto nell'introduzione, il **15 maggio** la mozione per cui Holyrood "does not consent to the European Union (Withdrawal) Bill" è stata votata a grande maggioranza. È la prima volta che il Parlamento di Holyrood respinge una *legislative consent motion*, evento raro anche per le altre Assemblee devolute, che solo in 9

ISSN 2279-7238

occasioni su 320 hanno votato contro tali mozioni (7 in Galles, 1 in Scozia, 1 in Nord Irlanda).

Il **28 maggio** Nicola Sturgeon ha incontrato a Bruxelles Michel Barnier per cercare di far sentire la voce della Scozia favorevole alla permanenza nel mercato unico e nell'unione doganale.

A Westminster il tema della mancata approvazione da parte della Scozia della *legislative consent motion* è stato liquidato in poco tempo senza un esame approfondito della questione, suscitando la reazione stizzita dei deputati dello SNP che sono usciti dall'aula per protestare contro il mancato dibattito sul "power grab by the government against the Scottish Parliament and people".

Nel mese di **maggio** la *Sustainable Growth Commission,* istituita nel 2016 dal Governo scozzese, ha pubblicato il suo rapporto *Scotland – the new case for optimism Astrategy for inter-generational economic renaissance* sulle sfide economiche che attendono la nazione. Un documento che è stato definito dai commentatori politici la base per una futura richiesta di indipendenza e che presenta alcune differenze rispetto a quanto previsto in occasione del referendum del 2014. Secondo i detrattori, invece, dal rapporto emerge in modo evidente che l'eventuale indipendenza scozzese condurrebbe ad una sicura crisi economica.

GALLES

Il **15 maggio** l'Assemblea gallese ha approvato con 46 voti a favore e 9 contrari (quelli del Plaid Cymru) la *legislative consent motion* al disegno di legge sulla *Brexit*, ritenendo che l'accordo raggiuto con il Governo nazionale fornisca garanzie valide per la *devolution*.

Il **6 giugno** il *Law Derived from the European Union (Wales) Act 2018* la legge che disciplina l'impatto della *Brexit* per il Galles e che è stata approvata dall'Assemblea di Cardiff, ha ricevuto l'assenso reale.

IRLANDA DEL NORD

Permane la situazione di stallo nel Nord Irlanda priva di governo dal gennaio 2017 e anche di *direct rule* da parte di Londra. L'atteggiamento tenuto dal *Northern Ireland Office* britannico in questi mesi è stato giudicato da molti poco interventista. Un atteggiamento che ha suscitato aspre critiche da parte di coloro che lo accusano di non voler risolvere la crisi sia per non urtare le sensibilità del DUP - il partito unionista nord irlandese dal cui appoggio esterno deriva la stabilità dell'esecutivo May

ISSN 2279-7238

- sia per evitare di costituire un nuovo interlocutore interno (oltre a Scozia e del Galles) con cui la Premier sarebbe costretta a confrontarsi.

La questione nord irlandese è una delle più spinose anche per la *Brexit* ed è uno dei problemi principali sul quale ancora non si è raggiunto un accordo. Regno Unito ed Europa nel mese di dicembre 2017 si erano impegnati a far sì che il Regno Unito mantenga "full alignment with those rules of the internal market and the customs union which, now or in the future, support North-South cooperation, the all-island economy and the protection of the 1998 Agreement". Secondo l'Europa tale impegno si tradurrebbe nel lasciare il Nord Irlanda nel mercato unico e nell'unione doganale, mentre la May e il DUP non appaiono d'accordo.

Il **22 maggio** in una dichiarazione congiunta i 4 partiti nordirlandesi *Sinn Féin, Green Party, Alliance* e *SDLP* si sono invece espressi a favore di tale permanenza e hanno dichiarato che la difesa del *Good Friday Agreement* è determinante per le "relationships within, and between these islands".

Particolare preoccupazione suscita in Irlanda del Nord l'ipotesi del *no deal* che potrebbe minare i precari equilibri interni all'Isola.

In tale situazione di limbo diventa molto complessa la gestione quotidiana della pubblica amministrazione che è lasciata nelle mani dei funzionari pubblici chiamati a prendere spesso decisioni di competenza dei ministri. Sul tema degna di nota è la sentenza *Buick's (Colin) Application as Chair Person of NOARC 21* con cui il **14 maggio** la *High Court* ha stabilito che il *permanent secretary* del ministero delle infrastrutture non ha la facoltà di prendere decisioni in merito ad un tema (in questo caso un inceneritore a Mallusk) di competenza di un ministro.

La questione riguardava la controversa proposta di costruzione di un inceneritore a Mallusk per la gestione dei rifiuti, proposta che era stata sottoposta al *Northern Ireland Department of the Environment* e che aveva coinvolto anche il Ministero dell'agricoltura, che si era opposto. La questione era stata trasferita come competenza al *Northern Ireland Department for Infrastructure*, ma la crisi di governo del gennaio 2017 e le nuove elezioni del marzo avevano bloccato la procedura per l'autorizzazione. Tuttavia, nell'agosto 2017, dopo aver ricevuto un parere legale, un funzionario del ministero aveva concesso l'autorizzazione a costruire.

Il **6 luglio** la *Northern Ireland Court of Appeal* ha respinto l'appello del *Northern Ireland Department for Infrastructure* contro la sentenza della *High Court*, affermando che l'autorizzazione era stata concessa su un tema controverso e trasversale e che pertanto era "contrary to the letter and spirit of the (Good Friday) Agreement and

ISSN 2279-7238

the 1998 (Northern Ireland) Act" perché era stata presa in assenza di un ministro e senza il coinvolgimento collegiale dell'*Executive Committee*.

La sentenza ha suscitato molte preoccupazioni perché ha messo in evidenza quanto la situazione di stallo stia condizionando la vita quotidiana dei cittadini. Essa inoltre potrebbe costituire un precedente molto significativo a rischio di paralizzare del tutto la gestione quotidiana ed ordinaria della pubblica amministrazione.

ISSN 2279-7238

L'inizio del nuovo mandato presidenziale in Russia: come far passare una riforma contestata*

di Ilmira Galimova**

Il secondo quadrimestre dell'anno si è aperto il **7 maggio,** con la solenne cerimonia di giuramento del neoeletto Presidente e con l'insediamento del nuovo Governo, formatosi tra l'**8 e il 18** maggio, ed è proseguito con i grandi eventi svoltisi nell'ambito del Campionato mondiale di calcio ospitato quest'anno proprio dalla Russia. Il Mondiale, momento di grande gioia e di orgoglio per i russi, la cui organizzazione è stata valutata come "perfetta"[2530], ha fatto da 'sottofondo' all'annuncio della riforma del sistema pensionistico russo. Il **14 giugno**, nel giorno di apertura della Coppa del mondo, il primo ministro Dmitrij Medvedev in una riunione di Governo ha annunciato l'aumento dell'IVA e dell'età pensionabile. Alcuni commentatori politici si sono chiesti se si sia trattato di una mossa programmata?

Infatti, la decisione "impopolare" è stata annunciata in concomitanza del grande avvenimento sportivo nel Paese e soltanto dopo la chiusura della campagna presidenziale. Quindi, oltre le modifiche che riguardano i requisiti di accesso alle pensioni – che di per sé hanno provocato le ire dei cittadini russi – anche le modalità dell'annuncio della riforma e la repentinità di tale decisione sono stati ulteriori motivi che hanno portato malcontento tra la popolazione.

I più attenti commentatori politici hanno immediatamente ricordato che lo stesso Presidente Putin si era espresso in precedenza in modo negativo sull'innalzamento dell'età di pensionamento[2531]. Il **7 giugno,** durante la "linea diretta" con il Presidente,

---

* Contributo sottoposto a peer review.

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

[2530] V. Corriere della sera, "Russia 2018, Putin chiude il Mondiale perfetto: tre milioni di tifosi-turisti e «solo» 12,8 miliardi di euro spesi": https://www.corriere.it/sport/calcio/mondiali/notizie/putin-chiude-mondiale-perfettotre-milioni-tifosi-turisti-solo-128-miliardi-euro-spesi-6fc0e9b8-87a2-11e8-bfdc-8bbc13b64da8.shtml.

[2531] Nel 2005, durante la "linea diretta", egli ha sottolineato: "Sono contrario all'aumento dell'età di pensionamento. Durante la mia presidenza, tale decisione non sarà intrapresa". Nel 2011: "Non pianifichiamo, almeno nel prossimo

ISSN 2279-7238

Putin, rispondendo alla domanda sulla probabile riforma, si era limitato ad una cauta dichiarazione: "Ho sempre considerato e continuo a considerare con la massima attenzione e prudenza l'idea dell'innalzamento dell'età di pensionamento".

Malgrado tutti i tentativi del Presidente di distanziarsi dalla decisione, facendosi scudo del premier Dmitrij Medvedev, e della tattica delle autorità russe di distogliere l'attenzione dalla riforma, l'innalzamento dell'età di pensionamento ha provocato forti malumori nella società russa. Secondo l'indagine condotta da Levada nella seconda metà di giugno, l'89-90% degli intervistati non approvava la proposta di legge introdotta dal Governo[2532]. Di conseguenza, si è registrato un calo nell'indice di gradimento del Presidente Putin fino ai livelli pre-Crimea del 2013. Infatti, il **29 giugno**, l'agenzia di stato VTsIOM ha pubblicato uno studio da cui emergeva che il tasso di approvazione del Presidente russo era sceso in una settimana (fra l'11 e il 18 giugno) dal 76,5% al 63,4%[2533]. Secondo FOM, il *rating* di Vladimir Putin dal momento della sua rielezione al **24 giugno** giorno di pubblicazione del sondaggio, era sceso di 18 punti, dal 66% al 48%. Una diminuzione di consensi registrata anche dal centro analitico "*Levada Center*" e che si estende anche al favore verso il Governo, diminuito dal 43% di aprile al 34% di giugno[2534].

Secondo gli ultimi dati il 53% della popolazione ha dichiarato di essere pronta a scendere in piazza per protestare contro la riforma[2535], contro cui si è schierata un'ampia gamma di forze politiche –l'opposizione antisistema, le forze di sinistra (in primis, i comunisti) e i sindacati. A causa dell'introduzione del regime speciale per lo svolgimento di manifestazioni durante i Mondiali, nelle grandi città fino al 25 luglio

futuro, l'innalzamento dell'età di pensionamento". Nel 2013: "Oggi è inopportuno innalzare l'età di pensionamento, cosa che avviene in tutti i paesi europei". Nel 2015: "Siamo ora pronti a innalzare bruscamente l'età di pensionamento? Credo di no".

2532 *Levada Center*, "Riforma delle pensioni": https://www.levada.ru/2018/07/05/pensionnaya-reforma-3/?utm_source=mailpress&utm_medium=email_link&utm_content=twentyten_singlecat_20920&utm_campaign=2018-07-05T06:30:56+00:00.

2533 *VTsIOM*, "Gli indici di gradimento del lavoro delle istituzioni, la fiducia nei politici, il *raiting* dei partiti": https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=9185.

2534 *Levada Center*, "Indice di gradimento del Presidente e del Governo": https://www.levada.ru/2018/06/28/odobrenie-prezidenta-i-pravitelstva/.

2535 *RBK*, "Protesta senza leader: sempre più russi sono pronti a scendere in strada a causa delle pensioni": https://www.rbc.ru/society/03/09/2018/5b8be8469a79473cd9240bad.

ISSN 2279-7238

è stato impossibile ottenere l'autorizzazione dalle amministrazioni locali a svolgerne[2536]. Tuttavia, già il **28 luglio**, sono stati organizzati dal Partito Comunista grandi raduni a Mosca e a San Pietroburgo.

In questi mesi si è perfino profilata la possibilità di tenere un referendum sull'età pensionabile. Il malcontento si è diffuso anche su Internet: la petizione contro l'innalzamento dell'età pensionabile pubblicata sul sito Change.org e organizzato dalla Confederazione del lavoro ha ricevuto quasi 3 milioni di firme. Diversi sono i problemi legati alla riforma. Innanzitutto, secondo i dati ufficiali di Rosstat (raccolta "Regioni della Russia", 2017), in 21 regioni della Russia (regioni settentrionali) l'aspettativa di vita degli uomini è inferiore ai 65 anni. Pertanto, se le tendenze demografiche non dovessero cambiare, una parte significativa dei cittadini russi non raggiungerà il pensionamento. In secondo luogo, su 77 milioni di lavoratori, solo 43,5 milioni pagano le detrazioni regolari. In terzo luogo, lo stipendio medio nel Paese è di 35.9 mila rubli (circa 500 euro) e la pensione media è di 13.3 mila rubli (circa 200 euro), cioè meno della metà[2537]. In Russia, per un pensionato, ci sono circa 1,7 attivi. Se tali indicatori venissero mantenuti, il deficit del fondo pensione potrebbe essere evitato. Infine, i sindacati ritengono che tale decisione dovrebbe essere presa solo sulla base di un'ampia discussione che coinvolga varie organizzazioni pubbliche e dovrebbe contenere una soluzione sistemica presentata sotto forma di un programma di misure economiche, invece di prevedere un'azione singola pur considerata la più semplice[2538].

Ora, la proposta originaria, annunciata dal primo ministro russo, prevede l'aumento dell'età anagrafica di pensionamento (il primo aumento dopo il 1928) da 60 a 65 anni per gli uomini e da 55 a 63 per le donne. L'aumento dovrebbe essere

[2536] In connessione con la Coppa del Mondo in Russia, per ragioni di sicurezza, sulla base del Decreto presidenziale adottato nell'anno scorso, durante il periodo dal 25 maggio fino al 25 luglio nelle città dove sono state giocate le partite di calcio è stato in vigore un regime speciale. Secondo tale regime speciale tutti i cortei, le processioni, le dimostrazioni, gli atti di picchettaggio e altri tipi di eventi pubblici che non sono collegati con gli eventi sportivi dovranno tenersi solo in quei luoghi e momenti prestabiliti dalle autorità locali in coordinamento con i servizi di intelligence russa, FSB.
[2537] È vero che molti pensionati (circa 30%) continuano lavorare dopo l'accesso al pensionamento, cercando di integrare le piccole entrate garantiti dallo Stato con i salari.
[2538] Confederazione del lavoro: http://ktr.su/content/news/detail.php?ID=6064.

ISSN 2279-7238

graduale e sarà effettuato dal 2019 al 2023. "Il nuovo meccanismo permette di effettuare una rivalutazione annuale degli importi delle pensioni che superi il livello di inflazione", si legge nel disegno di legge presentato il **16 giugno** alla Duma di Stato[2539]. Le ragioni di tale innalzamento, come ha spiegato il Governo russo, sono legate, in primis, all'aumento della speranza media di vita in Russia[2540] e quindi, all'invecchiamento della popolazione (in generale, la percentuale di persone sopra i 60 anni in Russia è aumentata dal 9% nel 1959 al 21% nel 2017 e si prevede un aumento fino al 26% nel 2030), e, in secondo luogo, al calo demografico (dalla Seconda guerra mondiale in Russia ogni 25 anni si registra un "buco demografico", in più, la generazione degli anni '90 ha raggiunto un numero estremamente basso). Tutte queste ragioni rendono l'attuale sistema pensionistico non sostenibile dal punto di vista economico. Negli ultimi anni il rapporto tra la popolazione attiva e i pensionati è sceso e se tale trend non verrà ribaltato in futuro, verso gli anni 2030, porterebbe a un deficit dei fondi. Pertanto, se non si fanno le opportune modifiche al sistema pensionistico, le pensioni potrebbero diminuire, spiegano i ministri[2541].

Il **19 luglio**, il disegno di legge è passato in prima lettura in Parlamento e, per ulteriori discussioni sulla riforma, la Duma di Stato ha determinato un periodo di oltre due mesi. Non a caso, il disegno di legge è stato votato solo dal gruppo parlamentare del partito "Russia Unita": il Partito Comunista, il Partito Liberal Democratico e "Russia Giusta" si sono schierate contro la riforma. Il ministro del lavoro e della protezione sociale Topilin ha spiegato che alla base della riforma c'è stato il desiderio delle autorità di aumentare finalmente il livello del reddito pensionistico. Secondo lui, dal 2019 le pensioni aumenteranno di 1.000 rubli. Dal canto suo, il leader del Partito Comunista Gennady Zyuganov ha definito la riforma delle pensioni come una mossa "cinica". Nei paesi occidentali, secondo Zyuganov,

[2539] Scheda DDL: http://sozd.duma.gov.ru/bill/489161-7.
[2540] Essa è cresciuta costantemente durante gli anni di presidenza Putin dai livelli di 65 anni, nel 2002, fino ai 72,7 anni nel 2017 per la popolazione: 67,5 per gli uomini e 77,6 anni per le donne secondo il V. Servizio statistico federale, la Tabella "Speranza di vita in Russia dal 1896 al 2017": http://www.gks.ru/free_doc/new_site/population/demo/demo26.xlsx.
[2541] *Tass*, "Siluanov…": https://tass.ru/ekonomika/5375146, *Tass*, "Kudrin…": https://tass.ru/ekonomika/5290888.

ISSN 2279-7238

la pensione supera notevolmente quella russa e, nonostante tutto, il Governo offre un "miserabile aumento di mille rubli"[2542].

Ora, è vero che l'età pensionistica in Russia si pone ad un livello estremamente basso in confronto ad altri paesi. Per esempio, nel 2016 l'età media dell'accesso al pensionamento fra i Paesi dell'OCSE è stata pari a 64.3 anni per gli uomini e 63.7 anni per le donne. Tuttavia, bisogna ricordare che ogni confronto dovrebbe essere fatto con cautela. Infatti, a causa del persistente divario nell'aspettativa di vita con i Paesi sviluppati, molti ritengono che non ci siano motivi demografici per innalzare l'età di pensionamento in Russia, specialmente per gli uomini. Pertanto, con molto sforzo il Governo dovrebbe indirizzarsi nel migliorare il sistema sanitario al fine di ridurre la mortalità degli uomini in età lavorativa, fenomeno che costituisce il principale problema demografico della Russia. Altri sottolineano l'inefficacia del sistema pensionistico di tipo distributivo e propongono di risolvere il problema del deficit attraverso l'aumento delle entrate fiscali dalle compagnie petrolifere e del gas o l'introduzione dell'imposta progressiva sul reddito, soluzioni che, secondo loro, non pregiudicano gli strati svantaggiati della popolazione.

La maggior parte degli esperti ritiene che i problemi delle pensioni nel paese dovrebbero essere considerati in maniera ampia in stretta connessione con i problemi della povertà, del mercato del lavoro, del sistema di protezione dalla disoccupazione, del sistema sanitario ecc., e che le misure proposte debbano riguardare i diversi strati sociali e i diversi settori dell'economia, per non aumentare il divario già esistente. In più, l'età pensionistica viene considerata dai russi una delle conquiste del periodo Sovietico ed un "diritto" intoccabile che forma i contenuti del nuovo "contratto sociale" stipulato dopo il crollo dell'URSS fra lo Stato e la società russa. Paradossalmente, questo atteggiamento paternalistico dei cittadini russi, ereditato dai tempi sovietici e coltivato dalle autorità russe negli anni '2000, è diventato un ostacolo per la realizzazione della riforma. "*The reason for the public outrage is that the proposal is a*

[2542] *Vedomosti*: https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2018/07/19/775945-gosduma-odobrila-pervom-chtenii-zakonoproekt-o-povishenii-pensionnogo-vozrasta.

ISSN 2279-7238

breach of Russia's unwritten social contract, in which the government preserves so-called stability, maintains modest social benefits, and promotes feelings of national pride in exchange for the public's political support and indifference to the rife corruption at the top of the political pyramid. Because the state has for many years nurtured dependent attitudes among the Russian public, it is not surprising that most consider it the state's duty to maintain the social welfare system as is. A collaborative study by the Carnegie Moscow Center and the Levada Center undertaken in 2017 showed that many respondents were unwilling to accept even small changes in benefits… This is understandable, as such a change could hit Russian household incomes hard: one-third of today's pensioners continue to work, and they don't want to lose their pension as a second source of income", scrive il politologo A. Kolesnikov[2543].

Infine, il Presidente è intervenuto nel processo di riforma e il **29 agosto**, nel suo Messaggio televisivo al popolo, ha proposto le sue modifiche al disegno iniziale, cercando di convincere i cittadini dell'inevitabilità della riforma. "L'obiettivo è garantire la stabilità finanziaria del sistema pensionistico nel futuro", ha detto Putin. Le proposte del Presidente prevedono la riduzione dell'aumento programmato dell'età di pensionamento per le donne da 63 a 60 anni, oltre al diritto al pre-pensionamento per le madri con più figli e alla responsabilità penale dei datori di lavoro per i licenziamenti dei lavoratori in età di pre-pensionamento. Le correzioni proposte dal Presidente Putin saranno integrate nel disegno originario e costituiranno la base per i futuri lavori e la discussione all'interno del Parlamento: intanto, dovrebbe aver luogo in autunno la seconda lettura della legge.

ELEZIONI

LE RELAZIONI FINALI SULLA CONDOTTA DELLE ELEZIONI PRESIDENZIALI-2018

Il gruppo di monitoraggio del Consiglio presidenziale per lo sviluppo della società civile e dei diritti umani ha approvato il **14 giugno** il Rapporto consolidato sui

[2543] KOLESNIKOV A., "*Why Putin's Approval Ratings Are Declining Sharply*", Carnegie Moscow center: https://carnegie.ru/2018/08/15/why-putin-s-approval-ratings-are-declining-sharply-pub-77049.

ISSN 2279-7238

risultati dello svolgimento della campagna elettorale delle presidenziali di marzo. Gli esperti hanno valutato la condotta elettorale e hanno presentato una serie di raccomandazioni per migliorare la legislazione in materia. Il Consiglio dei Diritti Umani (*SPC*) ha raccomandato ai legislatori di chiarire i termini "propaganda elettorale" ("*predvybornaya agitazia*") e "copertura informativa [della campagna]" ("*informirovanie*") e di elaborare modifiche nella disciplina sulla campagna elettorale al fine di garantire la parità di trattamento e l'imparzialità a tutti i soggetti politici, escludendo tutte le possibilità del reato di abuso d'ufficio o, in generale, qualsiasi uso improprio dello *status* istituzionale del candidato. L'appello del Consiglio è volto ad eliminare i casi in cui la comunicazione istituzionale viene utilizzata in maniera illegale per la propaganda elettorale.

Inoltre, i difensori dei diritti umani hanno trovato il formato dei dibattiti televisivi inadeguato: "la mancanza di moderazione ha fatto sì che i dibattiti si trasformassero in una serie di conflitti personali e schermaglie verbali che non contribuivano a una chiara esposizione dei programmi politici dei candidati e potevano soltanto provocare irritazione negli elettori".

Tuttavia, gli autori del Rapporto sono giunti alla conclusione che, nel complesso, le violazioni della procedura di votazione e del conteggio dei voti "non hanno influito sull'esito delle elezioni". Il tono generale delle valutazioni date dal Consiglio per i diritti umani sembra più positivo rispetto all'opinione espressa in precedenza dalla missione OSCE, nonostante molte delle raccomandazioni elencate nelle due relazioni coincidano. Il **6 giugno**, l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani dell'OSCE (ODIHR) ha pubblicato la Relazione finale sulle elezioni presidenziali del 18 marzo 2018 nella Federazione Russa. Gli esperti dell'ODIHR hanno notato un'eccessiva affluenza alle urne e hanno espresso preoccupazione per la limitazione della libertà di riunione e per la procedura complicata di registrazione dei candidati.

In particolare, gli osservatori dell'OSCE hanno raccomandato alle autorità russe di riformare per intero il sistema elettorale. Dal canto suo, il Presidente del Consiglio presidenziale Mikhail Fedotov non condivide tale approccio: "Voglio esprimere il mio personale punto di vista: puoi migliorare il sistema elettorale quanto vuoi, ma non fornirà una vera competizione politica a meno che non ci sia una società civile sviluppata"[2544].

VERSO LE ELEZIONI REGIONALI

[2544] *RIA*, "Fedotov ha risposto alla Relazione dell'OSCE sull'elezione del Presidente russo": https://ria.ru/politics/20180606/1522201808.html.

ISSN 2279-7238

In 22 soggetti della Federazione Russa nel Giorno unico di votazione, cioè la seconda domenica di settembre, si terranno le elezioni regionali e amministrative. I residenti delle 22 regioni sceglieranno i Capi delle regioni[2545], mentre in 16 regioni i cittadini eleggeranno i deputati dei Consigli regionali[2546]. L'attenzione degli esperti si concentra sulla campagna per l'elezione del sindaco di Mosca, iniziata già il **3 giugno**, subito dopo la pubblicazione della decisione della Duma di Mosca sulla data delle elezioni. L'attuale sindaco della capitale e favorito alla corsa, Sergei Sobyanin, ha annunciato la sua intenzione di partecipare alle elezioni. Anche diversi politici di opposizione, come il giornalista Anton Krasovsky (consigliere politico della candidata alla presidenza Ksenia Sobchak), il politico e membro di "*Yabloko*" Sergej Mitrokhin, l'ex deputato della Duma Dmitry Gudkov, il consigliere comunale Ilya Yashin, hanno espresso il desiderio di partecipare alla gara. Tuttavia, come si evince dall'elenco dei candidati pubblicato dalla CEC[2547], fra le 33 candidature presentate soltanto 5 sono state registrate (15 partiti politici hanno presentato candidature). Nella maggior parte dei casi i candidati non sono stati ammessi alle elezioni a causa della mancata consegna della documentazione necessaria: per essere registrati, tutti i candidati entro un mese, cioè prima del **3 luglio**, dovevano raccogliere 110 firme di deputati comunali per superare il cosiddetto "filtro comunale", mentre i candidati indipendenti dovevano fornire le firme di 36 mila elettori.

Infine, il **3 luglio**, è stato reso noto che nessuno degli oppositori aveva superato il "filtro municipale". Pertanto, l'elenco dei rivali dell'attuale sindaco di Mosca Sergei Sobyanin è risultato composto da politici provenienti da tre partiti parlamentari (è interessante notare che Russia Unita non ha presentato nessuna candidatura in queste elezioni e Sobyanin stesso è un candidato indipendente) e da un membro del partito non molto noto "Unione dei cittadini". Quest'ultimo è diventato famoso per la sua recente dichiarazione sulla necessità di chiudere le catene di *fast food McDonald's, KFC* e *Burger King* che "avvelenano la nazione"[2548].

Per quanto riguarda l'organizzazione delle votazioni, fra le novità della campagna-2018 vi è stata la possibilità del voto extraterritoriale ("*zagorodnoe golosovanie*") nelle elezioni di Mosca, visto che il Giorno delle votazioni cade nella "stagione di *dačia*"

[2545] Per l'elenco delle regioni v. *CEC*, Informazioni sulle elezioni dei Capi delle regioni: http://cikrf.ru/analog/ediny-den-golosovaniya-2018/kategorii-viborov/vibori-visshih/svedeniya/.
[2546] Per elenco delle regioni v. *CEC*, Informazioni sulle elezioni alle Assemblee regionali: http://cikrf.ru/analog/ediny-den-golosovaniya-2018/kategorii-viborov/vibori-deputatov-zakonodatelnih/svedeniya/.
[2547] *CEC*, La tabella "Informazioni sulla presentazione e sulla registrazione delle candidature per le elezioni dei Capi dei soggetti della Federazione Russa": http://cikrf.ru/analog/ediny-den-golosovaniya-2018/kategorii-viborov/sved/kand-guber.xls.
[2548] *Tass*: https://tass.ru/politika/5522984.

ISSN 2279-7238

quando moltissimi russi si spostano nelle case di campagna per coltivare l'orto[2549]. Tale innovazione, approvata dalla CEC l'**11 luglio**, è stata molto criticata dall'opposizione in quanto complica il monitoraggio sulla regolarità delle votazioni e, quindi, aumenta le possibilità di illeciti.

Come sottolineato nel Rapporto "Aspetti legali e politici delle elezioni del 9 settembre 2018" pubblicato da Fondazione "Missione Liberale" il **12 luglio,** la campagna regionale dell'autunno è di fondamentale importanza per molti partiti. Secondo gli autori del rapporto analitico, se i piccoli partiti non raggiungeranno il livello richiesto di partecipazione alle elezioni, stabilito dall'art. 37 della Legge Sui Partiti[2550], nel 2019 verranno liquidati. Finora, 18 dei 63 partiti aventi diritto di partecipare alle elezioni soddisfano questo requisito, è riassunto nel documento. "In generale, un certo numero di norme contestate che regolano le elezioni regionali continuano a funzionare oggi. Ciò riguarda, per esempio, la data "scomoda" delle elezioni per la maggior parte degli elettori, o il cosiddetto "filtro municipale". Mancano anche vantaggi per la raccolta firme per i candidati dei piccoli partiti – contemporaneamente una rigida norma sul numero di firme (il 3% del numero di elettori nella circoscrizione elettorale)"[2551]. Dopo il 2014, la legislazione in materia ha reso praticamente impossibile per i piccoli partiti di rimanere competitivi, spiega il coautore del rapporto, il politologo Alexander Kynev: "Si è creato un circolo vizioso: per ottenere un vantaggio, è necessario partecipare alle elezioni, e per essere ammesso alle elezioni, è necessario aver vantaggi"[2552].

PARTITI

KPRF: L'INIZIATIVA REFERENDARIA SULL'ETÀ PENSIONISTICA

L'**8 agosto** la Commissione elettorale centrale della Russia (CEC) ha approvato tre quesiti referendari sulla riforma delle pensioni presentato da tre diversi gruppi di iniziativa, compresa la filiale del partito Comunista nella regione di Altai. Il 10 agosto, altri due sono stati considerati conformi all'art. 6 della legge costituzionale federale

[2549] Duma di Mosca, "Le modifiche al Codice delle elezioni della Duma di Mosca amplierà per i residenti della capitale le opportunità di partecipazione alle elezioni": https://duma.mos.ru/ru/0/news/novosti/vnesenie-izmeneniya-v-izbiratelnyiy-kodeks-goroda-moskvyi-rasshirit-dlya-jiteley-stolitsyi-vozmojnosti-uchastiya-v-vyiborah.

[2550] La Corte Suprema può prendere una decisione sulla liquidazione del partito se il partito non partecipa per sette anni consecutivi nelle elezioni federali, nelle regionali (in almeno 10% dei soggetti della Federazione per le elezioni del governatore o 20% dei soggetti per le elezioni dell'Assemblee regionali), nelle municipali (in almeno metà delle regioni).

[2551] Fondazione "Missione Liberale", Rapporto "Aspetti legali e politici delle elezioni del 9 settembre 2018": http://www.liberal.ru/upload/files/doklad_1.pdf.

[2552] *Vedomosti*, "Le elezioni autunnali saranno l'evento chiave per il sistema dei partiti russo": https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2018/07/13/775370-osennie-vibori-partiinoi-sistemi.

ISSN 2279-7238

"Sul referendum" del 2004. "La Commissione elettorale centrale della Federazione Russa ritiene che i nostri cittadini hanno il diritto costituzionale di esprimere la propria posizione su quale dovrebbe essere il sistema pensionistico nel Paese"[2553], ha dichiarato il Presidente della CEC Ella Pamfilova. "Per la prima volta negli ultimi 25 anni, il CEC della Russia ha approvato diverse domande su un possibile referendum" ha aggiunto il Presidente della CEC.

I membri del partito comunista sono stati i primi ad annunciare il desiderio di organizzare un referendum a Mosca, ma in seguito sono stati raggiunti da altri gruppi promotori. Infatti, il **17 luglio**, il gruppo di promotori del Partito Comunista ha presentato alla CEC il seguente quesito: "Sei d'accordo con il fatto che nella Federazione Russa l'età al cui raggiungimento si conferisce il diritto alla pensione di vecchiaia non debba essere aumentata"?" La formulazione è stata bocciata dalla CEC per il rischio di creare equivoci in quanto consentiva "la possibilità di dare diverse interpretazioni[2554]. Successivamente, il partito ha specificato meglio la domanda.

Ora ogni gruppo di promotori entro due mesi deve costituire sottogruppi regionali (minimo 100 persone) in almeno 43 soggetti della Federazione. Poi, i loro rappresentanti autorizzati devono tenere una riunione (entro due mesi dalla registrazione del primo sottogruppo), in seguito alla quale bisogna far richiesta alla CEC per la registrazione del grande gruppo per lo svolgimento del referendum nazionale. Quest'ultimo dovrebbe raccogliere 2 milioni di firme di cittadini entro 45 giorni, di cui non più di 50 mila firme dalla stessa regione.

Elena Luk'yanova, professoressa della Scuola superiore di economia e avvocato, ha stimato la probabilità di un referendum nazionale sull'innalzamento dell'età di pensionamento come minima. Secondo la prof.ssa, nel suo contenuto, l'attuale legislazione russa sul referendum prevede una serie di complessi adempimenti tali da rendere qualsiasi iniziativa di referendum irrealizzabile. "Nella Russia moderna la legge è tale che un referendum può essere tenuto solo sotto certe condizioni - con il sostegno e l'autorizzazione dell'autorità"[2555].

PARLAMENTO

[2553] *CEC*, "Ella Pamfilova: per la prima volta in 25 anni, il CEC della Russia ha concordato i quesiti per un referendum": http://www.cikrf.ru/news/cec/40458/.
[2554] *CEC*, "Su un possibile referendum della Federazione Russa sulla questione dell'età pensionistico": http://www.cikrf.ru/news/cec/40631/.
[2555] *Novaya gazeta*, "Referendum fantasma": https://www.novayagazeta.ru/articles/2018/07/27/77311-prizrak-referenduma.

ISSN 2279-7238

La sessione primaverile del Parlamento russo conclusa alla fine di luglio può essere descritta sulla base di quattro aree principali su cui si sono focalizzati i lavori dei deputati e senatori. Esse hanno riguardato: in primo luogo, l'elaborazione della risposta alle ultime sanzioni imposte dagli Stati Uniti; in secondo luogo, il perfezionamento del sistema elettorale; in terzo luogo, il miglioramento del sistema giudiziario. Infine, la riforma del sistema pensionistico è stata al centro delle accese discussioni durante i lavori dei Comitati e durante le varie sedute parlamentari. Quest'ultima iniziativa è stata raccontata in precedenza, nella parte introduttiva delle Cronache, invece le prime tre saranno oggetto di studio in questa sezione.

KONTROSANKZII E IL DISEGNO DI LEGGE SULLA RESPONSABILITÀ PER L'ATTUAZIONE DELLE SANZIONI ANTI-RUSSE

Il **4 giugno** Vladimir Putin ha firmato la Legge sulle contromisure, che conferisce al Capo dello Stato il diritto di vietare o sospendere la cooperazione internazionale con "Stati e organizzazioni straniere ostili". La legge sulle contromisure (il nome ufficiale la Legge "Sulle misure (contromisure) alle azioni ostili degli Stati Uniti d'America e di altri stati stranieri") è stata adottata dalla Duma di Stato il **22 maggio**. Il disegno iniziale ha provocato un'ampia polemica: la maggior parte delle critiche ha riguardato la disposizione che prevedeva la possibilità di imporre un divieto o restrizioni all'acquisto da parte della Russia di medicinali dagli Stati Uniti e Stati che hanno sostenuto le sanzioni. Di conseguenza, dopo una serie di discussioni, è stato escluso dal testo della legge il riferimento ai settori specifici dei beni e servizi ed è stato ridotto l'elenco delle possibili contromisure.

I parlamentari russi hanno pensato ad ulteriori misure per rispondere alle sanzioni anti-russe ed hanno elaborato parallelamente un disegno di legge sulla responsabilità penale per l'attuazione delle sanzioni anti-russe. Il testo iniziale è stato adottato in prima lettura il **15 maggio** e prevede la responsabilità amministrativa e penale (fino a quattro anni di reclusione) per "atti commessi al fine di attuare le sanzioni internazionali". Per esempio, i legislatori russi hanno proposto di punire gli uomini d'affari e banchieri che si rifiutino di lavorare – pur in contrasto con le sanzioni imposte dagli altri Paesi – in alcune regioni della Russia[2556]. Il secondo emendamento (sulla punizione per gli istigatori) introduce la responsabilità penale per "aver commesso un atto deliberato da parte di un cittadino russo per facilitare l'introduzione delle sanzioni". Un'altra disposizione introduce la responsabilità

[2556] *RBK*, "Guerra delle sanzioni: l'imprenditoria suggerirà alla Duma di 'ammorbidire' la legge sulla punizione per l'attuazione delle sanzioni": https://www.rbc.ru/politics/23/05/2018/5b0438809a79477f339e964f.

ISSN 2279-7238

penale per i cittadini russi che "abbiano commesso un atto deliberato per facilitare l'introduzione di sanzioni estere". Sarà considerato crimine "fornire raccomandazioni e trasferire informazioni" che hanno portato all'imposizione di sanzioni[2557]. Data la vaghezza delle formulazioni e il malcontento della comunità imprenditoriale, il **14 giugno** lo *Speaker* della Duma di Stato ha annunciato la decisione di rielaborare il testo per la seconda lettura ed eliminare le norme che prevedevano la responsabilità penale delle imprese, sostituendola con una amministrativa[2558]. Pertanto, sarà preparato un disegno separato contenente le modifiche al Codice degli illeciti amministrativi (*KoAP*) con l'introduzione di nuove multe. Intanto, la seconda lettura della proposta è stata rimandata a data da destinarsi. Considerando i disaccordi diplomatici e i toni delle polemiche che stanno crescendo sempre di più, ci si dovrebbe aspettare che nella sessione autunnale i parlamentari riprenderanno con rinnovato vigore l'esame di questo disegno di legge.

IL SISTEMA ELETTORALE: L'AUMENTO DEL FINANZIAMENTO PUBBLICO AI PARTITI

Gli emendamenti correttivi alla legislazione elettorale proseguono dopo la campagna presidenziale. La Camera bassa, il **24 maggio**, ha adottato le modifiche alla legge Sulle elezioni dei deputati della Duma di stato [Legge n. 150-FZ del 04.06.2018] che prevedono l'introduzione di un nuovo meccanismo di voto fuori il luogo di residenza (senza la necessità di certificati di assenza), utilizzato in precedenza nelle elezioni del Presidente della Federazione Russa. Inoltre, il **21 giugno**, sono state apportate le modifiche alla legge "Sulle garanzie di base dei diritti elettorali" [Legge n. 184-FZ del 03.07.2018], che istituiscono il monitoraggio pubblico delle elezioni a tutti i livelli attraverso le Camere Pubbliche (*Obscestvennye Palaty*), che potranno inviare i propri osservatori nei collegi elettorali[2559]. I parlamentari hanno sottolineato l'esperienza positiva delle passate elezioni presidenziali: secondo la Commissione elettorale centrale della Federazione russa, durante le elezioni presidenziali, il 18 marzo 2018, nei seggi elettorali erano presenti 356.000 osservatori, di cui oltre 150.000 sono stati inviati da Camere Pubbliche – sia federali che regionali[2560].

Il **19 giugno** la Duma ha approvato in terza lettura il disegno di Legge sul finanziamento pubblico dei partiti politici che partecipano alle elezioni presidenziali,

[2557] *RBK*, "Hanno deciso di rimuovere dal disegno di legge sulle contromisure il divieto di importazione di farmaci": https://www.rbc.ru/politics/11/05/2018/5af564f89a79475fb97a1415.
[2558] *Tass*: https://tass.ru/politika/5362858.
[2559] *Ria*, "La Duma di Stato ha approvato una legge sul diritto di votare alle elezioni parlamentari in qualsiasi circoscrizione": https://ria.ru/politics/20180524/1521229571.html.
[2560] Il Comitato della Dum per la Legislazione: http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/Novosti_Komiteta/item/16135674/.

ISSN 2279-7238

preparato dal *leader* del partito Liberal Democratico. I contributi che lo Stato pagherà ai partiti sono stati aumentati da 20 rubli fino a 152 rubli, moltiplicandoli per il numero di voti ricevuti dal partito politico, il cui candidato per la carica di Presidente della Federazione Russa ha ottenuto almeno il 3 per cento dei consensi. A questo punto, la quota fissa è stata portata al livello già previsto dalla Legge federale "Sui partiti politici" nella parte riguardante il finanziamento dei partiti partecipanti alle elezioni per la Duma di Stato.

La Legge "Sulle modifiche all'art. 33 della Legge Federale "Sui partiti politici" è stata approvata dalla camera alta il **27 giugno** e di seguito, il **3 luglio**, firmata dal Presidente. Le nuove regole entrano in vigore dopo 10 giorni dalla pubblicazione ufficiale, ma verranno applicate ai rapporti giuridici sorti in relazione alle elezioni presidenziali svoltesi nel marzo di questo anno.

Nel corso degli ultimi sei anni i partiti parlamentari hanno ricevuto direttamente dal bilancio federale oltre 31,5 miliardi di rubli. La cifra è stimata dagli esperti di ONG "*Golos*", che hanno pubblicato il **27 luglio** una relazione analitica sul finanziamento dei partiti parlamentari russi nel periodo 2012-2017. Dallo studio si evince che il partito "Russia Unita" ha ricevuto l'anno scorso più di 5 miliardi di rubli, di cui l'80% lo ha ricevuto sotto forma di contributi pubblici. Tutti gli altri partiti, presi insieme (!), nello stesso anno hanno ricevuto poco più della metà di questa somma. Inoltre, negli ultimi cinque anni i partiti sono divenuti sempre più disuguali in termini di importo dei contributi pubblici ricevuti.

Una tendenza riconosciuta dagli esperti è la crescita continua dei finanziamenti pubblici nel totale dei redditi dei partiti, grazie anche al costante innalzamento della quota fissa cresciuta in maniera esponenziale da 0,5 rubli nel 2001 a 5 nel 2006, a 110 nel 2011, e poi a 152 rubli nel 2017 per un voto ottenuto nelle elezioni passate. Come conseguenza, i partiti diventano sempre più dipendenti dallo Stato e meno dai propri elettori: la quota dei contributi pubblici nel bilancio del partito comunista nel 2004 rappresentava solo il 6.2%[2561], nel 2017 essa ammonta all'80%. Nello stesso tempo, si osserva una forte riduzione delle donazioni private sullo sfondo del calo delle nuove iscrizioni e della *membership*. Inoltre, vi è una crescente burocratizzazione dell'apparato del partito, per cui circa la metà delle spese è destinata alla manutenzione dell'apparato centrale e delle filiali regionali. Per fare un confronto: il partito spende solo un terzo dei suoi fondi per la partecipazione alle elezioni e le attività di propaganda.

[2561] V. Norris P., Van Es A. (a cura di), *Checkbook Elections*: *Political Finance in Comparative Perspective*. Oxford University Press, 2016, p. 133.

ISSN 2279-7238

È necessario sottolineare un altro effetto di tale sistema di finanziamento che riguarda il grado di pluralismo del sistema politico. Come hanno notato gli autori della relazione, la situazione esistente praticamente annulla le possibilità di insorgenza di una vera competizione fra i partiti nel campo elettorale – le risorse a disposizione dei vari partiti si dimostrano incommensurabili. La questione diventa ancor più grave se si tiene conto del fatto che, oltre al finanziamento ufficiale, il "partito del potere" riceve premi significativi dovuti all'uso di "risorse amministrative". Secondo il politologo russo G. Golosov, la riforma del sistema partitico del 2001, la quale, tra l'altro, per la prima volta ha introdotto il finanziamento pubblico dei partiti, sebbene sia stata originariamente destinata a migliorare il clima politico nel Paese cercando di diminuire l'influenza degli *oligarchi* nella sfera politica, è efficacemente servita come strumento per il consolidamento dell'autoritarismo elettorale[2562]: "*The political logic beyond the drastic increase of the amounts of state fundinf is quite transparent… The new order [after 2001 reform] made it practically impossible for any party but United Russia to win majority in the electorate, and thereby to become eligible for a lion's share of public funding*"[2563]. Come ritiene Golosov, la Russia deve ancora trovare un equilibrio fra i contributi pubblici e quelli privati per garantire una vera autonomia dei principali attori politici[2564].

Il divario formatosi tra il partito pro-Cremlino e i suoi rivali è paragonabile al *gap* creatosi fra i quattro partiti parlamentari russi e i restanti partiti. Proprio grazie alle regole di presentazione dei candidati e alle norme di ammissibilità dei partiti (soltanto quelli che hanno ottenuto più del 3% dei consensi nelle ultime elezioni parlamentari) al finanziamento pubblico, si è formato un *cartel* composto da quattro partiti (la tesi di "cartelizzazione" è stata proposta da D. Hutcheson nel suo libro "*Parliamentary elections in Russia*", Oxford University Press, 2018) che preclude la possibilità di una libera concorrenza, *par condicio*, sul campo politico.

RIFORMA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO: NUOVE CORTI E NUOVE PROCEDURE

Il **6 luglio** si è riunito per la prima volta il gruppo di lavoro sul miglioramento del sistema giudiziario in particolare per riguardanti 1) l'articolazione degli uffici giudiziari e 2) lo svolgimento del processo giudiziario.

Per quanto riguarda la prima direzione della riforma, il disegno di legge è stato proposto dalla Corte Suprema della Federazione Russa e prevedeva di integrare la magistratura ordinaria con apposite Corti d'appello di secondo grado. Pertanto,

[2562] *Ibid.,* p. 121.
[2563] Ibid, p. 135.
[2564] Ibid, p. 140.

ISSN 2279-7238

secondo il testo preparato, 5 corti d'appello e 9 corti di cassazione opereranno all'interno dei rispettivi distretti giudiziari. Ogni distretto giudiziario includerà diverse regioni. "In questo caso, il riesame dei reclami in secondo grado non sarà eseguito nello stesso tribunale che ha preso in considerazione il caso in prima istanza. Ciò garantirà l'indipendenza dei tribunali, ridurrà i rischi di corruzione e l'influenza regionale, e avrà un impatto positivo sulla protezione dei diritti dei cittadini", ha affermato il capo del gruppo di lavoro sul disegno Pavel Krasheninnikov[2565].

Nel contempo, i deputati si sono concentrati sull'esame di una serie di disegni di legge presentati alla Duma dal Presidente Putin con l'obiettivo di accrescere la trasparenza del lavoro dei tribunali. Innanzitutto, è stato proposto di introdurre in alcuni casi la registrazione audio delle udienze obbligatoria. La seconda proposta ha riguardato l'utilizzo di un sistema automatizzato per la selezione casuale dei componenti delle corti. Tale metodo escluderà l'influenza delle persone interessate all'esito del processo e rafforzerà l'indipendenza dei giudici. Infine, la terza proposta introduce una nuova misura di responsabilità per i giudici – un abbassamento della classe di qualificazione. La previsione di una nuova sanzione disciplinare consentirà di applicare un approccio più differenziato ai casi di cattiva condotta dei giudici, visto che, secondo la normativa vigente, tutte le misure possibili – dall'avvertimento alla cessazione anticipata delle funzioni – rappresentavano due poli estremi[2566].

Tutte le tre proposte del Presidente, insieme con il progetto sull'istituzione delle Corti di appello, sono state raccolte in una legge [legge costituzionale federale n. 1-FKZ "Sulle modifiche alla Legge costituzionale federale «Sul sistema giudiziario della Federazione Russa» ecc. del 29.07.2018] e sono state approvate dalla Duma e dal Consiglio della Federazione e il 30 giugno il Presidente ha firmato le leggi approvate dal Parlamento. Il testo finale che disciplina la giurisdizione, la procedura di formazione e l'organizzazione del lavoro dei tribunali d'appello e introduce alcune novità di carattere procedurale in materia è stato adottato dalla Duma il **17 luglio**, approvato dalla Camera alta il **24 luglio** e firmato dal Presidente il **29 luglio**.

PRESIDENTE

LA LINEA DIRETTA-2018: NUOVA FORMA, VECCHIO CONTENUTO

[2565] Duma di Stato: http://duma.gov.ru/news/27634/.
[2566] Il Comitato della Duma sulla Legislazione: http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/Novosti_Komiteta/item/16561496/.

ISSN 2279-7238

Il programma "linea diretta con il Presidente" oramai è diventato, insieme con il Messaggio annuale alle Camere e la Grande conferenza stampa, uno dei tre eventi politici annuali di maggior importanza per il Paese. Per quanto riguarda la natura di tali eventi, il Messaggio annuale rappresenta un evento ufficioso indirizzato principalmente all'élite politica russa, la Grande conferenza stampa riproduce un dialogo fra il Presidente e i giornalisti, mentre la linea diretta è stata ideata innanzitutto come un colloquio con il popolo. Tuttavia, la 16esima sessione della comunicazione di Putin con i cittadini russi si è svolta secondo un modello diverso. Il dialogo fra il Presidente e il popolo è stato integrato con l'inclusione di 'elementi intermedi' della *vertical'* del potere: da varie regioni del Paese è stata organizzata una videoconferenza con governatori e membri del Governo che erano pronti a segnalare al Presidente lo stato dei problemi sollevati dai cittadini.

Tutto l'evento si è svolto, in generale, in modo positivo e senza particolari sorprese. I cittadini, come al solito, segnalavano i problemi quotidiani, e il Presidente mostrava il suo pieno coinvolgimento ed interesse nei confronti delle difficoltà delle persone comuni. La formula originale del programma "Linea diretta con il Presidente" – che prevedeva un dialogo tra il *leader* e il popolo – quest'anno è stata leggermente modificata a causa dell'introduzione dei nuovi elementi tecnologicamente avanzati (le videoconferenze) e della partecipazione di nuovi interlocutori (i governatori delle regioni ecc.). Tuttavia, nel suo insieme, la "linea diretta" ha mantenuto i suoi tratti distintivi che l'hanno reso simile ad una forma di *accountability*.

GOVERNO

LA FORMAZIONE DEL NUOVO GOVERNO

La Costituzione russa, ex art. 116, prevede che dopo l'inaugurazione del nuovo Presidente, debba essere formato un nuovo Governo guidato dal Primo Ministro. La formazione di un nuovo consiglio dei ministri, come descritto dagli artt. 111 e 112 Cost., si effettua in due fasi. La prima riguarda la nomina del Presidente del Governo da parte del Presidente della Federazione con il consenso della Duma. Nella seconda fase, il Primo ministro, chiamato in russo il *Predsedatel'*, come principale responsabile per l'organizzazione e realizzazione dei lavori del Governo, presenta entro una settimana al Capo dello Stato le sue proposte sulla composizione e struttura del Gabinetto.

ISSN 2279-7238

L'**8 maggio**, il giorno seguente all'insediamento del nuovo Presidente, egli ha presentato alla Duma la candidatura per il ruolo del primo ministro, indicando nuovamente Medvedev. La scelta del Presidente era ben prevedibile, data la sua propensione a fare affidamento su persone fidate, come prevedibile è stato il sostegno della Duma - vista la sua composizione a seguito delle elezioni del 2016 - a tale candidatura, approvata con 374 voti a favore (la maggioranza necessaria era di 226), 56 contrari, e nessun'astensione. Un record personale per Medvedev che ha migliorato significativamente il risultato del 2012, quando a favore della sua candidatura avevano votato 299 deputati, contro 144. Il nuovo "vecchio" Primo Ministro è stato approvato dal Parlamento e nominato con l'apposito Decreto presidenziale.

È vero che il sistema russo non favorisce una *partisanship* della politica: il Governo ha carattere "tecnico" e non politico, mentre il Presidente del Governo non deve essere necessariamente il leader del partito di maggioranza nella Duma. Tuttavia, ad eccezione del Cernomyrdin (ex-Primo ministro negli anni 1991-1998), Medvedev, *leader* di "Russia Unita", è l'unico Primo Ministro russo che rappresenta la maggioranza parlamentare. Durante la seduta della Duma, in cui è stata discussa la candidatura del futuro *premier*, il leader del partito "Russia Giusta" Mironov ha espresso l'idea di non partigianeria del Primo Ministro, che una volta introdotta dovrebbe stimolare il pluralismo politico. A sua volta, Medvedev ha detto di essere contrario a questa misura e ha aggiunto, che "nella maggior parte dei Paesi del mondo in qualche misura i leader dei partiti sono coinvolti nella formazione del governo... Credo che il nostro sistema in questo senso non è diverso dalla maggior parte dei sistemi democratici del mondo" [2567]. Tuttavia, visto, in primo luogo, la forte predominanza dell'Esecutivo russo nel ramo legislativo – tale da impedire una corretta attuazione del principio della separazione dei poteri – e, in secondo luogo, la natura del partito dominante "Russia Unita" – ridimensionato nel suo ruolo di "brand politico" per l'Esecutivo – è ancora presto parlare di una certa tendenza alla 'parlamentarizzazione' del Governo russo.

Per quanto riguarda la seconda fase della formazione del nuovo Governo, il **15 maggio** durante un incontro con il Presidente Vladimir Putin, Medvedev ha presentato la sua proposta per la struttura del nuovo Governo. Secondo il Primo Ministro, il Governo uscente ha funzionato in modo efficace, quindi la struttura degli organi esecutivi non dovrebbe cambiare significativamente. Nel frattempo, egli ha notato che il documento "ha un numero di proposte importanti, che mirano all'ottimizzazione dell'attuale sistema delle autorità esecutive". Così, il nuovo

[2567] *RIA*: https://ria.ru/politics/20180508/1520154870.html.

ISSN 2279-7238

Gabinetto ha 22 posti ministeriali invece di 21, in quanto il Ministero dell'Istruzione e della Scienza è stato suddiviso nelle sue due parti costitutive. Il Ministero delle telecomunicazioni e delle comunicazioni di massa, che supervisiona il settore digitale dell'economia e dei mass media, sarà trasformato nel Ministero dello sviluppo digitale. Il controllo sulle missioni commerciali sarà trasferito dal Ministero dello Sviluppo Economico al Ministero dell'Industria e del Commercio. Inoltre, il nuovo Gabinetto sarà rappresentato da dieci vicepresidenti, tra cui il primo vice primo ministro. Il presidente Putin ha approvato la proposta del nuovo Primo Ministro e ha firmato un decreto che stabilisce la nuova struttura governativa [Ordine esecutivo sulla struttura degli organi esecutivi federali].

Di seguito, il **18 maggio**, il Primo Ministro ha proposto al Presidente, per ottenerne la conferma, una lista di candidati per la sostituzione delle cariche di vice Primi Ministri e ministri federali. In linea generale, la rosa dei nomi non ha visto tante figure nuove, lasciando al loro posto i ministri principali insediatisi nel 2012, tra questi: il ministro degli Esteri Sergej Lavrov (in carica già dal 2004), il ministro della Difesa Sergej Šojgu (in carica dal 2012, nel 1994-2012 era al capo del Ministero di Emergenza), il ministro della Giustizia Aleksandr Konovalov (in carica dal 2008), il Ministro delle Finanze Anton Siluanov (in carica dal 2011). Con decreti separati il Capo dello Stato ha approvato le candidature di 10 vice-premier e 22 ministri.

Per quanto riguarda il programma del Governo e i suoi obbiettivi, essi sono stati già indicati dal Presidente Putin nell'apposito Decreto "Sugli obiettivi nazionali e obiettivi strategici della Federazione russa fino al 2024", in cui vengono riassunti i principali punti del Discorso presidenziale davanti all'Assemblea legislativa tenutosi il 1 ° marzo[2568]. Il lavoro dei ministri, quindi, si concentrerà principalmente sui programmi nazionali di sviluppo strategico e progetti prioritari in 12 aree diverse, definiti nel documento.

Bisogna notare che, nella forma di governo semipresidenziale come quella russa, fortemente sbilanciata a favore del Presidente, il ruolo del Primo Ministro ha prevalentemente un carattere tecnico. Nonostante ciò, bisogna anche ricordare che la prassi della designazione del proprio successore formatasi nel 1999-2000 e poi consolidatasi con il tempo evidenzia il ruolo importante che la carica del Primo ministro assume nel meccanismo del trasferimento del potere. E come nota l'esperto del *Carnegie Center* a Mosca K. Rogov: "*With President Vladimir Putin entering his fourth term, it is quite obvious that the Russian leader has a succession problem: term limits prevent him*

[2568] Su questo punto v. GALIMOVA I., "Elezioni presidenziali russe: il nuovo vecchio leader alla guida del paese", in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2018, Sezione "Elezioni": http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/05/Russia1_-2018-1.pdf.

ISSN 2279-7238

from running again in 2024. That issue is always a challenge for personalized regimes"[2569]. A questo punto, la rinnovata nomina di Medvedev, il politico con il tasso di approvazione tra i più bassi per i cittadini russi[2570], costituisce un caso di particolare interesse: "*In any case, Medvedev's reappointment highlights one of the possible scenarios over which Russia will struggle in the coming years*"[2571].

AUTONOMIE

QUAL È LO *STATUS* DELLE LINGUE 'REPUBBLICANE'?

Il **25 luglio** la Duma di stato ha approvato il testo finale dell'emendamento alla legge "Sull'istruzione nella Federazione russa" [legge federale n. 317-FZ Sulle modifiche all'artt. 11 e 14 della Legge Federale "Sull'istruzione nella Federazione Russa" del 3.08.2018] riguardante lo studio della lingua madre. La legge stabilisce che gli standard educativi federali di istruzione prescolare, istruzione primaria generale e istruzione generale di base devono offrire l'opportunità ai bambini di studiare la lingua nativa. I genitori dell'alunno avranno il diritto di "libera scelta" della lingua di insegnamento e della materia "Lingua madre". Come madrelingua può essere scelta una fra 1) le lingue dei popoli della Federazione Russa[2572], 2) le lingue ufficiali delle repubbliche nazionali o 3) il Russo.

L'iniziativa dei legislatori russi ha provocato un'ampia discussione a causa della mancanza di comprensione della procedura per la scelta volontaria delle lingue native. Le preoccupazioni più diffuse riguardavano le lingue delle repubbliche nazionali del curriculum scolastico obbligatorio che diventassero facoltative. Il nuovo meccanismo mira a escludere situazioni in cui gli studenti saranno costretti ad apprendere lingue che essi stessi non considerano native (in particolare, l'innovazione è importante per i bambini di etnia russa che vivono nelle repubbliche).

[2569] ROGOV K., "*What Russia's New Government Tells Us About Succession After Putin*", Carnegie Moscow Center: https://carnegie.ru/commentary/76456.
[2570] *FOM*, °Medvedev: indice di fiducia": https://fom.ru/Politika/10948.
[2571] ROGOV K., "*What Russia's New Government Tells Us About Succession After Putin*", Carnegie Moscow Center: https://carnegie.ru/commentary/76456.
[2572] In Russia si parlano in più di 250 lingue diverse. Nel sistema educativo della Federazione Russa, sono utilizzate 58 lingue. Allo stesso tempo, lo stato delle lingue di stato della Federazione Russa hanno 36 lingue (incluse le lingue di tutte le 22 repubbliche nazionali). V. Duma di Stato: http://duma.gov.ru/news/27352/.

ISSN 2279-7238

Da Rajoy a Sánchez. La rivalutazione dell'istituto della sfiducia costruttiva nella forma di governo parlamentare spagnola*

di Laura Frosina**

Gli eventi della vita politica spagnola hanno subito una drastica accelerazione all'indomani dell'ormai storica sentenza dell'*Audiencia Nacional* sul caso *Gürtel Epoca I*, che in ben 1687 pagine ha svelato una fitta trama di corruzione finanziaria legata al *Partido popular* (PP) riportando durissime condanne per 29 imputati e per il partito stesso (v. *infra,* Corti). La sentenza ha segnato l'inarrestabile declino del PP, l'immediata caduta del governo conservatore di Mariano Rajoy e la sua sostituzione con il governo socialista di Pedro Sánchez. Questo delicato passaggio costituzionale è avvenuto tramite il noto, benché desueto, istituto della mozione di sfiducia costruttiva, c.d. *moción de censura constructiva,* disciplinato dall'articolo 113 della Costituzione spagnola del 1978. La mozione di censura è stata approvata dal Congresso dei Deputati a larga maggioranza grazie ai voti favorevoli dei 180 deputati del *Partido socialista obrero español* (PSOE), di *Unidos Podemos*, nonché dei partiti del nazionalismo basco (*Partido nacionalista Vasco*, PNV; EH-BILDU), canario (*Nuevas Canarias*) e dell'indipendentismo catalano *(Partido democratico europeo catalano*, PDeCAT, *Esquerra republicana de Catalunya*, ERC), con cui il candidato premier ha portato avanti diverse negoziazioni in vista del dibattito parlamentare sulla sfiducia (v. *infra,* Governo). Conformemente a quanto stabilito dall'articolo 113 Cost., l'approvazione della mozione di censura a maggioranza assoluta ha determinato la destituzione del Governo in carica (*censura, pars destruens*) e la simultanea investitura di Pedro Sánchez, leader del principale partito dell'opposizione parlamentare proponente la mozione, nonché candidato alla carica di Presidente del Governo (*constructiva*, *pars costruens*). L'epilogo positivo della mozione

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** *Assegnista di ricerca in *Diritto pubblico comparato* e Professore a contratto di *Processi di democratizzazione* presso l'Università di Roma La Sapienza.

ISSN 2279-7238

di sfiducia rappresenta un episodio costituzionale inedito nella storia della democrazia spagnola dell'ultimo quarantennio. Questo avvenimento costituzionale, benché condizionato dalla straordinarietà e gravità degli scandali politici resi noti dalla c.d. sentenza *Gürtel*, ha riacceso il dibattito sul tema della sfiducia costruttiva nel quadro della forma di governo parlamentare.

E' noto, infatti, che la sfiducia costruttiva, le cui radici teoriche risalgono al dibattito dottrinale sulla crisi del sistema weimariano, sia un istituto di razionalizzazione della forma di governo parlamentare volto a promuovere la stabilità governativa, anche in funzione di deterrenza per evitare l'insorgere di crisi parlamentari al buio. E' noto anche come tale istituto sia stato utilizzato raramente e con un rendimento scarso nella prassi costituzionale spagnola. Dall'entrata in vigore della Costituzione del 1978, si è fatto ricorso alla *moción de censura constructiva* soltanto in tre occasioni e sempre senza successo. La prima volta risale al 21 maggio del 1980 quando fu presentata da 36 deputati socialisti contro il Governo centrista di Adolfo Suárez, indicando Felipe González come candidato alla presidenza. La mozione non riuscì a prosperare perché ottenne 152 voti a favore, rispetto ai 176 necessari per la sua approvazione, ma palesò tuttavia la instabilità politica del Governo in carica. La seconda, invece, fu presentata il 23 marzo del 1987 dall'allora partito di *Alianza Popular* contro il governo socialista di Felipe González, con l'indicazione di Hernández Mancha come candidato alla presidenza. La mozione conquistò soltanto 66 voti, confermando la debolezza dell'opposizione parlamentare, l'assenza di una valida alternativa di governo e, di contro, la solidità del Governo socialista. Infine, la terza mozione è stata presentata più di recente, nella primavera del 2017, contro il Governo Rajoy da parte di *Unidos Podemos,* che ha proposto la candidatura di Pablo Iglesias alla presidenza. La mozione è stata respinta con 170 voti contrari e 82 favorevoli, confermando l'impossibilità di coagulare intorno alla figura di Iglesias un consenso parlamentare sufficiente a formare un nuovo governo, e contribuendo, per converso, a rafforzare il Governo minoritario di Rajoy a livello politico-istituzionale. Nell'esperienza spagnola, dunque, l'istituto della sfiducia costruttiva, oltre alla *funzione*

ISSN 2279-7238

manifesta di stabilizzare i governi, ha acquisito la *funzione accessoria* di promuovere un ampio e visibile confronto parlamentare tra il presidente del governo e il suo avversario politico, fungendo, prevalentemente, da strumento di propaganda dell'opposizione parlamentare per presentare il candidato alla *premiership* e il programma politico dinanzi al Congresso dei Deputati e al corpo elettorale. Il parziale snaturamento dell'istituto ha portato parte della dottrina a insistere sui suoi aspetti critici, sulle ragioni della sua inefficacia e inutilità, al punto che si è parlato di funzione ostruttiva della mozione di sfiducia (F. Simon Yarza, *La moción de censura: constructiva u "osbstructiva"?*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 103, 2015, pp. 87-109) e finanche di eutanasia dell'istituto (S. Curreri, *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?,* in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, pp. 160- 165). Non sono mancate valutazioni dottrinali meno critiche che hanno evidenziato soprattutto come, dinanzi all'indebolimento del modello di "bipartidismo imperfecto", la sfiducia costruttiva sia in grado di recuperare il ruolo di strumento costituzionale atto a favorire la stabilità governativa in uscita, senza alcuna possibilità di risolvere a monte i problemi della governabilità in entrata, o tantomeno di incidere sui fattori politici della instabilità governativa (M. Frau, *La disciplina costituzionale della* moción de censura *e l'esigenza di stabilità del Governo di Mariano Rajoy. Una veloce annotazione sul "risorgimento" di un istituto*, in *Forumcostituzionale.it*, del 9 novembre 2017)

Pur rivalutando le potenzialità dell'istituto, non si può non tener conto, in effetti, della situazione di *c.d. equilibrio de debilidades* in cui Governo e Parlamento permangono (J. Sole Tura y A. Aparicio Perez, *Las Cortes Generales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 211) in seguito all'approvazione di una mozione di censura costruttiva da parte di una maggioranza parlamentare fittizia, priva di una coesione politica interna e incapace di esprimere e portare avanti un programma politico unitario. Ne è una dimostrazione la situazione configuratasi con il nuovo Governo iperminoritario monocolore socialista di Pedro Sánchez, sostenuto al momento della votazione della mozione da una ampia maggioranza di forze politiche eterogenee e ideologicamente distanti l'una dall'altra, unite soltanto dalla comune volontà di rispondere alla crisi e

ISSN 2279-7238

destituire il governo in carica, e legate al *costituendo* governo in base a delicati e fragili compromessi in grado di incidere sui complessivi equilibri politico-istituzionali del Paese. Il settimo Presidente spagnolo è, quindi, il primo in assoluto a essere stato investito alla presidenza attraverso il meccanismo della sfiducia costruttiva, ma è anche il presidente del governo più minoritario della storia democratica postfranchista. Il Governo monocolore socialista può contare, infatti, soltanto sugli 84 deputati del suo partito al Congresso dei Deputati e deve fare i conti con una maggioranza politica di segno opposto al Senato. Queste premesse politiche evidenziano la debolezza intrinseca del Governo Sánchez, che già è stato costretto, e lo sarà anche in futuro, a governare tramite una strategia di alleanze parlamentari a geometria variabile, per conseguire gli obiettivi politico-istituzionali del suo governo. In linea generale, Sánchez si è impegnato a fondare la sua azione di governo sul rafforzamento della democrazia, la lotta alla corruzione e alle diseguaglianze sociali, il consolidamento della crescita economica, e soprattutto, su un ambizioso programma sociale e un maggior protagonismo nell'Unione europea. In questi mesi il nuovo Premier ha già incontrato diversi ostacoli per dare attuazione alla sua agenda politica. Ha dovuto, ad esempio, fare i conti con una maggioranza parlamentare contraria agli obiettivi di stabilità di bilancio e debito pubblico adottati dal Consiglio dei Ministri per il periodo 2019-2021, che rappresentavano il primo scoglio procedurale da superare per approvare la legge di bilancio 2019 entro la fine dell'anno in corso. Inoltre, il Premier si è dovuto impegnare sul fronte della delicatissima situazione della secessione catalana. La formazione, sia pur travagliata, del Governo indipendentista catalano guidato da Quim Torra, e la cessazione automatica dell'applicazione dell'articolo 155 Cost. nella Comunità autonoma, hanno costituito sicuramente un punto di partenza importante per ripristinare il dialogo e avviare le negoziazioni con il Governo centrale dopo anni di immobilismo totale. Tuttavia, la ricerca di "una soluzione politica" a un problema politico, secondo le parole di Sánchez, si profila alquanto complessa, poiché i due Governi, quello statale e autonomico, continuano ad avere posizioni nettamente contrapposte sulla questione

ISSN 2279-7238

della secessione catalana. La riattivazione della cooperazione bilaterale di natura intergovernativa principalmente attraverso la riunione della Commissione bilaterale Stato/Generalità, decisa nell'ambito del vertice tra i due leader di governo, costituisce un primo passo importante, ma non certo risolutivo, del problema indipendentista catalano. Sarà molto difficile per il Governo iperminoritario di Sánchez trovare una soluzione politica al conflitto catalano nel complicato scenario parlamentare descritto e in una situazione di instabilità, che non soltanto pone diverse incognite sulla sua azione di governo ma rende finanche incerta la sua durata.

Gli eventi di questi ultimi mesi hanno creato quindi una situazione politica e governativa particolarmente instabile, che lascia intravedere numerose incertezze per il futuro politico-costituzionale del Paese. Ciò che sembra potersi ricavare con maggior certezza dalla vicenda sinteticamente descritta è che i cambiamenti intervenuti in questi ultimi anni tanto nel sistema partitico quanto nella dinamica della forma di governo, nonché la straordinarietà della crisi politica in atto, siano stati degli elementi in grado di rivitalizzare a rivalutare l'utilità, sia pur marginale, di un istituto, come quello della *censura constructiva*, che sembrava quasi eclissato durante la lunga evoluzione maggioritaria della democrazia parlamentare spagnola.

PARTITI

PABLO CASADO NUOVO PRESIDENTE DEL PARTIDO POPULAR

Il **20 e 21 luglio** si è svolto a Madrid il Congresso straordinario del *Partido popular* per eleggere il nuovo leader alla guida del partito, in sostituzione di Mariano Rajoy. Pablo Casado è stato eletto con il 60% dei voti nell'ambito di inedite elezioni primarie interne al partito, superando la sua principale antagonista, Soraya Sáenz de Santamaria, ex vicepresidente del Governo e molto vicina a Mariano Rajoy. Nell'ultima votazione, a cui hanno partecipato anche i c.d. *compromisarios* (rappresentanti degli affiliati nell'ambito del Congresso Nazionale), è stato rovesciato l'esito del 5 luglio in cui Sáenz de Santamaria era risultata vincitrice in una votazione che aveva visto il coinvolgimento esclusivo degli affiliati al partito.

ISSN 2279-7238

Casado, ex vicesegretario e portavoce del PP, legato alla figura di José Maria Aznar, è riuscito a imporsi a Soraya Sáenz de Santamaria, dimostrando, sin dal suo discorso di investitura, di voler imprimere una svolta a destra nella direzione del partito. L'erede di Aznar, che avrà il difficile compito di recuperare il partito sceso ai minimi storici dopo lo scandalo del caso Gürtel, sembra proiettato su un indirizzo molto liberale in campo economico e decisamente conservatore e nazionalista sul piano dei valori. Nei suoi discorsi programmatici, ad esempio, ha fatto riferimento alla strenua difesa del diritto alla vita, al rafforzamento della Costituzione, e alla lotta contro il secessionismo attraverso un inasprimento della legislazione penale.

PARLAMENTO

LEGGE DI BILANCIO 2018 E OBIETTIVI DI BILANCIO 2019

In questi mesi è proseguito e concluso il tormentato iter parlamentare che ha portato all'approvazione definitiva della legge di bilancio per l'anno 2018, sulla quale sono stati raggiunti plurimi compromessi e sulla quale si è giocata la negoziazione con il PNV, dapprima, per la permanenza in carica del Governo minoritario di Mariano Rajoy, e in seguito, per la sua destituzione e la contestuale investitura del nuovo governo Sánchez.

Il 23 maggio, quando era ancora in carica Rajoy, è stato approvato dal Congresso dei Deputati il progetto di legge di bilancio con i 176 voti del PP, *Ciudadadanos, PNV, Unión del Pueblo Navarro, Foro Asturias, Coalición Canaria, Nuevas Canarias*. Per questa votazione è stato decisivo il sostegno dei nazionalisti baschi, con cui il Governo Rajoy è sceso ad ampi compromessi consistenti, principalmente, in una serie di cospicui stanziamenti (540 milioni) per operare investimenti nelle infrastrutture e in altri settori strategici nella Comunità autonoma del Paese Basco. La condizione previa posta da tale partito per concedere il proprio sostegno è stata comunque la cessazione dell'applicazione dell'articolo 155 Cost. in Catalogna. Questa è stata considerata dai nazionalisti baschi la *conditio sine qua non* per l'apertura di qualsiasi negoziazione, specie dopo la scelta di Rajoy di opporsi alle nomine del nuovo governo indipendentista catalano e di prorogare, quindi, l'applicazione di tale articolo.

Pochi giorni prima della votazione in Aula del progetto di legge di bilancio, il più importante organo di partito del nazionalismo basco, *Euzkadi Buru Batzar* (EBB), ha deciso di dare il proprio avallo, sottolineando l'importanza di tale scelta e l'aiuto così offerto per la disattivazione dell'articolo 155 Cost. e il conseguente superamento della situazione di stallo in Catalogna.

ISSN 2279-7238

Il progetto di legge è passato poi all'esame del Senato. In questa Camera è stato oggetto di ben 46 emendamenti presentati principalmente dal PP (17) e dal *Partido Aragonés Regionalista*, PAR (27), e rivolti soprattutto, a ridurre i fondi stanziati per il Paese Basco e a finanziare nuove infrastrutture nella Comunità Autonoma di Aragona. Tali emendamenti sono stati approvati senza l'assenso della maggioranza dei partiti dell'opposizione e con l'astensione del PSOE e *Coalición Canarias*.

I socialisti hanno tenuto fede, così, all'impegno assunto con il PNV di mantenere invariati gli accordi di bilancio concordati con il Governo Rajoy, impegno sul quale si è raggiunto il compromesso tra il neo premier Sánchez e i nazionalisti baschi per votare la sfiducia costruttiva e destituire il governo in carica.

Il **28 giugno** il Pleno del Congresso dei Deputati ha approvato definitivamente *la legge n. 6, 2018, di Bilancio Generale dello Stato per l'anno 2018* (Boe n. 161, del 4 luglio 2018), convalidando 32 dei 46 emendamenti presentati dal Senato, soprattutto su iniziativa del PP. In particolare, non sono passati gli emendamenti proposti dall'ex partito di governo rivolti a tagliare una parte dei fondi stanziati per la Comunità autonoma del Paese Basco.

Il **21 luglio** il Congresso dei Deputati ha respinto gli obiettivi di stabilità di bilancio e di debito pubblico per il complesso delle amministrazioni pubbliche approvati dal Governo Sánchez per il periodo 2019-2021. Gli obiettivi presentavano un aumento del tetto della spesa pubblica del 4,4%, aumento negoziato con Bruxelles in cambio di una revisione del calendario programmato per la riduzione del deficit. La Ministra della Economia, Nadia Calviño, si era impegnata nelle settimane precedenti ad una revisione di oltre 5.000 milioni di euro per il 2019, compatibile con lo sforzo strutturale di riduzione del deficit dello 0,4%. Il Governo iberico contempla un *deficit* massimo dell'1,8% del PIL nel 2019, dell'1,1% per il 2020 e dello 0,4% nel 2021.

La proposta recante gli obiettivi di bilancio non è stata approvata a causa dell'astensione di *Unidos Podemos*, ERC e il PDeCAT, partiti che, pur avendo votato a favore della destituzione del Governo Rajoy e della contestuale investitura di Sánchez, si sono opposti a questa fondamentale iniziativa che rappresentava il primo passo per l'approvazione della legge di bilancio 2019. A suo favore hanno votato, infatti, soltanto il PSOE e il PNV. Con questa manovra l'obiettivo generale del Governo era quello di garantire una maggiore crescita economica attraverso una tassazione più elevata per taluni soggetti, quali le grandi imprese e le banche, al fine di sostenere un aumento della spesa sociale. I partiti politici astensionisti hanno ritenuto insufficienti tali previsioni economiche, anche se non si sono detti contrari a una futura negoziazione e hanno individuato nel potenziale veto del Senato il

ISSN 2279-7238

principale ostacolo alla futura approvazione del bilancio. Hanno suggerito, pertanto, soprattutto *Podemos*, di considerare una riforma della legge di stabilità di bilancio.

Il **25 agosto** il Governo Sánchez, nel timore della proposizione di un veto da parte del Senato, ha stretto un accordo con *Podemos, Erc e Compromís*, per presentare al Congresso dei Deputati una proposta di legge rivolta a eliminare il potere di veto del Senato sugli obiettivi di bilancio e ripristinare, così, la preminenza del Congresso. La riforma legislativa proposta prevede, quindi, una modifica dell'articolo 15 della legge organica n. 2/2012, sulla stabilità di bilancio, per la cui approvazione si richiede di seguire il procedimento di urgenza e lettura unica. I sostenitori di tale riforma ritengono che la legge in questione abbia introdotto un meccanismo distorsivo rispetto al modello di bicameralismo imperfetto che caratterizza il sistema costituzionale spagnolo. La legge prevede, infatti, che se Congresso e Senato respingono gli obiettivi di deficit presentati, il Governo, entro il termine massimo di un mese, dovrà sottoporre un nuovo accordo al medesimo procedimento.

Questa iniziativa di riforma rappresenta un passaggio fondamentale per approvare i nuovi obiettivi di bilancio quanto prima, così come il successivo progetto di legge di bilancio 2019 entro la fine dell'anno in corso.

GOVERNO

LA MOZIONE DI SFIDUCIA COSTRUTTIVA E IL NUOVO GOVERNO MINORITARIO DI PEDRO SÁNCHEZ

Il 1 giugno il Congresso dei Deputati ha approvato con 180 voti favorevoli, 169 contrari e 1 astensione, la mozione di sfiducia costruttiva presentata dalla minoranza parlamentare del gruppo socialista contro il Governo di Mariano Rajoy (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n. 127 del 1 giugno 2018). La mozione di sfiducia, contenente l'indicazione di Pedro Sánchez come candidato alla presidenza del governo, è riuscita a prosperare grazie ai voti di *Unidos Podemos* (67), ERC (9), PDECAT(8), PNV (5), EH Bildu (2) e *Nuevas Canarias* (1), che hanno consentito di ottenere 4 voti in più rispetto alla maggioranza assoluta necessaria ai fini della sua approvazione. Nella sostanza si è rivelato decisivo il sostegno dei partiti del nazionalismo basco e dell'indipendentismo catalano. Nei confronti del primo, il candidato premier si è impegnato a rispettare gli accordi sulla legge di bilancio conseguiti con il Governo Rajoy, confermando, in particolare, lo stanziamento complessivo di 540 milioni di euro per la Comunità autonoma del Paese Basco. Con il PDECAT, invece, Sánchez si è impegnato a sospendere l'applicazione dell'art. 155

ISSN 2279-7238

Cost. (promessa già fatta dal Governo Rajoy), a riaprire il dialogo sulla questione catalana per cercare una soluzione politica al conflitto, nonché a recuperare alcune leggi catalane sospese dal Tribunale costituzionale nell'ultimo triennio su ricorso del Governo Rajoy.

Il giorno stesso il Re Felipe VI ha firmato il Regio Decreto n. 354/2018 (BOE n. 134 del 2 giugno 2018) di nomina di Pedro Sánchez alla carica di Presidente del Governo dopo aver ricevuto formalmente la comunicazione della sua investitura da parte della presidente del Congresso dei Deputati, Ana Pastor. La nomina è avvenuta dopo la cerimonia di insediamento a Palazzo della Zarzuela in cui Pedro Sánchez ha deciso di prestare giuramento davanti al Capo dello Stato senza bibbia e crocifisso.

Pedro Sánchez è divenuto, così, il settimo Presidente del Governo della democrazia spagnola, ma il primo in assoluto a essere investito alla presidenza attraverso il meccanismo della sfiducia costruttiva. Tale meccanismo è riuscito a prosperare, per la prima volta nella storia dell'ultimo quarantennio, grazie alla costruzione di una alleanza eterogena tra forze politiche di diverso colore politico fondata sulla individuazione di un nemico comune, Mariano Rajoy, e sul conseguimento di una serie di compromessi. Il leader socialista si è impegnato, sia prima che durante il dibattito parlamentare, a mantenere invariato il bilancio presentato dal Governo Rajoy e a cercare una soluzione politica al conflitto catalano nel rispetto della Costituzione spagnola. Nel discorso parlamentare Sánchez ha assicurato che il suo governo rispetterà la stabilità di bilancio e gli impegni presi con l'Unione europea, provando a ricalcare "il modello del Governo Zapatero", come riferito dalla capogruppo del PSOE, Margarita Robles.

Il **6 giugno** ha reso noto e comunicato al Re Felipe VI i nominativi del vicepresidente e dei Ministri del nuovo Governo monocolore da lui presieduto, che sono stati nominati, rispettivamente, mediante il regio decreto n. 356/2018 (BOE n. 138, del 7 giugno 2018) e il regio decreto n. 357/2018 (BOE n.138 del 7 giugno 2018), entrambi controfirmati dal premier.

La composizione del nuovo esecutivo evidenzia una vocazione profondamente europeista, sociale, e soprattutto la volontà di promuovere la parità di genere, con la nomina di ben 11 donne su 17 Ministri in totale. La prima donna del nuovo esecutivo è la vicepresidente del Governo, Carmen Calvo, nominata al Ministero della Presidenza, delle relazioni con le Cortes Generales e dell'Uguaglianza. Le altre donne a capo di singoli dicasteri sono: María Dolores Delgado García, al Ministero della Giustizia; Margarita Robles Fernández, al Ministero della Difesa; María Jesús Montero Cuadrado, al Ministero delle Finanze; Nadia María Calviño Santamaría, al Ministero dell'Economia e dell' impresa; Magdalena Valerio Cordero, al Ministero

ISSN 2279-7238

del Lavoro, delle Migrazioni e della Sicurezza sociale; María Isabel Celaá Diéguez, al Ministero della Istruzione e della Formazione professionale; Carmen Montón Giménez, al Ministero della Sanità, del Consumo e del Benessere sociale; María Reyes Maroto Illera, al Ministero dell'Industria, del Commercio e del Turismo; Meritxell Batet Lamaña, al Ministero della Politica territoriale e della Funzione Pubblica; Teresa Ribera Rodríguez, al Ministero per la Transizione ecologica. Solo 6 Ministeri son stati assegnati a uomini: Josep Borrell Fontelles è stato nominato al Ministero per gli affari esteri, Unione europea e cooperazione, Fernando Grande-Marlaska Gómez, al Ministero degli Interni, José Luis Ábalos Meco, al Ministero dello sviluppo, Luis Planas Puchades, al Ministero della Agricoltura, della Pesca e della Alimentazione, Màxim Huerta Hernández, al Ministero della Cultura, Pedro Francisco Duque Duque, al Ministero della Scienza, Innovazione e Università. Non solo più donne, quindi, ma anche più donne nei posti chiave, quali, il Ministero delle Finanze, dell'economia, della Difesa.

Il presidente Sánchez ha deciso di formare un Governo monocolore minoritario socialista, nonostante le insistenze di Podemos per costituire un governo di coalizione. Il nuovo governo sarà costretto a governare con una minoranza di 84 deputati al Congresso di Deputati e una maggioranza di diverso segno politico al Senato. Compito particolarmente arduo che richiederà, presumibilmente, una strategia di alleanze a geometria variabile da attivare, di volta in volta, a seconda delle misure e dei provvedimenti da adottare.

Sánchez ha sottolineato come il suo governo sia pronto ad affrontare le grandi sfide della Spagna del XXI secolo che riguardano, principalmente, la modernizzazione della economia, il consolidamento del ritmo di crescita economica, la lotta contro ogni diseguaglianza sociale, la rigenerazione democratica, la lotta contro la corruzione, e infine il rafforzamento del progetto nazionale, nel rispetto delle diversità, anche nell'ambito dello spazio europeo.

POLITICA ECONOMICA E FINANZIARIA

Il **20 luglio** il Consiglio dei Ministri ha approvato un documento contenente gli obiettivi di stabilità 2019-2021 e il limite di spesa non finanziaria per il 2019 e un informe sullo scenario macroeconomico spagnolo per il periodo 2018-2021. Con questi documenti il nuovo Governo, secondo quanto riferito dalla Ministra delle Finanze, Maria Jesus Montero, conferma le previsioni di crescita economica e il compromesso per ridurre il deficit. Le previsioni relative al deficit rimangono invariate, confermando un deficit pari all'1,8% del PIL per il 2019, dell'1,1% per il 2020, e dello 0,4% per il 2021. I parametri del debito pubblico per il

ISSN 2279-7238

complesso delle pubbliche amministrazioni ammontano al 96,1% del PIL per l'anno 2019, al 94,1% per il 2020, e al 91,5% per il 2021. Quanto alla spesa pubblica, si prevede un tetto limite per il 2019 di 125.064 milioni di euro. Montero ha chiarito che queste previsioni macroeconomiche proseguono l'obiettivo di riduzione del deficit, da un lato, e prevedono un aumento della spesa non finanziaria per il 2019 del 4,4%, con la finalità di promuovere una crescita economica giusta e, soprattutto, di incrementare l'occupazione. Le Comunità autonome saranno le amministrazioni pubbliche che più beneficeranno dei fondi per incrementare i propri bilanci, al fine, soprattutto, di migliorare le prestazioni sociali e il welfare.

POLITICA ESTERA E UNIONE EUROPEA

Il **23 giugno** si è svolto all'Eliseo un incontro tra Pedro Sánchez e il Presidente della Repubblica francese, Emmanuel Macron. Il Presidente spagnolo ha affermato la necessità di rilanciare il progetto europeo e costruire un'Europa che protegga i cittadini nell'ambito economico, sociale, lavorativo e ambientale, difendendo l'idea di un'Europa più forte che sia in grado di rispondere alle sfide globali. Ha dato il suo appoggio entusiasta all'accordo di Mesenberg, siglato da Francia e Germania, sottolineando l'importanza di questa dichiarazione per il futuro dell'Europa. Ha confermato il suo sostegno alla politica di difesa seguita dalla Francia nel Sahel e in altre zone dell'Africa, e, infine, ha analizzato dettagliatamente la proposta di re-industralizzazione del continente europeo avanzata da Macron, concordando di istituire un gruppo di lavoro tra i due governi. Il presidente Sánchez ha annunciato infine un prossimo vertice tra i due leader programmato a Madrid il 26 luglio.

Il **24 giugno** Sánchez ha partecipato a Bruxelles a un prevertice di 16 Paesi Ue sul tema della immigrazione, per giungere a una mediazione in vista del Consiglio europeo del 28 e 29 giugno. Nel corso del vertice l'Italia ha presentato una bozza di proposta articolata in 10 punti per superare il regolamento di Dublino e rafforzare la condivisione delle responsabilità sul problema migratorio. Dall'incontro sono emerse tuttavia le divergenze tra la posizione dell'Italia e quella sostenuta dall'asse franco-spagnolo, soprattutto in riferimento ai centri di protezione che Italia e Francia vorrebbero mantenere nei Paesi europei, al contrario dell'Italia che vorrebbe estenderli anche in Africa.

Il **26 giugno** il neo Presidente Pedro Sánchez ha svolto un incontro a Berlino con la cancelliera Angela Merkel. I due leader hanno espresso la volontà reciproca di rafforzare le relazioni bilaterali tra i due Paesi e cooperare più strettamente nell'ambito dell'Unione europea, adottando un approccio il più possibile condiviso

ISSN 2279-7238

sul tema delle migrazioni, dello sviluppo dell'Unione economica e monetaria e dell'Unione bancaria.

Il 27 giugno Sánchez si è presentato dinanzi al Congresso dei Deputati pochi giorni prima del vertice del Consiglio europeo di giugno per informare sui temi posti all'ordine del giorno e ascoltare i gruppi parlamentari. Nel suo intervento Sánchez ha chiarito che per tutto il corso del suo mandato intende instaurare la prassi di un confronto parlamentare previo a ogni Consiglio europeo, proprio al fine di ascoltare le posizioni di ciascun gruppo parlamentare e integrare la volontà della rappresentanza politica in quella che è divenuta la principale sede decisionale europea. Tale prassi non ridimensiona, ma piuttosto rafforza, la sessione di controllo parlamentare successiva a ogni Consiglio europeo, in cui il Presidente del Governo interviene al Congresso per riferire sugli accordi raggiunti e offrire una sintesi globale di tutti i temi trattati. La discussione parlamentare si è poi incentrata su cinque grandi temi posti all'ordine del giorno del Consiglio europeo, ovverosia migrazione; lavoro, crescita e competitività; sicurezza e difesa; innovazione; quadro finanziario pluriennale; rispetto ai quali si è aperto un dibattito e un confronto che ha visto schierarsi diverse e confliggenti posizioni. In questa occasione il Premier ha ribadito la piena adesione al progetto europeo nella sua interezza ed ha evidenziato la illusorietà di una chiusura a livello nazionale per risolvere problemi, come quello migratorio o la crisi economica, che richiedono di essere affrontati su scala sovranazionale e globale. Nella parte conclusiva del suo intervento il Presidente ha sottolineato come il progresso economico e sociale della Spagna risulti strettamente connesso con quello della Unione europea.

Il **28-29 giugno** il Presidente del governo ha partecipato al Consiglio europeo ove si è discusso prevalentemente dei temi della migrazione, della sicurezza e della difesa, e in misura minore di economia e finanza. Nella conferenza stampa di poco successiva, il Premier spagnolo si è detto soddisfatto dell'accordo raggiunto sul tema migratorio e del fatto che nelle conclusioni del Consiglio sia stato riconosciuto lo sforzo della Spagna per gestire imponenti flussi migratori che interessano, in particolare, l'area del mediterraneo occidentale. Sánchez ha sottolineato l'importanza delle conclusioni del vertice europeo proprio in quanto le istituzioni europee si sono impegnate a destinare ulteriori risorse economiche alla Spagna, così come ad aiutare i paesi di transito per garantire una gestione più ordinata dei flussi migratori. Nel documento conclusivo adottato- si legge in coda al paragrafo 4- che "in considerazione del recente aumento dei flussi nel Mediterraneo occidentale l'Ue sosterrà finanziariamente e non solo tutti gli sforzi compiuti dagli Stati membri, in special modo dalla Spagna, e dai paesi di origine e transito, in particolare il Marocco,

ISSN 2279-7238

per prevenire la migrazione illegale". Il sostegno finanziario dell'Unione europea, il cui importo non è stato ancora quantificato, è stato accordato dopo l'intervento risolutivo della Spagna nel caso della nave Aquarius. L'apertura del porto di Valencia alla nave Aquarius ha permesso di far fronte alla situazione emergenziale creatasi a seguito del diniego espresso da Italia e Malta allo sbarco della nave nei propri porti.

Il **26 luglio** si è svolto al Palazzo della Moncloa un incontro tra il Presidente Sánchez e il Presidente della Repubblica francese, Emmanuel Macron, il secondo dall'insediamento del nuovo governo spagnolo. Nel corso di questo vertice bilaterale sono state approvate due dichiarazioni congiunte riguardanti, rispettivamente, l'immigrazione e l'Unione economica e monetaria. Nella prima dichiarazione si è insistito sull'importanza del problema migratorio e sulla necessità di assumere maggiore solidarietà e responsabilità per offrire delle risposte europee valide a una sfida di portata globale. I due leader hanno individuato tre principi essenziali che dovranno ispirare la politica migratoria europea e nazionale quali, la cooperazione allo sviluppo, la protezione delle frontiere nel rispetto della dignità e dei diritti umani dei migranti, il rafforzamento della cooperazione con i paesi di origine e transito. La strategia comune per affrontare la sfida migratoria prevede la creazione di centri controllati dell'Unione europea gestiti insieme all'Organizzazione internazionale per le migrazioni e all'agenzia dell'ONU per i rifugiati. La strategia prevede inoltre il rafforzamento di FRONTEX, con una maggiore dotazione di risorse umane e materiali, e un suo maggiore sostegno ai paesi di origine, transito e destinazione.

Nella seconda dichiarazione i due capi di governo hanno ribadito la volontà di entrambi i paesi di portare a termine il processo di costruzione della Unione economica e monetaria, nonché di completare l'Unione bancaria, riformare il Meccanismo europeo di stabilita, e realizzare tutte quelle riforme preannunciate in diverse occasione rivolte a creare un sistema efficace per mettere i Paesi della zona euro al riparo da future crisi economiche e finanziare. Nel documento si insiste su questo obiettivo come priorità politica per entrambi i Paesi.

Durante l'incontro i due leader hanno discusso anche del tema della sicurezza e della difesa, rispetto al quale è stata ribadita la volontà di implementare la collaborazione e gli interventi tanto nel quadro dell'Unione europea, quanto attraverso il sistema di difesa comune della NATO.

L'**11 agosto** si è svolto in Andalusia un incontro bilaterale tra il Premier Sánchez e la Cancelliera tedesca Angela Merkel, nel corso del quale sono pervenuti a una intesa sul tema della migrazione e sulla questione della migrazione secondaria. I due leader hanno convenuto una linea d'azione comune sul tema migratorio, fondata sostanzialmente su un sistema di equa distribuzione delle quote e di respingimenti

ISSN 2279-7238

comuni, che intendono sostenere nell'ambito del prossimo summit dell'Ue. I due leader sono pervenuti anche a un'intesa sulla questione della migrazione secondaria. La Spagna si è impegnata a riaccogliere i migranti registrati nel proprio Paese ed entrati in Germania. Quest'ultima, invece, si è impegnata a promuovere un rafforzamento del dialogo e la cooperazione con il Marocco e la Tunisia, sostenendo un aumento dei fondi europei soprattutto nei confronti del Marocco, che rappresenta un paese chiave per il controllo della pressione migratoria sulla Spagna.

CAPO DELLO STATO

LE TENSIONI TRA IL RE FELIPE VI E IL GOVERNO INDIPENDENTISTA CATALANO

Il **29 giugno** il Re Felipe VI ha presieduto la cerimonia per la consegna dei Premi della *Fondazione Princesa de Girona*, a cui non ha partecipato nessun membro del Governo catalano. Il presidente della Generalità, Quim Torra, già aveva preannunciato al Re Felipe VI, nel corso della inaugurazione dei Giochi Mediterranei a Tarragona, che il governo catalano si sarebbe astenuto da qualsiasi atto organizzato dalla monarchia spagnola. Nel discorso pronunciato in questa occasione, il Re ha insistito sulla importanza del rispetto della differenza e delle istituzioni di autogoverno, chiedendo una Catalogna di tutti e per tutti, aperta e plurale.

Il **17 agosto** è insorta in Catalogna una gravissima polemica contro la presenza del Re Felipe VI alle giornate di commemorazione delle 16 vittime dell'attentato terroristico consumatosi l'anno precedente a Barcellona. Nel corso di questa giornata commemorativa è emerso come il Re non sia una figura gradita a una parte della popolazione catalana, nonché la forte resistenza delle istituzioni catalane e, soprattutto, del Presidente della Generalità, a riconoscere al Re il ruolo di rappresentante dell'unità nazionale.

CORTI

LA SENTENZA SUL CASO GÜRTEL

ISSN 2279-7238

Il **24 maggio** i giudici della sezione seconda della Sala Penale dell'Audencia Nacional di Madrid hanno emesso la ben nota e ormai storica sentenza n. 20/2018 sul caso Gürtel, con cui si chiude la lunga indagine avviata dall'allora pubblico ministero, Baltasar Garzón, su un articolato sistema di corruzione che vede pienamente coinvolto il Partito popolare. La sentenza, di ben 1687 pagine, svela una fitta trama di tangenti, reati fiscali, finanziamenti illeciti, riciclaggio, frodi all'amministrazione pubblica, compiuti nel periodo compreso tra il 1999 e il 2005 (Epoca I), e contiene pesantissime accuse per il Partito popolare e per 29 dei 37 imputati. Le pene detentive più drastiche hanno riguardato Francisco Correa, al centro del complesso sistema di corruzione, e condannato a 51 anni e 11 mesi di carcere, nonché l'ex tesoriere del partito, Luis Barcenas, condannato a scontare 33 anni di carcere e a pagare una multa di 44 milioni di euro. Il Partito popolare è stato condannato a pagare 245.492,8 euro con l'accusa di partecipante a titolo lucrativo alla trama di corruzione ideata e diretta da Francisco Correa. E' stata svelata l'esistenza di una cassa B del partito popolare, un fondo contabile occulto e parallelo rispetto a quello ufficiale esistente almeno dal 1989.

Nella sentenza i giudici hanno parlato di un autentico ed efficace sistema di corruzione istituzionale portato avanti attraverso strumenti manipolativi della contrattazione pubblica centrale, autonomica e locale, posti in essere mediante relazioni continuative e stabili tra l'imprenditore Correa e influenti militanti del Partito popolare.

La gravità dei reati e la pesantezza delle condanne contenute nella sentenza rendono il caso Gürtel il più grande scandalo politico della democrazia spagnola, aggravato ulteriormente dalla mancata assunzione della responsabilità politica da parte del Presidente Rajoy. Ciò ha segnato il netto e repentino declino del partito popolare e del Governo Rajoy, sancito solennemente dall'immediata approvazione della mozione di sfiducia costruttiva a favore di Sánchez.

L' EVOLUZIONE DELLA VICENDA GIUDIZIARIA CATALANA

Il **10 luglio** il giudice del Tribunale Supremo di Madrid, Pablo Llarena, ha adottato l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario (causa especial n. 20907/2017) relativo all'indagine del processo indipendentista catalano, paragonata per importanza a quella sul colpo di Stato del 23-F. Nel corso dell'indagine, durata otto mesi, il magistrato Llarena ha adottato una serie di provvedimenti con cui ha ordinato la detenzione preventiva di diversi membri del Governo catalano indipendentista guidato da Carles Puigdemont, e dei leader delle due principali associazioni indipendentiste, *Asemblea Nacional Catalana* e *Omnium Cultural*. Ha bloccato inoltre

ISSN 2279-7238

l'investitura di tre candidati alla presidenza della Generalità e ha avviato indagini contro 25 persone implicate nell'organizzazione del referendum indipendentista e della dichiarazione unilaterale di indipendenza adottata dal Parlamento catalano il 27 ottobre.

Nell'ordinanza conclusiva Pablo Llarena ha decretato la sospensione dalla carica di parlamentare dell'expresidente Puigdemont e dei cinque deputati rinviati a giudizio per reato di ribellione e attualmente in stato di carcerazione preventiva (Junqueras, Romeva Turull, Rull e Sanchez). Questa misura risponde all'applicazione dell'articolo 384 bis della *Ley de Enjuiciamiento Criminal,* che prevede la sospensione automatica e temporanea dalla carica pubblica di soggetti rinviati a giudizio per reato di ribellione nei confronti dei quali sia stata ordinata la carcerazione preventiva come provvedimento di custodia cautelare.

Llarena ha affermato che la sospensione dei deputati è una misura cautelare di natura pubblica e straordinaria finalizzata a preservare l'ordine costituzionale. L'obiettivo è quello di evitare che "personas que ofrecen indicios racionales de haber desafiado y atacado de forma grave el orden de convivencia democrática mediante determinados comportamientos delictivos [...] puedan continuar en el desempeño de una función pública de riesgo para la colectividad".

Il magistrato ha richiesto alla presidenza del Parlamento catalano di dare esecuzione alla decisione di sospensione automatica dei sei deputati, limitatamente al periodo della loro carcerazione preventiva, suggerendo una loro sostituzione temporanea che non alteri la composizione della rappresentanza politica e la maggioranza parlamentare formatasi a seguito delle elezioni. In realtà tale ipotesi non risulta regolamentata né dalla legge elettorale né dal regolamento della camera.

Dal **18 al 24 luglio** il Parlamento catalano ha vissuto un momento particolarmente critico perché si è registrata una frattura tra *Junts per Catalunya* e *Esquerra Republicana* sulle modalità di attuazione dell'ordine di sospensione dei deputati decretata dal giudice Pablo Llarena. Non si è pervenuti a un accordo sulla proposta di risoluzione approvata dai *Letrados* del Parlamento per dare esecuzione al provvedimento giudiziario a causa delle opposte visioni, favorevoli e contrarie, alla sua attuazione. Il presidente del Parlamento catalano, Roger Torrent, e la maggioranza dei gruppi parlamentari, hanno convenuto di non celebrare alcun *pleno* fino alla data del 1° ottobre. La Camera riprenderà la sua attività ordinaria il 2,3 e 4 ottobre, con il dibattito di politica generale. Fino ad allora lavoreranno soltanto le commissioni parlamentari.

Il **19 luglio** il giudice Pablo Llarena ha deciso di ritirare il mandato di cattura europeo nei confronti dell'ex presidente catalano, Carles Puigdemont, e degli altri

ISSN 2279-7238

cinque dirigenti indipendentisti rifugiatisi all'estero, e ha rifiutato l'estradizione concessa dalla magistratura tedesca. Si è opposto così alla decisione dell'Alta Corte dello Schleswig-Holstein di concedere l'estradizione del leader indipendentista alle autorità spagnole soltanto per il reato di appropriazione indebita dei fondi pubblici. Ciò, proprio al fine di evitare un reingresso di Carles Puigdemont nel territorio spagnolo liberato dall'accusa del reato di ribellione per il quale è attualmente perseguito dalla magistratura nazionale e per il quale è possibile, ad esempio, ordinare la carcerazione preventiva. In tal modo il giudice Pablo Llarena, in piena polemica con la magistratura tedesca accusata di mancanza di impegno e presunta violazione dell'ordine costituzionale spagnolo, ha mantenuto fermo tutto l'impianto accusatorio contro la dirigenza del processo indipendentista e l'ordine di detenzione vigente all'interno dell'ordinamento spagnolo

.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE E LA CRISI CATALANA

Il **9 maggio** il Tribunale Costituzionale ha giudicato ammissibile il ricorso di incostituzionalità (c.d. *admisión a tramite*) presentato dal Governo Rajoy contro la riforma della legge n. 2/2018, sulla presidenza catalana, che ammette l'investitura a distanza del Presidente della Generalità. La legge, approvata pochi giorni prima dal Parlamento catalano con i voti dei gruppi indipendentisti, è stata subito impugnata dal Governo spagnolo per presunta violazione dell'articolo 23 della Costituzione e dello Statuto, dopo avere ottenuto un parere negativo sulla sua conformità statutaria da parte del Consiglio delle garanzie statutarie. L'accoglimento del ricorso da parte del Tribunale costituzionale ha determinato la sospensione automatica, almeno per cinque mesi, della riforma con cui *Junts per Catalunya* aspirava a legittimare l'investitura a distanza di Carles Puigdemont. La decisione del Tribunale si pone quindi in linea con quanto già statuito in precedenza, nell'ambito del ricorso governativo contro le risoluzioni parlamentari di investitura di Carles Puigdemont, in cui il Tribunale ha escluso l'ipotesi di un'investitura telematica di Puigdemont, o di qualsiasi altro candidato che non possa essere presente fisicamente, poiché ha giudicato la presenza fisica un requisito imprescindibile per lo svolgimento della sessione di investitura.

Il **17 luglio** il Tribunale costituzionale ha dichiarato ammissibile il ricorso di incostituzionalità (c.d. *admisión a tramite*) presentato dal Governo Sánchez contro la mozione n. 5/XII del Parlamento catalano sulla secessione. L'accoglimento preliminare del ricorso ha determinato l'immediata sospensione della normativa autonomica impugnata ai sensi dell'articolo 161, comma 2 della Cost.

ISSN 2279-7238

LA TRAVAGLIATA FORMAZIONE DEL NUOVO GOVERNO CATALANO DI QUIM TORRA E L'AVANZAMENTO DEL PROCESSO INDIPENDENTISTA

Il **14 maggio**, dopo sei mesi di stallo politico-istituzionale e vari tentativi falliti di investitura, la Catalogna è riuscita ad eleggere il nuovo Presidente della Generalità, l'indipendentista Quim Torra, deputato di *Junts per Catalunya* (JxCat), dirigente dell'associazione *Omnium Cultural,* e legatissimo a Carles Puigdemont. Dopo Jordi Sanchez e Jordi Turull, entrambi in carcere, Quim Torra è stato il terzo candidato alla presidenza e il secondo, dopo Turull, a sottoporsi a una votazione parlamentare. E' stato eletto dal Parlamento catalano in seconda votazione a maggioranza semplice con i 34 voti del suo partito JxCat, i 32 di ERC, e soprattutto grazie all'astensione dei 4 deputati della *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP). Gli indipendentisti radicali hanno optato per questa soluzione nonostante le perplessità di alcuni militanti del partito rispetto a una candidatura giudicata non completamente adeguata a portare a termine il programma repubblicano. La CUP ha chiarito che, nonostante il voto favorevole all'investitura, si collocherà all'opposizione per l'intera durata della legislatura, al fine di controllare ed evitare una deviazione dell'indipendentismo verso l'autonomismo.

Il candidato alla Presidenza si è compromesso con la causa indipendentista sin dal suo discorso di investitura, in cui ha riconosciuto Carles Puigdemont come presidente legittimo e si è impegnato solennemente a costituire "una Repubblica per tutti", dopo un processo costituente sostenuto dal basso, che potrebbe avere anche un esito contrario alla Costituzione. Il Presidente del Parlamento catalano, Roger Torrent, ha comunicato al Re Felipe VI, per mezzo di un documento scritto, l'avvenuta investitura di Quim Torra. Felipe VI, con Regio Decreto 291/2018 (BOE n. 119, del 16/05/2018) , ha provveduto a nominare il nuovo Presidente della Generalità, conformemente a quanto previsto dagli articoli 152, comma 1 della Costituzione e 67 dello Statuto di autonomia.

Durante la cerimonia di insediamento, Quim Torra ha giurato "fedeltà al popolo catalano", omettendo volutamente di fare riferimento al Re e alla Costituzione.

Il **19 maggio** Quim Torra ha reso nota la composizione del suo governo, costituito da un vicepresidente e 13 *consellers*. Tra questi figuravano i nominativi di Jordi Turull, alla presidenza, Antoni Comín alla sanità, Josep Rull i Andreu al territorio e alla sostenibilità, el Lluís Puig, alla cultura. L'indicazione di quattro ministri regionali, perseguiti giudizialmente per aver partecipato ai tentativi di secessione (di cui due in stato di custodia cautelare e due fuggiti in Belgio), ha

ISSN 2279-7238

precluso temporaneamente la formazione del nuovo esecutivo catalano. Il Governo di Mariano Rajoy si è opposto, infatti, alla pubblicazione del decreto di nomina di tali *consellers* nel *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya,* che costituisce un requisito imprescindibile per la formazione del nuovo esecutivo. Ha esercitato così una competenza ad esso spettante ai sensi dell'accordo con cui è stata data attuazione all'articolo 155 Cost.. Il Governo di Mariano Rajoy ha giudicato gravemente provocatoria e irresponsabile la scelta di Quim Torra e ha comunicato, tramite il suo Segretariato, la decisione di non autorizzare la pubblicazione del decreto di nomina dei *consellers* con pendenze giudiziarie e il conseguente mantenimento dell'articolo 155 Cost. Per il Governo spagnolo, così come d'accordo con i leader del PSOE e *Ciudadanos*, la lista dei *consellers* indicati dal neo nominato presidente della Generalità palesa una assenza di lealtà di fondo e qualsiasi volontà di aprirsi al dialogo e alla negoziazione. Torra ha giudicato inaccettabile la mancata disapplicazione dell'articolo 155 Cost. in Catalogna e ha parlato di una crisi istituzionale di proporzioni considerevoli, minacciando di ricorrere ad azioni legali contro il governo per presunta violazione dei diritti politici dei *consellers* che non sono stati nominati.

Il **24 maggio** la *Commissió Jurídica Assessora della Generalitat* si è pronunciata sul merito della questione, ritenendo che l'autorizzazione governativa, sebbene necessaria in forza dell'accordo attuativo dell'art. 155 Cost, si configura come un atto amministrativo di carattere meramente formale e obbligatorio. Ha ritenuto pertanto che la mancata autorizzazione alla pubblicazione delle nomine determini una violazione di legge e sia pertanto ricorribile davanti alla giurisdizione ordinaria o costituzionale.

Il **30 maggio** il Presidente della Generalità ha deciso di sostituire i quattro *consellers* rinviati a giudizio con tre donne e un uomo senza alcuna pendenza giudiziaria. Il Governo Rajoy, in una grave situazione di instabilità conseguente alla sentenza Gürtel, ha confermato di accettare i cambiamenti e sospendere l'applicazione dell'articolo 155 Cost.

Il **1 giugno**, dopo la concessione dell'autorizzazione da parte del governo centrale, è stato pubblicato il decreto n. 3, 2018, del 29 maggio (DOGC n. 7632), di nomina del vicepresidente e dei nuovi componenti del Governo catalano. La formazione del nuovo governo ha avuto come conseguenza giuridica l'automatica disapplicazione dell'articolo 155 Cost. Il **2 giugno** si è svolta al Palazzo della Generalità la cerimonia per la presa di possesso dell'incarico dei 13 *consellers*. La cerimonia, presieduta da Quim Torra, è stata inaugurata dai familiari dei *consellers* non nominati che, per il loro tramite, hanno formalizzato la propria rinuncia simbolica all'incarico davanti alla

ISSN 2279-7238

situazione di blocco creata dai poteri dello Stato. Dopo questo atto formale di rinuncia, i nuovi *consellers* hanno giurato fedeltà al Presidente Quim Torra.

La cerimonia è terminata con il discorso di chiusura di Quim Torra, che ha offerto al nuovo presidente del Governo spagnolo, Pedro Sánchez, di avviare un dialogo bilaterale senza limiti. Ha tuttavia chiarito che l'obiettivo prioritario del nuovo esecutivo sarà quello di trasformare la Catalogna in uno Stato indipendente in forma di Repubblica, cominciando dalle prime misure rivolte a recuperare le leggi sociali sospese dal Tribunale costituzionale e dalla definizione di un piano per superare gli effetti dell'articolo 155 Cost.

Il **5 luglio** il Parlamento catalano, con il voto favorevole dei deputati del blocco indipendentista, ha approvato la mozione n. 5/XII (BOPC n. 121) presentata dalla CUP volta a ratificare gli obiettivi politici della risoluzione del 9 Novembre 2015. Si tratta della risoluzione con cui è stato dato inizio al processo politico per avviare la secessione che è stata in seguito annullata dal Tribunale costituzionale. La mozione n. 5/XII è stata approvata poco dopo l'adozione di una precedente mozione, promossa dal gruppo socialista catalano, rivolta a promuovere il dialogo tra tutti i gruppi parlamentari e ad attivare una nuova tappa di dialogo con il Governo spagnolo. Nella mozione di stampo secessionista si fa riferimento anche a un piano per recuperare le leggi sociali sospese e annullate dal Tribunale costituzionale.

VERTICE BILATERALE SÁNCHEZ/TORRA

Il **9 luglio** si è svolto un incontro tra il Presidente del Governo, Pedro Sánchez, e il Presidente della Generalità, Quim Torra, dopo due anni di stallo totale. Nel corso della riunione entrambi i presidenti hanno concordato di recuperare il dialogo istituzionale principalmente attraverso la riattivazione della Commissione Bilaterale tra lo Stato e la Generalità, che ha cessato di riunirsi dal 2011. Hanno deciso, inoltre, di riavviare le riunioni della *Commissione Mista per gli affari economici e fiscali*, della *Commissione bilaterale delle infrastrutture* e della *Commissione mista per i trasferimenti*. I due presidenti hanno concordato di mantenere una relazione fluida e normalizzata, rilanciando la cooperazione bilaterale attraverso gli organi deputati a svolgere tale funzione. Hanno aperto un terreno di dialogo per negoziare e valutare la possibilità di sospendere i ricorsi presentati dal precedente Governo Rajoy contro 11 leggi aventi un contenuto prevalentemente economico-sociale.

Permane tuttavia tra i due leader ancora una profonda distanza sulla questione indipendentista: Torra vorrebbe svolgere un referendum sulla secessione il cui esito possa essere riconosciuto anche a livello nazionale; Sánchez è completamente contrario a tale opzione perché contraria a Costituzione. Il Governo Sánchez ha

ISSN 2279-7238

presentato infatti il suo primo ricorso contro la mozione secessionista approvata dal Parlamento catalano.

Tuttavia il Presidente del Governo Sánchez ha definito l'incontro un punto di partenza costruttivo per normalizzare le relazioni, precisando che una crisi politica, come quella catalana, non può che essere risolta attraverso una soluzione politica.

LA DISSOLUZIONE DI ETA

Il **3 maggio** l'organizzazione terrorista di ETA ha reso pubblica, tramite un rappresentante del Centro Dialogo Umanitario Henri Dunant, un'ultima dichiarazione in cui conferma la sua definitiva dissoluzione e lo smantellamento delle proprie strutture. I mediatori internazionali hanno chiarito che al dibattito interno hanno partecipato 3.000 persone e che la proposta di dissoluzione ha ricevuto un appoggio elevatissimo.

L'ETA ha deciso di porre fine ai suoi 60 anni di esistenza, smantellando completamente tutte le sue strutture, ponendo fine a tutte le sue attività politiche. Nel comunicato l'ETA annuncia che intende chiudere un ciclo storico di natura conflittuale tra Euskal Herria e gli Stati spagnolo e francese, caratterizzato dall'utilizzo della violenza politica; chiarisce, altresì, che intende materializzare il diritto a decidere come strumento chiave per il riconoscimento nazionale del popolo basco. La dichiarazione finale si conclude con un riferimento a una nuova fase storica anche se non fa menzione alcuna alle vittime né ai danni causati durante un lungo e tragico capitolo della storia spagnola.

In risposta all'annuncio storico di ETA, il Presidente del Governo Mariano Rajoy è intervenuto dal Palazzo della Moncloa per rendere la sua dichiarazione istituzionale con la massima solennità e sobrietà. Ha chiarito che la dissoluzione dell'organizzazione terrorista non porterà alcun beneficio ai detenuti in carcere o ai terroristi che ancora figurano nella lista dei ricercati sulla base di provvedimenti emessi dalle autorità giudiziarie. Los crímenes de eta se seguirán investigando, sus delitos se seguirán juzgando y las condenas se seguirán cumpliendo", ha subrayado, "no hubo ni habr impunidad para Eta". In questo modo il presidente del Governo ha sottolineato come ETA non abbia ottenuto nessuno dei suoi obiettivi politici. Infine, Rajoy ha reso omaggio e commemorato l'ampio numero di vittime riconducibili all'azione terroristica e criminale dell'organizzazione indipendentista durante il lungo arco temporale della sua esistenza.

ISSN 2279-7238

La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei checks and balances?

di Giulia Aravantinou Leonidi*

"There is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive" (C.L. de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, *Book* XI, 6 *Of the Constitution of England*, 1748). Così si esprimeva Montesquieu nel XVIII secolo a proposito della separazione dei poteri, principio cardine del costituzionalismo liberale sul quale si basa anche l'assetto istituzionale statunitense.

Le elezioni presidenziali del 2016 hanno drasticamente contribuito a mutare il clima politico-istituzionale negli Stati Uniti. Attingendo nuovamente all'opera di Montesquieu si può sostenere che il monitoraggio dell'attività istituzionale dell'ultimo biennio sembra confermare l'affermazione, maturata dal filosofo francese oltre due secoli fa, secondo la quale "constant experience shows us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go. […] To prevent this abuse, it is necessary from the very nature of things that power should be a check to power" (de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Book XI, 4, *In what Liberty Consists*).

Da tempo i costituzionalisti di Oltreoceano denunciano la minaccia rappresentata dall'amministrazione guidata dal Presidente Trump al sistema dei *checks and balances* concepito dai padri fondatori[2573]. L'ultimo atto verso il consolidamento della cd. "constitutional trifecta", di cui si è già avuto modo

*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate. Università di Roma "Sapienza".

[2573] James Madison nel Federalist n. 51 spiega la necessità della previsione dei meccanismi cd. di checks and balances sostenendo che "the interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place".

ISSN 2279-7238

di dire in passato nelle pagine di questa rivista [2574], è stato inaugurato dall'annuncio in giugno del pensionamento del giudice Anthony Kennedy, circostanza che ha riaperto la partita delle nomine presidenziali. Negli ultimi trent'anni, il giudice Kennedy si è affermato come uno dei componenti più moderati della Corte Suprema. Il suo voto è stato determinante in alcuni tra i casi più importanti giunti all'attenzione degli *Old Nine* (matrimonio gay, finanziamento delle campagne elettorali, secondo emendamento). Detentore del cd. *swing vote*, decisivo per determinare la maggioranza all'interno della Corte, il suo valore non deriva tanto dalla sostanza delle sue decisioni quanto dal suo approccio al *judiciary decision-making process*.

La nomina da parte dell'allora Presidente Ronald Reagan del giudice Kennedy fu confermata dal Senato nel 1988, successivamente alla mancata conferma di Robert Bork, un pioniere dell'interpretazione giudiziaria conservatrice e originalista, che molti all'epoca ritennero attestarsi su posizioni troppo radicali per poter occupare un posto alla Corte Suprema. La notizia del pensionamento di Kennedy è stata accolta con favore negli ambienti repubblicani, dove l'opportunità di poter controllare il *third branch of government* prospetta la possibilità di determinare il futuro giuridico del Paese per i decenni a venire e di garantire al partito quella continuità minacciata dall'ipotesi che i democratici tornino a controllare il Senato dopo le elezioni di mid-term che si terranno in novembre.

E' proprio l'appuntamento elettorale di novembre ad influenzare gli umori del Presidente e del partito che lo sostiene, deciso a procedere alla nomina e alla conferma di un nuovo giudice prima che si compia l'ennesimo rituale della liturgia elettorale statuitense, questa volta dai possibili esiti sfavorevoli.

[2574] Sia consentito il rinvio a G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La "Constitutional Trifecta" dei Repubblicani . Ovvero quanto sono ancora democratiche le istituzioni americane. Alcune considerazioni a quasi un anno dall'insediamento di Donald Trump alla Casa Bianca*, in Nomos n. 3/2017, pp.1-15.

ISSN 2279-7238

Qualora i democratici dovessero tornare a controllare il Senato, i tempi per la conferma di un giudice nominato da Trump potrebbero allungarsi e l'intero procedimento arenarsi. La tempistica diviene pertanto l'elemento cruciale di questa partita per il controllo della Corte Suprema, così come lo era stata quando, all'indomani della morte del giudice Scalia, Barack Obama aveva nominato Merrick Garland, incontrando l'ostacolo della maggioranza repubblicana al Senato che aveva allora osteggiato la nomina democratica perché a ridosso della scadenza del secondo mandato presidenziale.

Memore dell'infruttuosa esperienza del suo predecessore, Donald Trump non ha perso tempo attingendo, dalla rosa dei venticique possibili papabili, il nominativo di Brett Kavanaugh, giudice della *U.S. Court of Appeals* per il *District of Columbia Circuit* di orientamento chiaramente conservatore che, se confermato, sposterebbe molto a destra gli equilibri della Corte.

Il tema delle nomine presidenziali per la Corte Suprema diviene cruciale a poche settimane dalle elezioni di medio termine. Queste si preannunciano un banco di prova decisivo per un'amministrazione in affanno, provata in questi mesi dalle inchieste congressuali e giudiziarie in relazione al cd. *Russiagate*. L'ipotesi di interferenze russe nelle elezioni presidenziali del 2016 ha avuto sinora quale conseguenza più evidente l'allontanamento dagli incarichi di consulenza di acuni dei più stretti collaboratori di Trump coinvolti direttamente nell'inchiesta. L'ultimo a lasciare in ordine cronologico sarà il consigliere legale Don McGahn, le cui dimissioni, previste per questo autunno, sono state annunciate dal Presidente a fine **agosto**.

La futura composizione della Corte rileva anche in relazione alla costituzionalità dei provvedimenti adottati dall'esecutivo (*travel ban, zero tollerance policy*) e al tema, direttamente collegato all'imminente appuntamento elettorale, della ridefinizione dei collegi elettorali sul quale in questi mesi i supremi giudici hanno avuto modo di pronunciarsi ampiamente, ribaltando nella maggiorparte dei casi le decisioni delle corti inferiori.

ISSN 2279-7238

Alcuni studiosi paventano il rischio che la nomina di un conservatore alla Corte intervenga a rompere il delicato equilibrio costituzionale dato dall'esistenza di quei freni e contrappesi posto a garanzia della separazione dei poteri. Al momento attuale non è possibile verificare tale ipotesi. I risultati delle elezioni di novembre in combinazione con la conferma di un nuovo giudice alla Corte Suprema potranno offrire in futuro degli ulteriori utili elementi di analisi per valutare la tenuta del sistema politico-istituzionale.

ELEZIONI E PARTITI

VERSO LE *MID-TERM ELECTIONS*

In occasione delle primarie per le elezioni di metà mandato, si è fatto spesso riferimento all'anno in corso come 'l'anno delle donne'; in realtà, le elezioni del 2018 potrebbero essere senza precedenti per tutte le minoranze: razziali, ma anche religiose e di orientamento sessuale. E' molto probabile che a novembre ci sarà un numero record di candidate, che hanno vinto le primarie del loro partito: 13 per la carica di governatore, 19 per un seggio in Senato e 198 per uno alla Camera; si tratta, inoltre, di un numero non ancora definitivo: ci sono quasi 100 donne ancora in corsa per la nomination del proprio partito per incarichi in ballo a novembre.

La diversità di candidati, però, riguarda anche altri aspetti ed in particolare l'affermazione e la partecipazione di candidati appartenenti alla comunità Lgbt. Ci sono stati infatti 430 candidati. Sulle schede di novembre, ci saranno due candidati al Senato federale e altri tre possibili candidati; 21 quelli che hanno già vinto le primarie per un seggio alla Camera e quattro quelli che hanno ottenuto la nomination democratica per la carica di governatore. Tra queste c'è anche Christine Hallquist, diventata la prima donna transgender a conquistare la nomination alla carica di governatore di uno dei maggiori partiti, vincendo le primarie democratiche in Vermont. In corsa per la nomination democratica per un seggio dell'Arizona in Senato c'è Krysten Sinema, che è già il primo membro della Camera apertamente bisessuale.

Per quanto riguarda le minoranze religiose, il 2018 sarà un anno importante per i candidati musulmani, mai in numero così elevato sulle schede elettorali dagli attentati dell'11 settembre 2001. Finora, 23 candidati musulmani hanno vinto le rispettive

ISSN 2279-7238

primarie, a tutti i livelli di governo, e quattro sono ancora in corsa. Ci sono cinque candidati alla Camera federale, di cui due repubblicani. Tra le novità innescate dall'imminente appuntamento elettorale vi è anche il ritorno nell'arena politica dell'ex presidente degli Stati Uniti, Barack Obama. I democratici hanno bisogno di guadagnare 23 seggi alla Camera e due al Senato per ottenere la maggioranza in Congresso, a novembre.

Alle elezioni statunitensi di metà mandato a novembre, i californiani dovranno anche decidere se dividere la California in tre Stati. La campagna referendaria 'Cal-3' ha infatti consegnato alle autorità quasi 420.000 firme valide, più di quelle necessarie per sottoporre il quesito alle elezioni.

A sostenere la divisione in tre Stati è Tim Draper, miliardario della Silicon Valley, che in passato aveva anche proposto la divisione in sei Stati. Con il nome California, resterebbero solo le sei maggiori contee costiere, compresa quella di Los Angeles; poi ci sarebbe la Northern California, con 40 contee da Santa Cruz al confine con l'Oregon, comprendendo San Francisco e Sacramento, l'attuale capitale statale; infine, la Southern California, con 12 contee, tra cui quelle di Fresno, Orange e San Diego.

Ogni Stato, pur differente per estensione, avrebbe all'incirca la stessa popolazione degli altri. Secondo un sondaggio di SurveyUSA, il 72% degli elettori registrati si oppone alla divisione e solo il 17% la sostiene. Se gli elettori dovessero approvare il referendum, servirebbe poi l'approvazione delle due Camere del parlamento statale californiano e del Congresso federale; probabile, poi, anche il ricorso ai tribunali per fermare la divisione in tre.

LA PRIMA MUSULMANA AL CONGRESSO

Il Congresso statunitense avrà la prima parlamentare musulmana della sua storia. Rashida Tlaib, infatti, ha vinto le primarie democratiche per il tredicesimo distretto del Michigan, che comprende delle zone periferiche di Detroit, e alle elezioni di novembre non troverà un rivale repubblicano a sfidarla per il seggio alla Camera. Potrà solo essere sfidata da candidati 'write-in', i cui nominativi cioè non sono presenti sulla scheda elettorale, ma devono essere scritti manualmente dagli elettori. Tlaib prenderà il posto di John Conyers, in carica per oltre 50 anni, che si è dimesso a dicembre dopo essere stato accusato di aggressioni sessuali da diverse donne.

ISSN 2279-7238

ECONOMIC GROWTH, REGULATORY RELIEF, AND CONSUMER PROTECTION ACT

La Camera dei Rappresentanti il **22 maggio** con un voto di 258 a 159 ha approvato un disegno di legge dal titolo *Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act*, la cui finalità è riformare una parte del c.d. Dodd-Frank Act, la legge approvata nel 2010 nel corso dell'ammistrazione Obama in risposta alla crisi finanziaria del 2008. A favore del disegno di legge si sono espressi anche 33 rappresentanti del Partito democratico. Il Senato lo aveva già approvato lo scorso marzo col sostegno di esponenti di entrambi i partiti. Si tratta del primo disegno di legge che ha ottenuto il supporto *bipartisan* della camera alta dall'elezione del Presidente Trump nel 2016. Il voto fa seguito ad un *executive order* emanato lo scorso anno con il quale si ordinava lo smantellamento della legge del 2010, concepita allo scopo di impedire alle banche di assumersi dei rischi tali da gettare nuovamente il Paese in una crisi finanziaria. La misura approvata esenta le banche piccole e medie i cui beni ammontino a meno di 250 miliardi di dollari dal sottostare a controlli più stringenti, volti ad accertare la loro capacità di resistenza ad un grave crollo economico; ai sensi della normativa precedente, la soglia utile era di 50 miliardi di dollari. Tale intervento di modifica ridurrà di oltre al metà il numero di banche oggetto di severi controlli, consentendo pertanto ad alcuni di questi soggetti di crescere notevolmente. Nonostante I numerosi interventi di modifica gran parte della normativa del 2010 rimane in vigore. In particolare, a non essere oggetto di modifica è il *Consumer Financial Protection Bureau*, l'organo di vigilanza istituito a seguito della crisi

RUSSIAGATE

La Commissione *Intelligence* del Senato statunitense, controllata dei repubblicani, ha pubblicato il **3 luglio** il rapporto sulle elezioni presidenziali, sostenendo la conclusione di tre agenzie d'*intelligence* (l'*Intelligence Community Assessment* (ICA) prodotto dalla CIA, dal NSA e dal FBI nel gennaio del 2017), secondo cui la Russia cercò di aiutare Donald Trump a vincere interferendo con le elezioni. Per la Commissione *Intelligence* della Camera, invece, la Russia ha interferito nelle presidenziali, ma non ci sono prove che Mosca, con le sue azioni, abbia cercato di favorire Trump a svantaggio della Clinton. Già a **maggio**, la Commissione *Intelligence* del Senato aveva reso noto, con una nota firmata da Warner e dal presidente, il repubblicano Richard Burr, che non vi erano ragioni per mettere in discussione le

ISSN 2279-7238

conclusioni dell'*intelligence*, sottolineando la necessità di innalzare il livello di attenzione in previsione delle elezioni di mediotermine dell'autunno 2018. La Commissione non ha terminato il proprio lavoro, ma continuerà a indagare per scoprire eventuali collusioni tra il Cremlino e lo staff di Trump. Oltre alle indagini del Congresso, è in corso da un anno quella del procuratore speciale, Robert Mueller, indagine che ha scatenato spesso la reazione irritata del Presidente che l'ha definita "una caccia alle streghe". Lo scandalo legato al coinvolgimento della Russia nelle elezioni presidenziali del 2016 continua ad avere pesanti ripercussioni sull'amministrazione statunitense. Le dichiarazioni rese dall'avvocato Cohen il **21 agosto** hanno agitato il Presidente, la cui posizione appare già pesantemente compromessa dal caso giudiziario legato all'ex direttore della sua campagna elettorale, Paul Manafort, giudicato colpevole di frodi bancarie e fiscali. La Costituzione americana non impedisce l'incriminazione di un presidente in carica e la Corte Suprema, nel pieno dello scandalo Watergate, nel 1974 non aiutò a dipanare la questione. Il dipartimento di Giustizia ha storicamente scelto di non farlo e non ci si aspetta che quello con al comando Jeff Sessions cambi orientamento. Pur non chiamando direttamente in causa il Presidente, il caso Manafort contribuisce a conferire nuovo slancio all'inchiesta sul cosiddetto Russiagate condotta dal procuratore speciale Robert Mueller e a gettare nuove ombre sull'amministrazione.

PRESIDENTE ED ESECUTIVO

EXECUTIVE ORDER "AFFORDING CONGRESS AN OPPORTUNITY TO ADDRESS FAMILY SEPARATION"

Il **20 giugno** il Presidente Donald Trump ha firmato un *executive order* che ribalta di fatto la sua politica di separazione delle famiglie derivante dall'approccio "tolleranza zero" adottato dall'amministrazione nei confronti dell'immigrazione illegale. Il provvedimento non estingue i procedimenti in corso a carico di coloro che sono stati colti ad attraversare illegalmente il confine, ma consentirà alle famiglie di rimanere unite nei centri di detenzione gestiti dal *Department of Homeland Security*. Nello specifico nell'*executive order* si legge che : "It is also the policy of this Administration to maintain family unity, including by detaining alien families together where appropriate and consistent with law and available resources. It is unfortunate that Congress's failure to act and court orders have put the Administration in the position of separating alien families to effectively enforce the law ". Allo stato attuale, nonostante il provvedimento, oltre duemila minori sono stati separati dalle proprie

ISSN 2279-7238

famiglie e i tempi per un loro ricongiungimento si annunciano lunghi. Il ripensamento dell'amministrazione Trump giunge in seguito alle numerose proteste manifestatesi sia a livello nazionale che internazionale. Ai primi di **giugno** un giudice federale aveva rilevato la violazione della clausola del due process, mentre in **febbraio** la *American Civil Liberties Union* aveva presentato ricorso .

NOMINA DI KAVANAUGH ALLA CORTE SUPREMA

Il **9 luglio** Donald Trump ha nominato Brett M. Kavanaugh, giudice della US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, alla Corte Suprema per colmare lo scranno rimasto vacante in seguito all'annuncio del Justice Anthony Kennedy di voler rassegnare le proprie dimissioni, divenute effettive il **31 luglio**. Kennedy era stato nominato dal Presidente Ronald Reagan nel 1987. Pur essendo considerate sostanzialmente un moderato dall'ideologia e metodologia neutrale nell'interpretazione del testo costituzionale, egli ha svolto un ruolo fondamentale in occasione delle più important decisioni della Corte, tanto da guadagnarsi l'appellativo di *swing vote*, il voto determinante, vista la composizione della Corte divisa tra quattro giudici conservatori e quattro liberali. Il suo voto è stato decisivo per formare la maggioranza su una vasta gamma di questioni, dall'aborto alla lotta al terrorismo alla pena di morte, dal diritto alle armi ai finanziamenti ai partiti politici per le campagne elettorali. Trump ha presentato Kavanaugh come "a brilliant jurist, with a clear and effective writing style, universally regarded as one of the finest and sharpest legal minds of our time," con "impeccable credentials, unsurpassed qualifications, and a proven commitment to equal justice under the law." L'annuncio del Presidente è stato anticipato da un breve excursus sull'attività svolta dai giudici Kennedy e Scalia nell'ambito della Corte Suprema.

POTERE DI GRAZIA

Il **10 luglio** il Presidente Trump ha accordato la grazia a Dwight Lincoln Hammond Jr. e a suo figlio, allevatori dell'Oregon, che stavano scontando una pensa di cinque anni per aver appiccato incendi su territorio federale. Gli *Executive Grants of Clemency* a favore degli Hammonds si aggiungono alle altre grazie presidenziali concesse da quando Trump è divenuto Presidente, alcune delle quali particolarmente controverse come la grazia postuma a favore di Jack Johnson, il primo campione dei pesi massimi afroamericano, l'ex sceriffo dell'Arizona Joe Arpaio e Scooter Libby.

EXECUTIVE ORDER SUL RECLUTAMENTO DEI GIUDICI AMMINISTRATIVI

ISSN 2279-7238

Il Presidente Trump ha firmato il **10 luglio** un ordine esecutivo che interviene a modificare il procedimento per il reclutamento dei giudici amministrativi. Il provvedimento consente alle agenzie di nominare i giudici amministrativi esentandoli da "competitive examination and competitive service selection procedures." In precedenza i giudici amministrativi erano reclutati attingendo ad una lista generale di candidate qualificati. Il Presidente ha citato una recente pronuncia della Corte Suprema, Lucia et Al. V. Securities and Exchange Commission, emessa il **21 giugno** nella quale la Corte ha sostenuto che i giudici amministrativi sono "officers of the law." In base all'*executive order*, la decisione della Corte ha sollevato una questione relativa al fatto che il processo di selezione competitiva fosse costituzionale ai sensi dell'*Appointments Clause* perché il processo interferiva con la discrezionalità dei capi di agenzia. L'ordine recita: "Regardless of whether those procedures would violate the Appointments Clause as applied to certain ALJs, there are sound policy reasons to take steps to eliminate doubt regarding the constitutionality of the method of appointing officials who discharge such significant duties and exercise such significant discretion". Il provvedimento ha sollevato alcune critiche da parte di coloro che sono convinti che contribuirà a creare una classe di giudici amministrativi meno imparziali e a politicizzare il procedimento di reclutamento.

E-MAIL GATE

Il **12 luglio** il Dipartimento americano di giustizia ha annunciato l'incriminazione di 12 funzionari della Direzione generale dell'intelligence russa (GRU) per aver hackerato le e-mail dei dipendenti e dei volontari della campagna di Hillary Clinton, comprese quelle del capo della campagna elettorale John Podesta. L'incriminazione, approvata dal Procuratore Speciale Mueller, riguarda il reato di cospirazione ai danni degli Stati Uniti, accusa aggravata dai reati di furto di identità e riciclaggio di denaro. L'accusa afferma che gli agenti hanno creato un'e-mail di avviso di sicurezza falsa da Google che ordinava ai destinatari di cambiare le loro password su un sito web creato dalla GRU, dando così ai funzionari l'accesso alle password dei destinatari violando la sicurezza delle reti informatiche del *Democratic Congressional Campaign Committee* e del *Democratic National Committee*. Questa è solo una delle numerose accuse formulate da quando Mueller è stato nominato Procuratore speciale. In **giugno** i procuratori hanno accusato l'ex direttore della campagna di Donald Trump, Paul Manafort, di ostacolo alla giustizia. Per Manafort si tratta della terza incriminazione. In febbraio, 13 russi sono stati accusati di cospirazione al fine di commettere frodi e furto di identità in relazione alla creazione di annunci politici anti-Clinton.

ISSN 2279-7238

SANZIONI ALL'IRAN

Il **6 agosto** il Presidente ha emanato un *executive order* con il quale l'Iran torna ad essere oggetto di sanzioni da parte degli Stati Uniti. Nel corso delle dichiarazioni rese alla stampa la Casa Bianca ha fortemente criticato l'accordo sul nucleare, il *Joint Comprehensive Plan of Action* (JCPOA), concluso il 14 luglio 2015 con il Paese mediorientale dalla precedente amministrazione. Il JCPOA firmato dall'Iran, dalla Germania e dai cinque membri permanenti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e dall'UE, era inteso alla denuclearizzazione dell'Iran. Gli Stati Uniti si erano ritirati dall'accordo già in **maggio** provocando forti reazioni di protesta da parte del Paese islamico. L'amministrazione Trump aveva allora sostenuto che l'accordo "threw a lifeline of cash to a murderous dictatorship that has continued to spread bloodshed, violence, and chaos." L'amministrazione statunitense sostiene che l'Iran abbia utilizzato i fondi ottenuti tramite l'accordo per finanziare il riarmo, attività terriroristiche e per sostenere conflitti fuori dai propri confine nazionali. L'*executive order* 12957 si basa su una folta normativa. In particolare sul *International Emergency Economic Powers Act*, *sul National Emergencies Act*, sull'*Iran Sanctions Act* del 1996, sul *Comprehensive Iran Sanctions*, *Accountability, Divestment Act* del 2010, sull'*Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act* del 2012, sull'*Iran Freedom and Counter-Proliferation Act* del 2012, sull'*Immigration and Nationality Act* del 1952, e sulla sezione 301 del titolo 3 dello *United States Code*. L'ordine limita le singole parti dal commercio di metalli, prodotti petrolchimici, tecnologia, o l'assistenza di esperti di prestito con entità iraniane prescritte. Vieta all'Iran di acquisire banconote statunitensi e limita le transazioni finanziarie sul rial iraniano. L'ordine autorizza anche sanzioni per lo scambio di beni e servizi che potrebbero essere stati utilizzati dal governo iraniano per commettere violazioni dei diritti umani.

LASCIA L'INCARICO IL CONSIGLIERE LEGALE DELLA CASA BIANCA

Il **29 agosto** il Presidente ha annunciato le dimissioni in autunno del consigliere della Casa Bianca Don McGahn, successivamente alla conferma da parte del Senato della nomina del Giudice della Corte Suprema Kavanaugh. McGahn è stato un personaggio di spicco dell'amministrazione Trump sin dalle elezioni del 2016. Prima di lavorare alla Casa Bianca, McGahn è stato partner dello studio legale Jones Day, specializzato in finanziamento delle campagne elettorali, consigliere generale per la campagna di Trump, consulente interno del National Republican Congressional Committee e ex commissario della Federal Election Commission. Nel corso del suo mandato come consigliere della Casa Bianca, McGahn ha svolto la funzione di

ISSN 2279-7238

elemento di collegamento tra il Presidente Trump, i funzionari giudiziari e il Congresso, ha nominato giudici federali conservatori e ha contribuito ad importanti riforme. McGahn è noto per aver collaborato volontariamente con il Procuratore speciale Robert Mueller durante l'inchiesta del *russiagate* che ha portato a speculazioni sulla posizione di McGahn come consigliere della Casa Bianca. All'inizio di **agosto** è stato reso noto che McGahn ha collaborato in diverse occasioni con gli investigatori. Trump deve ancora nominare un sostituto.

CORTI

V EMENDAMENTO

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha respinto il **29 maggio** il caso di City of Hays, Kansas v. Vogt, decidendo che il *writ of certiorari* era stato "improvidently granted." Il caso concerneva la violazione dei diritti derivanti dall'invocazione del quinto emendamento da parte un imputato quando le dichiarazioni sono ammesse come prova ad un'udienza pur non essendo ammissibili nel corso del processo. L'imputato, un ufficiale di polizia, ha affermato che la città lo ha spinto a rilasciare dichiarazioni incriminanti riguardo ad un coltello di cui si era appropriato in servizio per in seguito utilizzare le dichiarazioni rese per istruire un procedimento penale contro di lui. La corte d'appello ha affermato che il Quinto Emendamento costituisce una garanzia contro l'autoincriminazione non solo per i processi penali ma anche in occasione di audizioni. La città ha impugnato la decisione della corte d'appello sostenendo che il caso è stato erroneamente deciso in quanto "la semplice coazione" non viola la clausola di "autoincriminazione. " Entrambe le parti hanno presentato memorie orali in febbraio. La corte non ha fornito spiegazioni per la sua decisione. Il giudice Neil Gorsuch non ha preso parte alla decisione.

IL CASO DELLA TORTA NUZIALE

Il **4 giugno** la Corte Suprema ha dato ragione al pasticcere del Colorado che nel 2012, aveva rifiutato di creare una torta per le nozze di una coppia dello stesso sesso a causa della sua opposizione, fondata su motivi religiosi, al matrimonio *same-sex*, all'epoca non riconosciuto nello Stato. La Corte ha stabilito nella decisione Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission che la decisione della Commission aveva violato la *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento. L'*opinion* della Corte è stata redatta dal Justice Kennedy, al quale si sono uniti il Chief Justice Roberts ed i Justices Breyer, Alito, Kagan e Gorsuch. La coppia aveva promosso un reclamo presso la *Colorado Civil Rights Commission,* in base al *Colorado Anti-Discrimination Act*, la legge statale che vieta la discriminazione per motivi di

ISSN 2279-7238

orientamento sessuale in "un luogo commerciale impegnato in qualsiasi [forma di] vendita al pubblico e qualsiasi luogo che offre servizi […] al pubblico". Secondo il sistema di controllo amministrativo posto in essere dalla stessa legge, la Colorado Civil Rights Division aveva dapprima confermato che esistesse un motivo probabile per ritenere che vi fosse una violazione ed aveva quindi deferito il caso alla suddetta Commission. Quest'ultima aveva rinviato la sua volta il caso ad un giudice amministrativo statale, che aveva deciso a favore della coppia, respingendo le tesi, avanzate dal pasticciere, secondo cui l'obbligo di creare una torta di nozze per un matrimonio same-sex avrebbe leso il suo diritto alla libertà d'espressione, costringendolo ad applicare i suoi talenti artistici per esprimere un messaggio con il quale non era d'accordo, violando così anche il suo diritto alla libertà di culto. La decisione era stata confermata dalla Commission e, poi, dalla corte d'appello del Colorado.

Nel ribaltare la decisione della Corte d'appello del Colorado il giudice Kennedy ha scritto:"Whatever the confluence of speech and free exercise principles might be in some cases, the Colorado Civil Rights Commission's consideration of this case was inconsistent with the State's obligation of religious neutrality. The reason and motive for the baker's refusal were based on his sincere religious beliefs and convictions. The Court's precedents make clear that the baker, in his capacity as the owner of a business serving the public, might have his right to the free exercise of religion limited by generally applicable laws. Still, the delicate question of when the free exercise of his religion must yield to an otherwise valid exercise of state power needed to be determined in an adjudication in which religious hostility on the part of the State itself would not be a factor in the balance the State sought to reach. That requirement, however, was not met here. When the Colorado Civil Rights Commission considered this case, it did not do so with the religious neutrality that the Constitution requires. Given all these considerations, it is proper to hold that whatever the outcome of some future controversy involving facts similar to these, the Commission's actions here violated the Free Exercise Clause; and its order must be set aside ".

La giudice Kagan ha redatto un'opinione concorrente a cui si è unito il giudice Bryer, anche Gorsuch ha redatto una *concurring opinion*, a cui si è unito il giudice Alito. La Justice Ginsburg, nella sua opinione dissenziente, ha ribadito di essere d'accordo con la maggior parte delle affermazioni della maggioranza, e segnatamente sull'impossibilità, per obiezioni fondate su motivi religiosi e filosofici, di impedire l'accesso al mercato a determinate categorie di individui, sulla possibilità per il diritto statale di tutelare le persone omosessuali, sul divieto per esercizi commerciali di

ISSN 2279-7238

apporre manifesti che indichino la volontà di escludere determinate categorie. Tuttavia, la Justice si è dichiarata contraria alle conclusioni dalla maggioranza dedotte da queste posizioni. Inoltre, per la giudice, nell'operato della *Commission* non era ravvisabile una ostilità alla fede, e dunque l'assenza di neutralità richiesta dalla *Free Exercise Clause*, sottolineata dalla maggioranza. Infine, la Justice ha ribadito l'impossibilità di paragonare il caso di specie ad altre vicende analoghe trattate dalla *Commission*.

La decisione non offre tuttavia indicazioni chiare circa le circostanze nelle quali glii esercenti possano invocare il proprio credo religioso per esimersi dal sottostare alla legislazione anti-discriminazione.

HUSTED, OHIO SECRETARY OF STATE V. A. PHILIP RANDOLPH INSTITUTE ET AL. E LA RIMOZIONE DEI NOMINATIVI DAL REGISTRO DEGLI AVENTI DIRITTO AL VOTO

Con una maggioranza di cinque giudici contro quattro, la Corte suprema ha stabilito l'**11 giugno** che la procedura dell'Ohio è conforme alle previsioni del diritto federale. L'*opinion* della maggioranza è stata redatta dal Justice Alito, al quale si sono uniti il *Chief Justice* Roberts ed i Justices Kennedy, Thomas e Gorsuch. L'opinione della maggioranza ha sottolineato che la legge federale permette esplicitamente agli Stati di cancellare dai registri elettorali quegli elettori che non abbiano risposto all'avviso e che non abbiano votato. Infatti, non solo gli Stati possono cancellare gli elettori qualora si verifichino queste due condizioni, ma, secondo la normativa federale, la cancellazione in questi casi è obbligatoria. Nel caso Husted v. A. Philip Randolph Institute è stata messa in discussione la politica di gestione della registrazione degli elettori, che consente al Governo di rimuovere dalla lista di registrazione degli elettori i nominative di coloro che si siano astenuti dal voto per diversi anni. Il *A. Philip Randolph Institute* ha sostenuto che tale norma sia in realtà in contrasto con il *National Voting Rights Act*, legge che determina a livello federale i casi e le condizioni in cui gli elettori possono essere cancellati dai registri elettorali statali. Tra le fattispecie contemplate figura il cambio di residenza. Per procedere ad una tale cancellazione, la legge prevede una serie di circostanze precise, tra cui quelle pertinenti al caso di specie sono le seguenti: (1) l'elettore deve aver confermato il cambio di residenza per iscritto, oppure (2) l'elettore deve aver omesso di rispedire un avviso pre-indirizzato e pre-affrancato alle autorità competenti e non deve aver votato in alcuna elezione tenutasi nel periodo compreso tra l'invio dell'avviso e la seconda elezione federale generale. Inoltre, la legge federale reca la c.d. Failure-to-Vote Clause, secondo cui gli stati non possono eliminare un elettore per il motivo

ISSN 2279-7238

della sua omessa partecipazione al voto; come precisato nel 2002, ciò non significa, comunque, che uno stato non possa avvalersi della procedura descritta sopra: il divieto del Failure-to-Vote Clause significa semplicemente che la mancata partecipazione al voto può costituire uno dei criteri, ma non l'unico, per la cancellazione dal registro elettorale.

L'Ohio ha implementato la legge contestata per mantenere e aggiornare le liste di registrazione degli elettori in conformità al *National Voter Registration Act* del 1993 e al *Help America Vote Act* del 2002, che proibisce agli stati di rimuovere qualsiasi votante dalla lista semplicemente per non aver votato. Secondo la legge dell'Ohio, gli elettori ricevono un avviso dopo due anni dal mancato esercizio dell diritto di voto. Se l'individuo risponde, il loro nome viene mantenuto nella lista. Se l'individuo non risponde e continua a non votare per i successivi quattro anni, il loro nome viene rimosso dalla lista con l'assunto che la persona non risieda più in quel distretto.

Scrivendo per la maggioranza, il giudice Samuel Alito ha spiegato che la legge dell'Ohio: "Does not strike any registrant solely by reason of the failure to vote. Instead, as expressly permitted by federal law, it removes registrants only when they have failed to vote and have failed to respond to a change-of residence notice. … Ohio's process cannot be unreasonable because it uses the change-of-residence evidence that Congress said it could: the failure to send back a notice coupled with the failure to vote for the requisite period. Ohio's process is accordingly lawful ".

Il Justice Stephen Breyer nel redigire l'opinione dissenziente ha sostenuto che:"The Confirmation Procedure will sometimes help provide confirmation of what the initial identification procedure is supposed to accomplish: finding registrants who have probably moved. But more often than not, the State fails to receive anything back from the registrant, and the fact that the State hears nothing from the registrant essentially proves nothing at all ".

L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

Con decisione unanime, resa il **14 giugno**, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che i tribunali statunitensi non devono rimandare all'interpretazione della propria legge da parte di un Governo straniero. La decisione ha annullato la sentenza della Corte inferiore, secondo la quale il Governo degli Stati Uniti era vincolato dall'interpretazione straniera, a condizione che l'interpretazione fosse ragionevole. Nel caso *Animal Science Products, Inc v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co.*, quattro società statunitensi hanno citato una società farmaceutica cinese per aver fissato prezzi sulla vitamina C in violazione dello *Sherman Act*. La società imputata ha affermato che dal momento che il Governo cinese aveva richiesto loro di fissare i prezzi sulla vitamina

ISSN 2279-7238

C, la società non poteva essere ritenuta responsabile. Nel redigere l'opinione unanime della Corte, la Giudice Ruth Bader Ginsburg ha scritto che "a federal court should carefully consider a foreign state's views about the meaning of its own laws[…]But the appropriate weight in each case will depend upon the circumstances; a federal court is neither bound to adopt the foreign government's characterization nor required to ignore other relevant materials." Tale orientamento risulta compatibile con la *Federal Rule of Evidence* 44.1 che richiede alla corte di "consider any relevant material or source" qualora essa sia chiamata ad offrire un'interpretazione della legge straniera.

APPOINTMENTS CLAUSE

Il ricorrente dinanzi alla Corte suprema, il sig. Lucia, era stato accusato dal SEC di aver commesso diverse infrazioni alla normativa sugli strumenti finanziari. A seguito di una decisione a lui avversa dell'*administrative law judge* assegnato al suo caso, Lucia aveva impugnato il procedimento amministrativo, asserendo che fosse da annullare poiché il giudice non era stato nominato ai sensi della Costituzione. Egli argomentava che gli *administrative law judges* fossero "titolari di cariche pubbliche degli Stati Uniti" e, in quanto tali, nei loro confronti dovesse applicarsi la *Appointments Clause* della Costituzione, secondo cui solamente il Presidente degli Stati Uniti, le Corti giudiziarie o i titolari dei singoli Ministeri sono in grado di procedere a tali nomine, ciò che non avveniva nel caso degli *administrative law judges*. La SEC stessa e la Corte di appello per il *D.C. Circuit* avevano respinto le tesi del ricorrente, ritenendo gli *administrative law judges* alla stregua di "dipendenti", in quanto titolari di responsabilità assai meno importanti, rispetto ai titolari di cariche pubbliche, e pertanto non assoggettabili all'*Appointments Clause*. La Corte suprema ha ribaltato tale interpretazione stabilendo, con una decisione resa il **21 giugno** con una schiacciante maggioranza di 6 voti favorevoli e 3 contrari, che i giudici amministrativi sono da ritenersi "officers of the law"ed in quanto tali assoggettabili all'Appointments Clause. Nell'estendere l'opinione di maggioranza la Giudice Elena Kagan, ricostrudendo la giurisprudenza della Corte in material, ha stabilito i criteri in base ai quali distinguere i titolari di cariche pubbliche dai dipendenti. Sulla scorta di tali criteri i primi devono occupare una posizione continuativa creata dalla legge ed esercitare poteri significativi ai sensi delle leggi statunitensi.

La dissenting opinion è stata invece redatta da Sonia Sotomayor si è sostenuto che "Commission ALJs are not officers because they lack final decisionmaking authority."

ISSN 2279-7238

PEREIRA V. SESSIONS LA CORTE SUPREMA INTERPRETA LA "STOP-TIME RULE" DELL'*ILLEGAL IMMIGRATION REFORM AND IMMIGRANT RESPONSIBILITY ACT 1996*

Con la decisione del **21 giugno** la Corte Suprema con un voto di 8-1 ha stabilito nel caso Pereira v. Sessions che un'eccezione di "presenza continua" di 10 anni per i residenti non permanenti non si ferma all'obbligo di comparire per il procedimento di rimozione se l'avviso non indica l'ora o il luogo per cui il residente dovrebbe comparire. Uno degli elementi contenuti nel *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* (IIRIRA) annulla la rimozione di un residente non permanente se è stato "fisicamente presente negli Stati Uniti per un periodo continuativo non inferiore a 10 anni immediatamente precedenti la data di [una] domanda per la cancellazione". Un'eccezione a questa regola, nota come the "stop-time" rule, annulla la durata di 10 anni se la persona è stato notificato l'obbligo a comparire per il procedimento di rimozione. Ma la corte ha sostenuto questo orologio continua ancora a funzionare se l'avviso non è chiaro per quanto riguarda l'ora o il luogo di comparizione. La giudice Sotomayor che ha redatto l'opinione di maggioranza ha scritto "Conveying such time-and-place information to a noncitizen is an essential function of a notice to appear, for without it, the Government cannot reasonably expect the noncitizen to appear for his removal proceedings. To hold otherwise would empower the Government to trigger the stop-time rule merely by sending noncitizens a barebones document labeled "Notice to Appear," with no mention of the time and place of the removal proceedings, even though such documents would do little if anything to facilitate appearance at those proceedings ".

GIURISDIZIONE DELLA CORTE SUPREMA SULLA CORTE DI APPELLO DELLE FORZE ARMATE

Il **22 giugno** la Corte Suprema ha stabilito nel caso Ortiz v. United States che è competente a rivedere le decisioni prese dalla Corte d'Appello delle Forze Armate. Ha anche affermato che è da ritenersi legittimo prestare servizio sia presso la *Court of Military Commissions Review* (CMCR) che presso la *Court of Criminal Appeals* (CCA).

La Corte ha accorpato insieme tre casi: Dalmazzi v. United States , Cox v. United States , Ortiz v. United States. Ciascuno dei firmatari era membro dell'aeronautica ed erano stati condannati per diversi crimini da un tribunale militare. Hanno presentato appello sostenendo che solo i membri dell'esercito possono presiedere un tribunale militare, e i giudici nelle cause in questione erano dei civili in ragione della loro posizione presso la CMCR. "[T]he Constitution grants Congress an unqualified power : to legislate for the District 'in all Cases whatsoever.' Art. I, §8, cl. 17 … When

ISSN 2279-7238

Congress invoked that authority to create a set of local courts, this Court upheld the legislation—even though the judges on those courts lacked Article III protections," ha scritto la giudice Elena Kagan nell'opinione di maggioranza.

Riguardo alla possibilità che una persona possa servire nei due diversi tribunali militari all'interno del CMCR, la Corte ha dichiarato che non vi è alcun motivo per cui servire in entrambi comporterebbe una "indebita influenza" sui colleghi, né un conflitto di interessi. "The CMCR does not review the CCA's decisions (or vice versa); indeed, the two courts do not have any overlapping jurisdiction. They are parts of separate judicial systems, adjudicating different kinds of charges against different kinds of defendants."

TRUMP V. HAWAII

Il **26 giugno** la Corte Suprema nell'esaminare il caso *President of the United States, et al. v. Hawaii et al.*, No. 17-965, 585 U.S. (2018), ha dichiarato la costituzionalità del c.d. *travel ban*, ovvero la *Proclamation* presidenziale n. 96451, che mira ad introdurre procedure più severe nel controllo e nella valutazione dei cittadini stranieri che desiderino recarsi negli Stati Uniti. La Corte ha ribaltato le decisioni delle Corti inferiori, stabilendo che il Presidente ha fatto un uso legittimo dell'ampia discrezionalità di cui gode ai sensi della *Section* 1182(f) di sospendere l'ingresso di cittadini stranieri negli Stati Uniti. La sentenza di fatto costituisce il superamento della sentenza *Korematsu v. United States*, resa dalla Corte suprema nel dicembre del 1944, seppure le motivazioni addotte in questo caso presentino numerose similitudini con quelle utilizzate in quell'occasione. Nel 1944 la Corte Suprema aveva cnfermato la validità di un'ordinanza esecutiva che imponeva la detenzione, presso campi di concentramento, dei cittadini giapponesi residenti negli Stati Uniti.

La decisione del **26 giugno** è stata adottata con una ridotta maggioranza (5 a 4). La *opinion* della maggioranza della Corte è stata redatta dal *Chief Justice* Roberts, al quale si sono uniti i *Justices* Kennedy, Thomas, Alito e Gorsuch; i giudici Kennedy e Thomas hanno entrambi depositato *opinions* concorrenti. I *Justices* Breyer e Sotomayor hanno entrambi redatto *opinions* dissenzienti; al primo, si è unita la giudice Kagan, mentre alla seconda la giudice Ginsburg. Nel testo della opinion di maggioranza si legge: "Under these circumstances, the Government has set forth a sufficient national security justification to survive rational basis review. We express no view on the soundness of the policy. We simply hold today that plaintiffs have not demonstrated a likelihood of success on the merits of their constitutional claim ".

Per quanto riguarda invece la tesi relativa all'*Establishment Clause* del Primo Emendamento, i ricorrenti non sono stati in grado di dimostrare, con un livello di

ISSN 2279-7238

probabilità sufficiente, una violazione da parte della *Proclamation*. Appare opportuno ricordare che la Corte Suprema si è pronunciata sulla terza versione della *Proclamation*, la cui entrata in vigore era stata autorizzata dalla stessa Corte nel dicembre 2017.

In particolare, la *Presidential Proclamation Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry Into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats,* emanata in base alle Sections 1182(f) e 1185(a) del Title 8 dello United States Code, impone diverse limitazioni sull'ingresso dei cittadini degli otto stati a seconda delle circostanze concrete di ciascun paese. La misura non si applica nei confronti dei residenti permanenti degli Stati Uniti e prevede un sistema di esenzioni da determinarsi su base individuale. Inoltre, essa richiede al *Department* di valutare, su base continuativa, l'opportunità di mantenere o modificare le limitazioni e di comunicare il relativo resoconto al Presidente ogni 180 giorni.

CAMPAGNE ELETTORALI DEI GIUDICI

La Corte di Appello del sesto circuito ha confermato la legittimità della normativa vigente in Ohio per lo svolgimento delle campagne elettorali dei giudici sostenendo che essa "strike the delicate balance between the Constitution's commands and the state's desire to protect judicial integrity."

La Canon 4 dell' Ohio Code of Judicial Conduct prescrive dei limiti al finanziamento e alla Condotta dei candidate giudiziari. In particolare, I candidate non possono incoraggiare contributi elettorali, a partire da 120 giorni prima delle primarie e 120 giorni dopo le elezioni generali, né possono opporsi pubblicamente o approvare un candidato per un altro ufficio pubblico o sollecitare personalmente contributi finanziari. Nel caso di specie, i querelanti hanno contestato sei disposizioni, sostenendo la violazione dei loro diritti costituzionali alla libertà di espressione, al giusto processo e alla pari protezione. La Corte ha respinto le argomentazioni dei querelanti, confermando la decisione della corte distrettuale. L'analisi della corte si è concentrata principalemente sull'argomentazione secondo la quale il Codice era "unconstitutionally vague" e carente nell'informare i candidati circa le azioni che potrebbero costituire una violazione della normativa.

LE DIMISSIONI DEL GIUDICE KENNEDY

Il **27 giugno** il Giudice della Corte Suprema Anthony Kennedy ha annunciato il proprio pensionamento che sarà effettivo a partire dal **31 luglio**. Nella lettera inviata al Presidente Trump, Kennedy ha espresso la propria gratitudine per aver avuto l'onore di servire nella Corte Suprema. Kennedy era stato nominato da Reagan nel 1987, egli costituiva la terza scelta del Presidente Repubblicano dopo che il Senato si

ISSN 2279-7238

era rifiutato di confermare la nomina di Robert Bork e dopo che Douglas Ginsburg si era ritirato in seguito ad alcune dichiarazioni compromettenti riguardanti l'uso di stupefacenti.

Il voto del giudice Kennedy è sempre stato considerato decisivo per la formazione della maggioranza all'interno del collegio giudicante, in particolar modo in relazione ai casi di maggiore interesse per gli importanti risvolti di carattere sociale.

IMMIGRAZIONE: *CALIFORNIA IMMIGRANT WORKER PROTECTION ACT*

Il **4 luglio** il giudice John Mendez del *US District Court for the Eastern District of California* ha bloccato l'entrata in vigore dell'*Immigrant Worker Protection Act* recante disposizioni circa il comminamento di multe a carico dei datori di lavoro che acconsentono ad attività di controllo dell'immigrazione non prescritte dalla legge federale. L'atto proibisce ai datori di lavoro di fornire il consenso ad un funzionario dell'immigrazione di "entrare nelle aree non pubbliche di un luogo di lavoro" e di verificare lo stato dell'immigrazione dei dipendenti, salvo quando richiesto dalla legge federale. Il giudice Mendez, citando la *Supremacy Clause* ha sostenuto che come in altri casi di immunità intergovernativa, l'imposizione di multe civili riguarda la scelta di un datore di lavoro di aderire alla normativa federale in materia di immigrazione. A parere di Mendez la previsione di queste sanzioni costituiscono un chiaro tentativo da parte dello Stato di interferire indirettamente con le attività del governo federale. Questo caso si aggiunge agli altri che hanno impegnato le corti in questi mesi in merito alla politica sull'immigrazione dell'Amministrazione Trump e l'esistenza delle città santuario. A giugno una corte ha accordato a Philadelphia lo status di città santuario mentre a marzo un tribunale federale ha confermato la legittimità di una legge del Texas che vieta le città santuario.

IMMIGRAZIONE: *SANCTUARY CITIES*

Il **1 agosto** la *US Circuit Court of Appeals for the Ninth Circuit* ha annullato l'*executive order* del Presidente Trump che poneva fine allo stanziamento di fondi federali a favore delle *sanctuary cities*. L'*executive order* 13.768, "Enhancing Public Safety in the Interior of the United States," aveva ordinato al Procuratore generale e al Segretario del Dipartimento della Sicurezza Nazionale di trattenere i fondi federali di sovvenzione alle cosiddette giurisdizioni delle città santuario. Il ricorso ha contestato l'ordine sostenendone l'incostituzionalità in quanto solo il Congresso può imporre condizioni per gli stanziamenti di sovvenzioni federali.

ISSN 2279-7238

La Corte ha confermato la decisione della Corte distrettuale e ha stabilito che in base al principio della separazione dei poteri e tenendo conto della *Spending Clause*, che conferisce al Congresso il potere esclusivo di imporre condizioni alle sovvenzioni federali, l'Esecutivo non può impedire l'elargizione delle sovvenzioni federali in questione senza l'autorizzazione del Congresso. Poiché il Congresso non ha intrapreso alcuna azione in tal senso, la Corte ha confermato la decisione della Corte distrettuale a favore della città e della contea di San Francisco e alla contea di Santa Clara.

DACA

Il **5 agosto** un Giudice della Corte distrettuale per il District Court of Columbia ha ribaltato la decisione del *Department of Homeland Security*(DHS) di annullare il programma *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA) *program*, ritenendo la decisione arbitraria. La decisione giunge in seguito a un precedente giudizio che aveva accordato al Dipartimento per la Sicurezza Nazionale novanta giorni di tempo per fornire una adeguata motivazione al provvedimento di cancellazione del programma. Il DHS aveva presentato in giugno un memorandum a sostegno del provvedimento, denominato il Nielsen Memo. La Corte ha ritenuto che il memorandum "fails to elaborate meaningfully on the agency's primary rationale for its decision: the judgment that the policy was unlawful and unconstitutional." La Corte ha concesso al DHS venti giorni di tempo per consentire all'agenzia di definire in che modo vogliono appellarsi alla decisione. La corte ha specificato che la decisione non disconosce in alcun modo l'autorità del Dipartimento per la sicurezza nazionale a cancellare il DACA, avendo rilevato esclusivamente l'assenza di una adeguata motivazione all'adozione del provvedimento di estinzione del programma.

L'intenzione di cancellare il programma è presente già da molto tempo nella narrativa delle politiche portate Avanti dall'amministrazione Trump. Il Procuratore Jeff Sessions aveva annunciato per la prima volta l'intenzione di cancellare il programma nel settembre del 2017.

DIRITTO DI VOTO

Un Giudice della Corte distrettuale del New Hampshire ha deciso il **15 agosto** contro la "signature match" law dello Stato, che ha impedito a centinaia di votanti assenti di votare a causa di discrepanze nella firma. Il provvedimento normativo richiede che le firme su "affidavit [s] appaiano eseguite dalla stessa persona che ha firmato la richiesta." Se la firma non sembra essere la stessa, allora il moderatore è tenuto a respingere il voto. Nella opinion il Giudice Landya McCafferty ha

ISSN 2279-7238

sottolineato l'esistenza di diverse ragioni per le quali le firme possono non costituire un indicatore appropriato dell'identità dell'elettore. I fattori involontari includono età, condizioni fisiche e mentali, disabilità, farmaci, stress, incidenti e differenze intrinseche nella coordinazione e posizione neuromuscolare di una persona. Le variazioni sono più frequenti nelle persone anziane, disabili o che parlano inglese come seconda lingua. Il requisito della firma è stato pertanto ritenuto incostituzionale in base alla *Equal Protection Clause* del XIV emendamento.

FOIA

Il **20 agosto** la Corte di appello del secondo circuito ha stabilito che può essere impedita la diffusione delle fotografie dei detenuti di Abu Graib ad opera del personale militare statunitense. Nel 2003 la American Civil Liberties Union aveva presetato richiesta, in base a quanto disposto dal Freedom of Information Act (FOIA), per il rilascio delle foto ritraenti le torture a cui venivano sottoposti i detenuti delle basi statunitensi in Afganistan e in Irak. Il governo ha sostenuto che la diffusione del materiale fotografico può essere impedita sulla base di numerose eccezioni al FOIA. Nel 2009 il Congresso ha approvato il *Protected National Security Documents Act* (PNSDA) provvedimento tramite il quale si accorda al governo discrezionalitàà nella diffusione del materiale fotografico raccolto tra l'11 settembre 2001 e il 22 gennaio del 2009, relative agli individui detenuti dale forze armate statunitensi.

GERRYMANDERING

Il **18 giugno** la Corte Suprema ha pubblicato due decisioni da tempo attese relative a casi di *partisan gerrymandering*. Nel primo caso, *Gill v. Whitford*, No. 16 – 1161, il *Chief Justice* Roberts ha definito questa tipologia di *gerrymandering* "*an unsettled kind of claim*", rimettendo la questione della sua individuazione alle corti inferiori. La Corte ha statuito all'unanimità che gli attori originari, i quali avevano contestato la legittimità costituzionale del *redistricting plan* messo a punto dalla *State Assembly* e dal *Senate* del Wisconsin (entrambi a maggioranza repubblicana), non avevano provato la lesione diretta del diritto di voto, condizione questa che li avrebbe legittimati ad agire in giudizio. I giudici hanno rinviato il caso alla Corte distrettuale per permettere ai soggetti asseritamente lesi di provare l'effettivo depotenziamento del loro diritto, legandolo causalmente al modo attraverso cui il legislativo di livello statale è intervenuto nel delineare i confini dei *voting districts*. Nel secondo caso, relativo al *Maryland, Benisek v. Lamone*, No. 17 – 333, la Corte ha unanimemente deciso a

ISSN 2279-7238

sfavore degli elettori di area repubblicana che lamentavano l'illegittimità costituzionale del piano di ridisegno del *congressional district* del Maryland, affermando che i ricorrenti avevano aspettato troppo a lungo per avere una pronuncia che intervenisse sulla configurazione del distretto, disegnato nel 2011.

Il **26 giugno** un collegio di tre giudici federali ha stabilito che la *Virginia General Assembly* ha violato la *Equal Protection Clause* adottando pratiche di *racial gerrymandering*, categoria basata su una consolidata dottrina e giurisprudenza a partire dagli anni '60. I ricorrenti hanno affermato che l'Assemblea Generale "si è basata prevalentemente sulla razza" quando ha definito i 12 collegi elettorali a maggioranza afroamericana per le elezioni del 2011. La Corte Suprema degli Stati Uniti in precedenza ha confermato il piano di voto per un collegio ma ha rimandato la decisione sulla costituzionalità del piano in relazione agli altri 11 collegi. La Corte ha rilevato che per gli altri 11 distretti, "la razza predominava sui tradizionali fattori di determinazione dei collegi". Il piano di riorganizzazione non era "strettamente adattato per raggiungere [un] interesse statale" sotto il severo test d'esame usato per la discriminazione razziale. La Corte ha ordinato all'Assemblea generale di rideterminare i collegi entro il 30 ottobre. Il tema del *gerrymandering* è di grande attualità politica e costituzionale negli Stati Uniti e riguarda diversi Stati.

Il **25 giugno** la Corte Suprema si è occupata di due casi consolidati, *Abbott v. Perez*, No. 17 – 586 ed *Abbott v. Perez* No. 17 – 626, la maggioranza, riconducibile ai 5 giudici di area conservative, ha determinato il ribaltamento della pronuncia della corte distrettuale. Stando ai giudici di Washington, nella configurazione del *congressional district* e dello *state legislative district* del Texas, non è riscontrabile la violazione della Costituzione né del *Voting Rights Act*, non sussistendo alcuna discriminazione dei votanti basata sull'appartenenza etnica. Il **27 agosto** la Corte distrettuale della California ha annullato ancora una volta la mappa dei collegi per le elezioni al Congresso della Carolina del Nord, rilevando che il legislativo dello Stato si era basato su dati politici per ridisegnare i collegi in modo da favorire i candidati repubblicani. Il partito repubblicano dello Stato ha lasciato intendere che impugnerà la decisione dinanzi alla Corte Suprema.

FEDERALISMO

SANCTUARY CITIES

Il governatore del Tennessee Bill Haslam non ha firmato né ha posto il veto al Tennessee House Bill 2315, consentendo l'entrata in vigore del provvedimento

ISSN 2279-7238

normativo che bandisce le cosiddette "città santuario". Il disegno di legge richiede che le entità statali e locali rispettino la politica di immigrazione federale che vieta le città santuario. In base al disegno di legge, la tolleranza nei confronti delle città santuario comporta la perdita dei finanziamenti statali.

La *Tennessee American Civil Liberties Union* ha espresso disappunto nei confronti della condotta del governatore per non aver apposto il veto sul disegno di legge, definendo la misura "Mass Deportation Legislation". L'organizzazione ha affermato che la misura farà sì che gli immigrati temano l'incontro con le forze dell'ordine che divengono a tutti gli effetti degli "agenti de facto dell'immigrazione ". L'organizzazione ritiene che l'entrata in vigore del provvedimento causerà un aumento dei a detrimento della comunità nel suo complesso.

EQUAL RIGHTS AMENDMENT.

La Illinois House of Representatives ha ratificato il **31 maggio** Equal Rights Amendment (ERA)con un voto di 72-45. Il voto del legislativo dell'Illinois giunge a trentasei anni di distanza dal termine fissato per la ratifica dell'emendamento. L'ERA interviene a modificare il Bill of Rights, vietando la discriminazione di genere da parte del governo. Il Senato aveva ratificato l'emendamento in aprile. L'Illinois è il trentasettesimo stato a ratificare l'ERA, il che significa che solo un altro stato deve farlo. Alcuni sostengono che la ratifica è discutibile in quanto il termine per l'approvazione dell'emendamento era passato. Tuttavia, i sostenitori dell'ERA affermano l'esistenza di precedenti tali da poter affermare che il Congresso possa estendere o rimuovere il termine per l'approvazione

VOTING RIGHTS ACT E *GERRYMANDERING.*

Il **14 giugno** i cittadini dell' Alabama, della Georgia e della Louisiana hanno presentato ricorso contro i rispettivi Stati per aver violato la Section 2 del Voting Rights Act, procedendo a ridefinire l'ampiezza dei collegi elettoraliI ricorrenti richiedono che le mappe per le elezioni del Congresso approvate nel 2011 vengano ridisegnate per rafforzare il voto afroamericano, creando distretti congressuali a maggioranza-minoritaria, consentendo ai cittadini afroamericani di votare legittimamente per il loro candidato. Nella causa intentata dai cittadini della Louisiana si afferma specificamente che i legislatori statali hanno indebolito illegalmente il voto di minoranza collocando cittadini afro-americani. Il *Gerrymandering* è stato oggetto di numerose azioni legali. A maggio l'*American Civil Liberties Union* (ACLU) ha intentato una causa federale contestando la legittimità costituzionale dell'articolazione dei

ISSN 2279-7238

collegi elettorali in Ohio. Il **10 maggio** gli elettori dello Stato dell'Ohio hanno approvato, con il 75% dei voti a favore, un emendamento alla Costituzione statale che interviene a modificare il procedimento per la definizione delle circoscrizioni congressuali. I cambiamenti includono l'istituzione di un comitato *bipartisan* composto dal governatore, segretario di stato e individui che non sono membri del Congresso dell'Ohio, nominati dai membri dei due maggiori partiti politici in ciascuna camera, e altri; l'obbligo di audizioni pubbliche per commentare i piani proposti; e un requisito di voto congressuale bi-partisan più stringente. In precedenza, il processo di definizione della mappa dei collegi statali per le elezioni del Congresso ad opera del legislatore statale, era soggetto al gerrymandering poiché accordava un ruolo preminente alla *redistricting committee* e permetteva al partito di maggioranza di tracciare i confini dei collegi, relegando il partito di minoranza ad un ruolo marginale. In base al *primary issues report*, pubblicato dal Segretario di Stato dell'Ohio, Jon Hosted, l'approvazione dell'emendamento consente di limitare il *gerrymandering* imponendo per la ridefinizione dei collegi elettorali il raggiungimento di un accordo *bipartisan* e l'utilizzo di meccanismi stringenti per limitare le pratiche di gerrymandering. L'Ohio non è il solo Stato che intraprende azioni per limitare il gerrymandering a pochi mesi dallo svolgimento delle elezioni di mediotermine. La Corte Suprema è stata recentemente più volte chiamata a pronunciarsi su questioni relative al ridisegno dei collegi elettorali, riguardanti in particolare gli stati del Maryland e del Wisconsin.

VETO SULLA LEGGE CHE ABOLISCE LA PENA DI MORTE IN NEW HAMPSHIRE

Il **21 giugno** il Governatore del New Hampshire Chris Sununu ha posto il veto a un progetto di legge che avrebbe abolito la pena di morte. Attualmente, la legge afferma: "Una persona condannata per un omicidio capitale può essere punita con la morte". Il disegno di legge proponeva che i colpevoli fossero invece condannati all'ergastolo senza possibilità di beneficiare della libertà condizionale. Nel New Hampshire, pochissime fattispecie che contemplano la possibilità dell'applicazione della pena di morte. Nel New Hampshire, attualmente, c'è una persona nel braccio della morte, mentre l'ultima esecuzione risale al 1939. Non è la prima volta che il New Hampshire è andato vicino ad abolire la pena di morte.

GLI STATI CONTRO LA POLITICA MIGRATORIA DELL'AMMINISTRAZIONE TRUMP

ISSN 2279-7238

Una coalizione di diciassette Stati e il Distretto di Columbia hanno presentato un ricorso il **26 giugno** contro la politica dell'immigrazione avviata dall'amministrazione Trump, che vede i minori allontanati dalle proprie famiglie di origine e il blocco degli ingressi dei richiedenti asilo al confine meridionale del Paese. Gli Stati sostengono che "[n]o law or court decision requires such separation" e che "[d]efendants have adopted the policy as part of their 'zero tolerance' or '100 percent prosecution approach' to individuals who enter the country unlawfully, irrespective of circumstances, and then to use such misdemeanor criminal charges to detain parents indefinitely in federal facilities that cannot accommodate families." Inoltre il ricorso sostiene che l'*executive order* emanato dal Presidente Donald Trump offre un rimedio illusorio alla tragica condizione in cui versano migliaia di persone, poiché di fatto non dispone la fine della politica migratoria avviata dall'amminiistrazione in questi anni . Oltre a chiedere alla corte di impedire al governo federale di negare ai richiedenti asilo l'accesso al Paese e di cessare la separararazione forzosa delle famiglie, i ricorrenti chiedono all'amministrazione di "riunire rapidamente tutti i bambini con i genitori da cui sono stati separati". Il **19 giugno** i procuratori generali di 20 Stati e del Distretto di Columbia avevano inviato una lettera all' Attorney General Jeff Sessions e al *Secretary of Homeland Security* Kirstjen Nielsen chiedendo al Dipartimento di Giustizia di porre fine alla politica di separazione dei minori dalle proprie famiglie.

Gli Stati coinvolti nell'iniziativa sono New Mexico, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Hawaii, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, New York, North Carolina, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Vermont, Virginia e Washington

DIRITTO A PORTARE LE ARMI.

Il **29 agosto** il Senato della California ha approvato con 26 voti favorevoli e 12 contrari e trasmesso al governatore per la firma un progetto di legge che innalza l'età minima per acquistare una pistola da 18 a 21 anni. Il disegno di legge "proibirebbe la vendita o il trasferimento di qualsiasi arma da fuoco da parte di un rivenditore autorizzato, tranne che espressamente esentato, a qualsiasi persona di età inferiore ai 21 anni." In base al disegno di legge, le persone sotto i 21 anni che sono membri dell'esercito, agenti di polizia o chi ha una licenza di caccia attiva sarà esente.

IMPEACHMENT

La West Virginia *House Judiciary Committee* ha adottato il **9 agosto** degli articles of impeachment contro I quattro giudici che attualmente prestano servizio presso la Corte Suprema di Appello dello Stato. Le accuse mosse dal legislativo del West

ISSN 2279-7238

Virginia riguardano l'incapacità dei membri della Corte ad assolvere in maniera adeguata alle mansioni amministrative che il loro incarico gli impone. Gli articoli di impeachment approvati sottolineano come ciascun Giudice "failed to discharge the duties of their offices, and were and are guilty of maladministration,corruption, incompetency, neglect of duty, and certain high crimes and misdemeanors." La Corte Suprema del West Virginia è composta da cinque giudici eletti per un mandato di dodici anni. Il quinto Giudice, Menis Ketchum, si è dimesso in **luglio**. Gli *articles of impeachment* richiedono l'avvio del procedimento di impeachment a carico dei rimanenti quattro giudici (Chief Justice Margaret Workman, Justice Allen Loughry, Justice Robin Davis e Justice Elizabeth Walker).

ISSN 2279-7238

Prerogative presidenziali e accordi di partito: genesi del primo governo italiano bipopulista perfetto *

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

L'esito delle elezioni del 4 marzo scorso ha riverberato i propri effetti anche nel quadrimestre ivi trattato. Come già evidenziato nel precedente fascicolo (quadrimestre gennaio-aprile 2018) la consultazione elettorale ha testimoniato la perdurante crisi di regime e la fase di eterna transizione del sistema politico italiano. Da un'analisi dei dati statistici, sono risultati vincitori politici il Movimento 5 Stelle e la Lega (coalizzata con Forza Italia, Fratelli d'Italia e con la cd. 'quarta gamba' del centro destra), mentre il Partito democratico, maggioranza uscente, ha subito una sonora sconfitta, anche riconducibile al fallimento del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016.

Difatti, in assenza di una maggioranza chiara all'alba del giorno successivo alla chiusura dei seggi, le forze politiche, soprattutto quelle del Movimento 5 Stelle e le altre che componevano la coalizione di centro-destra, hanno reciprocamente rivendicato la rispettiva legittimazione, tanto agli occhi degli elettori quanto a quelli del Capo dello Stato, per la formazione della compagine governativa.

Da un lato, i pentastellati hanno giustificato le proprie richieste in ragione del conseguimento in *plena solitudo* del 32,66% dei voti alla Camera dei deputati e il 32,22% dei voti al Senato della Repubblica; dall'altro la coalizione di centro-destra, composta da Forza Italia, Lega e Fratelli d'Italia e dalla cd. 'quarta gamba' ('Noi con l'Italia', la lista dei centristi che hanno ruotato intorno alla figura di Silvio Berlusconi e che vedeva il coinvolgimento di alcune importanti personalità politiche ed ex

* Nel presente lavoro, l'introduzione riflette l'elaborazione comune degli Autori. Le Sezioni 'Partiti', 'Parlamento' e 'Governo' sono da attribuirsi alla dott.ssa Giuliaserena Stegher. Le Sezioni 'Capo dello Stato', Magistratura, 'Corte' e 'Autonomie' sono da attribuirsi al Dott. Marco Mandato.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

ISSN 2279-7238

Ministri quali Costa, Fitto, Lupi, Romano, Tosi e Zanetti) faceva altrettanto, sulla base del fatto che, unita, avesse conseguito il 37,01% e il 37,49% dei voti nei due rami del Parlamento. Questo dato politico ha trovato giustificazione nella legge elettorale n. 165/2017, modellata dalle forze politiche con l'obiettivo precipuo di premiare le alleanze politiche. In particolar modo, la formula elettorale prescelta è stata espressione dell'accordo tra la maggioranza precedente (Pd) e l'opposizione rappresentata da Forza Italia, che pur essendo stata presentata con il precipuo obiettivo di realizzare una forma di "controllo" sui risultati elettorali, non ha sortito gli effetti sperati.

Stante questi esiti, il Partito democratico si è trovato nell'assoluta incapacità di offrire una proposta valida di programmazione interpartitica di tipo governativo, anche a fronte del fatto che il terremoto elettorale che lo aveva investito, ha fatto deflagrare nuovamente il gruppo dirigente, con le dimissioni, il 5 marzo 2018, del Segretario nazionale Matteo Renzi, alimentando ulteriori conflitti interni.

Esauriti gli adempimenti parlamentari, con l'elezione dei Presidenti di Assemblea (Roberto Fico alla Camera, esponente M5S e Maria Elisabetta Alberti Casellati di Forza Italia) nonché degli Uffici di Presidenza di entrambe le Camere, il Capo dello Stato ha avviato il **4 e 5 aprile** le consultazioni, prodromiche all'eventuale formazione della nuova compagine governativa. Come già evidenziato nella Cronaca costituzionale italiana del n. 1/2018 di questa Rivista, Sergio Mattarella, pur tentando di addivenire ad una soluzione attraverso l'analisi delle posizioni espresse dai partiti e il conferimento di mandati esplorativi ai Presidenti di Senato e Camera, è stato costretto a constatare le difficoltà politico-sistemiche. In considerazione di ciò, lo stesso Presidente Mattarella ha ritenuto utile lasciare un periodo di decantazione che consentisse l'appianamento delle posizioni più intransigenti.

La seconda fase di consultazioni è stata inaugurata nella giornata del **7 maggio** nel corso della quale lo stesso Mattarella ha ricevuto tutti i rappresentanti delle forze politiche elette in Parlamento, nonché i Presidenti di Assemblea e l'ex Capo dello Stato, Senatore a vita Giorgio Napolitano. A conclusione degli incontri, ha tenuto un

ISSN 2279-7238

discorso in cui ha descritto sommariamente il lavoro di verifica di una possibile soluzione dello stallo istituzionale derivante dalla mancata formazione di una maggioranza certa. Nel ringraziare il lavoro della compagine governativa dimissionaria – la quale avendo portato a termine la propria funzione e pertanto "non può ulteriormente essere prorogata in quanto espressa, nel Parlamento precedente, da una maggioranza parlamentare che non c'è più" – è stato costretto a prendere atto della impossibilità di un accordo politico e, nel perdurare della situazione, ha preannunciato la nascita di un Governo neutrale, di servizio. Tale tipologia di Esecutivo avrebbe potuto avere due possibilità: qualora fosse emersa una maggioranza parlamentare in grado di sostenere un Governo politico, il Governo neutrale si sarebbe dovuto dimettere; ovvero, nel caso in cui non si fosse riuscito a raggiungere un accordo, si sarebbe andati ad elezione nei primi mesi del nuovo anno. Il Capo dello Stato ha inoltre preventivato, pur sconsigliando tale ultima ipotesi perché fonte di grave instabilità, di indire nuove elezioni nell'immediatezza, lasciando la scelta tra le soluzioni prospettate ai partiti politici.

Il perdurante stallo non trovava nell'immediato un'adeguata soluzione e, per questo, le forze politiche – soprattutto il Partito democratico – auspicavano un intervento salvifico di matrice presidenziale, come se il Capo dello Stato fosse in grado di dirimere la questione e potesse al tempo stesso accontentare tutte le forze politiche in campo. Ovviamente, nell'impossibilità di trovare una serena soluzione istituzionale di siffatta tipologia, anche in considerazione dei reciproci veti incrociati nei confronti di qualsiasi ipotesi prospettata da Sergio Mattarella, lo stesso si trovava ostaggio di chiusure di rigida portata. Ad ogni proposta avanzata dal Presidente, le forze politiche – soprattutto quelle che si dichiaravano vincitori – sono rimaste compatte nel respingerle, manifestando così un intento ostruzionistico di natura "extraparlamentare".

In virtù delle sollecitazioni provenienti dai principali organi dell'Unione europea ed in considerazione delle scadenze derivanti dall'impegno dell'Italia rispetto ai vincoli sovranazionali, il Presidente Mattarella ha profuso tutto il suo impegno,

ISSN 2279-7238

attendendo novità politiche di rilievo – soprattutto su richiesta di Salvini e Di Maio – e ricevendo più volte a livello informale gli esponenti di M5S e Lega tra il **14** e il **21 maggio** e i Presidenti di Assemblea il **22 maggio**, al fine di riuscire a portare a compimento la formazione dell'Esecutivo senza che il Paese ne uscisse debilitato. Nel frattempo, le turbolenze nell'ambito dei mercati finanziari non si sono fatte attendere, ma hanno mostrato tutta la loro influenza, condizionandone nell'immediato le scelte.

In considerazione di questi fattori di duplice natura, endogena ed esogena, che hanno influito sulla credibilità delle Istituzioni rispetto al fronte interno nonché a quello internazionale, nel tentativo di pervenire ad un compromesso quanto più utile e fattibile, il leader di Forza Italia Silvio Berlusconi ha manifestato il proprio *bene placet* rispetto all'ipotesi avanzata dal capo della Lega Matteo Salvini di provare a formare un Esecutivo a trazione giallo-verde. Il suddetto patto avrebbe dovuto realizzarsi attraverso la conclusione di un accordo di Governo, nella forma di un vero e proprio contratto scritto, che avrebbe dovuto costituire un compromesso di sintesi dei principali punti programmatici con cui i 5 Stelle e Lega, quest'ultima pur nell'ambito della coalizione, si sono presentati agli Elettori.

Dopo settimane di intense mediazioni, la trattativa tra Luigi Di Maio e Matteo Salvini trovava concretizzazione, sia sul programma vero e proprio, sia sulla compagine ministeriale. Relativamente a quest'ultimo aspetto, rinunciando entrambi alla Presidenza del Consiglio, hanno individuato nella figura di Giuseppe Conte (Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università di Firenze) il candidato più adeguato rispetto alle loro visioni a rivestire il ruolo di Capo del Governo.

Per la prima volta nella storia della Repubblica non solo si è giunti alla stipula di un contratto di Governo e, ancor di più, alla determinazione di un paradossale, anomalo e quanto più rischioso precedente istituzionale, non corrispondente ad una regola convenzionale, ossia la definizione e l'elaborazione di una piattaforma di indirizzo politico ufficiale generale prim'ancora che venisse conferito ufficialmente l'incarico dal Presidente della Repubblica. Ciò dunque in totale contrasto rispetto al

ISSN 2279-7238

principio di cui all'art. 95 Cost., nel cui alveo si riconduce la figura del Presidente del Consiglio come organo monocratico responsabile della conduzione e dell'unità dell'indirizzo politico amministrativo della Repubblica[2575].

Il nodo centrale su cui si è concentrata e continua a concentrarsi la dottrina costituzionalistica italiana ed internazionale non è altro che la valenza giuridica o meno dell'accordo di Governo cui si è dato poi concretamente seguito. Difatti, è opportuno in questa sede rilevare che tale fattispecie, mai realizzatasi nel passato – nonostante comunque alcuni precedenti che per certi versi potrebbero essere richiamati [2576] – costituisce una rottura delle regole di natura costituzionale e convenzionale che non deve essere sottovalutata.

Come si evince dalle prime quattro righe del contratto, stipulato nella sua versione definitiva il **18 maggio**, Salvini e Di Maio, rispettivi contraenti per le parti politiche coinvolte, si sarebbero impegnati "*a tradurre questo contratto in una pratica di governo e sono insieme responsabili di tutta la politica dell'Esecutivo*". Appare dunque evidente che, nonostante tale dichiarazione di impegno – ritenuta vincolante dai soggetti coinvolti – sottoscritta dalle due 'parti' politiche, non esista alcuna ombra di dubbio che, ponendosi da una prospettiva puramente e formalmente normativo-giuridica, il

[2575] Per un approfondimento si v. CAPOTOSTI P.A., *Accordi di governo e presidente del Consiglio dei ministri*, Milano, Giuffré, 1974, pp. 123-166. Si rinvia anche a AMATO G., LANCHESTER F. (a cura di), *La riflessione scientifica di Piero Alberto Capotosti sulla forma di governo. Quaderni di Nomos. Le attualità nel diritto*, *Atti del Convegno – Roma 19 marzo 2015*, Milano, Giuffré, 2015.

[2576] Il 10 febbraio 1954, a seguito delle dimissioni della precedente compagine governativa guidata da Fanfani, entra in carica il nuovo Esecutivo a guida di Scelba, il quarto della II Legislatura. Lo stesso trova la sua genesi grazie ad un accordo raggiunto tra la maggioranza democristiana e i socialisti e i liberali. Questi ultimi, pur con un trascurabile apporto, consentono la nascita del nuovo governo. Come si evince dal discorso del nuovo Presidente del Consiglio Mario Scelba, tenuto alla Camera dei deputati il 18 febbraio 1954, l'accordo si era reso necessario in virtù "(…) dei pericoli insiti nella discordia dei partiti della coalizione: come la divisione delle forze democratiche crea le condizioni più favorevoli per l'avanzata delle forze totalitarie, così l'unità ne costituisce l'elemento indispensabile di sicurezza e di forza. Un Governo che deve necessariamente assicurarsi la maggioranza attraverso convergenze occasionali, è fatalmente condotto a eludere i problemi ' fondamentali della vita nazionale: la necessità di eliminare i pericoli insiti in questa situazione, reclama un governo che abbia una politica e una maggioranza che lo sorregga. Ma questo non significa che debba considerarsi commistione innaturale l'adesione all'azione del Governo di altre forze politiche; è invece la direttiva generale del Governo che deve avere una maggioranza concordata. Chi pensasse diversamente finirebbe per rinnegare la funzione del Parlamento, creare per oggi e per domani situazioni rigide e un torbido avvenire politico". Per un approfondimento ulteriore si v. *Atti e documenti della DC, 1943-1967*, *I*, Roma, Edizioni Cinque Lune, I, ed. Novembre 1967, pp. 661 e ss. A conferma della superficiale somiglianza tra la situazione odierna e il precedente appena richiamato, si rileva, tra l'altro, che la formula elettorale proporzionale – nel favorire la formazione di coalizioni post elettorali – incentiverebbe la conclusione di accordi di natura scritta finalizzati a far sì che le parti politiche si sentano impegnate al loro rispetto.

ISSN 2279-7238

cosiddetto accordo-contratto di Governo su cui posa le proprie fondamenta l'attuale Esecutivo è deficitario di valore vincolante. Allo stesso si può esclusivamente attribuire un carattere puramente politico che pur essendo libero nel fine, è deficitario non solo di coercitività ma altresì di giustiziabilità.

Pertanto, una volta che l'alleanza politica ha trovato configurazione in un atto di natura scritta, il Prof. Giuseppe Conte è salito al Quirinale nella serata del **23 maggio**, al cui esito ne è uscito con l'incarico di formare il nuovo Governo, pur accettato con riserva sulla base di una convenzione costituzionale. A seguito delle consultazioni intercorse negli immediati giorni successivi, lo stesso ha proposto il **27 maggio**, in via del tutto informale, al Capo dello Stato la lista dei Ministri, tra cui è figurato il nome di Paolo Savona, indicato come titolare del Dicastero dell'Economia. Tale "candidatura" è stata ritenuta poco opportuna dallo stesso Sergio Mattarella, il quale ha invitato Giuseppe Conte ad individuare un altro nominativo. Si è determinato così un vero e proprio braccio di ferro, dovuto alla sovraesposizione di Paolo Savona rispetto a posizioni – diffuse anche tramite un'intervista rilasciata il 20 giugno 2012 a un quotidiano on line – ritenute eccessivamente critiche nei confronti dell'Unione europea e dell'appartenenza dell'Italia rispetto all'ordine europeo, e quindi considerate possibile fonte di destabilizzazione.

Appurata l'inamovibilità del Capo dello Stato rispetto a ciò e nonostante Savona con un comunicato stampa del **27 maggio** avesse chiarito le proprie posizioni, il Prof. Giuseppe Conte, una volta confrontatosi con i capi politici della coalizione governativa, nella medesima giornata del **27 maggio** ha rimesso il proprio incarico. Sergio Mattarella, nel tentativo di superare il gravissimo stallo causatosi, ha deciso di assumere "opportune iniziative" affidando, nella giornata del **28 maggio**, l'incarico di formare un nuovo Governo all'economista Carlo Cottarelli, il quale si è recato immediatamente al Quirinale per formalizzare la procedura. Nelle ore successive, caratterizzate dal tentativo del Cottarelli di trovare una convergenza interpartitica, tra proteste di piazza – in cui Luigi Di Maio, chiedendo l'impeachment nei confronti del Presidente, ha invocato l'attivazione delle procedure parlamentari ex art. 90 Cost.,

ISSN 2279-7238

senza tuttavia ottenere un consenso dalle altre forze politiche data la palese carenza dei presupposti giuridici circa l'avvio dell'iter – e tensioni a livello interno ed internazionale, si è verificato il clamoroso colpo di scena, tale per cui i capi Di Maio e Salvini hanno rinunciato al nominativo di Paolo Savona, sostituendolo con quello di Giovanni Tria. A Savona sarebbe poi stato affidato il Ministero degli affari europei.

A fronte di questi sviluppi, Carlo Cottarelli, dopo essere stato ricevuto dal Presidente della Repubblica per un confronto il **29 maggio**, il successivo **31 maggio** ha rimesso l'incarico affidatogli ed inaspettatamente, proprio nel momento in cui il paese sembrava affrontare l'ora più buia, il Presidente Mattarella ha convocato il Prof. Giuseppe Conte per affidargli nuovamente l'incarico di formare il nuovo Governo, il quale entrava in carica il **1° giugno** con il rituale giuramento nelle mani del Capo dello Stato. Alla formazione del Governo, seguivano – con significative tensioni politiche – intense trattative tra Lega e Movimento 5 Stelle per raggiungere, in seno all'Esecutivo, un equilibrio circa la distribuzione delle deleghe ai Sottosegretari di Stato, la cui nomina è avvenuta con Decreto presidenziale del **13 giugno**.

Preme ancora una volta sottolineare in questa sede le profonde difficoltà sistemiche dell'Italia, ascrivibili allo smarrimento delle forze politiche nazionali nonché della anomala tendenza nata e sviluppatasi nel corso di questi anni di affidarsi completamente alla saggezza del Capo dello Stato nella risoluzione dei momenti di crisi. È palese che la *moral suasion* esercitata – in questo caso – da Mattarella nei confronti dei due azionisti della maggioranza giallo verde abbia costituito un'applicazione concreta ed ammissibile del principio costituzionale di cui all'art. 92 Cost., che attribuisce al Presidente della Repubblica la compartecipazione sostanziale – e pertanto non soltanto formale – nella valutazione dei nominativi di coloro i quali dovrebbero rivestire il ruolo di Capo del Governo e dei componenti della compagine ministeriale da quest'ultimo indicati.

A ciò si deve aggiungere che la vittoria dei soggetti politici usciti "vincitori" dallo scrutinio di questo inverno, la cui rilevanza prima del 2018 era del tutto trascurabile, ha introdotto un precedente nella storia costituzionale italiana, quello per cui rispetto

ISSN 2279-7238

alle cariche istituzionali, fatta eccezione per la Presidenza del Senato – affidata alla Sen. Maria Elisabetta Alberti Casellati, esponente di Forza Italia –, "winner takes it all".

A conferma di ciò, due recenti sondaggi effettuati dimostrano una piena luna di miele nei confronti del Governo e degli azionisti di maggioranza. Per quanto riguarda il primo sondaggio, realizzato dall'istituto di ricerca Ipsos tra il **24 e 25 luglio** per il Corriere della Sera, si certifica un notevole consenso nei confronti dell'Esecutivo che avrebbe quindi un notevole gradimento; mentre il secondo, realizzato dall'istituto di ricerca SWG nelle giornate comprese tra il **25** e il **30 luglio**, mostrerebbe come una possibile alleanza politica tra Lega e Movimento 5 Stelle avrebbe un consenso elettorale che sfiorerebbe il 60%, pur con una predominanza della prima rispetto al secondo.

Nel mentre, giova segnalare – data la rilevanza politica – che il **12 maggio** è stata concessa la riabilitazione – da parte del Tribunale di Milano – al leader di Forza Italia Silvio Berlusconi il quale, a fronte della condanna per frode fiscale e della successiva dichiarazione di decadenza pronunciata dall'Aula di Palazzo Madama (cfr. Doc. III, n. 1) il 27 novembre 2013 ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 235/2012, ha recuperato il proprio status di *candidabile*. In virtù di ciò, alcuni esponenti politici afferenti all'area di centro destra hanno avanzato l'opportunità di ricorrere allo stratagemma elettorale delle elezioni suppletive per consentire all'ex Presidente del Consiglio di essere eletto già nella Legislatura in corso.

Una questione politicamente rilevante, già affrontata nella precedente Legislatura sia dal Partito democratico – in virtù della presentazione del ddl Richetti (A. C. n. 3225), approvato dalla Camera, ma non calendarizzato nel dicembre 2017 al Senato per l'esame in Aula a fronte di contrasti interni al Pd – sia dal Movimento 5 Stelle (da sempre sensibile sul tema), è quella relativa alla questione dei vitalizi. Dando seguito a quanto preannunciato dal Presidente della Camera Roberto Fico nel suo discorso di insediamento tenuto il 24 marzo 2018, con cui ha posto attenzione sui "costi della democrazia" da realizzarsi mediante il "superamento dei privilegi", l'Ufficio di

ISSN 2279-7238

Presidenza, il **12 luglio** ha deliberato il ricalcolo a fini pensionistici delle quote di assegno vitalizio per quanto riguarda i trattamenti previdenziali di rata e di reversibilità di cui beneficiano i Deputati, il cui mandato si è concluso alla fine del 2011. Sebbene inizialmente il Consiglio di Presidenza del Senato, avesse proceduto ad esaminare la questione, anche tenendo conto degli atti della Camera dei deputati, ha rinviato la questione a maggiori approfondimenti, anticipando peraltro il coinvolgimento del Consiglio di Stato il quale, nella giornata del **26 luglio,** ha espresso il proprio parere. Attraverso una puntuale ricognizione del quadro giuridico e costituzionale, integrata da richiami giurisprudenziali, il Giudice amministrativo ha espresso il proprio parere favorevole all'abolizione dei vitalizi purché la rinnovata normativa sia razionale e non arbitraria, non sia fonte di un irragionevole pregiudizio sulle situazioni giuridiche soggettive degli interessati e sussista una motivata, adeguata e inderogabile esigenza di intervenire o un interesse pubblico generale la cui valutazione deve essere condotta sulla base della fondatezza giuridica del principio del legittimo affidamento.

Una eco mediatica ha provocato un dibattito interparlamentare che ha visto coinvolti i due Presidenti di Assemblea circa l'opportunità che l'Ufficio di Presidenza del Senato potesse adottare analoga delibera per il "taglio dei costi". È evidente che in situazioni di questo genere, il reciproco rispetto di ciascun ambito di autonomia ed indipendenza dei due rami del Parlamento è fonte di discrasia normativa tale da suscitare polemiche politiche e sentimenti di sfiducia nei cittadini nei confronti della classe politica.

PARTITI

MOVIMENTO 5 STELLE

Il **18 maggio** è stato votato dagli iscritti al Movimento, attraverso la piattaforma elettronica Rousseau, il contratto di Governo stipulato con la Lega.

ISSN 2279-7238

LIBERI E UGUALI

Il **26 maggio** si è svolta a Roma l'Assemblea nazionale del Partito per valutare l'opportunità di proseguire in maniera unitaria il percorso politico con tutte le formazioni che si sono coalizzate nelle elezioni politiche del 4 marzo.

PARTITO DEMOCRATICO

Il **19 maggio** si è svolta a Roma l'Assemblea nazionale del Partito all'esito della quale si è deciso di mantenere la reggenza all'ex Ministro Maurizio Martina.

Il **7 luglio** si è svolta nuovamente l'Assemblea nazionale al termine della quale è stato eletto segretario il reggente Maurizio Martina.

Il **13 luglio** sono stati i pubblicati i nominativi che compongono la nuova segreteria in attesa del congresso del partito.

FORZA ITALIA

Nell'ottica di un rinnovamento del partito, per favorirne il rilancio politico, il **5 luglio** il Presidente Silvio Berlusconi ha nominato Antonio Tajani - Presidente del Parlamento Europeo - vice-presidente di Forza Italia.

MDP

Il **22 luglio** l'assemblea politica del partito ha eletto all'unanimità Roberto Speranza coordinatore nazionale.

PARLAMENTO

LE PRIME DIMISSIONI

Il **23 maggio** l'esponente di Fratelli d'Italia Guido Crosetto ha annunciato le dimissioni dalla Camera dei deputati. Per prassi, nel corso della prima votazione le dimissioni sono respinte, al fine di consentire al plenum di comprendere le ragioni sottese alle dimissioni. Il **20 giugno** la Camera si è riunita, ma è stato deciso di rinviare la richiesta ad una seduta successiva, ancora da calendarizzare secondo i desiderata della Conferenza dei presidenti di gruppo.

INTEGRAZIONI ALL'UFFICIO DI PRESIDENZA DELLA CAMERA

ISSN 2279-7238

A seguito della nomina a Ministro di Lorenzo Fontana (Lega) e Riccardo Fraccaro (M5S) il **13 giugno** si è provveduto ad individuare i loro successori all'Ufficio di Presidenza di Montecitorio. Pertanto, la Camera ha eletto Fabio Rampelli Vicepresidente e Federico D'Incà Questore, ai sensi dell'articolo 5, comma 8, del Regolamento.

ESAME ED APPROVAZIONE DEL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA

Nella seduta di martedì **19 giugno** si è svolta la discussione sul documento di economia e finanza 2018 (Doc. LVII, n. 1), al termine della quale la Camera ha approvato la risoluzione D'Uva e Molinari n. 6-00002, con conseguente preclusione delle risoluzioni Fornaro ed altri n. 6-00001, Gelmini, Lupi ed altri n. 6-00003, Rampelli ed altri n. 6-00004 e Boccia ed altri n. 6-00005. Nel corso della seduta la Camera, così come il Senato, ha approvato la risoluzione relativa al Documento di economia e finanza, prodromica alla Legge di Bilancio autunnale

ELEZIONE DEI PRESIDENTI DI COMMISSIONE DELLE PRINCIPALI COMMISSIONI DELLA CAMERA

Nella giornata del **21 giugno** si è proceduto ad eleggere i Presidenti, i Vicepresidenti e i Segretari delle Commissioni permanenti. Nello specifico, alla I Commissione (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) della Camera dei deputati, sono stati eletti a ruolo di Presidente l'On. Giuseppe Brescia (M5S) e al ruolo di Vicepresidenti gli Onn. Annagrazia Calabria (FI) Gianluca Vinci (Lega).

Alla V Commissione (Bilancio) della Camera è stato eletto Presidente Claudio Borghi (Lega) e Vicepresidenti Giuseppe Buonpane e Stefania Prestigiacomo; mentre alla II Commissione (Giustizia), la carica di Presidente è stata affidata a Giulia Sarti (M5S) e quello di Vicepresidente a Riccardo Augusto Marchetti (lega) e Franco Vazio (Pd).

ELEZIONE DEI PRESIDENTI DI COMMISSIONE DELLE PRINCIPALI COMMISSIONI DEL SENATO

Sempre il **21 giugno**, anche il Senato ha provveduto ad individuare coloro che avrebbero rivestito ruoli monocratici al vertice delle articolazioni interne dell'Istituzione: per quanto riguarda la I Commissione, è stato eletto Presidente Stefano Borghesi (L-SP-PSd'Az) e Vicepresidenti Gianluca Perilli (M5S) e Luigi Vitali (FI). Alla II Commissione sono stati eletti al ruolo di Presidente Andrea Ostellari (L-

ISSN 2279-7238

SP-PSd'Az) e come Vicepresidenti Mattia Crucioli e Raffaele Stancanelli; mentre alla V Commissione è stato eletto Presidente Daniele Pesco e Vicepresidenti Cristiano Zuliani (L-SP) e Raffaele Zantetti (FI-BP).

DETERMINAZIONE DEI COMPONENTI DELLE GIUNTE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

Sulla base di quanto sancito dai rispettivi Regolamenti, il Presidente di Assemblea ha proceduto ad individuare i membri della Giunta per il Regolamento, che risulta così composta: Simone Baldelli (FI); Simona Bordonali (Lega); Rosa Maria Di Giorgi (PD); Federica Dieni (M5S); Emanuele Fiano (PD); Elena Maccanti (Lega); Anna Macina (M5S); Roberto Occhiuto (FI); Valentina Palmisano (M5S); Eugenio Saitta (M5S). Ai predetti nominativi è da aggiungere *de iure* quello del Presidente della Camera Roberto Fico, cui spetta la Presidenza dell'organo e che non ha ancora ottemperato alla sua convocazione, sebbene non esista alcun vincolo formale dato il suo ruolo consultivo rispetto all'interpretazione del Regolamento parlamentare.

Per quanto riguarda invece la Giunta per le autorizzazioni, che si è riunita per la prima volta il **26 luglio**, la stessa risulta così composta: Andrea Delmastro Delle Vedove (Fi), che riveste il ruolo di Presidente; Alfredo Bazoli (Pd) e Ingrid Bisa (Lega), che rivestono entrambi il ruolo di Vicepresidente; Roberto Cassinelli (Fi); Gianfranco Di Sarno (M5s); Antonio Lombardo (M5s); Lucia Annibali (Pd); Roberto Cataldi (M5s); Enrico Costa (Fi); Silvia Covolo (Lega); Carla Giuliano (M5s); Mario Perantoni(M5s); Lino Pettazzi (Lega); Giuditta Pini (Pd); Eugenio Saitta (M5s); Carlo Sarro (Fi); Ivan Scalfarotto (Pd); Francesco Paolo Sisto (Fi); Gianluca Vinci (Lega); Catello Vitiello (Misto-Maie); Gloria Vizzini(M5s).

La Giunta delle elezioni, che si è riunita per la prima volta il **18 luglio**, ha proceduto ad eleggere in quella occasione il Presidente, i Vicepresidenti e i Segretari. Dallo scrutinio sono risultati eletti come Presidente l'On. Roberto Giachetti (PD); Felice Maurizio D'Ettore (FI) e Marco Maggioni (Lega), entrambi eletti Vicepresidenti; Stefania Ascari (M5S), Ciro Maschio (FdI) e Alessandro Melicchio (M5S), chiamati a svolgere la funzione di Segretari. Il ruolo di Coordinatore ineleggibilità e decadenze è stato affidato a Marco Maggioni (Lega), mentre quello di coordinatore incompatibitlià a Feice Maurizio D'Ettore. Alla composizione si aggiungono in qualità di membri anche Maria Soave Alemanno (M5S), Giorgia Andreuzza (Lega) Giusi Bartolozzi (FI); Anna Bilotti (M5S); Emanuele Cestari (Lega); Fabiana Dadone (M5S); Giuseppe D'Ambrosio (M5S); Sara De Angelis (Lega); Umberto Del Basso De Caro (Pd); Devis Dovi (M5S); Cosimo Maria Ferri (PD); Gregorio Fontana (FI); Davide Galantino (M5S); Alberto Luigi Gusmeroli

ISSN 2279-7238

(Lega); Cristian Invernizzi (Lega); Martina Nardi (Pd); Lisa Noja (Pd), Martina Parisse (M5S); Pietro Pittalis (FI); Elisa Siragusa (M5S); Alessandro Sorte (FI); Serse Soverini (Misto- Civica Popolare); Nicola Stumpo (LEU).

DETERMINAZIONE DEI COMPONENTI DELLA GIUNTE DEL SENATO

Al Senato, sotto l'egida della Presidente Maria Elisabetta Alberti Casellati, l'organo che pur ancora non ha trovato convocazione (sebbene non ci sia un preciso obbligo in tal senso), è composto da dieci membri, quali: Luigi Augussori (L-SP-PSd'Az); Roberto Calderoli (L-SP-PSd'Az); Lucio Malan (FI); Andrea Marcucci (Pd); Dario Parrini (Pd); Gianluca Perilli (M5S); Vincenzo Santangelo (M5S); Renato Schifani (FI); Danilo Toninelli (M5S); Francesco Zaffini (FdI).

Nella giornata del **18 luglio** si è riunita la Giunta delle elezioni e delle immunità sotto la guida del presidente provvisorio Grasso, che ha coordinato il procedimento di elezione del Presidente. Dallo scrutinio è risultato eletto Maurizio Gasparri (FI-BP), che ha pertanto assunto la Presidenza. A seguito di ciò si è proceduto all'elezione dei Vice Presidenti e dei Segretari, che hanno visto l'elezione di Grazia D'Angelo e Giuseppe Luigi Salvatore Cucca al ruolo di Vicepresidenti, mentre al ruolo di Segretari Luigi Augussori e Pietro Grasso. A differenza delle altre Giunte, quella delle elezioni e delle immunità parlamentari è stata convocata diverse volte nell'arco del quadrimestre ivi trattato ed, in particolare, nella riunione del **1 agosto**, l'organo ha avviato le procedure di nomina dei relatori in tema di verifica dei poteri per le singole Regioni, affinché gli stessi potranno riferire sui ricorsi e sugli esposti.

Nel corso della riunione sono stati altresì definiti i criteri per l'individuazione dei senatori interessati ai ricorsi elettorali e quelli per l'eventuale revisione delle schede, nonché è stata data comunicazione circa la costituzione del Comitato per l'esame delle cariche rivestite dai senatori. Nella riunione del **3 agosto**, la Vicepresidente D'Angelo (M5S) ha riferito circa i contenuti del Comitato, ricordando che la Giunta è chiamata ad esaminare in maniera prioritaria le situazioni relative ad incompatibilità di rango costituzionale. Pertanto, oggetto di discussione è stato il caso di Luciano D'Alfonso, il quale ricopre contemporaneamente carica di Presidente della Regione Abruzzo e quella di Senatore. In considerazione di quanto stabilito dalla Costituzione circa il cumulo di cariche (ex art. 122), dapprima il Comitato e poi la Giunta hanno deciso di dichiarare l'incompatibilità della carica rivestita dal senatore Luciano D'Alfonso, Presidente della Regione Abruzzo. Al fine di rimuovere quanto prima tale situazione, il Presidente ha proposto alla Giunta l'applicazione della prassi per cui è stabilito a tre giorni (dalla data di ricevimento della raccomandata indirizzata al

ISSN 2279-7238

domicilio del soggetto destinatario) il termine per l'esercizio per il diritto di opzione da parte del soggetto coinvolto.

LA *VEXATA QUAESTIO* DELLA RAI E LA DETERMINAZIONE DEL COPASIR

Sulla base di quanto deciso nella riunione del **4 luglio** la Capigruppo del Senato ha stabilito le tempistiche circa la designazione dei membri che avrebbero fatto parte della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, del Copasir, nonché della Giunta delle elezioni e delle immunità. Pertanto si è deciso di fissare all'**11 luglio** la convocazione dei primi due organi collegiali affinché si provvedesse all'elezione dei rispettivi Uffici di Presidenza. Tra l'altro previo accordo con la Camera, il Senato ha avviato le procedure per l'elezione di due componenti del Consiglio di amministrazione della RAI sulla base delle candidature (candidature ricevute dal Senato e candidature ricevute dalla Camera) pervenute secondo quanto disciplinato dall'articolo 49, comma 6-bis, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177. Nella giornata del **16 luglio** l'Aula ha proceduto alla votazione a scrutinio segreto per l'elezione di predetti componenti.

Inoltre, se nella giornata del **18 luglio** sono stati resi noti i nominativi dei membri della Commissione Vigilanza Rai e del Comitato parlamentare per la sicurezza della repubblica (Copasir), qualche settimana dopo la Commissione Vigilanza Rai ha dovuto affrontare una questione di difficile soluzione. Difatti, l'ipotesi di rieleggere il Presidente del CDA Rai in carica Marcello Foa ha destato aspre critiche che ancora non hanno trovato pacifica soluzione[2577].

APPROVATO IL RICALCOLO DEGLI ASSEGNI VITALIZI PER GLI EX DEPUTATI

L'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati, nel corso della riunione del **12 luglio**, ha approvato una delibera con la quale si procederà rideterminare, secondo il metodo di calcolo contributivo, gli assegni vitalizi e le quote di assegno vitalizio dei trattamenti previdenziali pro rata, nonché dei trattamenti previdenziali di reversibilità, relativi agli anni di mandato svolti fino al 31 dicembre 2011. Qualche giorno prima, e più precisamente il **5 luglio**, il Consiglio di Presidenza del Senato, che ha iniziato un'analisi degli atti elaborati dalla Camera dei deputati e della relazione del Collegio dei Senatori Questori, ha ravvisato la necessità di procedere ad ulteriori

[2577] Nel momento in cui si scrivono queste note, è opportuno segnalare che nel mese di settembre sono riprese le trattative tra Forza Italia e Lega per tentare di riproporre alla Commissione di Vigilanza Rai il nominativo di Marcello Foa come Presidente della Rai. Difatti, si ala Commissione di vigilanza Rai sia il Consiglio di amministrazione di Viale Mazzini hanno dato il rispettivo parare positivo alla designazione del Foa a Presidente della Tv pubblica.

ISSN 2279-7238

approfondimenti sulle modalità di ricalcolo e dell'acquisizione di un parere da parte del Consiglio di Stato.

LA PERDURANTE INATTUAZIONE DELL'ART. 49 COST.: PRESENTAZIONE DI PROPOSTE DI LEGGE

I Senatori Richetti (PD) e Bertacco (FDI) e l'Onorevole Rampelli (FDI) hanno presentato iniziative legislative in materia di riconoscimento della personalità giuridica dei partiti. In particolare sono stati presentati il **23 marzo** l'A.C. 325 "Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici", che è stato assegnato per l'esame in Commissione Affari costituzionali il **26 giugno**, sebbene non sia ancora iniziato l'esame. Due mesi dopo, sono stati invece presentati al Senato l'A.S n. 350 finalizzato ad introdurre "Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici" e l'A.S. 422 recante "Disposizioni in materia di partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica". I predetti disegni di legge di iniziativa parlamentare non sono stati però ancora assegnati alla Commissione di merito (Affari costituzionali) per il relativo esame.

PARLAMENTO IN SEDUTA COMUNE

Il **19 luglio** le Camere riunitesi in seduta comune hanno eletto 8 componenti del Consiglio superiore della Magistratura e, come Giudice della Corte Costituzionale, il Prof. Avv. Luca Antonini . Il nuovo Giudice ha prestato poi giuramento davanti al Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, e ai Presidenti di Camera e Senato il **26 luglio**.

ISTITUZIONE DELLE COMMISSIONI D'INCHIESTA EX ART 82 COST.

Il **31 luglio** il Senato ha approvato in via definitiva due disegni di legge, con cui si procede all'istituzione della Commissione di inchiesta Antimafia (testo approvato) (ddl. n. 689) della Commissione d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti (testo approvato) (ddl n. 627). Sul sito internet sono stati altresì pubblicati i Dossier di documentazione Antimafia e il Dossier di documentazione Ciclo rifiuti.

ISSN 2279-7238

APPROVAZIONE CONTO CONSUNTIVO E PROGETTO DI BILANCIO

A seguito della discussione iniziata il **3 agosto**, il **7 agosto** la Camera dei deputati ha approvato il proprio Conto consuntivo per l'anno finanziario 2017 (Doc. VIII, n. 1) e il Progetto di bilancio per l'anno finanziario 2018. (Doc. VIII, n. 2).

GOVERNO

CONSULTAZIONI

Il **23 maggio** il Presidente del Consiglio incaricato Giuseppe Conte ha svolto le proprie consultazioni per la formazione del Governo.

SCIOGLIMENTO DI CONSIGLI COMUNALI

Secondo quanto previsto dall'articolo 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL), il Cdm ha deliberato, su proposta del Ministro dell'interno Marco Minniti, lo scioglimento dei seguenti Consigli comunali: di Trecastagni (CT), Surbo (LE), San Gregorio d'Ippona (VV) e Briatico (VV), in ragione delle riscontrate ingerenze da parte della criminalità organizzata, nel corso della riunione del 16 maggio n. 82.

NOMINA DEL SOTTOSEGRETARIO DI STATO ALLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI E DEI VICE PRESIDENTI DEL CONSIGLIO, NONCHÉ ATTRIBUZIONE DELLE FUNZIONI AI MINISTRI SENZA PORTAFOGLIO

Il **1 giugno**, in occasione della prima riunione del Consiglio dei Ministri, il Presidente del Consiglio Conte ha formulato la proposta di nomina a Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dell'on. Giancarlo Giorgetti, con le funzioni di Segretario del Consiglio medesimo. Il Consiglio ha condiviso la proposta del Presidente e il Sottosegretario Giorgetti ha quindi prestato giuramento e assunto le proprie funzioni. Ha, inoltre, proceduto all'attribuzione delle funzioni ai Vicepresidenti del Consiglio, Sen. Matteo Salvini e On. Luigi Di Maio.

ISSN 2279-7238

Il Presidente Conte ha, altresì, conferito ai Ministri senza portafoglio i seguenti incarichi specifici:

- per i rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta, all'On. Riccardo Fraccaro;
- per la pubblica amministrazione, alla sen.ce Giulia Bongiorno;
- per gli affari regionali e le autonomie, alla Sen.ce. Erika Stefani;
- per il Sud, alla Sen.ce Barbara Lezzi;
- per la famiglia e le disabilità, all'On. Lorenzo Fontana;
- per gli affari europei, al prof. Paolo Savona.

DICHIARAZIONI PROGRAMMATICHE DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI PER LA FIDUCIA DELLE CAMERE

Il **5 e 6 il giugno**, rispettivamente al Senato e alla Camera, il Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte ha reso le dichiarazioni programmatiche del Governo ai fini della concessione della fiducia.

NOMINA DEI SOTTOSEGRETARI DI STATO

Nel corso del Consiglio dei Ministri n. 3 tenutosi il **12 giugno** il Consesso ha provveduto alla nomina di 45 Sottosegretari di Stato. Il **13 giugno** è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il decreto presidenziale di nomina dei Sottosegretari di Stato, con l'indicazione delle relative deleghe.

La compagine risulta così composta:

Sono nominati Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri: pres. Luciano Barra Caracciolo; on. Stefano Buffagni; on. Giuseppina Castiello; sen. Vito Claudio Crimi; on. Mattia Fantinati; on. Guido Guidesi; sen. Vincenzo Santangelo; on. Vincenzo Spadafora; on. Simone Valente; sig. Vincenzo Zoccano;

per gli Affari esteri e la cooperazione internazionale: on. Emanuela Claudia Del Re; on. Manlio Di Stefano; sen. Ricardo Antonio Merlo; on. Guglielmo Picchi;

Per l'Interno: sen. Stefano Candiani; dott. Luigi Gaetti; on. Nicola Molteni; on. Carlo Sibilia;

Per la Giustizia: on. Vittorio Ferraresi; on. Jacopo Morrone;

Per la Difesa: on. Angelo Tofalo; on. Raffaele Volpi;

per l'Economia e le finanze: on. Massimo Bitonci; on. Laura Castelli; on. Massimo Garavaglia; on. Alessio Mattia Villarosa;

Per lo Sviluppo economico: sen. Andrea Cioffi; on. Davide Crippa; on. Dario Galli; prof. Michele Geraci;

Per le Politiche agricole alimentari e forestali: on. Franco Manzato; sig.ra Alessandra Pesce;

ISSN 2279-7238

Per l'Ambiente e la tutela del territorio e del mare: on. Vannia Gava; on. Salvatore Micillo;

Per le Infrastrutture e i trasporti: sig. Michele Dell'Orco; on. Dott. Edoardo Rixi; sen. Armando Siri;

Per il Lavoro e le politiche sociali: on. Claudio Cominardi; on. Claudio Durigon;

Per l'Istruzione, l'università e la ricerca: on. prof. Lorenzo Fioramonti; prof. Salvatore Giuliano;

Per i Beni e le attività culturali e il turismo: sen.ce Lucia Borgonzoni; on. Gianluca Vacca;

Per la Salute: prof. Armando Bartolazzi; on. Maurizio Fugatti.

GIURAMENTO DEI SOTTOSEGRETARI DI STATO

Il **13 giugno** i Sottosegretari di Stato hanno prestato giuramento nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri.

COMPLETAMENTO DELLA RIFORMA DEL BILANCIO

Nel corso del Consiglio dei Ministri n. 4 è stato approvato il decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 90, in materia di completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato, in attuazione dell'articolo 40, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Il Consiglio dei ministri ha approvato, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, Giovanni Tria, un decreto legislativo che dà attuazione all'articolo 1, comma 4, della legge 23 giugno 2014, n. 89, che consente al Governo di apportare, mediante uno o più decreti legislativi, le necessarie modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 90, relativo al completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato, con particolare riguardo alla riorganizzazione dei programmi di spesa e delle missioni e alla programmazione delle risorse, assicurandone una maggiore certezza, trasparenza e flessibilità.

Inoltre, il Consiglio è stato sentito ai fini dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri recanti le deleghe di funzione ai Ministri senza portafoglio: Riccardo Fraccaro (Rapporti con il Parlamento e Democrazia diretta); Giulia Bongiorno (Pubblica amministrazione); Erika Stefani (Affari regionali e autonomie); Barbara Lezzi (Sud); Lorenzo Fontana (Famiglia e disabilità); Paolo Savona (Affari europei).

Nel corso del Consiglio dei Ministri n. 7, tenutosi il **21 giugno**, il Consesso ha approvato due disegni di legge relativi, rispettivamente, al Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per il 2017, parificato dalla Corte dei conti

ISSN 2279-7238

nell'udienza a Sezioni riunite tenutasi il **26 giugno**, e all'assestamento del bilancio di previsione dello Stato e dei bilanci delle Amministrazioni autonome per l'anno finanziario 2018.

PROVVEDIMENTI ADOTTATI

In ragione delle riscontrate ingerenze da parte della criminalità organizzata, il Consiglio, nella riunione n. 7, ha deliberato lo scioglimento del Consiglio comunale di Sogliano Cavour (Lecce).

Il **2 luglio**, nel corso del Consiglio dei Ministri n. 8, è stato approvato un decreto-legge che introduce disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri dei beni e delle attività culturali e del turismo, delle politiche agricole alimentari e forestali e dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. In particolare, il decreto trasferisce al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali le funzioni esercitate dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo in materia di turismo, prevedendo, al contempo, il conseguente cambio delle denominazioni dei due Ministeri, il trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie e le necessarie modifiche normative riguardanti gli enti vigilati. Inoltre, il testo trasferisce al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare le funzioni in materia di emergenza ambientale esercitate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, nonché i compiti in materia di contrasto al dissesto idrogeologico, di difesa e messa in sicurezza del suolo e di sviluppo delle infrastrutture idriche. Infine, alla luce delle deleghe attribuite dal Presidente del Consiglio al Ministro per la famiglia e le disabilità, il decreto attua un riordino delle funzioni di indirizzo e coordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ovvero dell'autorità politica delegata, in materia di famiglia, adozioni, infanzia e adolescenza e disabilità. L'obiettivo è quello di raccordare alcune competenze, proprie della materia della famiglia, in modo da rendere omogenea e coerente la relativa disciplina, includendovi i profili relativi alle adozioni nonché un più ampio novero di competenze attinenti all'infanzia e all'adolescenza. In tale quadro, si disciplina altresì il trasferimento delle funzioni di indirizzo e coordinamento in materia di politiche in favore delle persone con disabilità, al fine di garantirne la tutela e la promozione dei diritti e di favorire la loro piena partecipazione ed inclusione sociale.

Ha trovato approvazione, inoltre il cd. decreto dignità contenente Misure urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese, il quale è stato sottoposto al voto della Camera e del Senato nei giorni **2 e 7 agosto** . Il testo è stato approvato dalla Camera con 312 voti favorevoli, 190 contrari e 1 astenuto ; mentre dal Senato con 155 voti favorevoli, 125 contrari e 1 astenuto.

ISSN 2279-7238

Se nella riunione del **24 luglio** l'organo collegiale ha deliberato di impugnare la legge della Regione Campania n. 23 del 30/05/2018, recante "Variazione al Bilancio di previsione finanziario per il triennio 2018/2020 della Regione Campania. Annualità 2018", in quanto una norma, prevedendo agevolazioni a società riconducibili alla categoria degli aiuti di Stato, è illegittima per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, che impone anche alla legislazione regionale il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea; in quella del **27 luglio** (riunione n. 12) ha approvato un regolamento finalizzato alla riorganizzazione interna di alcuni uffici Dicastero attuando così modifiche al decreto del Presidente della Repubblica del 7 settembre 2001, n. 398, recante l'organizzazione degli uffici centrali di livello dirigenziale generale del Ministero dell'interno. Inoltre, sempre su proposta del Ministro Salvini, si è deliberato lo scioglimento del Consiglio comunale di Vittoria (Ragusa), in considerazione di comprovate ingerenze da parte della criminalità organizzata, in ragione di quanto stabilito dall'articolo 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL).

Se nella riunione del **17 luglio** ha deciso di impugnare Legge regionale veneta n. 19/2018 contenenti "Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 16 gennaio 2012, n. 5 "Norme per l'elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio regionale", in quella del 2 agosto, invece, il Consiglio dei ministri ha deliberato la proroga dello scioglimento del Consiglio comunale di Lavagna (Genova) e l'affidamento della gestione del Comune di San Biagio Platani (Agrigento), nonché la nomina del Sottosegretario Emanuela Del Re a Viceministro.

Nel Consiglio dei Ministri n. 14 dell'**8 Agosto**, su proposta del Ministro per gli affari europei, Paolo Savona, e dei Ministri competenti, sono stati approvati sette decreti legislativi di adeguamento dell'ordinamento interno alla normativa europea, tra cui quello relativo alle disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati) (cd. Codice privacy). Tra l'altro, se da un lato si è deciso di deliberare lo scioglimento del Consiglio comunale di Siderno (Reggio Calabria); dall'altro il Consesso ha deliberato, a norma dell'articolo 132, secondo comma, della Costituzione, l'indizione, per il 21 ottobre prossimo, del referendum consultivo per il distacco dell'intera provincia del Verbano-Cusio-Ossola dalla Regione Piemonte per essere integrata nel territorio della Regione Lombardia.

ISSN 2279-7238

CAPO DELLO STATO

L'ESERCIZIO DELLE PREROGATIVE PRESIDENZIALI

Al fine di trovare un'intesa per la formazione del Governo, in considerazione del primo giro di consultazioni svoltesi il 4 e il 5 aprile (v. *supra, parte introduttiva, con gli opportuni rimandi alle cronache costituzionali italiane del n. 1/2018 di questa Rivista relative al suddetto periodo)*, il Capo dello Stato Mattarella ha nuovamente convocato le forze politiche. Il **7 maggio** ha ricevuto "Movimento 5 Stelle", la coalizione composta da "Fratelli d'Italia", "Forza Italia - Berlusconi Presidente" e "Lega - Salvini Premier", "Partito democratico", "Liberi e Uguali", il Gruppo Parlamentare per le Autonomie (SVP-PATT,UV) del Senato della Repubblica, Partito SVP (Südtiroler Volkspartei) e (UV - Union Valdôtain) ed i Gruppi Misto del Senato e della Camera, nonché i Presidenti di Camera e Senato.

Il "Movimento 5 Stelle" e "Lega - Salvini Premier" sono stati nuovamente ricevuti nelle giornate del **14** e del **21 maggio**.

Nella mattinata del **22 maggio** il Presidente Mattarella ha dapprima ricevuto il Presidente della Camera dei Deputati, Roberto Fico, e successivamente il Presidente del Senato della Repubblica, Maria Elisabetta Alberti Casellati.

Il **23 maggio** il Presidente della Repubblica ha conferito al Prof. Giuseppe Conte l'incarico di formare il nuovo Governo. Quest'ultimo, dopo aver accettato con riserva ha, subito dopo, rilasciato una breve dichiarazione alla stampa.

Il **27 maggio** il Capo dello Stato ha ricevuto informalmente il leader del Movimento 5 Stelle Luigi di Maio e quello della Lega Matteo Salvini. Nella medesima giornata è salito al Colle il Presidente del Consiglio incaricato Giuseppe Conte il quale ha rimesso il mandato nelle mani del Capo dello Stato per l'impossibilità di formare un Governo. Al termine del suddetto incontro il Presidente Mattarella ha rilasciato una breve dichiarazione alla stampa illustrando le motivazioni per le quali non ha accettato la nomina a Ministro dell'Economia del Prof. Paolo Savona.

NOMINA DI CARLO COTTARELLI E RIMESSIONE DELL'INCARICO

Il **28 maggio** il Presidente Mattarella ha conferito l'incarico di formare il Governo al Prof. Carlo Cottarelli il quale, accettando con riserva, ha rilasciato una breve dichiarazione alla stampa.

Il **31 maggio** il Premier incaricato Carlo Cottarelli ha rimesso il mandato nelle mani di Sergio Mattarella.

ISSN 2279-7238

IL REINCARICO AL PROF. GIUSEPPE CONTE: NOMINA E GIURAMENTO DEL GOVERNO

Il **31 maggio** il Capo dello Stato ha nuovamente conferito l'incarico di formare il Governo al Prof. Giuseppe Conte il quale ha presentato al Presidente la lista dei Ministri trovandone il consenso. Il **1° giugno** il nuovo Esecutivo ha prestato giuramento nelle mani di Sergio Mattarella.

ESERCIZIO DEL POTERE DI MESSAGGIO

In occasione della promulgazione della legge di conversione, con modificazioni, del decreto legge 29 maggio 2018, n. 55 recante *"Ulteriori misure urgenti a favore delle popolazioni dei territori delle regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria, interessati dagli eventi sismici verificatisi a far data dal 24 agosto 2016" (cd. decreto terremoto*), avvenuta il **24 luglio**, il Presidente ha esercitato il proprio potere di messaggio, indirizzando una missiva al Presidente del Consiglio Prof. Giuseppe Conte. In tale messaggio il Presidente ha rilevato che i contenuti del provvedimento sono stati *notevolmente ampliati* rispetto al testo originario ed ha segnalato *taluni aspetti di criticità* in merito a specifiche disposizioni, che *suscitano forti perplessità*. Perciò il Presidente Mattarella ha sollecitato il Governo ad individuare *modi e delle forme di un intervento normativo idoneo a ricondurre a maggiore efficacia, in tempi necessariamente brevi, la disciplina in questione*.

INTERVENTO ALLA CERIMONIA DEL VENTAGLIO

Come di consueto, il **26 luglio** si è svolta la tradizionale cerimonia di consegna del "Ventaglio" al Presidente della Repubblica, da parte del Presidente dell'Associazione Stampa Parlamentare, alla presenza dei componenti del Consiglio direttivo, degli aderenti dell'Associazione e di personalità del mondo del giornalismo. Il Presidente ha tenuto un discorso, con cui ha ribadito l'importanza della libertà di informazione, quale diritto fondamentale e fiamma che alimenta circuito democratico.

RICHIESTE DI INCONTRO

Sulla base di alcune richieste, il Capo dello Stato ha dapprima incontrato il **9 luglio** il Vice Presidente del Consiglio dei Ministri e Ministro dell'Interno, Matteo Salvini, specificando con un comunicato stampa che nel corso del colloquio non sarebbero stati trattati valutazioni o considerazioni su decisioni della Magistratura relative al possibile sequestro dei fondi della Lega a fronte di accuse sollevate dalla Procura della

ISSN 2279-7238

Repubblica di Genova di truffa ai danni dello Stato[2578]; e in data **16 luglio** il segretario del Partito Democratico, Maurizio Martina.

MAGISTRATURA

IL PRESIDENTE VALORIZZA LA LEALE COLLABORAZIONE TRA IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA E IL GOVERNO

Il **26 giugno**, intervenendo all'Assemblea plenaria del Csm, il Capo dello Stato ha tenuto un breve discorso ove ha rammentato la necessità di promuovere, pur nel rispetto del principio della separazione dei poteri, un proficuo dialogo tra l'organo di autogoverno della Magistratura e il Ministro della Giustizia. Ciò per favorire una giustizia efficiente e consolidare autonomia e indipendenza del potere giudiziario.

CORTE COSTITUZIONALE

IL GIURAMENTO DEL NUOVO GIUDICE COSTITUZIONALE PROF. LUCA ANTONINI

Il **26 luglio** ha prestato giuramento nelle mani del Capo dello Stato il nuovo giudice della Corte, Prof. Luca Antonini, eletto dalle Camere in seduta comune. Nella medesima giornata, il Consesso dei giudici, nel rispetto delle proprie prerogative, ne ha convalidato i titoli.

SULLA LEALE COLLABORAZIONE TRA STATO E REGIONI IN MATERIA DI DIRITTI SOCIALI

Con sentenza n. 87/2018 la Corte, nell'esaminare una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Veneto avverso la legge n. 232/2016 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019) ha sostenuto che in materia di diritti sociali (nel caso di specie diritto allo studio) sono illegittime disposizioni statali che ledano la potestà legislativa regionale. Laddove è costituzionalmente prevista la suddetta competenza, non sono conformi a Costituzione interventi che menomano l'assetto organizzativo delle

[2578] Nel momento in cui si scrivono queste cronache – che coprono il quadrimestre maggio-agosto – si rileva che agli inizi del mese di settembre, la Suprema Corte di Cassazione ha confermato la condanna al sequestro dei fondi pubblici del partito guidato da Matteo Salvini.

ISSN 2279-7238

Regioni nelle ipotesi in cui sussiste la competenza regionale a concorrere a definire le modalità di erogazione delle borse di studio e per le quali occorre una specifica intesa da raggiungere all'interno della Conferenza Stato-regioni. Ciò in ossequio ai principi di ragionevolezza, buon andamento e leale collaborazione.

EQUILIBRIO DI BILANCIO IN MATERIA DI SANITÀ PUBBLICA

Con sentenza n. 117/2018, a fronte della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso la legge della Regione Campania n. 10/2017 (Misure per l'efficientamento dell'azione amministrativa e l'attuazione degli obiettivi fissati dal DEFR 2017 - Collegato alla stabilità regionale per il 2017) la Corte ha sostenuto che, in presenza di un disavanzo e di un disequilibrio del bilancio regionale in materia di sanità pubblica, alle Regioni è precluso porre in essere un'attività legislativa e amministrativa che si sovrapponga alle funzioni esercitate dal Commissario *ad acta*. Le stesse devono limitarsi ad una trasparente e corretta trasposizione delle entrate e degli oneri finanziari per tutelare gli equilibri di bilancio.

LA LEGGE DELRIO E LE FUNZIONI FONDAMENTALI DELLE REGIONI

Con sentenza n. 110/2018 la Corte costituzionale ha giudicato una questione di legittimità costituzionale sollevata avverso la legge regionale toscana n. 22/2015 recante «Riordino delle funzioni provinciali e attuazione della legge 7 aprile 2014, n. 56 (Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni). Modifiche alle leggi regionali 32/2002, 67/2003, 41/2005, 68/2011, 65/2014», come modificata dalla successiva legge della Regione Toscana 5 febbraio 2016, n. 9 (Riordino delle funzioni delle province e della Città metropolitana di Firenze. Modifiche alle leggi regionali 22/2015, 70/2015, 82/2015 e 68/2011), con riferimento ai parametri di cui (complessivamente) agli artt. 3, 97 e 117, secondo comma, lettera l), con riguardo sia alla materia «giurisdizione e norme processuali» la quale aveva escluso il subentro dell'ente Regione nella titolarità dei rapporti attivi e passivi inerenti ai contenziosi ancora pendenti. La consulta, rilevando l'illegittimità costituzionale degli articoli 10, comma 3, e 11 - bis, comma 5 ha sostenuto che le Regioni non possano invadere la sfera di competenza legislativa esclusiva statale la quale, all'articolo 117 Cost., secondo comma lett. l) prevede - tra le altre - la materia relativa alla giurisdizione e alle norme processuali anche alla luce della legge n. 56/2014 che disciplina il riordino e il trasferimento delle funzioni non fondamentali delle Province allo Stato o alle Regioni.

ISSN 2279-7238

L'ORDINAMENTO MILITARE E LA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE SINDACALE

Pronunciandosi su una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato avverso l'articolo 1475, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione sia agli artt. 11 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Corte con sentenza n. 120/2018 ha affrontato la compatibilità della libertà di associazione sindacale con la specialità della funzione militare. Analizzando la compatibilità con il principio costituzionale di associazione sindacale, la Corte ha ribadito la legittimità di limiti al personale militare in considerazione della necessaria compattezza, coesione e unitarietà delle forze armate per la democraticità dell'ordinamento complessivo. Nel contempo, ha sostenuto la necessità di evitare vuoti normativi relativi alla libertà di associazione sindacale fissandone condizioni e limite indispensabili nel regime giuridico interno dichiarando incostituzionale la norma censurata poiché non prevede il diritto dei militari "costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge".

LA CORTE RIBADISCE I CONFINI DELL'INSINDACABILITÀ DELLE OPINIONI ESPRESSE DAI PARLAMENTARI

Con sentenza n. 133/2018 il Giudice delle leggi, esaminando un'ordinanza per conflitto di attribuzione sollevata dal Tribunale ordinario di Cosenza sulla valutazione di insindacabilità espressa dal Senato della Repubblica di dichiarazioni rese da un Senatore (Documento 4-ter, n. 7), ha ribadito che la guarantigia costituzionale ex art. 68 primo comma, può essere utilmente invocata esclusivamente nel momento in cui vi sia uno specifico nesso funzionale tra le opinioni espresse dai componenti le Assemblee elettive e l'esercizio effettivo delle funzioni connesse a quelle dello status di Deputato o Senatore. Occorre, altresì, accertare la sussistenza della contestualità temporale tra le esternazioni e il compimento di atti espressioni delle prerogative dei parlamentari.

LA CORTE DEFINISCE I LIMITI DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE DELLA CORTE DEI CONTI SULLA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA

Con sentenza n. 169/2018, la Consulta ha accolto un ricorso per conflitto di attribuzione sollevato dalla Presidenza della Repubblica nei confronti della Corte dei Conti, lamentando la violazione dell'ambito materiale costituzionalmente garantito di competenza della prima che preclude alla seconda l'esercizio della funzione

ISSN 2279-7238

giurisdizionale sulla responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti della Presidenza. In tal modo è stato violato l'articolo 103, secondo comma Cost. e la consuetudine costituzionale che attribuisce alla Presidenza della Repubblica la competenza esclusiva ad individuare rimedi di natura giurisdizionale sulla corretta amministrazione della propria dotazione. Gli stessi implicano, in considerazione dell'autonomia conseguente alla posizione costituzionale ricoperta, l'esclusiva determinazione anche delle norme applicative che disciplinano l'assetto e il funzionamento interno.

SULLA COMPATIBILITÀ DELL'ISCRIZIONE AI PARTITI DEI MAGISTRATI FUORI RUOLO

Pronunciandosi su una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura avverso il decreto legislativo n. 109/2006, la Corte, con sentenza n. 170/2018 ha ribadito l'ammissibilità per il legislatore di prevedere limitazioni - con le corrispondenti sanzioni - all'iscrizione dei Magistrati fuori ruolo ai partiti politici. Ciò in ragione della necessità di salvaguardare la dimensione dell'indipendenza e dell'imparzialità del corpus giurisdizionale che, in considerazione delle funzioni e della qualifica ricoperte dai Magistrati, potrebbe essere intaccata da possibili pericoli di condizionamento politico derivante dall'appartenenza formale degli stessi alle associazioni partitiche.

A PROPOSITO DELLA LEGITTIMAZIONE DEL SINGOLO ELETTORE A SOLLEVARE CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE

Con ordinanza n. 164/2018, pronunciata in relazione alle leggi elettorali politiche (l. 270/2005; l. 52/2015; l. 165/2017), la Consulta ha ribadito che il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato non è ammissibile in quelle fattispecie dove il ricorrente è il singolo cittadino elettore il quale, pur componente del Corpo elettorale, non è titolare di alcuna attribuzione costituzionalmente rilevante.

AUTONOMIE

LE ELEZIONI AMMINISTRATIVE COME BANCO DI PROVA

Nella domenica del **10 giugno** il Corpo elettorale è stato chiamato ad ed eleggere sindaci e membri dei Consigli comunali in 761 città sparse sul territorio. Nonostante la stagione estiva, il 61,19% degli italiani si è recato alle urne per esprimere la propria preferenza, confermando la propria predilezione per la coalizione di centro-destra e

ISSN 2279-7238

premiando ancor di più la Lega. Di contro, si è registrata invece una *deminutio* del consenso nei confronti del Movimento 5 Stelle.

I capoluoghi di provincia coinvolti sono stati Ancona, Avellino, Barletta, Brescia, Brindisi, Imperia, Massa, Messina, Pisa, Siena, Sondrio, Teramo, Terni, Treviso, Vicenza, Viterbo. Catania, Ragusa, Siracusa e Trapani.

LE ELEZIONI IN VALLE D'AOSTA

Il **20 maggio** i cittadini residente nel territorio della Valle d'Aosta sono stati chiamati alle urne al fine di procedere alla elezione dei propri rappresentanti in Consiglio regionale nonché del Presidente. Dall'analisi dei risultati emerge un consolidamento elettorale della Lega rispetto alle elezioni nazionali del mese di marzo. Si riportano di seguito i dati:

Liste	Voti	Percentuali	Seggi
Union Valdôtaine	12.265	19,25%	7
Lega Salvini Vallée d'Aoste	10.872	17,06%	7
Area Civica - Stella Alpina - Pour Notre Vallée	6.792	10,66%	4
Union Valdôtaine Progressiste	6.750	10,59%	4
Movimento 5 Stelle	6.652	10,44%	4
Alpe	5.733	9,00%	3
Impegno Civico	4.806	7,54%	3
MOUV'	4.545	7,13%	3
Partito Democratico	3.436	5,39%	0
Centro destra Valle d'Aosta (FI-FdI)	1.862	2,92%	0
Totale	63.713	100%	35

ALCUNE LEGGI REGIONALI DI RILIEVO

Legge regionale veneta n. 19/2018 contenenti "Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 16 gennaio 2012, n. 5 "Norme per l'elezione del Presidente della Giunta e del Consiglio regionale".

Legge regionale del Friuli Venezia Giulia n. 19/2018 contenenti "Disposizioni urgenti in materia di rappresentanza istituzionale degli enti locali e modifiche alla legge regionale 12/2015".

ISSN 2279-7238

A. DODEK, The Charter Debates: The Special Joint Committee on the Constitution 1980-1981 and the Making of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Toronto University Press, 2018, pp. 490*.

Con l'inserimento nella Costituzione canadese del 1982 di una Carta dei diritti e delle libertà si è realizzato, nell'ambito del processo costituente, un punto di svolta che autorevoli studiosi hanno definito "rivoluzionario", in quanto ha comportato un profondo allontanamento dal modello di protezione dei diritti fondamentali accolto dalla tradizione del costituzionalismo britannico. Con l'entrata in vigore della Carta il 17 aprile 1982, assieme alla Costituzione del Canada, i diritti fondamentali trovano, infatti, per la prima volta nell'ambito del modello di *common law*, pieno riconoscimento e tutela in una fonte di rango costituzionale, che sancisce il sindacato diffuso di costituzionalità affidato alle Corti e il carattere della rigidità della Costituzione, come strumenti posti a garanzia degli stessi diritti.

A parte questo avanzamento senza precedenti attuato dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà, è importante anche evidenziare come, nel periodo precedente alla sua adozione, la società civile abbia avuto l'opportunità di prendere parte attiva al dibattito sull'assetto delle garanzie delle libertà e della democrazia e divenire così pienamente consapevole della grande rilevanza che ha rivestito il momento istituzionale della redazione della stessa Carta per la definizione dei caratteri fondamentali dell'ordinamento giuridico. Si tratta di un importante processo di consultazione democratica che non avrebbe potuto concretizzarsi qualora l'allora Primo Ministro Pierre Elliott Trudeau non avesse preso la decisione di istituire un Comitato speciale congiunto, composto da dieci deputati e quindici senatori, con il fine di superare i veti provinciali che ostacolavano il processo costituente e di consentire così alla società civile, già all'epoca estremamente frammentata e complessa, di essere inclusa in quel circuito decisionale che ha segnato un momento fatidico per la storia del Paese.

Il volume di Adam Dodek, noto giuspubblicista dell'Università di Ottawa, mira a ricostruire il dibattito svoltosi in seno al Comitato bicamerale per dimostrare che "*what happened at the Joint Committee fundamentally changed the nature of of constitutional politics in Canada by making public participation a critical part of constitutional reform*" (p. 2). Di fatto, il Comitato ha lavorato alacremente nel corso di quasi quattro mesi, tra il novembre 1980, quando si svolsero le prime audizioni delle organizzazioni della società civile,

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

e il febbraio 1981, quando ha presentato al Parlamento il resoconto dei suoi lavori, tutti trasmessi dai mezzi televisivi che hanno avuto il merito, da una parte, di stimolare il sostegno dell'opinione pubblica verso un pioneristico (almeno nell'ambito del *common law constitutionalism*) progetto di formazione di una Carta dei diritti e, dall'altra, di incoraggiare la partecipazione attiva di segmenti della società canadese al processo di riforma costituzionale. Su questo punto, il volume preso in esame si dimostra particolarmente interessante per le considerazioni introduttive che svolge sul tema dell'*executive federalism*, concetto che, come è emerso spesso nel dibattito dottrinario canadese, mal si concilia con le forme e le modalità di funzionamento della democrazia rappresentativa. Fino al 1980 i processi di riforma a livello costituzionale prendevano le mosse dalla volontà delle autorità statali e, di conseguenza, i singoli cittadini o i gruppi organizzati di essi venivano esclusi da un *iter* decisionale prevalentemente elitario, limitandosi a recepire passivamente le proposte di riforma che venivano formulate nell'ambito degli incontri intergovernativi. L'istituzione dello *Special Joint Committee on Constitution*, con il coinvolgimento diretto della cittadinanza, rappresentò invece una cesura rispetto al passato e dimostrò come il tema della tutela dei diritti fondamentali avesse riscosso un grande interesse da parte della collettività, rispetto alla questione relativa alle procedure emendative o alla opportunità della volontà politica di procedere tramite una *patriation* unilaterale, cioè senza prima aver tentato di raggiungere un accordo con i Governi provinciali.

Come emerge chiaramente nella prima parte del presente volume, dedicata ad una analisi dettagliata del contesto politico delle negoziazioni costituzionali in cui si colloca l'attività del Comitato speciale bicamerale, tale interesse e coinvolgimento del popolo canadese nel percorso costituente ha avuto tre implicazioni principali. Innanzitutto, occorre notare come le testimonianze e le dichiarazioni pubbliche rese dinanzi al Comitato da parte di alcuni gruppi ed esponenti della società civile abbiano esercitato un'influenza notevole sul dibattito che ha portato alla definizione del testo finale della Carta. Questo aspetto viene analizzato nel terzo capitolo attraverso le preziose riflessioni e testimonianze fornite da alcuni protagonisti dell'epoca: tra questi si possono menzionare il presidente del *Canadian Jewish Congress*, Irwin Cotler, e il professore Max Cohen, i quali si sono mostrati sin da subito profondamente critici del fatto che, a partire dal 1867, nelle discussioni costituzionali si fosse dato troppo spazio alle questioni legate all'organizzazione dei poteri delle istituzioni politiche federali e provinciali, a scapito dei diritti e delle esigenze reali dei cittadini. In secondo luogo, la funzione svolta dallo *Special Joint Committee* si è rivelata di grande importanza perché ha contribuito a far emergere con chiarezza il ruolo dei gruppi di

ISSN 2279-7238

pressione, fino ad allora rimasti esclusi dal processo decisionale pubblico. L'apporto di tali attori politici si è dimostrato centrale per assicurare al Premier Trudeau il consenso necessario per la realizzazione del suo progetto e, quindi, per rafforzare la posizione negoziale del Governo federale nel confronto con le Province. In terzo luogo, Adam Dodek sottolinea come il processo di redazione che condusse all'adozione della Carta abbia fornito un contributo significativo per la formazione di una nuova cultura costituzionale, nell'ambito della quale emerge un nuovo insieme di soggetti che partecipano attivamente al dibattito costituente attraverso la Carta dei diritti, gli stessi che Peter Russell aveva definito "*Charter Canadians*" nella sua famosa opera "L'Odissea Costituzionale" pubblicata nel 1992. Del resto, già la dottrina dei primi anni '90 aveva messo in risalto come la trasformazione della *constitutional culture* canadese fosse strettamente legata all'adozione della *Charter of Rights and Freedoms*, perché è solo da questo momento storico che i canadesi si appropriano della nuova Costituzione, non solo nel suo contenuto astratto, ma anche concretamente, asserendo il loro diritto di prendere parte al processo di *constitution making* e di riforma costituzionale.

Oltre a ciò, nel volume viene messo in risalto come anche l'attività svolta dalle opposizioni abbia contribuito significativamente allo sviluppo del dibattito in seno al Comitato e a realizzare diversi cambiamenti nell'articolato della Carta. Per quanto riguarda i Conservatori, che costituivano l'Opposizione Ufficiale, alcuni commentatori dell'epoca scrivevano che essi avevano l'obiettivo di evitare una *patriation* unilaterale e allo stesso tempo non volevano opporsi all'idea di dotare l'ordinamento di una Carta dei diritti, trovandosi unanimemente d'accordo a rafforzare e ad ampliare il catalogo dei diritti e delle libertà. Sui lavori dello *Special Committee* hanno dato un apporto significativo anche i *New Democrats* che, come riporta l'Autore, sono stati i promotori di più di quaranta emendamenti su una serie di materie che spaziavano dall'accesso all'informazione ai diritti dei lavoratori e all'allargamento delle basi di discriminazione.

Con il contributo dato dalle opposizioni e dalle diverse testimonianze delle associazioni e delle eminenti personalità del mondo politico e accademico, l'esito dei lavori del Comitato fu quello di aver modificato in maniera sostanziale il progetto iniziale della Carta e di aver licenziato un documento che costituisce, per molti aspetti, la versione finale della attuale *Canadian Charter of Rights and Freedooms*. Si ricordi, infatti, che le uniche clausole che verranno aggiunte successivamente nel testo della Carta sono quelle contenute attualmente nell'art. 28, relativa all'uguaglianza tra uomini e donne, che sarebbe stata inserita dopo la presentazione al Parlamento della relazione sui lavori del Comitato parlamentare congiunto, e

ISSN 2279-7238

nell'art. 33 (la c.d. *nothwithstanding clause* che consente per un periodo di tempo limitato la non applicazione della maggior parte delle disposizioni della Carta alle leggi federali e provinciali che ciò dichiarino esplicitamente), introdotta sulla base di un accordo tra il Governo centrale e le Province dopo il giudizio di *reference* rilasciato dalla Corte Suprema sulla legittimità del progetto di riforma costituzionale perseguito dall'Esecutivo federale.

Si può osservare, pertanto, come la ricostruzione storica operata dall'Autore in questa prima parte del volume riesca efficacemente a fornire la sintesi del dibattito generale svoltosi in sede di Comitato speciale e come possa essere utile ai fini della comprensione della seconda parte dell'analisi, incentrata sull'approfondimento delle singole sezioni della Carta (*limitation clause*, *fundamental freedoms*, *democratic rights*, *mobility rights*, *legal rights*, *equality rights*, *language rights*, *judicial review*, *multiculturalism*, *denominational rights*, *aboriginal rights*)e sulle specifiche tematiche oggetto di discussione durante i lavori del *Joint Special Committee*. L'elemento peculiare della seconda parte risiede nel metodo usato dall'Autore per agevolare la comprensione dei temi trattati, consistente nel far parlare tra loro i partecipanti ai lavori dell'organo parlamentare, riportando alcune parti dei discorsi più significativi che sono stati pronunciati in quella sede.

Come è stato già messo in evidenza più volte dalla dottrina canadese, anche Dodek ribadisce che il dibattito sulla *limitation clause* (codificata nell'art. 1 della Carta) all'interno del *Committee* è stato uno dei più intensi, che contribuì a far emergere le molteplici divergenze esistenti tra i suoi membri, in particolare sulla stessa opportunità di introdurre nel *corpus* della Carta dei diritti una clausola che ponesse un freno al sistema di garanzia delle libertà individuali. In aggiunta a ciò, un altro aspetto controverso era rappresentato dalla necessità di definire l'ambito di applicazione della clausola limitativa dei diritti, non essendo chiaro a molti se il Governo centrale intendesse utilizzarla solo in caso di guerra o anche in altre situazioni di emergenza. In terzo luogo, occorre osservare che le critiche più aspre all'inserimento della clausola nel testo della Carta erano state formulate soprattutto dal Senatore Robin, in particolare per quanto riguardava il richiamo ai limiti "generalmente accettati" in una società libera e democratica con un sistema parlamentare di governo, per la inadeguatezza delle espressioni utilizzate nella bozza dell'articolo, dato che rendeva il ruolo dei giudici particolarmente ristretto e disagevole dovendo questi verificare se in altri ordinamenti esistessero limiti di tale portata. Tali critiche hanno però spinto il Governo ad approvare un emendamento con cui si stabiliva che i diritti garantiti dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms* vengono sottoposti a "*reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*", come oggi recita testualmente l'art. 1 della Carta.

ISSN 2279-7238

Emblematico dell'apporto delle testimonianze rese dinanzi al Comitato alla discussione e alla successiva elaborazione degli articoli della Carta è stato anche il vivace dibattito svoltosi sull'articolo 15, che garantisce il principio di uguaglianza. Ma oltre agli emendamenti che hanno modificato il contenuto del progetto iniziale dell'articolo e della stessa natura della garanzia dell'uguaglianza generalmente intesa, l'Autore ci tiene a sottolineare come dinanzi al Comitato congiunto la *section* 15 "*became a magnet for criticism of the Supreme Court and for argument over the role of the courts generally*" (p. 290) in quanto i giudici supremi in diversi casi – *Lavell*, *Bedard* e *Bliss* - erano stati criticati per aver adottato un approccio molto ristretto nei confronti degli *equality rights* e delle libertà civili. Tale scetticismo generale fu efficace per esaudire il desiderio di innumerevoli partecipanti alle sedute del Comitato, cioè di adottare un linguaggio il più specifico possibile nel predisporre il testo dell'art. 15, nel tentativo di restringere i poteri interpretativi delle Corti nell'ambito di una materia centrale per la tutela dei diritti, come è quella della garanzia dell'uguaglianza.

Decisamente sommesso è apparso invece all'Autore il dibattito che ha accompagnato la formulazione degli articoli relativi ai *democratic rights* (*section* 3, 4 e 5). Dodek si sofferma sulle questioni di maggiore interesse per i partecipanti, connesse all'art. 3 della Carta, come quella relativa alle preoccupazioni delle popolazioni aborigene verso una potenziale applicazione della clausola ivi contenuta anche alle *non-First Nations people*, che avrebbero avuto così il diritto di votare nelle elezioni governative delle Prime Nazioni, oppure la discussione sulla maggioranza necessaria per decidere la proroga delle legislature federali e provinciali in caso di eventi bellici, invasioni o insurrezioni. In realtà, per ciò che riguarda più strettamente l'art. 3, in dottrina si riconosce che, con l'approvazione di tale articolo, lo stesso significato del voto sia cambiato radicalmente in Canada - visto che per la prima volta viene sancito il legame tra cittadinanza e diritto di voto - e come in questa materia abbia esercitato un ruolo determinante la Corte Suprema, soprattutto per chiarirne la portata e l'ambito di applicazione - si ricordi il *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Saskatchewan)* del 1991, in cui la Corte ha individuato il "modello" canadese per l'interpretazione del diritto di voto, fondato sul concetto di "rappresentanza effettiva" della popolazione, contrapposto al "modello" americano, basato invece sul concetto di "uguaglianza del voto". Di fatto, come osserva la dottrina costituzionalistica nostrana e d'oltreoceano, il contributo della giurisprudenza della Corte Suprema canadese, soprattutto in materia di *voting rights*, dimostra come dal processo di *patriation* in Canada e dalla configurazione di una nuova Carta dei diritti sia emerso un nuovo sistema costituzionale dotato di elementi peculiari che lo identificano come una efficace opera di equilibrio tra il principio del *judicial review* e della *sovereignty of*

ISSN 2279-7238

Parliament, che caratterizzano rispettivamente il modello costituzionale americano e quello britannico.

Tra l'altro, nel corso dei lavori del Comitato congiunto era emerso da più parti il timore che la codificazione dei diritti in una fonte di livello costituzionale, da un lato, e la loro configurazione come parametro di legittimità delle leggi, dall'altro, potessero rafforzare il ruolo delle Corti a scapito delle competenze degli organi legislativi. L'introduzione del *judicial review* e della stessa Carta dei diritti e delle libertà veniva infatti osteggiata da parte di esponenti politici, soprattutto *leaders* provinciali, i quali ritenevano che i luoghi più adeguati per giungere alla composizione delle controversie sociali fossero da individuare negli organismi legislativi e rappresentativi. Ma di fronte alla chiara sensibilità manifestata dalla comunità sociale verso la materia dei diritti, proprio in seno al Comitato speciale congiunto, l'opposizione espressa dalle Province nei confronti del progetto della Carta era destinata a esautorarsi, perché, altrimenti, avrebbe portato ad una frattura profonda tra lo Stato e il suo tessuto sociale. Certamente, non bisogna dimenticare che fu necessaria l'introduzione della clausola *notwithstanding*, come concessione fatta alle Province per superare la loro opposizione e portare avanti i negoziati, in modo da raggiungere il consenso finale ai fini dell'adozione della Carta. La clausola rappresenta, infatti, lo strumento di garanzia della supremazia parlamentare e, soprattutto, dell'esigenza primaria delle componenti territoriali della federazione di vedersi riconosciuta la propria specificità e autonomia, che rischiavano di essere ridimensionate dalle tendenze di unificazione e omogeneizzazione prodotte dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

La storia dello *Special Joint Committee*, accuratamente descritta nelle pagine del volume proposto, consente di mettere a fuoco questi momenti salienti della storia costituzionale dell'ordinamento canadese, che, per il suo distacco dalle tradizioni costituzionali precedenti nell'ambito del modello di *common law*, è diventato ben presto il punto di riferimento per molti ordinamenti del *Commonwealth,* specialmente in materia di tutela e codificazione dei diritti fondamentali.

Mario Altomare

ISSN 2279-7238

A. IANNUZZI, Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 238[*].

Fin dalle prime pagine del volume in commento emerge che l'Autore si rivolge a un uditorio peculiare, costituito dagli esperti, intesi come detentori della *téchne*, del diritto costituzionale, sia in considerazione dell'oggetto della riflessione, sia per il metodo seguito.

In particolare, come si intuisce immediatamente dal titolo, l'Autore si propone di indagare il complesso rapporto intercorrente tra diritto e scienza con gli strumenti propri e dal punto di vista del diritto costituzionale. Nel fare ciò, inevitabilmente, la trattazione si interseca con altri settori della riflessione giuridica, come la filosofia e la teoria del diritto, il diritto amministrativo e il diritto europeo.

Il volume si divide in quattro capitoli, riconducibili a due macro argomenti: dopo un capitolo introduttivo, infatti, l'Autore si sofferma sulle norme tecniche e le regole tecniche all'interno del sistema delle fonti del diritto; da ultimo, nel terzo e nel quarto capitolo, l'indagine si dipana lungo il crinale della giustizia costituzionale, al fine di definire lo statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico e di far emergere la necessità dell'istruttoria nel giudizio costituzionale avente ad oggetto leggi che presuppongono valutazioni scientifiche o tecniche.

Il punto di partenza del lavoro risiede nella constatazione che nella società contemporanea si assiste ad una forte interdipendenza fra gli Stati e ad un'invasione sempre più penetrante della tecnologia nella vita delle persone.

Lo sviluppo tecnologico, con il suo incessante progredire, lungi dal creare certezze, rende palese la specializzazione della conoscenza e mostra ancora dei limiti nella spiegazione di ampi fenomeni. «Di fronte alla difficoltà, ed in molti casi all'impossibilità, della comunità scientifica di assumere una posizione certa e univoca su una fattispecie che richiede una regolazione normativa, il diritto deve farsi carico del compito improbo di governare fattispecie dubbie persino per gli specialisti di altri rami del sapere, nella prospettiva di dover assumere responsabilità gravose anche per non scadere in forme di indecibilità» (p. 1). Insomma, per l'Autore l'influenza della scienza sul diritto richiede un nuovo approccio dogmatico della scienza del diritto, specialmente quella costituzionalistica (p. 2 ss.), che sappia sottoporre ad un vaglio

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

critico le categorie tradizionali al fine di verificarne la tenuta al progredire delle conoscenze tecnologiche (p. 5).

Prima di giungere a soluzioni concernenti le tematiche maggiormente inerenti il diritto costituzionale, Iannuzzi svolge delle considerazioni di sistema sul ruolo e la crisi dello Stato, le cui funzioni ormai non possono più considerarsi circoscritte alla legislazione, all'amministrazione e alla giurisdizione dei rapporti tra i cittadini, e tra quest'ultimi e il Leviatano, bensì estesi al governo, per il tramite delle tre classiche attribuzioni statali, di eventi complessi, di natura economica e tecnica (p. 5). Questa sembra essere la fondata convinzione che ha guidato l'Autore, così da spingerlo a indagare i mutamenti sul sistema delle fonti e della giustizia costituzionale.

Con riferimento al primo profilo viene in rilievo sia il tema della normazione tecnica volontaria e consensuale, sia quello concernente il condizionamento delle cognizioni *science based* sulle fonti del diritto (p. 8).

Proprio relativamente alle norme tecniche, l'opera si distacca dalla dottrina tradizionale, per cui all'interno della gerarchia delle fonti non vi sarebbe distinzione tra norme tecniche e norme giuridiche, sostenendone invece la «necessaria alterità» (p. 14).

Nella ricerca di una definizione di norma tecnica, pur inserendosi all'interno di una riflessione dottrinale consolidata, l'Autore non si lascia andare a definizioni stipulative, per quanto utili sul piano teorico, prendendo le mosse dal dato normativo.

Sulla base del Regolamento (UE) n. 2012/1025 e della Direttiva (UE) n. 2015/1535 l'opera distingue così tra norme tecniche, regole tecniche e leggi *science based*.

Con la locuzione norme tecniche si fa riferimento a specifiche tecniche, non obbligatorie, adottate da un organismo di normazione riconosciuto a livello nazionale o sovranazionale; viceversa, con l'espressione regole tecniche si individuano atti-fonte, caratterizzati dal contenuto e dal fondamento tecnico-scientifico, di natura imperativa e vincolante, in quanto assumono la forza e il valore di legge della fonte che li accoglie.

Infine, l'Autore individua la macrocategoria delle leggi *science based*, «costituita da tutte quelle norme, contenute in atti-fonte, che si caratterizzano anche per il loro contenuto o per il loro fondamento tecnico-scientifico, esprimendo una correlazione necessaria fra scienza, tecnica e diritto» (pp. 17 ss. spec. 20).

Nel secondo capitolo l'Autore si concentra esclusivamente sulle norme tecniche private e, in particolare, sugli organismi che ad ogni livello operano nella loro elaborazione (pp. 30 ss.). Infatti, dopo aver analizzato dettagliatamente gli enti internazionali (ISO, IEC e ITU), europei (CEN, CENELEC e ETSI) ed italiani (UNI e CEI) di produzione delle norme tecniche private (pp. 30 ss.), l'opera si sofferma

ISSN 2279-7238

sulle principali caratteristiche di tale regolazione e sui sugli elementi di originalità rispetto ai canoni tradizionali della norma giuridica (pp. 39 ss.), che possono essere rinvenuti nella consensualità e volontarietà della norma, che spesso viene in essere per mezzo di un procedimento volto a garantirne la "democraticità", nella mancanza di strumenti di pubblicità, nonché nell'autonomia, in luogo della classica eteronomia delle fonti del diritto (p. 40).

Proprio l'analisi del processo di formazione delle norme tecniche, del loro ruolo di garanzia delle qualità merceologiche e qualitative dei prodotti industriali, dei servizi e delle tecnologie dell'informazione (p. 30), permette all'Autore di sottolinearne il loro essere «modello privatistico al servizio dello Stato-comunità, ma indipendente dallo Stato-ordinamento e dai suoi vincoli» (p. 41).

Allo stesso tempo, la constatazione del ruolo ineludibile degli organismi internazionali ed europei di normazione, cui fa da *pendant* uno spazio limitato degli enti nazionali, dà contezza della necessità di un governo globale nella gestione e regolazione di fenomeni sconfinati e materie planetarie, come quella ambientale (pp. 42 ss.).

Se, a causa di una serie di fattori, in Italia si afferma un approccio pubblicistico al tema, lo sviluppo e il radicamento della normazione tecnica nel nostro ordinamento è certamente il frutto dell'adesione all'Unione europea (pp. 48 s), la cui azione ha tentato ripetutamente di *ravvicinare* le legislazioni degli Stati membri nell'obiettivo di rafforzare il mercato comune (pp. 50 ss. e 66 s.).

Recentemente l'impostazione europea alle norme tecniche ha subito un mutamento per mezzo dell'adozione del Regolamento (UE) 2012/1025 che, superando il sistema del c.d. Nuovo approccio – previsto fin dal 1985 e basato su un meccanismo di affidamento «per mandato» ad alcuni organismi privati della produzione delle norme tecniche (pp. 52 ss.) – si pone l'obiettivo di «"definire specifiche tecniche o qualitative volontarie", a cui i prodotti, i processi di produzione o i servizi attuali e futuri possono spontaneamente conformarsi» (p. 59). Allo stesso tempo, la nuova normativa europea estende il proprio campo di applicazione anche ai servizi (p. 57 s.).

Da tale approccio sembrerebbe derivare, secondo l'Autore, un abbandono dell'«ancoraggio alle cognizioni tecnico-scientifiche per estendere il suo raggio di azione a settori meno *science based*, perciò fino ad ora oggetto di regole cogenti. In altre parole, si potrebbe assistere, per essere chiari a un allargamento delle funzioni della regolazione europea che fa leva sulla genericità della tecnicità da regolare, anziché sulla tecno-scientificità» (p. 64).

ISSN 2279-7238

L'opera si sofferma anche su un'ulteriore conseguenza derivante dal Regolamento (UE) 1025/2012, caratterizzato dalla partecipazione di soggetti privati alle procedure di definizione delle norme di cui si discorre: la rottura dell'argine e della distinzione fra pubblico e privato, fra democrazia e mercato, che costituisce tradizionalmente una delle caratteristiche della statualità (p. 66).

Tale aspetto viene approfonditamente analizzato dall'Autore che, dopo averne sottolineato il carattere pervasivo e inarrestabile, lo colloca all'interno di un generale accrescimento dei meccanismi di democrazia partecipativa che si innestano nel procedimento di formazione delle norme giuridiche (pp. 68 s.), evidenziandone inoltre i rischi per ciò che attiene la tutela dei diritti fondamentali, messi a repentaglio da logiche puramente economiche e privatistiche (pp. 71 s.).

Il terzo capitolo verte sul tema delle regole tecniche nel sistema delle fonti. Se nella parte precedente il costituzionalista avverte delle difficoltà nel muoversi in un campo non proprio, poiché usualmente oggetto di studi di diritto privato, ma che viene ricondotto con ammirevole sforzo dall'Autore all'interno di un contesto pubblicistico, il capitolo sulle regole tecniche è intriso di riflessioni sul sistema delle fonti.

In particolare, dopo aver ribadito la natura normativa delle regole tecniche ed illustrato le novità derivanti dalla Direttiva (UE) 2015/1535 in materia, l'Autore si sofferma sull'inestricabile intreccio che lega tali regole e le norme tecniche, analizzando i diversi schemi di incorporazione (pp. 85 ss. spec. 89 s.). In tale contesto, il procedimento che risulta ottimale è costituito dal ricorso ad un c.d. "rinvio mobile" che consente un tempestivo aggiornamento del dato normativo ai continui progressi tecnici e scientifici (pp. 90 ss.).

Dopo aver illustrato le caratteristiche delle norme tecniche pubbliche (p. 92), specularmente a quanto fatto in ordine alle norme tecniche private, e gli elementi di frizione con i principi del costituzionalismo democratico (p. 94), Iannuzzi si sofferma sul ruolo incontrastato dell'Unione europea nell'esercitare il governo della tecnica, con forti limitazioni dell'azione dello Stato e delle Regioni (p. 99 ss.). Tale supremazia europea è anche palesata da alcune sentenze della Corte costituzionale italiana che, pur tutelando la posizione delle Regioni ad autonomia speciale e delle Province autonome dall'invasione regolamentare statale, giunge ad affermare che l'attività di mera recezione materiale delle direttive tecniche dell'Unione europea escluderebbe ogni valutazione statale di merito circa le scelte tecniche europee (p. 97). Quest'impostazione è oggetto di critica da parte dell'Autore, che ne evidenzia l'incapacità di tenere in adeguato conto i diversi interessi emergenti a livello statale o regionale e sottesi a ogni disciplina. A tal fine, si propone un nuovo modello

ISSN 2279-7238

collaborativo che si concretizzi in «un sistema di standard europei rigidi e inderogabili (ma verificabili), limitati alle sole prescrizioni tecniche minime della materia da regolare, così da lasciare alla successiva produzione normative statale o regionale l'alternativa fra la mera recezione materiale e la possibilità di porre standard ulteriori, al fine di soddisfare la specificità delle istanze regionali» (p. 98).

Legata a doppio nodo alla constatazione di un'ipertrofia della regolazione europea risulta essere l'affermazione del principio del coordinamento tecnico come deroga al riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni. Infatti, l'Autore sottolinea che, a partire dagli anni '80, la Corte costituzionale giunge a sostenere la possibilità di interventi statali di natura meramente tecnica nelle materie di competenza regionale, a detrimento principio di legalità sostanziale. Alla base di tale impostazione vi è proprio la necessità di garantire l'uniforme adempimento degli obblighi europei (p.105 ss.).

Tale impostazione non sembra essere messa in discussione dalla riforma costituzionale del 2001, che non si è in alcun modo espressa sulla competenza statale relativa alle regole tecniche. Proprio questo silenzio ha dato la stura all'elaborazione di numerose interpretazioni dottrinali volte a individuare un fondamento costituzionale all'esercizio della funzione unitaria di coordinamento tecnico (p. 108). L'Autore si inserisce nel dibattito scientifico individuando *plurimi* appigli della competenza statale nella definizione di *standard* minimi per la formazione e il recepimento delle norme tecniche pubbliche: dalla tutela della concorrenza, alla tutela dei diritti, fino alla garanzia dei livelli essenziali dei diritti civili e sociali.

Si tratta di un'elaborazione teorica che discende direttamente dall'osservazione della giurisprudenza costituzionale che, in realtà, ha mostrato «un mutamento di orientamento (…) solo apparente, perché in concreto la Corte, caso per caso, ambito per ambito, materia per materia, ha ritagliato ampissime riserve di competenze statali, in ordine al potere di dettare regole tecniche, pur senza mai riaffermare, in via generale ed esplicitamente, la perdurante vigenza del principio del coordinamento tecnico» (p. 111 ss.).

In ogni caso, l'Autore pone in rilievo le criticità e gli eccessi dell'impostazione della Corte costituzionale che, per lo più, si sono concretizzati nella qualificazione della competenza legislativa come concorrente e nell'attribuzione della potestà regolamentare in capo allo Stato, in violazione del riparto previsto dal nuovo articolo 117 Cost. (pp. 116 ss. spec. 120). Inoltre, il rischio che si corre è quello di un'«ulteriore dilatazione» delle materie di competenza esclusiva dello Stato per mezzo di una giustificazione casistica degli interventi, che produca un offuscamento dei rapporti

ISSN 2279-7238

tra Stato e Regioni nella produzione delle regole tecniche e un'ulteriore riduzione dell'autonomia regionale.

Per tali ragioni Iannuzzi propone un'esplicita riaffermazione del principio del coordinamento tecnico (p. 122).

L'ultima parte del terzo capitolo ruota intorno al principio di legalità sostanziale, che – da prima della riforma costituzionale del 2001 – la giurisprudenza costituzionale ritiene non violato dall'attribuzione, da parte del legislatore, di una potestà normativa o provvedimentale ad altre autorità nell'individuazione di specifiche tecniche in materie riservate alla legge (pp. 129 s.).

Partendo da tali premesse l'Autore giunge ad aderire all'impostazione dottrinale che individua nel regolamento, specialmente ministeriale, anziché nella legge, la fonte più idonea alla produzione di regole tecniche. In particolare, a favore di tale soluzione depongono una pluralità di considerazioni, come il carattere estremamente specialistico della disciplina da recepire e la necessità di un'approfondita istruttoria, che sappia coinvolgere adeguatamente i corpi tecnici (pp. 132 ss.).

Infine, l'Autore si interroga sulla reale possibilità di introdurre un procedimento di formazione delle regole tecniche, che sappia adeguatamente bilanciare il necessario coinvolgimento degli organismi tecnico-scientifici e le indispensabili scelte politiche (pp. 136 s.). La difficoltà di attribuire una forza passiva peculiare alle leggi "di procedura" induce Iannuzzi a una risposta negativa, quantomeno per ciò che concerne il livello statale (pp. 140 s).

Come anticipato, nella seconda parte dell'opera (capitoli IV e V) l'Autore si sofferma sullo statuto costituzionale delle leggi a contenuto tecnico-scientifico e sulla necessità di introdurre un procedimento istruttorio all'interno del processo costituzionale.

L'analisi si sviluppa intorno alla constatazione della mancanza, all'interno del panorama normativo italiano, di procedure volte a regolare la formazione di leggi *science based,* nonché di adeguati meccanismi di coinvolgimento *ex post* degli esperti al fine di aggiornare la disciplina legislativa (p. 148 s.).

Tale lacuna, oltre a palesare un ritardo del nostro paese, risulta in contrasto con la giurisprudenza della Corte Edu e della Corte costituzionale, che si sono più volte espresse sulla necessità di ricercare un punto di incontro tra le valutazioni politiche e quelle di natura scientifica nell'elaborazione normativa, prendendo in considerazione l'eventuale formazione di un consenso fra gli Stati aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'avanzamento delle conoscenze scientifiche, al fine di evitare l'anacronismo scientifico delle leggi (p. 150).

ISSN 2279-7238

Sulla base di quest'impostazione giurisprudenziale e della qualificazione crisafulliana relativa alle fonti rinforzate *per procedimento*, Iannuzzi tratteggia «la legge avente contenuto scientifico (…) come un nuovo tipo di legge rinforzata» (p. 151), che per la sua adozione richiede una specifica istruttoria.

A tal proposito, l'ordinamento dell'Unione europea sembrerebbe presentare un modello virtuoso, in quanto capace di far emergere anche le posizioni scientifiche minoritarie e, soprattutto, un fruttuoso dialogo tra tecnici e decisori politici (p. 153).

Nella ricerca della definizione di uno *status* delle leggi a contenuto scientifico, l'opera oggetto di quest'analisi rileva un'ambivalenza della giurisprudenza costituzionale nell'utilizzo del dato scientifico.

In particolare, se, da una parte, la Corte limita la propria possibilità di intervento esclusivamente alle ipotesi di manifesta o intrinseca irrazionalità della disciplina legislativa, «che può configurarsi alla luce di "sicuri" riferimenti scientifici contrastanti» (p. 162), così palesando tanto un atteggiamento di *self-restraint*, quanto numerosi problemi istruttori e di compatibilità con l'evoluzione delle risultanze scientifiche (p. 164), dall'altra parte, il dato scientifico può anche costituire un grimaldello per imporre numerosi obblighi di astensione al legislatore e il recupero di spazi di autonomia della scienza (p. 168 ss.). Tali gli orientamenti rendono evidente, indipendentemente dal concreto atteggiamento della Corte costituzionale e dalle tecniche decisorie utilizzate, un'indubbia rilevanza della scienza nel diritto.

Allo stesso tempo, in continuità con le considerazioni del capitolo precedente circa le procedure di formazione delle leggi *science based*, l'Autore propone una visione innovativa per il panorama nazionale della nozione di tecnica o scienza giuridicamente rilevante, che non muova da una loro astratta apoliticità, bensì che ne «rimarchi la dimensione valutativa che è ineludibile e che, anzi, si manifesta in forma ancora più complessa nell'interazione fra i due settori» (p. 159), come si palesa nel giudizio costituzionale avente ad oggetto risultanze scientifiche incerte.

Si è già detto che il libro permette riflessioni costituzionali di più ampio respiro, lontane dai meri cavilli processuali o *tecnici*, ma all'interno di un'analisi fortemente giuridica sulla scienza in rapporto al diritto; proprio su questa relazione si sofferma la parte finale del IV capitolo, in cui l'Autore pone l'accento sulla necessità e - allo stesso tempo - sui rischi derivanti dalla procedimentalizzazione del processo di formazione delle leggi a base scientifica.

L'indispensabile coinvolgimento dell'*expertise* nella regolazione di fenomeni complessi (p. 179 ss.) non si può certamente tradurre in una perdita di controllo del diritto sulla tecnica, bensì deve essere utilizzato e letto come uno strumento per meglio valutare tutti gli interessi in gioco all'interno della disciplina legislativa.

ISSN 2279-7238

Insomma, Iannuzzi - indagando *in radice* la funzione del diritto - ripudia la subalternità di questo alla scienza e riafferma la centralità del giudizio di ragionevolezza nella sua forma più pura, inteso come conciliazione di valori costituzionali, in luogo dell'esaltazione della ragionevolezza scientifica (p. 184 s.).

Tali conclusioni risultano il *core* della giurisprudenza costituzionale concernete questioni eticamente delicate (p. 174 ss.).

Il capitolo conclusivo dell'opera si concentra sul diritto costituzionale processuale, analizzando in modo particolare il tema dell'istruttoria.

Prima di addentrarsi in questo argomento, l'Autore si sofferma sulla possibilità di ampliare l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale per mezzo delle norme e delle regole tecniche (p. 193 ss.). Con riferimento alle prime, soprattutto a causa delle modalità di recepimento, la configurabilità di un giudizio risulta particolarmente problematica. Viceversa, l'Autore sembra presentare una posizione innovativa per ciò che concerne la possibilità di sindacare indirettamente finanche la regola tecnica contenuta in un atto normativo secondario.

Di seguito, Iannuzzi constata un uso esiguo dell'istruttoria nei procedimenti concernenti *scientific questions*, il mancato coinvolgimento della comunità scientifica (nella sua varietà), nonché l'irrilevanza del dato specialistico nel convincimento del giudice costituzionale (p. 195 ss.). Tali osservazioni risultano ancor più evidenti relativamente a questioni non tecniche ma scientifiche, in cui la Corte «preferisce affidarsi ai c.d. fatti notori o a massime d'esperienza, in tal modo mancando però l'opportunità di "assumere una posizione più coerente e puntuale in ordine a questioni anche estremamente problematiche"» (p. 198).

L'Autore si spinge, quindi, a indagare le motivazioni, anche profonde, alla base di tale impostazione della Corte costituzionale: dalla difficoltà di individuare soggetti qualificati, a quella di utilizzare le informazioni ricevute dai giudici costituzionali, fino alla «convinzione che esistano "fatti oggettivi" e che solo in tali circostanze sia legittimo ricorrere a rivalutare nel processo l'istruttoria svolta dal legislatore» (p. 198).

Partendo da tali premesse, Iannuzzi propone una partecipazione della società scientifica di riferimento, così da assicurare il più ampio pluralismo delle voci e la legittimazione delle decisioni della Corte costituzionale, soprattutto nei casi in cui è difficile prendere posizione (pp. 201 e 205). A tal proposito, la costruzione di un linguaggio scientifico, per mezzo di definizioni specialistiche nel processo, sembrerebbe risultare essenziale (pp. 202 s.).

In conseguenza di ciò, le ultimissime pagine del libro si soffermano sulla necessità della formazione della prova scientifica nel processo costituzionale, dovendosi,

ISSN 2279-7238

quindi, eliminare le istruttorie informali e assicurare la partecipazione delle parti e di terzi al contraddittorio (p. 207 ss.).

La virtù di quest'opera, si ritiene necessario ribadire, risiede proprio nell'indagare dei "temi classici" del diritto costituzionale e della sua giustizia, scegliendo come angolo di visuale privilegiato quello delle norme e delle regole tecniche.

Non si tratta un libro facile, ma non certo per il linguaggio, che risulta immediato e piacevole. La difficoltà che riscontra il lettore, riempito di stimoli, risiede nelle numerose domande che, nell'incessante ricerca di soluzioni, l'opera sollecita. Improvvisamente ci si renderà conto che le categorie tradizionali perdono la loro forza sotto la scure del dubbio insinuato.

Infine, provando a mettere a sistema i numerosi spunti ricevuti, sembrerebbe doversi affermare che, ancora oggi, vi sia una diffusa e ineludibile esigenza di diritto costituzionale, inteso come conciliazione di interessi; viceversa, minore sembrerebbe la necessità di un'ipertrofica regolazione legislativa della vita.

Il diritto, quindi, resta l'antidoto al tempo monologante della tecnica, per rendere la scienza più umana e l'uomo più consapevole dei vantaggi derivanti dalla scienza.

Simone Barbareschi

ISSN 2279-7238

U. RONGA, La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 206[*].

Il tema dell'opera, "la legislazione negoziata", oltre ad essere al centro di un esteso dibattito dottrinale sui processi decisionali e di governo contemporanei, consente una ricognizione su alcuni elementi di snodo della forma di governo italiana. Ronga osserva la materia da una prospettiva dichiarata nel sottotitolo dell'opera: "Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica". L'Autore, infatti, propone gli sviluppi della funzione nomopoietica delle istituzioni rappresentative nell'articolato sistema costituzionale dando conto di come la natura della funzione legislativa sia mutata negli ultimi decenni, da un modello statico-parlamentare verso una sempre maggiore sinergia del Parlamento e del Governo (*rectius*: degli organi parlamentari e governativi, più o meno formalizzati, coinvolti nell'*iter* decisionale) con altri soggetti istituzionali e non.

L'opera offre un'analisi critico-problematica sulle evoluzioni in corso nel circuito decisionale politico-rappresentativo, mettendo in luce il nesso tra la rappresentanza politica e quella degli interessi organizzati, illustrando da un punto di vista sia dogmatico sia analitico il loro modo di intrecciarsi ai fini della funzione legislativa. L'arco temporale esaminato varia a seconda dell'oggetto particolare della riflessione, abbracciando tutta la fase repubblicana, soffermandosi poi sulle proposte della XVII Legislatura nell'ultimo capitolo in tema di regolamentazione del *lobbying*. L'Autore sottolinea come la forma di governo parlamentare italiana abbia progressivamente spostato il proprio asse decisionale dalla sede parlamentare a quella governativa (e soprattutto endogovernativa): è a questo livello -sostiene Ronga- che la decisione prende forma in seguito all'istruzione, al coordinamento, alle trattative con i diversi soggetti interessati (o rappresentanti di interessi) per la definizione di un "modello negoziale o a vocazione negoziale".

Nel primo capitolo Ronga analizza l'approccio teorico al tema del *lobbying* e della sua influenza sul sistema decisionale in Italia. Dall'analisi emergono due posizioni prevalenti della dottrina, due atteggiamenti di fondo nei confronti della decisione in sé. Una prima prospettiva (pp. 11-12 e ss.), che potremmo definire classica, ritiene il Legislatore capace autonomamente di interpretare l'interesse generale, e pertanto la sede della legislazione dovrebbe essere "liberata" dai rappresentanti di interessi particolari. Questa idea di fondo si trasforma in una sorta di "resistenza culturale, se non ideologica" tesa a "considerare ogni forma di contaminazione della sede

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

decisionale a opera di interessi estranei al circuito rappresentativo come un fattore da neutralizzare, limitare e sanzionare, magari sorvolando su quanto, in realtà, nella sostanza del processo di decisione continuino a operare (pressoché indisturbatamente), quando, invece, come si dirà, in molti ordinamenti – a partire da quello sovranazionale – il fenomeno è riconosciuto e regolato. Resistenza che Ronga riconduce a cause diverse ma accomunate dal dato della "percezione fortemente negativa suscitata (in astratto) dal fenomeno negoziale e (in concreto) dalle pratiche ad esso connesse". La diffidenza ideologica passa anche per l'idea del "legislatore onnisciente", percepito come la manifestazione di un "discernimento pressoché autoreferenziale, da circoscrivere al perimetro dei palazzi della rappresentanza generale". La seconda prospettiva, più recente, che, come nota l'Autore, è il risultato della (positiva) contaminazione della scienza giuridica con prospettive comparatistiche ed amministrativistiche, consiste in un "approccio teso a cogliere la complessità del tema oltre il velo delle citate resistenze". Emerge così il "carattere aperto dei «centri decisionali e di influenza»" e il "grado di permeabilità delle sedi decisionali – parlamentare, governativa, burocratica, amministrativa – al condizionamento, all'influenza, alla persuasione, alla pressione del contesto ambientale, sociale, politico ed economico di riferimento. Ciò premesso, Ronga analizza la dottrina costituzionalistica sul tema, che più recentemente lo approccia accostando "modello negoziale e modello partecipativo". L'Autore indica come la Costituzione dedichi molto spazio alle formazioni sociali, alla partecipazione dei cittadini, ai partiti politici, ai sindacati, alle autonomine locali, alle comunità territoriali, all'esercizio di determinate funzioni pubbliche, al procedimento legislativo; una ricognizione che consente di "continuare a collocare, sempre più coerentemente, il tema della legislazione negoziata nell'alveo dei principi connotativi dell'impianto costituzionale italiano e delle prospettive, sociali e politico-istituzionali, che esso persegue". Da questa prospettiva, Ronga procede ad una sistematizzazione in tre fasi dell'andamento "strisciante" della legislazione negoziata in Italia, dando conto dell'epoca dell'influenza dei partiti politici "dentro e fuori le Camere parlamentari"; del tempo della destrutturazione di quell'impianto (dagli anni Novanta del secolo scorso), in cui la negoziazione si incanala per i processi di autonomia territoriale e l'attività di gruppi sociali e si intravede un impianto di legislazione non più unilaterale ma bilaterale e anche multilaterale, caratterizzato dal pluralismo sociale e dall'azione legislativa regionale; ed infine illustrando una terza fase caratterizzata dalla "azione svolta dai gruppi di pressione non più o non soltanto nei confronti delle sedi parlamentari, ma indistintamente verso tutti i centri decisionali, a partire da quelli governativi" (p. 18). Ronga, nel corso dell'opera, sulla base dell'analisi del fenomeno

ISSN 2279-7238

in queste fasi, spiega come la rappresentazione di interessi sia un elemento intrinseco alle evoluzioni del pluralismo e degli elementi costitutivi della forma di governo parlamentare: "sia sul piano politico nazionale così come su quello regionale, il rapporto tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi non conosce soluzioni di continuità". In questa prospettiva il "circuito" rappresentativo, o il "rapporto" della rappresentanza, mutando "le fasi, i centri, le sedi, i soggetti, le pratiche", resta geneticamente "ancorato" alle istituzioni e agli interessi organizzati. Le forme della partecipazione al processo decisionale tengono conto delle trasformazioni degli assetti istituzionali, dimostrando di sapersi collocare nei rapporti tra gli organi costituzionali (e nelle forme più o meno formalizzate di decisione), diventando un elemento centrale per la declinazione di esigenze sempre più composite, in uno scenario istituzionale sempre in cerca di equilibri con il pluralismo contemporaneo.

Svolta questa ricognizione, il lavoro procede con una ricognizione puntuale dei nodi della negoziazione legislativa. Il pregio della prospettiva proposta da Ronga per questo esame risiede nella dovizia di documentazione e nell'analisi di quel processo di "interferenza" secondo la classica prospettiva, ovvero di "negoziazione" o "completamento" secondo la più recente, del processo decisionale, osservando da vicino entrambe le sedi decisionali del circuito politico-rappresentativo, Parlamento e Governo. In particolare la descrizione di alcuni passaggi informali endogovernativi, consente agli studiosi e agli studenti di dotarsi di nuovo materiale per i propri approfondimenti, difficilmente reperibile sul tema. A ciò si aggiunge una attenta ricostruzione delle dinamiche che in tali sedi/su tali soggetti insistono ai fini della negoziazione. Si spiega nel corso dell'opera come "il tentativo di influenzare la decisione politica sin dalla fase istruttoria ha condotto i gruppi di pressione a cercare il contatto con i Ministri, in particolare attraverso i rispettivi uffici di Gabinetto, i Sottosegretari e i dirigenti dei Dipartimenti della Presidenza del Consiglio" (18-19).

Al fine di cogliere appieno l'incidenza della negoziazione sul processo decisionale, Ronga espone quali siano i principali soggetti che determinano questa negoziazione individuando i cittadini, i cittadini organizzati e gruppi, e tra essi le *lobby*, per procedere ad una rigorosa analisi di come questi soggetti possono insistere sui due diversi procedimenti decisionali (parlamentare e governativo). Concentrandosi sulle *lobby*, spiega i principali piani su cui agiscono, procedendo così ad un'utile sistematizzazione all'interno del più generale tema della negoziazione. Specifica gli aspetti del *lobbying* (parlamentare e governativo, spiegando quale sia l'oggetto del loro interesse nelle diverse fasi degli *iter*) e anche come la dinamica del lobbismo

ISSN 2279-7238

"parlamentare" sia per la gran parte finalizzata "al perseguimento di politiche economiche" (p. 91).

La tesi di fondo che emerge nei due capitoli successivi e si corrobora nel quarto, è che la partecipazione dei vari soggetti è congiunta e congeniale alla funzione legislativa e lo si evince dalla progressione di eventi che portano dalla resistenza culturale ai tentativi regionali di regolamentazione o implementazione della negoziazione (Ronga cita alcuni casi, anche attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale, considerando interventi legislativi compiuti a livello regionale, nonché tentativi di regolazione adottati a livello ministeriale e di autorità indipendenti), fino a tentativi di regolamentazione a livello nazionale-parlamentare. Proprio su quest'ultimo elemento si sviluppa la tesi dell'Autore, il quale sostiene la necessità di una regolamentazione. Un intervento normativo consentirebbe uno sviluppo della ricerca di limiti alla discrezionalità del processo di negoziazione, che, nel silenzio del "decisore", aiuterebbe a contenere ed incanalare nell'ambito del modello costituzionale "ordinario" di decisione, le spinte autonome del modello di negoziazione italiano, così come avviene in altri ordinamenti esaminati da Ronga in cui, tuttavia, il modello negoziale è specificamente regolato.

L'Autore, inoltre, supporta questa tesi argomentando i diversi problemi dell'assenza di una regolamentazione, tra cui: l'accesso delle *lobby* al processo decisionale, la gestione delle influenze illecite che non emergono in quanto è difficile separarle da quelle lecite, la carenza del controllo da parte dei cittadini. Il legislatore è tuttavia intervenuto sul processo decisionale, ma sul piano della c.d. *better regulation*, congegnando strumenti per aumentare la qualità della legislazione, del *drafting* legislativo. Secondo l'Autore l'intervento su questo livello, ancorché pregevole perché incentiva l'apertura del processo decisionale, a partire dalla consultazione di *stakeholders* e destinatari della legislazione e caratterizzante una fase importante dello sviluppo dei processi decisionali, è da solo insufficiente ai fini della implementazione di una disciplina della negoziazione. A tal fine sarebbe invece auspicabile una legge per la regolamentazione delle lobby anche per rispondere a due grandi domande a cui l'opera prova, tra le righe, a suggerire una risposta: chi è il lobbista, ma soprattutto, chi è il decisore.

La seconda domanda è quella che sembra di fatto più pressante per la definizione del contemporaneo modello decisionale italiano. Forse anche per questo, sembra utile indicare i pregi dell'analisi condotta da Ronga nel terzo capitolo, che indaga tra il fatto e il diritto l'articolato procedimento decisionale governativo (dando così conto di una ricerca svolta per lungo tempo sul campo). L'analisi dei soggetti, della procedura (che passa per la presentazione, l'istruttoria tecnica e la diramazione dei

ISSN 2279-7238

provvedimenti governativi) e delle fasi anche informali (si dà conto dell'importanza e del meccanismo del c.d. "Preconsiglio" dei Ministri) prodromiche al Consiglio dei Ministri e alla composizione dell'ordine del giorno, consente all'Autore di mettere in luce l'opacità del processo decisionale e di indirizzo politico, cuore, almeno nell'ultimo trentennio di storia repubblicana, delle decisioni dello Stato. Questo approccio e l'analisi di situazioni o istituzioni non sempre immediatamente percepibili a chi non ha avuto l'occasione di osservare dall'interno, nelle sedi in cui si produce la decisione, i processi di produzione normativa con i soggetti istituzionali, può essere particolarmente utile per mettere a fuoco caratteristiche altrimenti poco conoscibili delle istituzioni e del processo di formazione del diritto e delle politiche pubbliche in Italia.

Ronga analizza anche gli altri tentativi di regolamentazione della negoziazione, esperiti nel corso della Legislatura XVII, con atti non legislativi. Tanto il "Codice di condotta dei deputati", quanto, soprattutto un provvedimento recante la Regolamentazione dell'attività di rappresentanza di interessi" sono analizzati e considerati interventi significativi, in particolare il secondo, "almeno sul piano simbolico e culturale, che, pur nei limiti dello stesso, si muove nella direzione auspicata: la disciplina della negoziazione" (p. 151).

Per quanto anche questi strumenti sono giudicati positivamente dall'Autore, Ronga sostiene la necessità di una legge 'generale' sulla negoziazione, per risolvere i nodi che la situazione attuale pone rispetto alla partecipazione, alla trasparenza, consentendo così l'emersione della negoziazione che esiste ma resta nelle pieghe dei processi decisionali osservati nell'analisi; in tal senso, considerando la disciplina sulle lobby come uno strumento utile anche in chiave di prevenzione della corruzione. Nella prospettiva dell'Autore, inoltre, l'assenza di disciplina si ripercuote sugli strumenti di partecipazione costituzionalmente disciplinati, utilizzati (e forse anche abusati a parere di chi scrive) come canali di composizione di interessi che il procedimento di decisione non può fisiologicamente comporre al suo interno.

In ultima analisi si può affermare che l'opera di Ronga sia una delle poche ad indagare il tema del *lobbying* da una prospettiva schiettamente giuridico-costituzionalistica, laddove infatti il tema è spesso affrontato non compiutamente in questo settore, essendo invece più esplorato da prospettive politologiche. Il volume è uno strumento aggiornato che consente di rilevare in modo sistematico le principali prospettive dottrinali sul tema, i risvolti che questa materia determina sull'impianto costituzionale di produzione del diritto, di decisione pubblica e degli strumenti di partecipazione con cui il sistema della democrazia rappresentativa è completato. L'opera consente di mettere a fuoco anche gli effetti che una disciplina o mancata

ISSN 2279-7238

disciplina della materia possono avere in ordine al principio di trasparenza come declinato nella più recente legislazione statale. L'analisi, inoltre, meritoriamente contribuisce a sottrarre l'intera materia del *lobbying* e della rappresentazione di interessi dal cono d'ombra in cui storicamente è posta in Italia e consente di approcciarvi all'insegna della categoria della "negoziazione", in questo modo lasciando emergere la realtà delle fattispecie decisionali.

Dal complesso dei punti analizzati e dai piani su cui si dipana il ragionamento, l'opera è uno strumento utile per completare in una prospettiva teorica ed empirica i ragionamenti sul procedimento legislativo, sugli elementi costitutivi delle istituzioni governative e parlamentari (il sistema dei partiti, la dinamica della rappresentanza, la sede governativa come sintesi di un indirizzo politico, gli organi deputati a tale sintesi) e sulla forma di governo italiana (in particolare rispetto all'emergere del "governo come *dominus* della legislazione nella forma di governo parlamentare italiana" – p. 104 e ss.), rappresentando uno strumento utile per cogliere come si sia affermato un canale di rappresentazione di interessi alternativo a quello tradizionale dei partiti, pienamente capace di inserirsi nei processi decisionali più o meno formalizzati delle istituzioni coinvolte.

In altri termini, secondo Ronga, le dinamiche del sistema partitico, "segnato da disarticolazioni strutturali, disomogeneità programmatiche e forme di concentrazione, unidimensionalità del potere", incidono "fortemente nel circuito rappresentativo e nel processo di governo" e spingono, insieme ai mutamenti delle forma di governo, quali soprattutto "lo spostamento della decisione politica sull'asse dell'Esecutivo", a "connotare il processo di decisione dei tratti del modello negoziale o a vocazione negoziale". Questo slittamento di fatto, mostra l'apertura del processo decisionale alla partecipazione dei cittadini e segna un ulteriore elemento di riflessione per la comprensione delle dinamiche costituzionali in atto in questa fase dell'esperienza costituzionale italiana.

Paolo Bonini

ISSN 2279-7238

M. G. RODOMONTE, L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 172*

Il titolo del volume collega felicemente la ricorrenza del settantenario dell'adozione della Costituzione repubblicana al percorso evolutivo congiuntamente compiuto, all'interno dell'ordinamento italiano, dal principio di eguaglianza senza distinzioni di sesso. Felicemente nel senso di riuscire a mettere bene in evidenza il dinamismo di fondo insito nel dettato costituzionale, che ha di conseguenza spinto lo sviluppo interpretativo del principio egualitario in esso enunciato.

Il superamento del modello statualista ottocentesco – per il quale sostanzialmente la garanzia di diritti e libertà promanava in via esclusiva dalla legge dello Stato – si realizza in una nuova concezione del costituzionalismo, che pone "al riparo" dalle cangianti decisioni maggioritarie un'ampia gamma di diritti, la cui posizione inviolabile impregna nella sua essenza la Carta medesima e i valori ad essa connessi. L'impianto costituzionale scaturito dalla discussione in Assemblea Costituente non può infatti prescindere dall'eredità del periodo fascista, nel quale uno Stato onnipervasivo era in grado di sospendere le garanzie di libertà e di eguaglianza ed il modello ideologico di società poneva la figura femminile in posizione di subalternità.

L'introduzione della pari dignità sociale – come chiarito nel I Capitolo dall'Autrice attraverso una vivace ricostruzione del complesso dibattito in merito in Assemblea Costituente – è l'evoluzione semantica della formula "eguale trattamento sociale", ritenuta dal Comitato di redazione "espressione non definita, che si poteva prestare ad equivoci". Carattere essenziale di un documento costituzionale proiettato verso il futuro, in considerazione dell'insufficienza della sola eguaglianza in senso formale, la pari dignità sociale esprime dunque il salto di qualità in tema di eguaglianza nella complessa architettura costituzionale del secondo dopoguerra. La "nuova" eguaglianza, menzionata in più parti attraverso il testo costituzionale del 1948 (artt. 3, 29, 37, 48 e 51 Cost.), non è cieca rispetto alle differenze e si dota dello strumento "cerniera" rappresentato dalla pari dignità sociale per coniugare elemento formale ed elemento sostanziale declamati nei due commi dell'art. 3.

La dimensione familiare, nel progetto di donna delineato in Costituzione ed al netto delle divergenti visioni su di essa fra cattolici e laici in sede costituente, esprime il superamento della funzionalizzazione della famiglia allo Stato operata in epoca fascista. Il secondo comma dell'art. 29 ha posto tuttavia non pochi problemi

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

ermeneutici rispetto alla difficile coesistenza, di natura evidentemente compromissoria, fra l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e il limite dell'unità familiare garantito dalla legge. La formulazione deve correttamente trovare la propria soluzione nel suo significato dinamico ed evolutivo, all'interno del quale il legislatore è chiamato a incidere in connessione con il mutamento delle esigenze sociali che investono una formazione sociale "non cristallizzata". In tal senso pare lecito sostenere che la scelta del Costituente abbia privilegiato una struttura tradizionalmente dominante all'interno della società italiana – quella "famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" –, ma l'abbia altresì condotta nella nuova dimensione dell'eguaglianza fra i coniugi, scardinando le impostazioni gerarchico-autoritarie del passato.

Appare singolare che a fronte del portato innovativo introdotto dal testo costituzionale, l'adeguamento della legislazione ordinaria ai princìpi costituzionali sia proceduta piuttosto tardivamente e a singhiozzo, soprattutto mediante il grimaldello del secondo comma dell'art. 3 Cost, fatto ruotare alternativamente dal legislatore e dal giudice delle leggi. Ciò anche a fronte di evidentissime contraddizioni sussistenti fra i valori costituzionalmente protetti e la concreta situazione della legislazione vigente. In tal senso valgano su tutti, a titolo esemplificativo, le questioni del diverso meccanismo sanzionatorio previsto per l'adulterio femminile o le c.d. "clausole di nubilato" in ambito lavorativo. Così vengono messi in collegamento logico i capp. II e III del volume, con l'apprezzamento della condizione economica, familiare e politica della figura femminile descritta dalla Carta da un lato, e l'individuazione di tappe cronologiche di attuazione dell'eguaglianza fra i sessi dall'altro.

Ciononostante eguaglianza non può e non deve significare omogeneizzazione *tout court* fra i generi, specie in considerazione del "particolare ruolo sociale della donna" che ne illustra lo *status* costituzionale. Per converso, le trasformazioni sociali tipiche di questa epoca storica hanno esteso anche agli uomini forme di tutela e responsabilità tipicamente in capo alle donne. Si pensi in quest'ottica al "recente" (legge 8 marzo 2000, n. 53, poi razionalizzata grazie al D. Lgs. 151/2001) inserimento del congedo parentale ad entrambi i genitori in condizioni di parità, che è allacciato tanto ad una evoluzione legislativa e giurisprudenziale che fa riferimento agli anni' 70 del XX secolo, quanto ad un diverso *focus* interpretativo, orientato sullo sviluppo morale e materiale del figlio.

In tal senso, la combinazione qui evocata fra legislatore e giudice è funzionale a sottolineare come appaia significativa la titolazione del capitolo IV, che nel declinare la parità di accesso alle cariche elettive la collega a "percorsi giurisprudenziali e legislativi", con una scansione ordinale che induce alla riflessione. La prassi (e la

ISSN 2279-7238

statistica) dimostrano infatti con particolare eloquenza come l'àmbito politico costituisca il confine tradizionalmente più resistente alla consolidata e riconosciuta presenza della donna. L'Autrice pone bene in rilievo come la tensione più attuale verso la valorizzazione politica della figura femminile giochi di sponda con il contesto internazionale, stimolando pratiche virtuose negli ordinamenti contemporanei sulla scorta di dinamiche di *empowerment* e *gender mainstreaming*.

Sul piano interno, un ruolo centrale è stato ricoperto dalle revisioni costituzionali dei primi anni 2000 degli artt. 51 e 117 Cost. Ricalcando e ricalibrando l'obiettivo formulato nell'art. 3 Cost., sono state poste le basi per l'implementazione di azioni non più limitate alla mera rimozione delle diseguaglianze di genere, ma volte alla adozione di interventi promozionali tesi a conseguire pari situazioni di partenza fra donne ed uomini. L'Autrice chiarisce efficacemente come non si sia trattato di un processo lineare e privo di *revirements*. Particolarmente utile per la comprensione di questo aspetto si rivela la scelta di aprire il Cap. IV con la decisione della C. cost. n. 422/1995, e di chiuderlo con le misure antidiscriminatorie presenti nel *Rosatellum-bis*, come a completare un percorso euristico che dalla diffidenza iniziale circa il potenziamento delle *chances* di pari accesso alle cariche pubbliche conduce al sempre più "normale" consolidamento di strumenti di promozione della figura della donna in politica.

Prima però di rendere pacifica la legittimità di interventi in tale direzione, è stato necessario superare l'argomento teorico che leggeva l'adozione di meccanismi tesi alla parificazione delle *chances* come crepe nella concezione della generalità della rappresentanza in campo politico. A ben vedere tuttavia, alla predisposizione di "quote" non corrisponde affatto un vincolo fra eletti ed elettori in grado di vulnerare la rappresentanza della Nazione enunciata dall'art. 67. Inoltre la "rappresentanza di genere", incidendo nella fase preliminare il voto e non già direttamente sul suo risultato, assicura semplicemente il rispetto, costituzionalmente previsto, della parità di accesso alle cariche pubbliche senza con ciò fornire garanzie circa il risultato.

Il raggiungimento di tale consapevolezza conduce necessariamente a permeare non soltanto il livello legislativo ma anche quello esecutivo, assecondando stavolta una interpretazione più rigorosamente *result-oriented*. Ma la sostanza della questione ricade nella progressivamente riconosciuta capacità di penetrazione dell'eguaglianza di genere in tutti i rivoli dell'ordinamento costituzionale, elevandola a stella polare in grado sempre più di orientare la navigazione politica. La scansione cronologica degli elementi antidiscriminatori contenuti nelle leggi elettorali, nazionali e regionali, offerta dall'Autrice, sembra avvalorare questa tesi.

In conclusione, il volume appare assai utile in ogni sua parte. La genesi della concezione repubblicana circa l'eguaglianza senza distinzioni di sesso è argomentata

ISSN 2279-7238

con puntuali riferimenti dottrinari ed ampio impiego delle fonti; il frutto del lavoro del Costituente, in relazione alla statura pluridimensionale della donna, fornisce le premesse e le conoscenze fondamentali per apprezzare il progressivo processo, tuttora in corso di svolgimento, di potenziamento della figura femminile, in direzione di una sempre più concreta parità fra i generi; l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale di tale percorso, in campo politico, offre una fotografia della condizione faticosamente raggiunta, ma lascia presagire l'inarrestabile sviluppo di una costante maturazione, nella cultura nazionale ed internazionale, della necessità di dare attuazione ad una piena e compiuta eguaglianza senza distinzioni di sesso. Anche e soprattutto nei *loci* della rappresentanza, in cui vengono elaborate le risposte della società complessivamente considerata. Emerge dal volume un respiro di comunità e non settario, un elemento relazionale della Costituzione, che del resto "favorisce il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Se gli ostacoli che impediscono quanto sopra vanno senz'altro rimossi, il compito è della Repubblica, intesa nella sua accezione più nobile e policroma. Tuttavia l'Autrice mette in guardia dalla semplificazione omologante: il pieno sviluppo della persona umana è infatti un obiettivo differenziato, si potrebbe dire necessariamente "personalizzato", che sul piano dell'eguaglianza senza distinzioni di sesso va realizzato eliminando le discriminazioni, ma attraverso la lucida considerazione delle differenze.

Michele Crisafi

ISSN 2279-7238

D. HUTCHESON, Parliamentary Elections in Russia: A Quarter-Century of Multiparty Politics, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 356*.

«*Why study Russian elections?* » (p. 1).

Con questa domanda apre la sua indagine sulle elezioni parlamentari russe Derek Hutcheson, l'Autore del volume "*Parliamentary Elections in Russia: A Quarter-Century of Multiparty Politics*" pubblicato recentemente da Oxford University Press nell'importante collana della British Academy. La domanda che pone il giovane e promettente studioso, ex-allievo del professore Stephen White e attualmente professore associato dell'Università di Malmö (Svezia), non sembra affatto scontata visto il continuo declino delle istituzioni rappresentative ed elettorali in Russia negli ultimi decenni.

È vero che lo Stato russo ha attraversato una transizione "difficile" verso la democrazia, nel corso della quale valutazioni ottimistiche del regime politico hanno lasciato posto a commenti più moderati e a visioni contrastanti. Si è notato, tra l'altro, che il famoso effetto democraticizzante delle elezioni ("*democratization through elections*") spesso citato nella letteratura della "transitologia" non si è verificato nel Paese, dove esistono elezioni pluraliste ma mancano reali possibilità di alternanza al potere.

La domanda sull'importanza dello studio delle elezioni sembra ancora più legittima se si tratta di modelli istituzionali come quello russo. Si pensi all'iperpresidenzialismo russo che attribuisce ampi poteri al Capo dello Stato e sfavorisce lo sviluppo di *party-based politics* (infatti, il Governo russo non ha una "colorazione" partitica). Il potere legislativo, in tale sistema, assume una posizione subordinata di fronte ad un esecutivo forte ed è questa una delle ragioni per cui alla Russia si imputa che il suo Parlamento invece di essere l'organo di rappresentanza svolge un ruolo di *façade* (p. 5).

Lo stesso Autore del libro ammette che pochi sosterrebbero che la Russia abbia un regime politico di democrazia liberale competitiva (p. 261). Tuttavia, egli respinge l'assunzione, spesso condivisa acriticamente, che uno studio sulle votazioni russe sarebbe privo di valore in quanto esse rappresentano vicende ben controllate dai contorni prevedibili.

Secondo l'Autore, partire dall'ipotesi di *'electoral authoritarian' regime* nella ricerca sulle elezioni in Russia è una strategia sbagliata, perché tale visione 'dogmatica', prescrittiva

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

e riduzionista si concentra soltanto sull'individuazione delle deviazioni del sistema russo dagli standard democratici esistenti, trascurando altri aspetti del problema, come, per esempio, le cause delle riforme elettorali o le motivazioni degli elettori. Pertanto, l'Autore del libro ritiene che una ricerca basata sul metodo comparativo delle scienze politiche sia più efficace. La scelta ponderata dell'approccio è importante anche per evitare di cadere in una delle due estremità – come spesso accade negli studi sulle *Russian politics* – cioè concentrarsi soltanto sul carattere repressivo del regime russo negando del tutto il potenziale delle istituzioni democratiche formalmente esistenti (si pensi, appunto, al concetto di "autoritarismo elettorale" di Andreas Schedler (a cura di), "*Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition"*; o a quello di "*disguised dictatorship*" di Paul Brooker, "*Non-Democratic Regimes*", Palgrave Macmillan; 2 ed., 2009) oppure esaltare le specificità del modello autoctono rischiando di estendere oltre misura i concetti classici (ad es. il concetto di "democrazia illiberale": F Zakaria, "*The Rise of Illiberal Democracy*," in *Foreign Affairs*, 1997).

L'Autore mette in rilievo la complessità dell'oggetto della ricerca che, a sua volta, determina l'utilizzo di diversi approcci e di un paradigma flessibile che potrebbe adattarsi ai contesti ibridi come quello russo. Lo stesso Hutcheson nella sua ricerca non si ferma ad indagare le funzioni delle elezioni parlamentari in regimi non democratici (impostazione tipica per gran parte degli studi sulle votazioni in Russia), ma allarga il suo sguardo verso le dinamiche del sistema elettorale, analizzandoli in correlazione con i contesti istituzionale (il rapporto fra legislativo ed esecutivo) e normativo (legislazione in materia) dentro i quali si muovono i principali soggetti – i partiti e gli elettori.

Dunque, la domanda "Perché studiare le elezioni russe?" sembra posta dall'Autore in forma retorica. L'importanza dello studio sulle votazioni parlamentari russe, secondo Hutcheson, deriva dalla ricca esperienza nel settore dell'ingegneria elettorale che la Russia ha avuto durante l'ultimo quarto di secolo, soprattutto per quanto riguarda gli esperimenti con la formula elettorale, il cambio delle regole della presentazione delle candidature, l'introduzione del finanziamento pubblico ai partiti ecc.

Il volume di Derek Hutcheson rappresenta il primo studio completo sull'evoluzione delle elezioni parlamentari nella Russia post-sovietica, che copre praticamente tutti gli aspetti del tema, dalla legislazione in materia al *marketing* politico al comportamento elettorale, analizzando tutte le tappe del procedimento elettorale. Nelle pagine vengono descritti i sette cicli elettorali che si sono susseguiti dal 1993,

ISSN 2279-7238

ciascuno dei quali, secondo Hutcheson, rappresenta una tappa importante nell'evoluzione del sistema politico russo.

Così, le elezioni alla Duma del 1993, svoltesi in concomitanza con il referendum sulla Costituzione della Federazione Russa, sono state le "*founding" elections* durante il periodo di transizione, per le quali è stato applicato per la prima il "compromissorio" sistema elettorale misto.

Le successive elezioni per la Duma di Stato, tenutesi nel 1995, hanno segnato l'apice del "fluttuante" ("*floating*") sistema dei partiti russo, poiché i risultati si sono rivelati i più sproporzionati nella storia delle elezioni democratiche della Russia: non sono entrati nel Parlamento i partiti che in totale avevano ottenuto circa il 45% dei voti.

Le consultazioni del 1999 sono divenute le vere "primarie" per la futura corsa presidenziale: la discesa in campo del partito creato *ad hoc* "Unità" (dal 2001 "Russia Unita") ha preparato un terreno fertile per il trasferimento del potere dal Presidente Eltsin a Putin. Un cambiamento veramente significativo tra le due "epoche" – quella degli anni '90 e quella degli anni 2000 – è stato il passaggio dal Presidente senza partito al partito del Presidente, e da una Duma che serviva da contrappeso al pervasivo potere presidenziale ad una Duma asservita al Presidente.

L'anno delle successive elezioni parlamentari, il 2003, l'Autore lo considera il momento in cui il sistema dei partiti in Russia si è consolidato, mentre "Russia Unita" si è confermata nel ruolo di partito di maggioranza. Da questo momento in poi, l'alleanza di élite formatasi attorno alla presidenza russa ha reso il processo elettorale molto più prevedibile: "*the process became self-perpetuating*" (p. 261).

Se l'anno 2003 è stato caratterizzato dall'emergere di "Russia Unita" come partito dominante, le elezioni del 2007, tenutesi secondo il sistema proporzionale puro con la soglia del 7%, hanno legittimato il successivo passaggio di Putin dalla presidenza alla *premiership* durante il quadriennio di Medvedev. La formula proporzionale e la soglia di sbarramento eccessivamente alta hanno inevitabilmente portato alla 'pietrificazione' del sistema dei partiti e alla sua "cartellizzazione", con un crescente *gap* in termini di incentivi ed opportunità fra i quattro partiti rappresentati in Parlamento e i loro rivali.

Le elezioni del 2011 si sono svolte in un contesto di scarso pluralismo politico e sono caratterizzate da un diffuso senso di sfiducia verso l'operato elettorale. Quest'ultima circostanza è stata la ragione principale per cui nelle grandi città russe sono scoppiate le proteste, a seguito delle quali è stata proposta una limitata liberalizzazione nel sistema politico. Tuttavia, il ritorno al sistema misto per le elezioni politiche del 2016 non ha portato a nessun cambiamento nella configurazione delle forze politiche, poiché la composizione della Duma è rimasta

ISSN 2279-7238

invariata. Un altro fatto preoccupante che, secondo Hutcheson, non può non mettere in discussione l'apparente stabilità del sistema russo, è che i "vecchi" leader dei partiti di opposizione sono rimasti ai loro posti (v. p. 264).

La prospettiva storico-evolutiva nello studio delle dinamiche elettorali permette all'Autore di seguire in modo più attento i cambiamenti nel sistema politico russo, tenendo conto di moltissime interrelazioni esistenti fra i suoi elementi. Così, le tendenze individuate dall'Autore nel suo volume riguardano: il consolidamento del sistema dei partiti e il suo irrigidimento ("*ossified party system*": D. Hutcheson, "*Contextualizing the 2016 State Duma Election"*, in *Russian Politics*, n. 2(4), 2017, pp. 383-410), l'instaurazione del controllo sull'agenda della Duma da parte dell'esecutivo, il disincanto degli elettori russi dalla politica, il crescente ricorso delle autorità alle pratiche di mobilitazione.

La strategia della combinazione di prospettive diverse intrapresa dall'Autore – un'inclinazione oramai diffusa nel mondo accademico, visto l'avanzamento dell' "anarchismo metodologico" – trova la sua espressione da un lato nel continuo intento dell'Autore di comparare l'esperienza russa a quella straniera (trovando, tra l'altro, non poche analogie) e dall'altro lato, nel sottolineare i fenomeni tipici del contesto russo. Soprattutto, saranno familiari ai ricercatori che si occupano delle istituzioni russe i concetti, spesso ricorrenti nel libro, di *'red belt' regions*, '*machine politics'*, *'against all' voting*, '*administrative resources'*, '*locomotivs'*, *'vertical of power'*, *'party of power'*, '*cartel party regime'*, '*non systemic opposition*', '*electoral technology'*, '*anomalous regions*'.

Parlando dell'impianto metodologico del volume, oltre alla pluralità delle prospettive adottate dall'Autore, dovrebbe essere notata la scelta di Hutcheson di accogliere il paradigma neoistituzionalista come impostazione teorica alla base del volume. Secondo tale impostazione, le elezioni russe non possono essere analizzate come strutture isolate e statiche, cioè un complesso di "regole del gioco", che sono in grado di determinare il processo elettorale. Al contrario, secondo l'Autore, quando si tratta di trasformazioni nel sistema elettorale russo, molte di loro sono state prevedibili "ma nessuna inevitabile" (p. 261). È l'interesse verso i principali attori – partiti, elettori, élite regionali – e le loro strategie, ciò che distingue l'approccio di Hutcheson dagli altri. L'Autore ha prestato molta attenzione alle questioni legate alla "*exit-voice-loyalty*" dilemma ("collaborare o tacere") dei partiti di opposizione, alle motivazioni degli elettori durante il giorno di scrutinio e la percezione dei cittadini russi per quanto riguarda la regolarità dell'operato e la legittimità dei risultati. Infatti, allo scopo di individuare quest'ultimo elemento (percezione degli elettori) le fonti principali della ricerca (la letteratura academica, i documenti ufficiali, gli atti normativi, i *dataset* dei risultati elettorali) sono state integrate con i dati dei sondaggi

ISSN 2279-7238

dell'opinione pubblica e gli esiti dei *focus group*. In particolare, si deve notare il fatto che l'Autore del libro ha partecipato a diverse Missioni di monitoraggio elettorale dell'OSCE sulle elezioni russe durante il periodo 1999-2004, durante le quali ha raccolto molte testimonianze direttamente sul campo.

Per quanto riguarda la struttura e il disegno della ricerca, la narrazione si sviluppa seguendo le tre tappe del ciclo elettorale (come sono state individuate dalla prof.ssa Sarah Birch, "*Electoral Malpractice*", Oxford, Oxford University Press, 2011) – 1) la fase che precede le elezioni, durante la quale vengono stabilite le 'regole del gioco' e individuati i principali soggetti, 2) la fase della campagna elettorale, nella quale le offerte politiche vengono inserite nel contesto mediatico per influire sulle preferenze degli elettori e 3) la fase post-elettorale, in cui viene valutata la correttezza delle operazioni elettorali.

Nel volume vengono analizzati diversi aspetti del tema nel seguente ordine. Nella prima parte l'Autore, oltre ad offrire una panoramica della storia delle elezioni parlamentari nella Russia post-Sovietica (Capitolo II), descrive il quadro normativo (Capitolo III) ed il processo di istituzionalizzazione del sistema dei partiti nella Russia post-sovietica (Capitolo IV). La seconda parte copre le problematiche legate alla conduzione della campagna elettorale (Capitolo V), alla mobilitazione al voto (Capitolo VI), e alla formazione delle preferenze elettorali (Capitolo VII). Nella terza parte vengono esaminate le polemiche sulla valutazione della regolarità del procedimento elettorale (Capitolo VIII).

Ora, cercando di riassumere il discorso proposto dall'Autore del volume, le seguenti idee e osservazioni sembrano essere di maggior interesse per i lettori.

Innanzitutto, Hutcheson richiama l'attenzione sul fatto che la massiccia ingegneria elettorale (la disciplina del sistema elettorale è il settore maggiormente ritoccato dai legislatori russi) non dovrebbe essere presa isolatamente ma piuttosto considerata come una parte della più ampia riforma del sistema politico. Si pensi, a questo punto, all'adozione nel 2001 della Legge "Sui partiti politici", la quale ha ridotto notevolmente il numero dei "giocatori" sul campo elettorale, prevedendo la registrazione ufficiale solo dei partiti che potevano soddisfare certi requisiti molto ristretti. Sono stati introdotti due importanti correttivi al sistema elettorale fra il 2003 e il 2007, e poi fra il 2011 e il 2016, che hanno radicalmente modificato i meccanismi di incentivo, a vantaggio di attori con maggior risorse, lasciando fuori dal gioco quella parte dell'opposizione che non è abituata a collaborare. Vantaggi maggiori sono stati ottenuti dai quattro partiti parlamentari: "*Electoral reforms gradually came to advantage this four-party 'cartel', preserving the balance of power between them and insulating them from outside challenges*" (p. 86). Questa configurazione dei partiti politici non è sempre stata

ISSN 2279-7238

possibile in passato. La formazione del sistema dei partiti in Russia, secondo Hutcheson, ha attraversato tre tappe: la frammentazione negli anni 1993-2002, il consolidamento negli anni 2002-2009, e la "cartellizzazione" dopo il 2009.

Nel suo volume l'Autore spesso ricorre a questa metafora del "cartello", originalmente proposta negli scritti di R. Katz e P. Mair, "*Changing model of party organisation and party democracy: The emergence of the cartel party*", in *Party Politics*, 1995, e sviluppa la sua tesi del '*cartel party regime*', secondo la quale in Russia alcuni dei soggetti politici occupano una posizione privilegiata e "tutelata" grazie ad una serie di regole, come, ad esempio, quelle sulla presentazione delle candidature nelle elezioni e sul finanziamento ai partiti.

Se il concetto di "cartello" caratterizza il potere legislativo in Russia, tutto il sistema dei partiti viene definito dall'Autore "*hegemonic multiparty system, with a strong 'party of power' at its center*" (p. 102). Hutcheson nota come sia sbagliato considerare "Russia Unita" il partito dominante, in quanto il suo ruolo nel sistema politico è molto più modesto rispetto a quello di uno vero "*independent ruling party*" ed è limitato allo scopo di fornire "*party poltical 'brand' of the executive"* (p. 103).

Per quanto riguarda le strategie che i soggetti adottano per la conduzione delle campagne elettorali, secondo l'Autore, i maggiori partiti politici russi difficilmente possono essere chiamati *market-oriented*, dato che il loro successo elettorale nel tempo è stato garantito da una serie di fattori (come l'uso delle pressioni amministrative) non legati alla qualità della loro comunicazione e del loro prodotto politico. Inoltre, il *bias* esistente nell'ambiente mediatico russo, oltre a precludere la libertà della formazione dell'offerta politica, favorisce il dissenso di quella parte della popolazione politicamente informata che percepisce l'azione pervasiva delle autorità intenzionate a condizionare in maniera decisiva le preferenze dell'elettorato (p. 156).

Per quanto riguarda il comportamento elettorale dei cittadini russi, anche quest'ultimo ha subito dei mutamenti nel tempo. Partendo dall'idea *"voters cast real ballots"* (che vede l'elettore russo un soggetto attivo e capace, nonostante la scarsità delle opzioni a sua disposizione, di fare una scelta bilanciata) l'Autore analizza i maggiori dilemmi del tipico elettore russo.

Così, per quanto riguarda l'elettorato di protesta, fino al 2006, ogni elettore aveva a disposizione due opzioni: astenersi dal voto o votare "contro tutti". Entrambe le strategie nascondevano, come nota Hutcheson, le sue insidie. Nel primo caso, l'effetto dall'astensionismo poteva essere facilmente mitigato attraverso la prassi della pressione amministrativa e della stimolazione della "cultura dell'alta affluenza" ereditata dai tempi sovietici. Mentre nel secondo caso, il risultato poteva essere per fino controproducente, visto il rischio che alcune delle circoscrizioni con

ISSN 2279-7238

popolazione più "critica" potevano non essere rappresentate, mentre gli altri distretti, più rurali e leali, venivano sovra rappresentati.

Il grande merito dell'Autore risiede anche nel suo sforzo di analizzare le maggiori determinanti socio-demografiche e geografico-spaziali delle preferenze elettorali dei cittadini russi. Proprio per quanto riguarda la distribuzione dei voti a seconda dei territori russi, varie tecniche statistiche, come sottolinea l'Autore, mostrano l'esistenza di "regioni anomale" ad alto rischio di falsificazione. Queste e altre osservazioni fatte da diversi studiosi e dalle missioni di monitoraggio hanno portato l'Autore a sostenere l'esistenza di pratiche scorrette in violazione dei principi democratici. Tuttavia, Hutcheson ricorda che l'interpretazione dei dati sulla presenza di irregolarità nelle elezioni russe non è sempre avvenuta in maniera accurata, e, mentre si può concordare con l'osservazione che alcune regioni mostrano grandi differenze negli esiti elettorali, difficilmente si può pensare che le frodi nelle elezioni della Duma siano tali da alterare la volontà degli elettori. Come nota Hutcheson "*most Russian claim to have voted, and to have accepted the results, whilst generally indicating a passive acceptance of their lack of influence over politics*" (p. 254).

Nel complesso, il libro "*Parliamentary elections in Russia*" rappresenta un importante contributo al dibattito sull'evoluzione del sistema elettorale e sul ruolo delle elezioni nel sistema politico russo. Infatti, l'Autore inserisce le elezioni parlamentari in un ampio contesto di cambiamento politico in Russia dalla fine anni '80 fino ai giorni nostri.

Lo studio di Hutchson è un'opera magistrale per l'originalità dell'approccio adottato e per la profondità e la completezza dell'analisi. Probabilmente, alcune problematiche possono apparire non sufficientemente approfondite ma, visto l'intento dell'Autore di offrire una visione panoramica del tema, tale mancanza non può essere percepita come un difetto. Allo stesso tempo, il grande pregio di questo lavoro risiede nel condurre la ricerca sul processo elettorale in Russia seguendo vari approcci e diverse prospettive, basandosi in gran parte su documenti originali raccolti in ricerche sul campo e negli archivi.

Infine, bisogna sottolineare che lo studio delle elezioni russe può offrire un importante contributo alla conoscenza dei regimi che non soddisfano i criteri delle democrazie competitive, non soltanto perché tale indagine potrebbe arricchire la conoscenza empirica di un fenomeno, ma anche per approfondire alcune delle problematiche di ordine teorico e metodologico.

Ilmira Galimova

ISSN 2279-7238

G. REPETTO, Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 382[*].

L'incidentalità costituzionale italiana sembra conoscere, nell'odierno contesto storico e politico, le medesime tensioni riscontrate dalla fragile democrazia contemporanea. La peculiarità del nostro *canone* incidentale, così definito dall'A. per la sua inidoneità a costituire un modello processuale uniforme, ha finora rappresentato anche la sua stessa versatilità e capacità di resilienza al mutare delle condizioni storico-politiche e del diritto vivente. Quale limite posto dal diritto costituzionale alla legge ordinaria ed al contempo inevitabile fonte di orientamento per la normazione futura in capo al legislatore, costruito com'è alla stregua di un'eccezione processuale i cui effetti si riverberano però non solo sul giudizio *a quo* ma *erga omnes*, lo stesso pare aver mutato nel tempo la sua fisionomia: le ragioni di una tale mutazione sono da ricercarsi principalmente sia nella perdurante inerzia od incapacità del legislatore di produrre un sistema normativo razionalmente conforme a Costituzione, sia nella natura originariamente ibrida del giudizio incidentale.

L'analisi dell'A. sul giudizio incidentale si apre opportunamente *in medias res*, descrivendo la frizione attuale cui le categorie fondamentali dell'incidentalità (rilevanza, non manifesta infondatezza, pregiudizialità) sono sottoposte: tale crisi è tratteggiata paradigmaticamente, nei primi due capitoli, dalle due recenti sentenze con cui la Corte ha prefigurato scenari inediti per il controllo di costituzionalità. L'A. si focalizza anzitutto sulla sentenza n. 1/2014, con cui i Giudici delle leggi hanno ritenuto ammissibile lo scrutinio delle leggi elettorali politiche, unanimemente ritenute dalla dottrina precluse al vaglio dei giudici costituzionali (rappresentando una c.d. zona franca), sia per "la riserva di legge operata dall'art. 66 Cost. a favore del meccanismo parlamentare di verifica dei poteri" la quale "rendeva la materia elettorale un'area sottratta, in linea di principio, al dominio della giurisdizione" (cit. p. 26) sia per la difficoltà di una valida configurazione dell'interesse ad agire in quanto diretto al riconoscimento del diritto di voto conforme a Costituzione. La Corte, per contro, ha considerato in questo caso l'attualità del pericolo e la gravità della violazione tali che "la tutela giurisdizionale invocata non po[tesse] essere frustrata per ragioni procedurali" (cit. p. 29): l'eccezionalità dell'orientamento è colta dal rilievo che "per la prima volta in termini così espliciti (ma non senza precedenti

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

analoghi), la Corte sia stata chiamata a confrontarsi con un caso in cui la asserita violazione di un diritto costituzionalmente garantito è stata operata direttamente dalla legge" (cit. p. 35), per di più in materia elettorale. La motivazione argomentata dalla Corte in punto di ammissibilità della *quaestio*, se va apprezzata, nella prospettiva dell'A., per la definitiva eliminazione di zone franche ritenute non sindacabili dal giudice costituzionale, come tali incompatibili con la tenuta della legalità costituzionale specie ove siano violati il funzionamento del circuito rappresentativo e la conformità a Costituzione dell'esercizio del diritto di voto, lascia in ogni caso impregiudicata "la forzatura delle maglie processuali" operata dalla Corte, da individuarsi in una "eccezione ai meccanismi di accesso" al giudizio (cit. pp. 41-43); tale eccezione riguarda il requisito della pregiudizialità della questione, ricondotto dalla pronuncia all'afferenza della questione alla legge elettorale e quindi al corretto funzionamento del meccanismo democratico e rappresentativo: il pericolo grave e attuale di una sua violazione, in questo caso, ha cioè rappresentato di per sé – nell'argomentazione della Corte – una ragione di ammissibilità della questione. Tale dato si riverbera però necessariamente "sulla fisionomia del giudizio incidentale, per l'affrancamento che questo esito porta rispetto ai canoni acquisiti e per l'esaltazione di un potere di selezione ancorato a criteri evidentemente sostanzialistici" (cit. pp. 45-46).

La pronuncia n. 10 del 2015 si assesta su un orientamento simile ma in tema di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di annullamento, in quanto stabilisce la possibilità di un'efficacia retroattiva *ex nunc* argomentando tale scelta, nell'economia del percorso motivazionale, non alla stregua di una "conseguenza costituzionalmente necessitata di per come scaturisce dalla dinamica di accertamento del vizio di costituzionalità", bensì nel senso di una "autoinvestitura di poteri" (cit. p. 84).

A fronte di tale giurisprudenza recente, il cui terminale ultimo è il legislatore, il quadro complessivo delle dinamiche attuali tra giudici rimettenti e Corte costituzionale è descritto, nel corso del terzo capitolo, nel senso di un "accentramento collaborativo" (cit. p. 136) fondato sull'incomprimibile "necessità di operare un controllo esterno sulle motivazioni del giudice in punto di rilevanza", con la conseguenza che in sede di valutazione sull'ammissibilità delle questioni queste sono considerate inammissibili solo quando si risolvano in "motivazioni sul punto manifestamente carenti o implausibili" (cit. p. 138). Quello attuale è però un approdo che è necessario vagliare in termini retrospettivi. L'opera costituisce infatti un prezioso discorso sopra lo stato presente del giudizio incidentale la cui efficacia è avvalorata da una fondamentale analisi storica. È imprescindibile, per una piena e

ISSN 2279-7238

corretta comprensione della evoluzione e dell'adattamento che la Corte è riuscita ad assicurare al giudizio incidentale nel divenire dell'ordinamento, ripercorrere l'*iter* che ha segnato la "genesi incerta" (cit. p. 151) dell'organo giudicante e del relativo controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale: basti pensare alla nota espressione di Costantino Mortati, riportata dall'A., il quale definì la Corte "la Cenerentola della Carta repubblicana" (cit. p. 152) per la fretta che assunse l'incedere della discussione intorno ad essa in vista dell'approvazione del testo finale e della legge cost. n. 1 del 1948, cui seguì la legge n. 87 del 1953. Di particolare interesse per il nostro costituzionalismo è il dato che, proprio in sede di approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1948, al termine dei lavori dell'Assemblea costituente, "dall'articolato scompaia all'improvviso il ricorso diretto dato per acquisito ancora poche settimane prima", con la conseguenza che "il ricorso incidentale si rivela come l'unica forma di accesso alla Corte se si prescinde dal giudizio in via principale tra Stato e Regioni" (cit. pp. 165-166). Tale impostazione originaria è però, in definitiva, coerente con la scelta di fondo che la Corte costituzionale sia "organo giurisdizionale e non politico", proprio in quanto configura "nei termini di una controversia il *proprium* della sua competenza" (cit. p. 171).

L'indagine storica e giuridica, a cui l'A. dedica i capitoli quarto e quinto, interseca quindi complessivamente le ragioni che hanno convinto i padri costituenti a preferire un primo filtro – quello rappresentato dal requisito della rilevanza della *quaestio* per l'accesso alla Corte, individuato ed apprezzato da un giudice d'ufficio o su eccezione di parte nell'ambito di una controversia – per l'accertamento dell'incostituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ad un sistema di controllo diffuso di costituzionalità o di accesso diretto ed illimitato al giudizio della Corte mediante ricorso. Il giudizio di legittimità costituzionale si caratterizza già originariamente come ibrido, peculiare, determinato dalla stessa configurazione *sui generis* della Corte, la quale riveste infatti tutte le caratteristiche della giurisdizione, potendo essere investita solo di questioni occasionate da controversie e preventivamente filtrate dal giudizio di rilevanza e non manifesta infondatezza del giudice *a quo* (è infatti davanti al giudice che vive la legge, nella sua applicazione concreta) ed essendo il suo scrutinio, oltre che necessariamente sorretto dall'onere motivazionale, limitato al perimetro dell'ordinanza del giudice rimettente; ma la stessa Corte è inserita anche su un piano politico, ancorché diverso e separato rispetto agli altri organi costituzionali, e tale piano è quello della stessa attività interpretativa che la caratterizza in quanto giudice, ancorché separato dall'ordine giudiziario. Ed in effetti è proprio in sede di accertamento della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione prospettata da parte del giudice *a quo* che la giurisprudenza

ISSN 2279-7238

costituzionale ha adattato la fisionomia dell'incidentalità: ove dapprima era ritenuto sufficiente, per l'accesso alla Corte, il mero dubbio del giudice circa la non manifesta infondatezza della questione, nel tempo l'approccio dei Giudici delle leggi è mutato nel senso dell'attribuzione di un *onus* maggiore al giudice rimettente, ossia lo sforzo di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione pena l'inammissibilità della questione. Tale orientamento si è tradotto in una fase di sentenze interpretative di rigetto che ha esposto la Corte non solo all'inopportunità di un potenziale conflitto con i giudici rimettenti, ma anche al rischio di un eccessivo restringimento dell'accesso al giudizio di legittimità costituzionale. Nella dialettica tra giudici e Corte costituzionale è noto peraltro, a partire dalla sentenza n. 11 del 1965, l'avvicendarsi delle "guerre tra le Corti" (cit. p. 226) che ha coinvolto in particolare la Cassazione – ossia il giudice della nomofilachia – , teso ad una definizione dei rispettivi ambiti giurisdizionali e del governo degli effetti temporali delle sentenze: tale conflittualità (non solo) potenziale conferma l'irriducibile autonomia del giudizio incidentale di legittimità costituzionale rispetto agli altri tipi di giudizio, una "esperienza senza modello" come definita dall'A., riconducibile ad una *regolarità* in luogo di regole predeterminate, costituendo propriamente un "deposito di razionalità" (cit. p. 298). È da interpretarsi quindi la recente ricollocazione della Corte "nella sede sua propria di attore primario dei percorsi di adeguamento del diritto legislativo alla Costituzione" nel senso di un suo "riaccentramento di funzioni" (cit. p. 308) che coinvolge però anche la rinnovata dimensione del suo onere motivazionale quale fondamentale componente di razionalità e di discorsività con il legislatore e con i giudici rimettenti.

Essere un canone e non un modello è quindi una dimensione ontologicamente necessaria per il giudizio incidentale, perché la funzione che assolve di garanzia della legalità costituzionale ne permette una modulazione: per la tutela di tale legalità costituzionale infatti "la considerazione per la maggioranza attuale che incarna la temporanea manifestazione dell'ideale democratico cede il passo alla deferenza per la maggioranza originaria, quella all'origine del patto costituente" (cit. p. 349).

La Corte costituzionale, il suo giudizio e la sua giurisprudenza rappresentano, in definitiva, una "terzietà riflessiva" dell'ordinamento che, come tale, non vive di immediatezza ma è "particolarmente legata alla garanzia di una temporalità lunga" (p. 348): ed è proprio questo, in particolare nel contesto odierno, il compito della Corte, ossia "di farsi garante della conservazione del tempo del processo democratico" (cit. p. 349).

Tuttavia la fiducia nella natura ibrida, e quindi duttile, dell'incidentalità non mette al riparo dal rischio di una sua trasfigurazione: l'attualità storica consente infatti di

ISSN 2279-7238

affermare, vista la gravità degli effetti che una legge elettorale non conforme a Costituzione ha già dispiegato sull'ordinamento, che non sono sufficienti la funzione di garanzia della Corte costituzionale e la razionalità del giudizio incidentale, laddove sia manchevole l'ossequio dei cittadini e del legislatore per la forza e il valore dei principi costituzionali: non è un caso se l'A. inauguri il capitolo conclusivo con un celebre passaggio di Mortati: "è infatti radicato nello spirito italiano, poco affezionato ai valori della libertà, non educato all'esercizio della democrazia, non disposto ad alcun sacrificio per la difesa delle istituzioni popolari, l'inclinazione a cercare in presidi esterni, la monarchia ieri, la Corte costituzionale oggi, quelle difese che invece devono trovare il loro vero fondamento nel cuore di ogni cittadino". È questo, in conclusione, il monito dell'opera: lo spirito della maggioranza originaria del patto costituente deve continuare, poiché in democrazia ogni cittadino ne è depositario e, ove tale custodia sia rimessa *in toto* alla funzione autopoietica della Corte, si palesa il rischio che il giudizio costituzionale muti radicalmente fisionomia ed assuma un ruolo improprio. Il che, proprio in considerazione della funzione di garanzia che assolve per la temporalità lunga della democrazia, deve rappresentare un orizzonte da scongiurare.

Arianna Gravina Tonna

ISSN 2279-7238

P. IGNAZI, P. BORDANDINI, I muscoli del partito. Il ruolo dei quadri intermedi nella politica atrofizzata, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 148 [*].

Il ruolo dei partiti politici nel favorire l'associazionismo dei cittadini per consentire loro di "concorrere alla determinazione della politica nazionale" (articolo 49 Cost.) costituisce un aspetto fondamentale e di indubbio interesse scientifico nell'analisi delle forme di Stato e di governo nonché della concreta dinamica democratica. Attori privilegiati del gioco politico e del circuito democratico, le formazioni partitiche rappresentano quegli 'strumenti' per mezzo dei quali si forma la coscienza politica dei singoli e della Nazione intera, in considerazione del loro atteggiarsi a "organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni" (cfr. ordinanza Corte costituzionale n. 79/2006). L'importanza di queste ultime assolte dai partiti, del resto, è stata pienamente valorizzata dal Mortati il quale, in uno scritto del 1947 (*La Costituzione nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*), ha messo in evidenza come l'organizzazione e il funzionamento interno delle associazioni partitiche costituisca la base attraverso la quale i cittadini si preparano alla vita politica nazionale. Il partito politico si erge all'interno di un contesto socio-politico in cui si riflette il pluralismo dei valori e degli interessi ai quali lo stesso deve dare alimento e vigore soprattutto in occasione della celebrazione delle consultazioni elettorali all'interno delle quali le associazioni partitiche veicolano e strutturano il consenso del Corpo elettorale espresso dal voto.

Indagare su aspetti che attengono alla formazione e agli sviluppi del partito è suggestivo per monitorare il suo processo di nascita, strutturazione e consolidamento. Siffatto ultimo aspetto coinvolge parimenti il grado di orientamento e coerenza ideologica dello stesso, dovuti al mutamento della classe dirigente per ragioni anagrafiche, storiche e politiche. Nella considerazione generale della struttura partito, un ruolo fondamentale viene assunto dai 'quadri', ossia dalla classe dirigente che assume le responsabilità connesse alla guida, al reclutamento e alla definizione delle priorità programmatiche del partito.

Tutti questi aspetti illustrati in premessa costituiscono l'ossatura del Volume curato da Piero Ignazi e Paola Bordandini, *I muscoli del partito. Il ruolo dei quadri intermedi nella politica atrofizzata*. Con la suddetta opera gli Autori si propongono l'ambizioso obiettivo di analizzare – attraverso una metodologia che comprende aspetti teorici, storici, sociologici e statistici – le peculiarità dei partiti attraverso un'indagine diretta

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

a cogliere la formazione ideologica dei suoi leader e di coloro che ricoprono incarichi di responsabilità al loro interno. Trattasi di aspetti interessanti per considerare come si forma, come e da chi viene condizionata – da un punto di vista ideologico – la struttura dirigenziale delle associazioni partitiche in considerazione del mutare del contesto politico-partitico, del ceto sociale tradizionalmente distintivo delle forze di destra e sinistra e dei nuovi temi sensibili alla cittadinanza.

Questo approccio è indispensabile sia per valutare differenze di identikit tra i singoli quadri a seconda del periodo storico sia per comprendere quali nuove e diverse strategie vengono definite per rimediare al deficit fiduciario delle associazioni partitiche nell'ottica di un rilancio delle proprie piattaforme programmatiche e delle tradizionali strutture atte a coagulare il consenso. Proprio per queste motivazioni un'indagine a tutto campo sui quadri di partito è valevole in quanto il loro ruolo e le loro competenze costituiscono un indice rivelatore della capacità di cogliere e intervenire ad ampio raggio sulle trasformazioni sociali.

Non v'è dubbio che la crisi di regime avvenuta nei primi anni '90 e il processo di tentata, ma ancora incompiuta, ristrutturazione del circuito partitico abbia influenzato e modificato le modalità di reclutamento, formazione e composizione della classe dirigente. Nell'individuazione di quattro generazioni politiche ricostruite da Ignazi e Bordandini, viene messo in evidenza come il crollo delle ideologie e la polarizzazione avvenuta nel 1994 abbiano favorito uno scollamento tra la formazione ideologica dei delegati di partito e il loro ambiente familiare di provenienza e di socializzazione (scuole, associazioni), diverso a seconda che si tratti di forze politiche di destra e di sinistra. Questi aspetti hanno modificato anche il ceto sociale dei delegati, originariamente ben identificabile. I suddetti cambiamenti, contestualizzati nell'attuale periodo di declino dei partiti, hanno provocato nelle più giovani generazioni uno smarrimento di idee e opinioni ideologicamente orientate nonché la propensione verso forme alternative di associazionismo e partecipazione politica con conseguente alterazione del *cursus honorum* degli esponenti politici che sono chiamati a ricoprire un ruolo rilevante anche e soprattutto nelle istituzioni. In questo senso, è evidente come la titolarità di incarichi dirigenziali e di leadership assunti all'interno del partito rafforzi l'immagine e il peso dei quadri, proiettandoli verso cariche istituzionali e di governo.

La carenza di sovrastrutture ideologiche è ulteriormente implementata dalla circostanza che i confronti tra i diversi 'quadri' politicamente rilevanti si sviluppano intorno a tematiche nuove, espressioni di quella che viene definita *new politcs*. Quest'ultima attiene alle rinnovate esigenze di una società complessa, profondamente modificata e globalizzata; sensibilizzata da aspetti che concernono i diritti della cd.

ISSN 2279-7238

quarta generazione tra i quali le opportunità di *chances* in relazione al genere, l'ambiente, la qualità della vita e l'immigrazione. È rispetto a questi temi che – fanno comprendere gli Autori – si stima la caratterizzazione ideologica dei partiti nonché il grado di penetrazione sociale dei loro delegati e la rispettiva capacità di rinnovare il proprio bagaglio ideologico. L'inserimento di questi ultimi nel rinnovato tessuto sociale è testimonianza non solo dell'attenzione dei quadri dirigenti verso nuove prospettive problematiche, ma anche del livello di fiducia che i cittadini nutrono nei confronti degli stessi. Così si misura la loro capacità di fornire adeguata rappresentanza nelle sedi istituzionali a quegli interessi su cui modellare la linea programmatica e verificare eventuali convergenze interpartitiche. Infatti, una ben definita caratterizzazione ideologica dei quadri di partito è necessaria per rivitalizzare lo stesso offrendo un'immagine ben definita e compatta. A questa ultima contribuisce anche il radicamento territoriale e locale dei singoli quadri e la forza propulsiva e comunicativa dei circoli e delle assemblee all'interno delle quali viene definita, attraverso la discussione e i confronti reciproci, la linea politica del partito e valutata la sua capacità di coinvolgimento e comunicazione.

In conclusione, dall'indagine condotta si rileva il ruolo imprescindibile dei quadri dirigenziali delle associazioni partitiche nello strutturare ideologicamente gli stessi anche in considerazione del mutamento delle modalità di arruolamento e di formazione e delle nuove problematiche pubbliche. I cambiamenti sociali e politici hanno indubbiamente inciso sulle generazioni della dirigenza partitica la quale, però, si dimostra attenta a valorizzare le tradizionali funzioni di articolazione delle domande collettive e le strutture di partito per definire i temi socialmente rilevanti e proiettarsi nella società civile in un quadro aggiornato, ma coerente di nuovi valori e principi.

Marco Mandato

ISSN 2279-7238

A. LE PILLOUER, La protection de la Constitution. Finalités, mécanismes et justifications, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques- Université de Poitiers- Collection Actes et colloques de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, 2018, pp. 207*

L'ouvrage dont il est question ici, retrace les actes du colloque intitulé protection de la constitution/protection par la constitution) tenu à Poitiers les 11 et 12 mai 2016. Ce thème a été analysé sous trois aspects: théorique, historique et comparé. Le colloque a eu aussi pour objectif de traiter la question de l'adéquation entre les moyens utilisés pour protéger la constitution et les fins, c'est-à-dire ce que la constitution protège.

L'autre objet de la réflexion est d' apporter des éclaircissements sur la question de la protection de la constitution et dégager des zones d'ombres sur des concepts tel que la supra constitutionnalité. Le rapport entre statut du magistrat et protection de la constitution n'est pas en reste.

L'enjeu pour les acteurs de ce colloque dans cet ouvrage est donc celui d'évoquer la question de la protection de la constitution non pas en cherchant à la circonscrire à un seul pays ou à un seul continent mais bien en explorant plusieurs univers juridiques comme la France, l'Italie, la Colombie ou encore les Etats-Unis.

L'analyse s'ouvre avec une explication de ce qu'est protéger la constitution, Arnaud Le Pillouer affirme que défendre la constitution, c'est la mettre à l'abri des atteintes, c'est faire en sorte que la juridiction constitutionnelle en empêche les violations. "Protéger la constitution est une notion imprécise" qui pose un problème théorique.

Arnaud le Pillouer souligne avant tout que la défense de la constitution ne signifie uniquement le contrôle de constitutionnalité des lois. C'est d'abord la prise de conscience de ce que la constitution est un gage de liberté qui opère une répartition et une séparation des pouvoirs , une garantie des droits de l'homme. C'est parce qu'elle protège, qu'elle doit être protégée

La constitution est l'œuvre du peuple souverain. C'est en ce sens qu'elle institue la démocratie. Elle doit protéger les minorités des excès des majorités, ajoute Le Pillouer. Cette notion ne renvoie pas qu'au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

La préservation de la séparation des pouvoirs, comme l'entendent Montesquieu et Hegel, la protection du statut des juges ordinaires qui crée un lien étroit entre les

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

magistrats italiens et le texte de la constitution de 1948, la garantie des droit sont autant de questions débattues dans cet ouvrage.

Les auteurs évoquent également une protection de la constitution qui revêt un sens très large comme le souligne Mauro Barberis, qui établit un lien entre liberté et sécurité.

Pour Jean François Lafaix, auteur du premier chapitre, protection de la constitution signifie avant tout protection de la séparation des pouvoirs laquelle est fixée par la constitution.

Il existe certaines entités telle que le juge administratif, lequel protège la constitution en sanctionnant les excès de pouvoir commis par les autorités exerçant le pouvoir exécutif (page 19). Ainsi, le juge administratif et le Conseil d'Etat, sont-ils des garants de la Constitution puisqu'ils contribuent à contrôler le respect de la séparation des pouvoirs.

Selon Lafaix, le juge administratif et le Conseil d'Etat sont également des acteurs de la protection de la constitution en veillant au respect de la séparation des pouvoirs. Cela dit, le Conseil d'Etat ne s'est pas empêché, avant 1958, d'admettre en droit la compétence du gouvernement et de son appareil administratif d'agir hors du cadre défini par la loi, c'est-à-dire de créer sa propre loi, mettant ainsi en acte les craintes de Montesquieu (P. 20.)

Pour Jean François Lafaix, la jurisprudence administrative doit poursuivre un but légitime et interpréter la répartition des compétences constitutionnelles lorsque sont en cause la continuité de l'Etat ou la sauvegarde de l'ordre public. L'auteur ajoute que le Conseil d'Etat a même dû laisser plus de liberté au gouvernement non seulement à cause des évolutions constitutionnelles et législatives sous la Vème République notamment les articles 16, 37 et 38 de la constitution française et surtout au nom du principe constitutionnel de continuité du service public et de la sauvegarde de l'ordre public.

Pour illustrer cet affranchissement du gouvernement du Conseil d'Etat, Jean François Lafaix prend en exemple l'affaire Dieudonné (humoriste français). Ce dernier a fait l'objet d'une mesure de police administrative initiée par le gouvernement car celui-ci entendait tenir un spectacle "provocant" , qui portait atteinte à la dignité de la personne humaine. Pour l'auteur, les ordonnances Dieudonné ont montré un effacement des séparations organiques et fonctionnelles car le gouvernement a su exercé des pressions sur le juge administratif.

Le Professeur souligne d'ailleurs que le contrôle du Conseil d'Etat n'a pas été institué pour protéger le particulier mais pour garantir le bon fonctionnement de l'administration. En fait, précise Lafaix, le Conseil d'Etat n'est pas extérieur à

ISSN 2279-7238

l'administration car il est l'administration qui se juge. Mais comment le juge administratif qui est en même temps conseil du gouvernement peut circonscrire l'action de ce dernier en essayant de protéger la constitution?

Pour l'auteur, au nom de l'efficacité de l'action administrative, certains membres du Conseil d'Etat avaient estimé en 1985 à propos de l'Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie, qu'il fallait étendre les pouvoirs du haut-commissaire pourtant non prévu par les textes d'alors. Tout ceci place donc le Conseil d'Etat du côté de la fonction gouvernementale.

L'autre problème que pose Jean François Lafaix, est celui qui concerne la réelle capacité de l'exécutif à protéger la constitution en ayant recours à des compétences ou prérogatives implicites, c'est-à-dire non édictées par la constitution. Cela veut dire que l'exécutif n'agit pas toujours en vertu des compétences inhérentes à sa fonction. Cela dit, compte tenu du fait que l'Exécutif est le seul à disposer des compétences et moyens propres à garantir la continuité du service public et la sauvegarde de l'ordre public, il apparait clairement que ce dernier agit souvent selon ses propres codes en ayant à cœur l'intérêt général.

De ce fait, l'auteur se penche sur le rôle du juge administratif, lequel, à travers sa jurisprudence depuis le 20ème siècle, n'a cessé d'être favorable aux choix du gouvernement, même lorsque ceux-ci semblaient dépourvus de tout fondement légal, en invoquant le pouvoir d'initiative et l'intérêt commun ; le juge administratif à travers le Conseil d'Etat s'est souvent comporté en allié du gouvernement.

Dès lors , Lafaix montre que la protection de la constitution relève d'abord de la légitimité et que le juge dans certains cas, s'écarte du raisonnement déontologique pour adopter un raisonnement «conséquentialiste».

Ainsi, Jean François Lafaix conclut-il son raisonnement en se demandant si le juge judiciaire n'est pas meilleur défenseur des droits et des libertés que le juge administratif à cause d'une meilleur indépendance du pouvoir exécutif.

La réponse à cette question vient de Agathe Van Lang dont le raisonnement sous-tend que la Cour de cassation n'est pas étrangère à la construction du droit administratif, de plus, la Cour de Cassation n'est pas hostile aux constructions les plus audacieuses du Conseil d'Etat. (Page 30).

Par exemple, la Cour de Cassation reconnait un pouvoir règlementaire autonome du chef de l'Etat (arrêt Wallace du 24 novembre 1928) et ce depuis le 19ème siècle avant même la juridiction administrative.

Gilles Marmasse, Professeur à l'université de Poitiers, quant à lui, compare les visions de Hegel et Montesquieu sur les institutions, partant du principe que la liberté est la fin de toute bonne constitution, cette même liberté qui n'est pas envisageable

ISSN 2279-7238

sans séparation des pouvoirs. Selon Marmasse, Montesquieu estime que c'est lorsque la sécurité du citoyen contre les abus du pouvoir est garantie par l'Etat que l'on peut parler de liberté et de bonne constitution. Pour Hegel, ce sont les institutions qui doivent être libres et se nier mutuellement afin d'incarner de façon universelle la volonté de l'Etat.

Pour Montesquieu, la Constitution n'est pas la loi fondamentale mais plutôt le type de régime qui caractérise un Etat ; elle répond à une exigence, et doit être conforme à son propre idéal. Pour Hegel par contre, repris ici par Marmasse, il n'y a de constitution que s'il existe un parlement, celui-ci constitue l'intégration du peuple dans le vouloir politique.

Au final, Hegel et Montesquieu se rejoignent dans la mesure où en tout état de cause la constitution doit correspondre à l'esprit du peuple et assurer une vie politique satisfaisante. Pour ce qui est de la distribution des pouvoirs, selon Gilles Marmasse, Montesquieu prône une stricte séparation des pouvoirs à travers la théorie de la non confusion des pouvoirs. Cependant, il évoque une interdépendance et un entre empêchement entre la puissance exécutive et la puissance législative quoique remises à des instances distinctes. A cela s'ajoute une condition sine qua none , l'existence des partis politiques qui sont inhérents à la liberté. Pour Montesquieu, il faut donc que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.

Hegel par contre, s'oppose à la théorie des contrepouvoirs de Montesquieu, il opte plutôt pour une unité vivante de l'Etat, il estime que le pouvoir étatique existe dans une pluralité des formes institutionnelles, dont chacune représente la solution des carences de la précédente, et qui sont néanmoins, à chaque fois, l'incarnation de la volonté universelle de l'Etat, c'est-à-dire l'unification de l'Etat et des individus (Page 41). Le professeur Marmasse, poursuit sa présentation de la vision hegelienne de l'articulation des pouvoirs à travers des institutions diversifiées qui incarnent l'Etat: le monarque qui incarne le vouloir de l'Etat, le gouvernement dont les membres disposent d'une compétence attestée pour gérer les affaires particulières et le parlement qui doit établir les droits et les devoirs des ordres sociaux.

Contrairement à Montesquieu, Hegel ne parle pas de la séparation des pouvoirs, mais de leur division, il récuse même la théorie des «cheks and balances» car les institutions ne représentent pas trois volontés politiques mais plutôt hétérogènes, puisque chacune d'elle engendre selon ses propres modalités un vouloir civique ; trois manières d'incarner la même volonté publique. Pour Hegel, l'Etat ne doit pas être en guerre contre lui-même.

L'auteur prend le soin de préciser que Montesquieu et Hegel ont en commun de rechercher un pouvoir organisé pour remédier au despotisme, même si pour le

ISSN 2279-7238

premier cela suppose des freins et un contre poids et que pour le second, cela nécessite une exigence interne de complétude.

Isabelle Boucobza, professeur de droit public à l'université de Nanterre cherche à comprendre le rapport entre les magistrats italiens et la constitution de 1948. Son analyse met en lumière la protection de la constitution par les magistrats et la protection des magistrats par la constitution.

La question que se pose ici Isabelle Boucobza est la suivante: la protection de la constitution peut-elle être assurée si le moyen qui est choisi pour le réaliser est le magistrat ordinaire? D'autre part la constitution à elle seule, peut-elle garantir la protection du magistrat?

L'auteur soulève ici donc la problématique de l'adéquation fins/moyens. En fait, l'idée de protection est inhérente à la constitution italienne, laquelle à travers son caractère rigide garantie par l'organe qu'est la Cour Constitutionnelle constitue un élément de garantie de liberté. Cette rigidité, comme le souligne l'auteur ici, est surtout due à une volonté de se détacher du fascisme, et d'éviter de retomber dans les travers de la période préfasciste où les magistrats étaient soumis au pouvoir gouvernemental.

L'article 135 alinéa 2 de la constitution italienne prévoit que les juges ordinaires puissent devenir juges constitutionnels mais ces mêmes magistrats ordinaires constituent également une autorité de nomination d'une partie des juges constitutionnels. En effet, Boucobza rappelle que 5 des 15 juges constitutionnels sont désignés par les magistratures suprême et ordinaire.

En conséquence les magistrats italiens doivent protéger la Constitution, aussi parce que, en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois, la saisine de la Cour Constitutionnelle se fait par les magistrats lors d'un litige (page 40).

L'auteur souligne ensuite l'impressionnant dispositif mis en place par la constitution de 1948 pour la protection et l'indépendance des juges; 13 articles au titre VI dans la constitution italienne incarnent donc cette protection constitutionnelle des magistrats. L'article 104 par exemple, stipule que la magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir.

Pour Isabelle Boucobza , les magistrats italiens se sont toujours posés en gardiens de la constitution et n'hésitent pas à utiliser tous les moyens qui leur sont offerts pour défendre leurs compétences devant la Cour Constitutionnelle. Cette indépendance permet aux magistrats de jouer leur rôle de contrepouvoir mais également d'affaiblir l'exécutif.

ISSN 2279-7238

Plus important, comme le souligne Boucobza, c'est l'article 101 qui spécifie bien que les juges sont soumis seulement à la loi. Dans la doctrine italienne, ce principe est perçu comme une affirmation de l'indépendance des juges.

L'auteur évoque également l'interdépendance qui existe entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire italiens puisque d'une part, le second est le seul à détenir la prérogative de saisine du premier et d'autre part, le juge constitutionnel à travers la Cour Constitutionnelle est le seul organe qui protège le magistrat des abus de l'exécutif.

Cela dit, Isabelle Bucobza, met en exergue la primauté de la Cour Constitutionnelle pour la protection de la Constitution : c'est d'abord une affaire de la Cour et pas du magistrat ordinaire. En effet, l'annulation des lois inconstitutionnelles incombe d'abord à la Cour et pas aux magistrats ordinaires, lesquels doivent appliquer la loi et non la contrôler.

Au final, l'auteur défend la position selon laquelle la protection de la constitution en Italie, certes, est avant tout une prérogative de la Cour Constitutionnelle mais elle est aussi du ressort des magistrats ordinaires étant donné que ces derniers ont l'obligation de soulever des exceptions d'inconstitutionnalité devant la Cour Constitutionnelle toutes les fois qu'ils se trouvent face à une disposition de niveau législatif dont la conformité de la constitution parait douteuse (article 23 de la loi 87/1953).

Le deuxième chapitre de cet ouvrage contient une réflexion de Wanda Mastor, professeur de droit public au centre d'excellence Jean Monnet à l'université de Toulouse Capitole, sur la protection de et par la constitution et les variations d'une adaptabilité de la constitution des Etats-Unis.

Le professeur Wanda Mastor, pose le problème de la protection ou de l'auto protection de la constitution, autrement dit, la constitution s'auto protège-t-elle de façon endogamique?

Elle évoque également le caractère supra constitutionnel de certains principes tel que l'obligation de respecter la forme républicaine du gouvernement, il s'agit donc de principes supérieurs de la constitution comme il en existe en Allemagne, la dignité humaine et en Italie, où la "Corte Costituzionale" estime qu' « il existe des principes suprêmes ne pouvant être modifiés par aucune loi pas même constitutionnelle » (article 139 de la constitution).

Wanda Mastor vante la sacralité de la constitution américaine que personne n'ose toucher que d'une main tremblante, cette constitution jouit d'une protection absolue pourtant vieille, elle protège les plus modernes des droits et libertés des individus. Ce qui est surprenant selon le Professeur Mastor c'est que la même norme, datant de

ISSN 2279-7238

1787 qui servait au temps des pirateries et des esclaves, s'applique aujourd'hui à des situations autrefois inimaginables, cependant, la particularité de la constitution américaine c'est qu'elle semble se protéger elle-même, en fait elle se protège à travers la formule "we the people", c'est le peuple , souverain absolu qui veille, qui œuvre pour la protection de la constitution. De ce fait, l'auteur estime qu'il faut se méfier du regard de juristes français pour évaluer la notion de protection de la constitution aux Etats-Unis.

Par ailleurs Wanda Mastor évoque l'adaptabilité de la constitution américaine 1787, elle part du principe que ce qui est adaptable est ce qui peut être recyclé, qui évite les ruptures et les césures, exactement ce qui est dit de la constitution américaine. Toutefois, l'auteur estime que la constitution n'est ni plus ni moins plus adaptable qu'une autre constitution puisqu'une constitution n'est que ce qu'en disent ses interprètes.

En réalité, le texte n'existe pas avant que le juge ne lui donne de la chair (Page 74). Par conséquent , Mastor trouve que le terme adaptation est déjà plus acceptable que celui d'adaptabilité dans la mesure où, il implique l'intervention d'un tiers en l'occurrence l'interprète authentique.

Aux Etats-Unis c'est donc le juge de la Cour suprême qui adapte la constitution comme un scénariste transpose une œuvre pour un autre temps ou un autre public. Pour le Professeur Mastor, les adaptations de la constitution aux Etats-Unis ont toujours été le fruit d'hommes et de femmes se réclamant d'une idéologie, ces derniers ont souvent adopté de vraies positions doctrinales. Ces hommes sont des juges pragmatistes tels que Holmes, Brandeis, Jackson qui tiennent compte du présent et de l'avenir sans se laisser conditionner par ce que d'autres autorités ont fait dans le passé.

Le professeur Wanda Mastor ajoute que la question de la liberté du mariage montre à quel point la Cour suprême des Etats-Unis peut adapter la constitution à certaines évolutions, pourtant ce nouveau droit qui autorise un mariage autre que celui du couple initial blanc et hétérosexuel n'est pas présent dans le texte constitutionnel. D'ailleurs, le bill of rights ne mentionne pas de façon explicite la liberté individuelle, or c'est le IV amendement qui a été étendu à la protection de l'individu dans sa vie intime.

Wanda Mastor soutient que la Cour a trouvé dans l'expression liberté, qui n'est pas définie avec précision, le droit de se marier. Mieux, elle ajoute que le mariage est un acte plus vieux que le bill of rights.

Le Professeur de droit public à l'université de Paris Nanterre, entre en plein dans la thématique principale du livre, Véronique Champeil –Desplats, en posant la

ISSN 2279-7238

question "garantir les droits et les libertés constitutionnelles a-t-il- un sens?" montre que la finalité de la constitution est sans doute la réponse positive à ce questionnement.

En effet pour Champeil-Desplats, garantir, c'est avant tout protéger.

Cela dit, pour l'auteur qui cite Ferrajoli, on parle de garantie de la constitution quand il existe un gardien, donc un organe dont la fonction est de protéger la constitution contre les violations, un organe qui ne saurait être juge et partie, comme le souligne Kelsen, ça ne peut être ni l'organe exécutif ni le parlement . Cette tâche est confiée au juge constitutionnel notamment à cause de son indépendance, son impartialité, ses vertus et motivations, son expertise juridique.

Le professeur Mauro Barberis, par contre, entame son exposé intitulé "défendre la constitution liberté, sûreté et sécurité" en partant d'une date historique, celle du 11 septembre, date à partir de laquelle, liberté et sécurité ont été mis en balance. En fait, pour lui, les attentats du 11 septembre 2001 et du 15 novembre 2015 à Paris ont remis en question la liberté au nom de la sécurité multiforme, individuelle, sociale et nationale.

Pourtant, selon Barberis, la sécurité et la liberté sont souvent opposés puisque la sécurité est un bien public et la liberté est un droit individuel.

Ces réalités ont engendré une guerre de la terreur qui permet d'adopter des mesures lointaines du droit international, du droit pénal telles que la détention arbitraire de suspect, l' existence de prisons secrètes, les assassinats ciblés de terroristes. Barberis se demande ensuite si l'Etat constitutionnel ne se transforme pas en Etat de sécurité à travers cette "war on terror" (page 94) dans la mesure où ces guerres ont fait pencher la balance institutionnelle en faveur de l'exécutif qui produit aujourd'hui l'essentiel de la législation, opérant une transition entre démocraties représentatives et autocraties électives.

En France, par exemple, après le 13 novembre 2015, le premier ministre annonçait la déchéance de la nationalité française pour les terroristes condamnés, une mesure qui n'a pas vu le jour et a même entraîné la démission du ministre de la justice Taubira.

Mais cette obsession pour la sécurité, est-elle un obstacle à la liberté?

Pour le Professeur Barberis qui cite Waldron, la liberté et la sécurité sont deux termes qui se superposent, d'ailleurs Montesquieu définissait la liberté comme l'opinion que chacun a de sa sureté. Pour Waldron, la sécurité est le noyau de la liberté car elles ont pour objet les mêmes biens: vie, intégrité physique et mentale, habeas corpus, droit à ne pas être torturé. Cependant l'auteur estime que limiter les libertés individuelles peut augmenter le degré de sécurité collective.

ISSN 2279-7238

Le professeur Barberis termine son analyse en établissant une différence entre sûreté et sécurité. Pour lui, la sûreté renvoie à la garantie de l'ordre public tandis que la sécurité, fait référence à la sécurité sociale et à la sécurité juridique dite aussi prévisibilité du droit mais s'est progressivement étendu à la sécurité nationale. Quand on viole la liberté individuelle, on viole la sureté individuelle. La sécurité collective est la condition suffisante de la sûreté individuelle.

L'auteur aborde enfin la question de la torture comme fin pour garantir la sécurité. En effet, avec le terrorisme , certains services de sécurité de certains Etats ont eu recours à la torture. Au nom de la sécurité nationale, la liberté des victimes a été altérée comme dans les cas El-Masri et Abou Omar accusés de terrorisme et arrêté respectivement par les services secrets italiens et américains. Toutefois, à travers la décision Nasr Ghali, la cour européenne des droits de l'homme a condamné l'Italie dans l'affaire Abou Omar.

Au regard de ce qui précède, le Professeur Baberis conclut que la liberté l'emporte sur la sécurité.

Riccardo Guastini de l'université de Gênes quant à lui, propose une réflexion sur l'identité de la constitution et les limites à la révision constitutionnelle (le cas colombien). En effet la Cour Constitutionnelle colombienne a eu à prononcer plusieurs décisions d'inconstitutionnalité des lois de révision. L'auteur s'appuie sur l'article 241 de la constitution colombienne, lequel confère à la cour une exclusivité sur le contrôle de la législation ordinaire et sur les lois de révision constitutionnelle tant pour le contenu matériel que les vices de forme. Il fait la différence entre le pouvoir constituant originel et le pouvoir constituant dérivé. Le premier est celui qui appartient au peuple, seul capable de se choisir une nouvelle constitution, le second par contre est limité car il sert simplement à modifier ou contredire n'importe quelle règle ou principe du texte constitutionnel, mais , dans tous les cas, la Cour doit veiller à ce que l'identité de la constitution demeure la même car le pouvoir de révision ne doit en aucun cas remplacer le pouvoir constituant.

Avec l'arrêt C-1220/2003, la Cour colombienne établit bien la différence entre la modification et la substitution de la constitution. La Cour Constitutionnelle se pose donc en défenderesse, mieux, en protectrice de la Constitution, du moins son esprit et son identité (page 130). Par exemple, Riccardo Guastini en se référant à la cour colombienne estime qu'il y'aurait par exemple substitution de la constitution si la forme républicaine était transformée en monarchie.

L'auteur termine son analyse en précisant que l'identité de la constitution se trouve dans certains principes structurels, essentiels, qui sont selon lui, des principes suprêmes.

ISSN 2279-7238

Enfin, le raisonnement du professeur Michel Troper est à peu près l'approfondissement des thématiques abordées par les autres acteurs de cette réflexion, ce dernier s'interroge: existe-t-il des principes supérieurs à la constitution?

Michel Troper construit son raisonnement sur deux hypothèse dont la première réfute l'existence de principes supra constitutionnels dans la mesure où la constitution elle-même est censée être la norme supérieure.

La deuxième hypothèse consiste dans le fait que les principes supra constitutionnels, s'ils venaient à être pris en compte, priveraient le peuple souverain d'une évolution de sa constitution. L'auteur précise qu'on doit exclure de ce que l'on entend par principes supra constitutionnels les normes constitutionnelles fédérales qui prévalent sur celles des Etats fédérés de même que les principes du droit international. Pour l'auteur, même si la doctrine en France a eu recours au 20ème siècle aux principes supra constitutionnels, aujourd'hui il n'est plus nécessaire d'évoquer ces principes.

Cela pourrait même s'avérer contre-productif car ils ne constituent pas une règle de droit, et les juges ne peuvent pas soutenir qu'ils appliquent autre chose que la constitution pour exercer un contrôle de constitutionnalité des amendements car les Cours disposent désormais d'arguments plus puissants.

Dès lors, l'auteur laisse entendre que le contrôle de la constitution tout comme ses amendements doivent avoir une autre forme de légitimité basée avant tout sur les principes constitutionnels eux-mêmes.

Mieux, l'auteur pense que les Cours lorsqu'elles exercent le contrôle des lois de révision veulent éviter que des principes supra constitutionnels prévalent ou s'imposent aux principes contenus dans la constitution, lesquels en réalité ont une valeur supra constitutionnelle. Or, étant donné que ces principes sont contenus dans la constitution, selon l'auteur Michel Troper, il va sans dire qu'il est inutile de les appeler principes supra constitutionnels.

En somme, selon Michel Troper, la protection de la constitution n'a pas besoin de se baser sur des principes supra constitutionnels. Il cite d'ailleurs le doyen Georges Vedel lequel estimait que : « le Conseil Constitutionnel ne reconnait comme règles de droit de valeur constitutionnelle que celles qui ont un fondement direct ou dérivé dans un texte de valeur constitutionnelle » ; pour cela, même les droits fondamentaux ne sauraient être comme supra constitutionnels sinon il ne figureraient pas dans le texte fondamental.

Au final, la seule supra constitutionnalité se trouve au sein du pouvoir constituant, celui du peuple souverain, dont la volonté a valeur constitutionnelle.

Whylton Le Blond Ngouedi Marocko

ISSN 2279-7238

T. E. FROSINI, Declinazioni del governare, Torino, G. Giappichelli, 2018, pp. 159.

Sembra però cosa tra le impossibili che abbia un buon governo lo Stato retto non dai cittadini migliori ma dai peggiori, come pure che sia retto dai cittadini migliori lo Stato che non abbia un buon governo. Ma il buon governo non consiste in ciò, che le leggi siano convenientemente poste e non osservate. Quindi una parte del buon governo si deve supporre sia l'osservanza delle leggi vigenti: la seconda che siano ben poste le leggi alle quali i cittadini si attengono (perché si può obbedire anche a leggi mal poste). Ora questo è possibile in due modi: o che sono le migliori tra le possibili per quel dato popolo, o che sono le migliori assolutamente.

Con queste parole si esprimeva Aristotele nel Libro IV della sua opera *Politica*, ed è proprio con il quesito circa il mito del buongoverno che si apre il volume di Tommaso Edoardo Frosini dal titolo *Declinazioni del governare*. Il testo è in realtà una raccolta di saggi pubblicati negli ultimi anni che l'Autore ha selezionato – con l'uso, riprendendo una sua metafora, della sciabica dei pescatori siciliani – e riunito insieme al fine di trattare le tematiche della rappresentazione politica e del governare, calate nel panorama contemporaneo.

L'A. introduce il lettore verso il cuore della trattazione richiamando alla mente l'immagine del ciclo di affreschi del Lorenzetti "Effetti del Buono e del Cattivo Governo nella campagna e nella città", con cui il pittore rappresentava due delle virtù del buon governo, ovvero la visibilità e la pubblicità. Queste qualità – se riferite alla fiducia elettorale e a quella parlamentare quali cardini della legittimazione istituzionale – paiono però essere in declino nella prassi italiana poiché minate dalla recente e sempre più frequente tendenza a ricorrere ai cosiddetti governi tecnici. Trattandosi di anomalie costituzionali, essi infatti elidono il rapporto di responsabilità esistente tra il (buon) governo e le due sovranità popolare e parlamentare (p. 5).

Il capitolo II è pertanto dedicato all'analisi dell'affermazione progressiva di tale irregolarità all'italiana, a partire dalle vicende del novembre 2011. L'A. mette invero in discussione la stessa possibile coesistenza logico-concettuale del binomio "governo tecnico" senza scadere in una contraddizione in termini, posto che l'organo esecutivo – nei regimi parlamentari – è espressione diretta della maggioranza parlamentare. La sua derivazione, dunque, è da rinvenirsi prima ancora nella volontà del corpo elettorale. Tale "doppia fiducia" (p.14) viene però a mancare nel caso in cui i governanti vengano scelti tra le fila dei tecnici e dei professionisti, soppiantata da una fiducia dei mercati che stride con i meccanismi e gli ingranaggi stessi della complessa macchina democratico-costituzionale.

ISSN 2279-7238

La soluzione al fenomeno – nonché il problema stesso, in verità – viene individuata nel ruolo che dovrebbero ricoprire i partiti, troppe volte dimostratisi incapaci di saper essere credibili e di riuscire a selezionare una classe dirigente accorta e responsabile. All'indietreggiamento dei politici "di professione" si deve, infatti, l'avanzata dei tecnici, la cui azione viene giustificata richiamando pregnanti ragioni di governabilità e di tenuta del sistema Paese.

A parere dell'A. di fondamentale importanza si rivelano pertanto essere i sistemi elettorali adottati, trattandosi di strumenti atti a coniugare le *esigenze della rappresentanza con quelle della governabilità: una sorta di "leale collaborazione" fra il pluralismo politico e l'unità dell'indirizzo governativo* (p. 19). Nello scontro tra le due, la prevalenza – in controtendenza con i fenomeni attuali – dovrebbe essere accordata alla prima, fondamento (spesso dimenticato) del costituzionalismo e delle istituzioni democratiche stesse. La governabilità, per essere pienamente compresa nella sua essenza e correttamente declinata di conseguenza, deve infatti essere ricondotta alla dimensione sua propria di finalità o scopo cui l'azione politica è volta. Sintomatica di tale "degenerazione" è ad esempio l'attribuzione esasperata del premio di maggioranza, mero congegno matematico capace però di sostituirsi alla volontà elettorale. Nella ricerca affannata della stabilità si nasconde, pertanto, l'insidia maggiore per la democrazia, soffocata dal peso della governabilità, elevata a valore fondamentale (vedasi la sentenza del Consiglio di Stato, n. 3022/2010 citata nel volume).

A seguito di tali riflessioni, l'A. coglie l'occasione per trattare la complessa dinamica sussistente tra premierato e parlamentarismo. Una virata verso il governo del Primo Ministro, che aleggia oramai da anni nel dibattito politico italiano, parrebbe infatti garantire un Esecutivo *stabile, efficace, che duri per l'intero corso della legislatura e che risponda del suo operato presso il corpo elettorale* (p. 45). I governi parlamentari a legittimazione diretta -come quello britannico – hanno difatti il pregio di assicurare quella doppia fiducia a cui sopra si accennava, posto che il duplice legame di responsabilità (che si instaura tra la base elettorale e il Governo e tra quest'ultimo e il Parlamento) si erige sul medesimo fondamento costituito dal programma di governo.

Tali sistemi hanno, inoltre, il pregio di far riemergere il ruolo di mediatori e la centralità propria dei partiti politici, i quali partecipano al rafforzamento della *responsability* dell'Esecutivo e del suo capo, il quale cumula in sé, infatti, la carica di vertice del Governo con quella di leader del partito stesso. Non a caso si è arrivati a parlare di "governo di partito" in ragione dell'azione di influenza che i diversi gruppi politici hanno nell'indirizzare il consenso e pertanto il voto popolare, sfociante nell'elezione di un determinato candidato e – per esso – di una determinata

ISSN 2279-7238

formazione di governo. Come correttamente rilevato nel testo, dunque, i partiti si fanno veri e propri *strumenti di governo,* focalizzando la loro azione sulla politica istituzionale e presentandosi come portatori – ed espressione – del più alto interesse comune nazionale (p. 53).

Sicuramente difforme rispetto al modello inglese è invece il cosiddetto premierato italiano, nato sulla scia del passaggio dal sistema elettorale proporzionale ad uno a prevalenza maggioritario nel corso degli anni Novanta del secolo scorso e per effetto, in parte, dell'operazione di modifica dei regolamenti parlamentari. Numerosi sono gli interventi auspicati dall'A. se si vuole perseguire efficacemente sul cammino oramai intrapreso: dalla nomina del Premier in base ai risultati elettorali, alla cernita dei candidati a tale carica tramite l'indizione di primarie; dalla previsione costituzionale dell'opposizione, alla regolamentazione giuridico-legislativa dei partiti, passando per l'attribuzione al Capo del Governo di prerogative importanti quali il potere di nomina e revoca dei ministri e quello di scioglimento delle Camere in via anticipata. Codeste misure, se adottate, sarebbero difatti in grado di coniugare un irrobustimento dell'organo esecutivo sia con una rinvigorita (e ritrovata) funzione di garanzia dell'Assemblea parlamentare che con una rinnovata centralità dei partiti politici.

A questi ultimi è dedicato il Capitolo V, incentrato sulla crisi della rappresentanza quale male diffuso delle democrazie contemporanee, in parte determinata dalla continua ricerca della governabilità, anche nel momento della scelta del sistema elettorale da adottare. In realtà le cause di tale fenomeno sono complesse e numerose, non potendosi certo sottacere lo "smarrimento" della società civile, l'avanzata di organismi dotati di poteri normativi e regolativi estranei al circuito costituzionale, come pure la corrosione della sovranità statale insidiata dalla *governance* sovranazionale. Tutto ciò ha nondimeno comportato una crisi della legge che si esplica prevalentemente in un affievolimento della sua forza e capacità di determinare e regolare i rapporti giuridici resi sempre più complessi dai processi di integrazione sovranazionale e globalizzazione (p.72).

L'A. si sofferma su tale problematica, nelle sue diverse sfaccettature, e suggerisce di migliorare la legislazione attraverso un lavoro di *igiene legislativa* (p.81), che intervenga sulla tecnica di redazione normativa così da rendere i precetti chiari, certi e comprensibili.

Proseguendo nella trattazione, Frosini affronta il tema del rapporto sussistente tra potere costituente e sovranità popolare, riassumibile nelle parole di Leibholz che individuava nella disponibilità del potere costituente nelle mani del popolo sovrano il fondamento e il presupposto stesso della democrazia. Dopo una panoramica

ISSN 2279-7238

comparatista sugli sviluppi del concetto di potere costituente, partendo dal pensiero rivoluzionario di Sieyès fino all'esperienza tedesca della Costituzione di Weimar del 1919, particolare rilievo viene riservato alla formulazione di Costantino Mortati della "coscienza costituente/coscienza costituzionale" intesa sostanzialmente quale adesione sincera dei cittadini all'obbligazione dettata dal precetto costituzionale in quanto volta alla realizzazione del bene comune (p. 91). Deve altresì sottolinearsi come tale concetto debba essere interpretato quale *esercizio della sovranità popolare entro il perimetro della costituzione*. La volontà dei rappresentati trova infatti la sua massima e naturale esternazione in occasione della chiamata alle urne, alimentandosi però costantemente di quei diritti e libertà riconosciuti nelle Carte costituzionali, espressione al contempo della sovranità individuale e popolare. È tale "eterno ritorno" che legittima in ultima istanza la democrazia stessa, erettasi sulla coscienza giuridica (per richiamare il pensiero di Böckenforde) della società civile che si estrinseca nelle istituzioni e regole democratiche. Il potere costituente finisce, dunque, per assumere un significato molto più ampio di quello insito nel processo di redazione di una nuova Legge fondamentale volta alla creazione di un novello Stato o ordine giuridico. Si tratta piuttosto della riaffermazione dello spirito e della volontà dei cittadini che raggiunge la sua massima potenzialità nel ricorso all'istituto del referendum. In modo particolare, deve farsi riferimento alla potenzialità costituente negativa connaturale al risultato referendario, capace di andare in direzione opposta all'opera del costituente delegato, facendo nuovamente prevalere la sovranità popolare. In buona sostanza, le previsioni fondamentali costituzionali non possono che trovare la loro legittimazione nella libera e sovrana espressione della volontà popolare (p.104), essenza e peculiare connotato della democrazia.

Nel capitolo VII l'A. giunge così ad affrontare la spinosa questione circa la necessità di dotare i partiti politici di una disciplina giuridica, dibattito sorto in seno all'Assemblea costituente e mai completamente sopitosi. In assenza di una regolamentazione giuridica degli stessi, il loro *modus operandi* pare essere inevitabilmente dettato dalle dinamiche interne delle forme di governo. Rifuggendo l'idea della "burocratizzazione" e volendo privilegiare il dinamismo interno, si è finiti però per cedere alla personalizzazione dei partiti. Negli ultimi anni, infatti, i partiti paiono aver perso la carica ideologica iniziale, soccombendo alla figura del leader e dando vita a quella che è stata definita nel testo "partitocrazia senza partiti" (p.108). In un siffatto scenario si riaffaccia, dunque, la prospettiva del ricorso a una disciplina e a una legalità interiore a tali soggetti politici, così da garantirne la stabilità nonché il funzionamento trasparente e realmente democratico. Solo in tal modo si potranno ricucire i lacerati rapporti tra elettori ed eletti, ancor di più se optando per una

ISSN 2279-7238

regolamentazione operata attraverso un intervento di revisione costituzionale. L'A. non si esime dal fornire alcuni suggerimenti per la suddetta disciplina giuridica dei partiti che dovrebbe prevedere, ad esempio, l'incompatibilità tra cariche di partito e governative, la creazione di grandi strutture articolate su base regionale e locale e l'adozione di regole meritocratiche nella selezione della classe dirigente. Non meno importante appare, inoltre, la definizione delle relazioni tra gruppi portatori di interessi e rappresentanti politici. La dialettica tra partiti e *lobbies* richiede, infatti, elevati livelli di trasparenza nel processo decisionale pubblico, andando così a beneficio dell'intero sistema democratico.

La strada per il superamento della crisi della rappresentanza sembra quindi passare per i sentieri – più o meno battuti - della trasparenza e della regolamentazione legislativa interna, in funzione di un inedito ruolo dei partiti, ridivenuti soggetti democratici responsabili dell'azione pubblica intrapresa in un contesto di nuova legalità del sistema.

Il capitolo conclusivo del volume è infine dedicato al tema dell'antiparlamentarismo. Se il parlamentarismo deve essere inteso quale prodotto del tempo e della storicità, il suo negativo pare piuttosto essere relegato alla sfera delle emozioni e dei sentimenti. L'antiparlamentarismo è stato, infatti, qualificato come frutto dell'amarezza e della conseguente ostilità nei confronti dell'organismo parlamentare, o meglio della sua degenerazione (p.124). Già nell'Ottocento, l'affarismo dilagante, l'opportunismo e l'allontanamento dai bisogni della realtà civile emergevano quali note caratterizzanti l'Assemblea parlamentare, finendo per disaffezionare la base popolare dai membri delle Camere e per rivelare le debolezze dei partiti politici medesimi.

Interessante è la reazione concettuale a tale fenomeno elaborata da Carl Schmitt, il quale individuava le ragioni del montare del sentimento antiparlamentarista nella mancanza di discussione, di pubblicità e di carattere rappresentativo (p. 143), problematiche che possono essere individuate in una certa qual misura ancora oggi. All'epoca del giurista tedesco, però, l'antiparlamentarismo portava con sé anche una carica di rinnovamento volto a ridare valore e dignità al Parlamento, distruggendo per ricostruire e auspicando un ritorno al costituzionalismo puro. L'A. rileva come, al contrario, nell'epoca contemporanea, la soluzione sia diametralmente opposta poiché rinvenuta nella valorizzazione esasperata della governabilità a sacrificio della rappresentatività.

Ebbene, il monito che si ricava da tali lucide considerazioni parrebbe essere quello di un pericoloso allontanamento dal paradigma – almeno teorico – del buon governo inteso quale corretta gestione del bene comune, attuazione trasparente di un chiaro

ISSN 2279-7238

e preciso (nonché condiviso) programma politico e valorizzazione delle aspettative e delle esigenze della cittadinanza. Se è ancora vero che "Asfaltar no es gubernar", ciò che diviene più che mai necessario è allora la riaffermazione convinta della democrazia liberale e del concetto di rappresentanza politica, contro l'avanzata dei populismi e la minaccia ai valori costituzionali. In breve, rialimentare la fiducia nella Costituzione - per affermare i diritti e le libertà in essa contenuti - attraverso la leale collaborazione tra governanti e governati. Per fare ciò appare imprescindibile un ritorno sincero al dibattito politico e alla trasparenza.

Il buon governo non è, infatti, originato dal predominio cieco della governabilità quanto dalla convergenza della rappresentanza e della responsabilità politica, unite dalla rinata coscienza costituzionale della comunità.

Laura Pelucchini

ISSN 2279-7238

M. MEZZANOTTE, La macroregione adriatico-ionica. La cooperazione territoriale come strumento di integrazione, Padova, Cedam, 2018, pp. 203[*].

Il libro in esame affronta il delicato problema della macroregione adriatico-ionica, e – più in generale – del complessivo quadro delle modalità di funzionamento dell'istituto all'interno dell'eurozona. L'Autore focalizza immediatamente, con una breve ma incisiva definizione, il significato di macroregione. Quest'ultima è concepita come un livello intermedio, di natura funzionale, realizzato da quelle aree che presentano interessi comuni dettati da motivi di vicinanza, inteso come un processo di ristrutturazione della fisionomia dell'Unione Europea, che si inserisce nelle modifiche strutturali in atto a livello globale.

Ma perché una tale scelta? Che ruolo essa assume per il futuro dell'Unione Europea? Partendo da questi interrogativi, il lettore viene condotto all'interno del funzionamento più intimo della macroregione adriatico-ionica.

Prima di affrontare *funditus* l'oggetto del lavoro, si presenta una sostanziosa ricostruzione storica e giuridica delle esperienze precedenti. La definizione di macroregione, individuata nella parte introduttiva del lavoro, va ad arricchirsi così di ulteriori sfumature politico-sociali che contestualizzano e complicano la definizione iniziale. L'Autore, individuate le disposizioni euro-unitarie entro cui si ascrive il complesso fenomeno e dopo averne messo in luce gli ambiti operativi di maggior delicatezza (innovazione, produttività, esclusione ed inclusione sociale, servizi pubblici, ecc.), declina il nuovo concetto di integrazione nell'esperienza delle macroregioni: essa è orizzontale, volta cioè a un sistema di cooperazione multiforme, ma è, grazie a EUSAIR, soprattutto verticale, in cui le Regioni italiane sono chiamate a un rapporto diretto con l'Unione Europea. Il fenomeno delle macroregioni è calato così nell'ottica nazionale, attirando lo sguardo del giurista interno, che – per mutare e mutuare Carlo Arturo Jemolo – è chiamato a indossare gli "occhiali dell'europeista", per meglio comprendere le ripercussioni delle mutate esigenze di cooperazione nel nostro Paese. L'Autore, qui come in ogni pagina del libro, dimostra un ragionamento analitico, frammenta i problemi nelle loro componenti minime e molteplici sono gli spunti di riflessione: passa in esame gli obiettivi del libro verde sulla coesione territoriale, il ruolo del GECT, per giungere a una nuova e sempre più complessa definizione di macroregione, istituto che non può prescindere da un approccio geopolitico. In questa parte dello scritto, si danno le adeguate coordinate storiche per comprendere

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

anche le altre esperienze di cooperazione nate in Europa, quali la strategia per la regione del Mar Baltico (EUSBSR), la strategia per la regione del Danubio (EUSDR) e – infine – di quella alpina (EUSALP).

Una sottile, ma sempre insinuante domanda di fondo, accompagna il lavoro. L'attuale struttura operativa delle macroregioni è efficiente? Oppure, si tratta di un timido federalismo, per usare le parole dell'Autore, «secondo uno schema del tutto nuovo e ancora in fase di sperimentazione»? I dubbi trovano conforto in una relazione della Commissione sulla *governance* delle strategie macroregionali, che mette in luce la carenza di una *leadership*, l'assenza di un collegamento tra gli organi decidenti e quelli deputati all'attuazione. Quest'ultima, a propria volta, richiederebbe il coinvolgimento maggiore degli attori europei e una maggiore responsabilità degli stessi. Tutti questi interrogativi preparano il terreno per riflettere con maggior consapevolezza sulla macroregione adriatico-ionica, con un nuovo spirito critico, ma sempre con la convinzione che essa sia suscettibile di miglioramenti; proprio partendo da questa considerazione, ampia parte dello scritto passa al setaccio le ragioni che hanno condotto alla nascita dell'EUSAIR, e ognuna di queste è oggetto di attenzione e riflessione.

Con essa si vogliono superare i limiti storico-politici del bacino, quali le frammentazioni della società (soprattutto nell'est dell'area, e che vengono avvertite dall'Autore come uno degli aspetti più delicati dell'intera questione), l'esistenza di apparati burocratici obsoleti e di alti tassi di corruzione, la scarsa trasparenza dell'azione dei pubblici uffici, ricercando l'elemento comune nel *Mare Nostrum*, «aggregatore e catalizzatore per la creazione di un nuovo spazio cooperativo volto a individuare un nuovo soggetto di riferimento nell'ambito delle politiche europee».

Sotto il profilo strutturale, la macroregione adriatico-ionica è costituita sia da Stati membri (Italia, Grecia, Slovenia e Croazia) sia da Stati esterni (Albania, Bosnia-Erzegovina e Montenegro), e si fonda su "quattro pilastri": si tratta della crescita blu, delle reti di trasporto ed energia, della qualità ambientale e del turismo sostenibile. Ciascuno di essi è passato in rassegna, ma anche in quest'analisi si instilla un ragionevole dubbio (e una nuova sfida) non solo nel lettore, ma anche nel politico e nell'addetto ai lavori sul funzionamento della macroregione adriatico-ionica e sul modo in cui valorizzare le potenzialità dell'istituto: l'Italia ben potrebbe sfruttare l'occasione di cooperazione territoriale per implementare le entrate economiche legate al turismo, potenziando i collegamenti stradali, aerei e marittimi coi Paesi limitrofi.

ISSN 2279-7238

La parte finale dello scritto è di certo la più involgente. L'Autore ha fornito al lettore gli strumenti necessari per comprendere il ruolo della macroregione e ciò permette di avanzare «prospettive e futuri sviluppi» dell'istituto, in un *mix* tra punti di coesione e fondamenta ancora instabili. Molte le domande che emergono, ancor più le sfide che esse pongono.

Quanti e quali risorse lo Stato italiano dovrà investire per lo sviluppo della strategia comune? Quale ruolo dovrebbero avere le regioni italiane interessate, in particolare modo il Veneto a cui spetta il coordinamento del primo pilastro (crescita blu), il Friuli Venezia Giulia a cui compete il secondo (interconnessioni e infrastrutture), l'Emilia Romagna e la Puglia, coinvolte rispettivamente nella qualità ambientale e nel turismo sostenibile; il Molise e le Marche che rivestono una funzione determinante negli assi trasversali della formazione e della ricerca? Quale sarà il ruolo della società civile, residente nella macroregione? Quali le tecniche, non solo giuridiche, per favorire un approccio sistematico in un processo che, partito dall'alto (*top down*), necessita di una nuova e intensa spinta dal basso (*bottom up*)? Come favorire lo sviluppo della *multilevel governance* per superare «una visione incentrata su di un modello centralistico, in cui gli attori vengono individuati secondo una concezione a raggiera e non verticistica»? A queste e a molte altre domande si cerca di dare risposta, mettendo in luce punti di forza e debolezze di questa nuova esperienza e cercando di fornire agli operatori del settore una valida *road map* per lo sviluppo delle strategie dell'area in un settore dove «le condizioni politiche e istituzionali di base sono ancora tutte da costruire». Si forniscono tutti gli armamentari che servono al giurista per poter trasformare la macroregione adriatico-ionica in una "piattaforma compatta" di irradiazione di valori comuni, centrati sul turismo, sullo sviluppo, sulle reti strategiche di movimento, attenta alle esigenze della società civile, inclusiva non solo in nome dello sviluppo economico, ma anche culturale e associativo, alla ricerca di quelle radici comuni che, invece di essere avvertite come un momento di frattura, possono divenire le basi di un nuovo e rigoglioso "mercato", rispondente alle esigenze di sviluppo dell'Unione Europea e alle sfide dei mercati globali. Nell'odierno clima di euroscetticismo, tra piani B e "scenari economici", il lavoro in esame è un valido strumento di analisi e riflessione per superare, con la cooperazione, le difficoltà del nostro tempo.

In conclusione, gli spunti per il lettore italiano sono molteplici e di grande interesse. Il libro si lascia apprezzare prima di tutto per il particolare approccio scientifico e metodologico nonché per lo spirito d'analisi di un istituto che, se adeguatamente valorizzato, potrà portare nuovi e inediti scenari economici per il nostro Paese. La ricostruzione effettuata nel lavoro è arricchita con dati statistici, che rendono l'idea della vasta portata del fenomeno in questione, con tabelle e cartine geografico-

ISSN 2279-7238

politiche: esse calano il tema in una dimensione reale e concreta, sempre più vicina alle nostre vite quotidiane. Le riflessioni, supportate da un costante e dinamico sguardo sulla realtà sociale, sono stimolanti e il giurista (ma anche l'economista) non potranno che trarre beneficio dalla lettura di questo lavoro, che porta a riflettere su tale nuova dimensione di natura geopolitica che si va progressivamente affermando, come nuova sfida, all'interno dell'Unione europea.

Alessandro Rosario Rizza

ISSN 2279-7238

L. BRUNETTI, Autodichia parlamentare. La giustizia domestica delle Camere nello Stato costituzionale di diritto, Milano, EDUCatt, 2016, pp. 283*.

«Era necessario che il senato prendesse parte al potere giudiziario […]. Allorché i Gracchi privarono i senatori del potere giudiziario, il senato non poté più resistere al popolo. Essi colpirono dunque la libertà della costituzione per favorire la libertà del cittadino; ma questa si perdette con quella.»

È con un immortale passo *De l'Esprit de lois* di Montesquieu che si apre il volume di Leonardo Brunetti, *Autodichia parlamentate. La giustizia domestica delle Camere nello Stato costituzionale di diritto* (EDUCatt, 2016). E non è casuale che ad introdurre la trattazione relativa alla potestà di *autogiurisdizione* degli organi costituzionali – e precipuamente di quella dei due rami del Parlamento – sia proprio un verso dell'Autore che massimamente si è interessato all'indagine dei rapporti intercorrenti tra i sommi organismi dello Stato, tanto da svilupparne un principio regolatore: quello della separazione dei poteri.

Tutt'altro che anacronistico, il tema della c.d. *giustizia domestica* – e, dunque, della particolare «prerogativa degli organi costituzionali di risolvere al proprio interno le controversie riguardanti l'esercizio delle proprie funzioni» (p. 18) – continua, oggi, ad essere oggetto di riflessione e giudizio critico.

Se per un verso, infatti, è pacificamente accettato che la natura delle summenzionate Istituzioni sia tale da esigere che l'ordinamento garantisca loro una assoluta e reciproca *indipendenza funzionale*, la quale verrebbe ad essere violata in presenza di un qualsiasi tipo di sindacato giurisdizionale sugli atti espressione delle loro funzioni; per altro verso, sempre resta dubbio – come pure evidenziano diverse pronunce del giudice delle leggi – la compatibilità dell'istituto dell'autodichia con i precetti costituzionali, rappresentando essa una vera e propria «zona franca della legalità, retaggio dell'*ancien régime* e cono d'ombra nello Stato di diritto» (p. 9).

Nel tentativo di risolvere questo nodo – o quanto meno di apportare un contributo al dibattito – Leonardo Brunetti sviluppa il proprio lavoro accostando all'interpretazione e all'analisi del dato positivo, la ricostruzione e l'approfondimento della principale dottrina in materia, guardando altresì all'evoluzione dell'istituto nel nostro e in altri ordinamenti vicini. Inoltre, Egli non manca di dedicare attenzione

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

all'esame della relativa giurisprudenza delle Corti e, in particolare, a quella della Corte costituzionale.

Ad una introduzione generale e ad un primo capitolo «definitorio», in cui si delinea con chiarezza l'oggetto dell'indagine e la metodologia adottata, segue una corposa parte incentrata essenzialmente sulla questione dell'autodichia parlamentare.

Così, nelle prime pagine, dopo una delucidazione circa gli organi titolati a esercitare la prerogativa – e, cioè, quegli «organi dello Stato che, posti al vertice dell'organizzazione statale, si trovano in una posizione di indipendenza e di parità giuridica tra loro» (p. 27) e vengono perciò detti «organi costituzionali» (le due Camere del Parlamento, la Corte Costituzionale, la Presidenza della Repubblica) – può leggersi della duplice funzione dell'istituto.

Autodichia, infatti, non è da intendersi soltanto nel significato di «prerogativa degli organi costituzionali», ma l'accezione del termine si estende altresì a quella «particolare situazione nella quale versano i dipendenti di alcuni organi costituzionali, i quali, contro i provvedimenti delle rispettive amministrazioni relative al loro trattamento economico o al loro stato giuridico, possono ricorrere soltanto di fronte ad organi interni alle suddette amministrazioni» (p. 34).

Considerata nel suo complesso, dunque, la nozione esaminata finisce col ricomprendere compiti assai diversi, seppur svolti dai medesimi soggetti, quali il giudizio sul ricorso dei propri dipendenti – per l'appunto – o la verifica dei titoli di ammissione dei componenti di ciascuna camera da esse stesse svolto. È questa la c.d. *verifica dei poteri*, che secondo alcuni esponenti della dottrina – come sottolinea l'Autore – non sarebbe da annoverare nell'alveo dell'autodichia, in quanto, prima dell'apertura della fase eventuale della contestazione, costituirebbe nulla di diverso rispetto ad un controllo di natura amministrativa, competente a ciascun organo collegiale. Sul punto è intervenuta a fare chiarezza – a più riprese – la Consulta, che ha espressamente riconosciuto, richiamandosi anche alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la «natura giurisdizionale della funzione di autodichia svolta dalle Camere» e, in particolare, la «natura giurisdizionale del controllo sui titoli di ammissione dei suoi componenti, attribuito in via esclusiva, con riferimento ai parlamentari, a ciascuna Camera ai sensi dell'art. 66 Cost., che è pacificamente riconosciuta, nelle ipotesi di contestazioni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, *quale unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni*» (punto 2.2, *Considerato in Diritto*, sentenza n. 259 del 2009).

Fatte salve queste necessarie precisazioni preliminari, Brunetti si sofferma – nel secondo capitolo – sullo studio della *giustizia domestica* inerente all'organo legislativo.

ISSN 2279-7238

Ivi, dopo aver tratteggiato con sintetica incisività le caratteristiche dell'istituto, laddove presente, nei principali ordinamenti europei ed extraeuropei contemporanei (in particolare in Germania, Spagna, Gran Bretagna, Francia e Stati Uniti), analizza le fonti normative che disciplinano l'autodichia parlamentare nel nostro ordinamento.

Nel ricordare che essa si fonda esclusivamente sull'art. 12 dei regolamenti delle Camere – non trovando una giustificazione diversa dall'art. 64 Cost., il quale riconosce l'autonomia normativa e di autorganizzazione della Camera e del Senato – , l'Autore ripercorre le tappe fondamentali della giurisprudenza della Corte costituzionale con la quale «essa ha prima costruito (ovvero permesso che venisse costruito) e poi decostruito l'edificio dell'autodichia delle Camere» (p. 109). A partire dalla sentenza n. 66/1964 – in cui per la prima volta è marcata la distinzione tra *sovranità* dello Stato e *autonomia* delle regioni, differenziazione che porta al riconoscimento di peculiari «forme di indipendenza» (p. 110) al solo Parlamento nazionale –; passando per la celebre decisione n. 154/1985, laddove è solennemente proclamata la non sindacabilità dei regolamenti parlamentari, espressione diretta dell'autonomia costituzionale garantita alle Camere; si arriva alla pronuncia 120/2014, che, contenendo elementi di forte innovazione rispetto alle statuizioni precedenti, diviene oggetto di analisi approfondita del successivo capitolo. In questo, il Nostro continua – invece – con l'evidenziare il sostanziale allineamento della posizione del giudice comune (ivi compresa la Suprema Corte di Cassazione) con quanto affermato dalla Consulta fino al 2014, non mancando – inoltre – di dedicare ampio spazio all'esposizione delle principali dottrine in materia. In particolare, si sofferma sull'analisi del pensiero di Santi Romano e di Costantino Mortati, che ritiene essere in continuità rispetto alla prospettiva in cui è stata inquadrata la riflessione sull'autodichia parlamentare nella trattazione.

Infine, particolarmente interessante risulta il riferimento, a chiusura della sezione, al tema della *verifica dei poteri*, ex art. 66 Cost.

Competenza politica del Parlamento, esercitata nelle forme della giurisdizione, la c.d. *giustizia politica* – la quale fa sì, come Alexis De Tocqueville ebbe a dire, che «il legislatore si trasformi in un magistrato» (p. 150) – è da considerarsi, agli occhi dell'Autore, non un mero «esercizio di un'attività assunta come materialmente giurisdizionale dalle competenti giunte delle Camere, che nulla toglie alle connotazioni originarie – schiettamente politiche – dell'istituto; bensì una funzione voluta dal Costituente come giurisdizionale, perché tale in senso oggettivo, ancorché non soggettivamente costruita come tale: una *giurisdizione particolare*» (p. 157). E di questa *giurisdizione particolare*, Brunetti se ne occupa trattando la questione peculiare del contenzioso relativo alle operazioni elettorali, distinto in contenzioso pre-

ISSN 2279-7238

elettorale e post-elettorale. Mentre per quest'ultimo è pacificamente accettata la competenza del Parlamento a svolgere il proprio giudizio in via esclusiva, ai sensi degli artt. 66 Cost. e D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 («Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati»), nonché dell'art. 27 D. Lgs. 20 dicembre 1993, n. 553 («Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica); nel caso del contenzioso pre-elettorale (e, quindi, di quello relativo alla fase preparatoria e centrale del procedimento) si pongono alcuni interrogativi, in quanto sia la Corte di Cassazione sia le giunte della Camera e del Senato hanno negato la propria giurisdizione sulle controversie inerenti i relativi atti. Sul punto è intervenuto il giudice delle leggi, che, nel ritenersi incompetente a sindacare, ha però affermato che il dubbio di giurisdizione avrebbe potuto (e potrebbe) dar luogo a un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Ancor oggi, quindi, la questione resta aperta.

«I problemi di natura costituzionale che l'istituto solleva» è il titolo che apre il terzo capitolo dell'opera. Si deduce, così, agevolmente il contenuto delle ultime pagine del volume: per un verso, esse hanno ad oggetto le più recenti evoluzioni della giurisprudenza nazionale e sovranazionale in materia di autodichia degli organi costituzionali – che ultime, in verità, non sono, essendo il testo non aggiornato alle recentissime sentenze n. 213 e 267 del 2017 della Corte costituzionale –; e per altro verso, trattano delle proposte di modifica regolamentare, con particolare riferimento al tentato progetto di revisione costituzionale, che sarebbe poi stato cassato dal referendum costituzionale del 4 dicembre 2016.

Vista la progressione registratasi dalla pubblicazione del volume, potrebbe apparire superfluo soffermarsi sui concetti contenuti in quest'ultima parte, eppure si reputa utile puntualizzarne alcuni aspetti.

Innanzitutto, appare interessante l'attenta analisi che viene fatta della sentenza 5-9 maggio 2014, n. 120, i cui contenuti saranno sostanzialmente confermati dalle sopraccitate novelle, le decisioni 12 ottobre 2017, n. 213 e 13 dicembre 2017, n. 267. Compiendo un formidabile passo in avanti, la Corte – pur restando ferma nell'affermazione del principio di insindacabilità dei regolamenti parlamentari – riconosce che «ciò non comporta che essi siano, come nel lontano passato, fonti puramente interne» (punto 4.2 del *Considerato in Diritto*). Diventa, così, assodato il fatto che i regolamenti delle Camere sono atti primari dell'ordinamento generale, a competenza riservata, in base all'espressa previsione di cui all'art. 64 Cost. e, in quanto tali, sono distinti dalla legge ordinaria, la quale non è abilitata ad intervenire nella loro sfera di competenza. Proprio su queste basi si colloca il tema dell'estensione dell'autodichia e della sua legittimità: «gli art. 64 e 72 Cost. assolvono alla funzione di

ISSN 2279-7238

definire e, al tempo stesso, di delimitare lo statuto di garanzia delle Assemblee parlamentari. È dunque all'interno di questo statuto di garanzia che viene stabilito l'ambito di competenza riservato ai regolamenti parlamentari, avente ad oggetto l'organizzazione interna e, rispettivamente, la disciplina del procedimento legislativo per la parte non direttamente regolata dalla Costituzione» (Punto 4.3 del *Considerato in Diritto*). Ecco, allora, come rispetto alla sentenza del 1985 l'ambito applicativo dei regolamenti camerali viene ad ampliarsi.

In secondo luogo, salta all'occhio l'indagine approfondita della giurisprudenza della Corte EDU, con particolare riferimento al c.d. *Caso Savino ed altri*.

Dopo aver puntualizzato i profili su cui il giudice sovranazionale è stato chiamato ad intervenire – e, quindi, l'inquadramento dei regolamenti parlamentari, la loro accessibilità e prevedibilità nonché l'imparzialità e indipendenza del giudicante –, l'Autore riporta le conclusioni a cui si è arrivati nel corso del processo: ferma l'accertata compatibilità con la Convenzione delle previsioni regolamentari, l'organo che si occupa della giurisdizione non soddisfa i requisiti posti dall'art. 6 CEDU, avente ad oggetto il diritto ad un equo processo. Per questa ragione, come noto, sono state apportate delle modifiche ai regolamenti parlamentari, al fine di recepire le indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo.

Da ultimo, degno di nota è pure l'*excursus* che Leonardo Brunetti fa delle proposte di legge in materia di autodichia depositate in Parlamento. In particolare, si sottolinea l'importanza del progetto avanzato alla Camera dei deputati nel corso della XVI legislatura ad iniziativa degli onorevoli Bernardini ed altri (proposta di legge ordinaria n. 5472), che intendeva ricondurre le attività amministrative degli organi costituzionali, nella parte in cui non riflettono l'esercizio di funzioni costituzionali ma meri atti di autorganizzazione, all'omogeneità di disciplina di tutte le pubbliche amministrazioni, intendendo con esse gli organi costituzionali e tutte le amministrazioni dello Stato.

Un cenno è fatto anche al progetto di revisione costituzionale c.d. Renzi-Boschi (n. 1429-D), relativamente alle parti che avrebbero interessato i regolamenti parlamentari, e quindi – da un lato – all'art. 40, c. 3, che prevedeva l'integrazione funzionale delle amministrazioni delle Camere, con un ruolo unico del personale, e – dall'altro lato – a quello che sarebbe dovuto essere il novellato art. 66 Cost., pensato per escludere qualsiasi deliberazione del Senato della Repubblica nei casi di ineleggibilità e incompatibilità.

Chiude la trattazione l'esposizione della tesi dell'Autore, il quale – alla luce dello studio condotto e convinto della necessità, e al contempo della difficoltà, di rintracciare il fondamento costituzionale dell'autodichia parlamentare – sostiene che

ISSN 2279-7238

la natura giurisdizionale dell'istituto appare evidente nel caso della verifica dei poteri, mentre per quel che concerne il sindacato degli atti relativi alla posizione giuridica dei dipendenti (e dei terzi qualificati entrati in contatto con le Camere) sarebbe meglio parlare di un potere espressione di decisione amministrativa.

Infatti, se il primo tipo di autodichia trova una giustificazione nell'art. 66 Cost. – laddove, come più volte ricordato, si dice che le Camere *giudicano* […] – il secondo non trova alcun appiglio nel Testo costituzionale che consenta di qualificarlo come funzione amministrativa, giurisdizionale o politica delle Stesse.

Tale argomentazione è stata, tuttavia, smentita dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 267 del 2017, afferma come «la tutela dei dipendenti» sia «assicurata non già attraverso un giudice speciale ex art. 102 Cost., ma mediante organi interni non appartenenti all'organizzazione giudiziaria, intanto giustificati in quanto finalizzati alla migliore garanzia dell'autonomia dell'organo costituzionale» (punto 7.4 del *Considerato in Diritto*).

In definitiva, a detta della Corte, l'autodichia parlamentare si configura come «un'espressione fisiologica dell'autonomia degli organi di vertice dell'ordinamento», la quale è conseguenza naturale della fisionomia che il Costituente ha voluto imprimere all'assetto dei poteri dello Stato.

Che gli organi di autodichia esercitino, dunque, una funzione sostanzialmente giurisdizionale, pur non essendo – come la Corte costituzionale chiarisce – veri e propri giudici, appare, oramai fuor di dubbio.

A prescindere dalla convalida della tesi proposta, la monografia di Brunetti ha l'indubbio pregio di esplorare, con chiarezza e puntualità, un tema – quale quello della *giustizia domestica* – che ancor oggi suscita un notevole interesse all'interno e al di fuori dei confini nazionali.

Chiara Spiniello

ISSN 2279-7238

S. LIETO, Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 248[*].

Oggetto dell'opera di Sara Lieto è il giudizio incidentale, una tematica "battuta" in lungo e in largo dalla dottrina data la preponderanza da esso acquisita nel funzionamento del nostro sistema di giustizia costituzionale.

L'analisi dell'Autrice, però, non si limita a una mera descrizione degli elementi caratterizzanti tale modello - organo, soggetti legittimati, contesto in cui vengono elaborati i termini della domanda, decisione ed effetti della stessa – ma, conscia del fatto che alcune recenti vicende giurisprudenziali abbiano provocato delle distorsioni nell'originaria fisionomia del modello incidentale, elabora una riflessione di più ampio respiro sulla "capacità di tenuta" di tale sistema di controllo di costituzionalità. Il filo rosso che attraversa lo scritto è, infatti, la valutazione dell'entità e degli effetti delle modificazioni nel tempo intervenute e, in particolare, la questione se tali cambiamenti possano essere inquadrati in fisiologici processi di adattamento del modello incidentale o si configurino come fenomeni capaci di snaturarne l'identità.

D'altra parte, la primarietà che riveste l'obiettivo del ripristino della legalità costituzionale e la necessità di assicurare la massima estensione del controllo di costituzionalità in tutti gli ambiti dell'ordinamento ha determinato, sin dalle origini, un approccio flessibile alle regole che sovraintendono allo svolgimento del giudizio in via incidentale. Tuttavia, se la complessità delle esigenze sistemiche garantite dalla giustizia costituzionale rende indispensabile una certa duttilità del modello incidentale vi è un limite oltre il quale questo processo causa delle torsioni che inducono ad avanzare dei dubbi sull'effettiva aderenza del dato giurisprudenziale al modello costituzionale.

Obiettivo finale del libro è proprio quello di stimare il "grado" di flessibilità del giudizio incidentale attraverso lo studio degli interventi modificativi sopravvenuti nella dimensione applicativa. Tale analisi viene posta in essere concretamente mediante una classificazione dei mutamenti intervenuti. L'Autrice tenta di individuare, alla luce della giurisprudenza costituzionale e della dottrina più autorevole, quali cambiamenti manifestatisi si sostanzino in ordinari meccanismi di adattamento - modificazioni che permangono nel tracciato definito dalle norme -, quando si sia in presenza di contaminazione - ipotesi in cui vocazione astratta e interesse concreto tendono a confondersi e a influenzarsi reciprocamente – e se,

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

sotto alcuni profili, sia in corso una vera e propria trasformazione capace di rimodellare gli elementi costitutivi del giudizio incidentale.

Questa tripartizione dei fenomeni modificativi – adattamento, contaminazione, trasformazione –, richiamata nel sottotitolo, si riflette in modo quasi speculare nella struttura del libro. Il primo e il secondo capitolo sono infatti dedicati a una descrizione dettagliata del modello incidentale, dal dibattito Costituente fino al suo reale funzionamento, analizzato attraverso il dato empirico e in relazione ai più rilevanti casi di adattamento. Nel quarto capitolo vengono evidenziati i fenomeni di contaminazione a cui il sistema di giudizio incidentale si presta e che derivano da quella naturale attitudine del modello a soddisfare istanze oggettive e soggettive. Il terzo capitolo si occupa prevalentemente del processo di trasformazione del modello, ben esemplificato dalla vicenda del giudizio sulle leggi elettorali, un episodio che ha determinato un'assimilazione di tale modalità di sindacato di costituzionalità a un controllo quasi diretto sulle leggi.

Tale *iter* ricostruttivo lascia sullo sfondo altre questioni cruciali legate alla natura del giudizio incidentale, quale, ad esempio, il bilanciamento operato dalla Corte in relazione alle regole del processo. Quest'ultimo tema si ricollega al *focus* principale del libro, quello dell'evoluzione del modello incidentale. Poiché il giudizio incidentale è costituito anche da un insieme di regole processuali e una loro differente interpretazione e applicazione può influire in modo determinante sul suo funzionamento ci si domanda se la Corte disponga del potere di bilanciamento anche con riferimento ad esse. Un quesito di difficile risoluzione dato che la stessa dottrina appare divisa fra coloro che, da un lato, affermano che il principio del rispetto delle regole processuali sia recessivo di fronte al prioritario fine di garantire la legalità costituzionale e fra quelli che, dall'altro, ritengono che l'assenza di certezza su di esse influisca negativamente sui fondamenti dello Stato di diritto e sulla credibilità del giudice delle leggi.

Per comprendere i più rilevanti fenomeni di adattamento a cui è stato sottoposto il modello incidentale è opportuno partire, secondo l'Autrice, dal dibattito Costituente, all'interno del quale emersero soluzioni, spunti e riflessioni che sembrano rivestire un ruolo "*vaticinante*" rispetto agli adattamenti in seguito sopraggiunti (p. 25). Da un'analisi delle diverse proposte avanzate si evince come, nella configurazione del giudizio di legittimità costituzionale, fosse preponderante la tensione fra astrattezza e concretezza, fra *lex* e *iura*. E, sebbene l'orientamento prevalente delineatosi già a partire dai lavori della Commissione Forti fosse quello in favore di un sindacato a tutela di un interesse oggettivo, prioritariamente teso al ripristino della legalità costituzionale, in tutti i modelli di giustizia costituzionale immaginati dai Costituenti

ISSN 2279-7238

ricorrevano ipotesi di accesso volte ad assicurare anche la tutela sostanziale dei diritti del singolo. Benché si sia registrato un importante cambio di direzione fra la fine dei lavori dell'Assemblea costituente e l'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1948, con la soppressione delle varie ipotesi di ricorso diretto, la fortuna del giudizio incidentale ha consentito di salvaguardare la duplice finalità di tutela, oggettiva e soggettiva, dato che la modalità di avvio e la struttura di riferimento sono rappresentate da un giudizio che si pone come "*contesto concreto di tutela del diritto*"(p. 47).

È in relazione agli ingranaggi su cui si impernia tale sistema di controllo che si sono verificati i più rilevanti fenomeni di adattamento. Nel descriverli, la Lieto si sofferma in particolare sulla rilevanza e sulla sua interpretazione. Condizione imprescindibile per l'ammissibilità della questione ma anche nesso fondamentale di collegamento fra i due giudizi, la rilevanza, che si fonda sull'interesse del giudice a non applicare norme incostituzionali, è stata oggetto di un'interpretazione estensiva, nel senso di ammetterne la sussistenza anche nei casi di mera applicabilità della norma in astratto. Si tratta di un approccio motivato dalla già evidenziata esigenza di permettere al controllo di costituzionalità di penetrare nei contesti normativi meno accessibili e insuscettibili di dar luogo a un contenzioso che permetta di attivare il giudizio di legittimità costituzionale. Alla medesima finalità di ridurre la presenza delle cosiddette "zone d'ombra" della giustizia costituzionale è riconducibile il ben noto ampliamento della nozione di giudice *a quo*, forse la più esemplificativa manifestazione di "*adattamento del modello alla realtà fattuale*" (p. 58).

Tuttavia, il rimodellamento del sistema in funzione delle concrete esigenze poste dalla realtà emerge in modo forse ancora più evidente in relazione alle decisioni della Corte, con particolare riferimento alla loro efficacia temporale. L'assenza di una disciplina normativa dettagliata in materia ha permesso alla Consulta di porre in essere una considerevole azione manipolativa con riferimento agli effetti delle sue pronunce. Tali scelte sono spesso motivate dall'intento di evitare che gli effetti demolitori della decisione, pur assolvendo al primigenio intento di restaurazione della legalità costituzionale, sollevino problemi di altra natura, altrettanto disturbanti per la stabilità dell'ordinamento. Vengono ricordate, a titolo di esempio, le sentenze di incostituzionalità sopravvenuta o la recente sentenza n. 10 del 2015, relativa alla cd. *Robin Tax*. In essa la Corte, dopo aver valutato le caustiche conseguenze finanziarie che l'applicazione retroattiva avrebbe prodotto, ha stabilito che gli effetti della decisione si applicassero solo *pro futuro*.

I sopraccitati fenomeni di adattamento sono accomunati dal fatto di trovare impulso in un'azione della Corte costituzionale. Alcuni dei cambiamenti verificatisi,

ISSN 2279-7238

però, hanno necessariamente coinvolto l'attività del giudice comune, controparte essenziale del meccanismo di controllo e "*chiave di volta*" del modello incidentale (p. 73). Si pensi all' obbligo dell'interpretazione conforme il quale, pur muovendo da un intento "conservativo" della disposizione che si afferma a partire dall'elaborazione delle sentenze interpretative di rigetto implica, a monte, un accrescimento dell'impegno interpretativo del giudice *a quo*, il quale, nell'ordinanza di rimessione, dovrà offrire argomentazioni convincenti sull'impossibilità di individuare una lettura aderente al dettato costituzionale. L'interpretazione conforme rappresenta, a dire della Lieto, il primo passo di un processo di valorizzazione degli elementi di diffusione, all'interno di un modello di sindacato accentrato, che rileva solamente in termini di tendenza la quale, tuttavia, si intensifica nel momento in cui vengono in esame i rapporti fra giudici comuni, norme eurounitarie e corti sovranazionali. È la giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, ad attribuire al giudice comune un ruolo decisivo nella risoluzione di eventuali antinomie fra norme eurounitarie e norme interne. La sua importanza permane anche qualora l'impossibilità di sciogliere nodi interpretativi richieda di far appello allo strumento del rinvio pregiudiziale. Nonostante che l'unico organo titolare del potere di fornire uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea rimanga la Corte di Giustizia, è opportuno riconoscere come l'instaurazione di tale dialogo fra organi giurisdizionali, pur mantenendo fede all'impostazione originaria del giudizio incidentale (il dubbio interpretativo, la pregiudizialità), presupponga un'attività esegetica del giudice comune la cui posizione appare indubbiamente rafforzata.

L'emersione di una tendenza caratterizzata dalla accentuazione di forme di sindacato diffuso non mette in discussione la natura incidentale del sistema. Diverso è il caso in cui l'instaurazione del giudizio *a quo* abbia l'unico scopo di attivare il controllo di costituzionalità, ipotesi che ha trovato nella recente vicenda delle leggi elettorali una paradigmatica manifestazione. Non si può di certo negare che il tentativo di aggirare il divieto di ricorso diretto del singolo - la cui origine storica e applicazione negli altri ordinamenti viene brevemente descritta nei primi paragrafi del terzo capitolo - fosse sconosciuto. L'Autrice propone una rassegna dei numerosi casi in cui si è fatto uso dell'espediente della *fictio litis*, uno stratagemma che la giurisprudenza più rigorosa del giudice delle leggi ha condannato, sottolineando come la questione di legittimità costituzionale si presentasse come un tentativo "improprio" di azione diretta contro la norma censurata e che un eventuale accoglimento della questione sarebbe andato ad "*esaurire la tutela richiesta nel giudizio principale*" (ord. 175 del 2003). Un' altra soluzione adoperata è stata quella di ricorrere all'azione di mero accertamento, la cui esperibilità risponde ad una effettiva esigenza

ISSN 2279-7238

di tutela poiché anche l'esistenza di una situazione di incertezza può arrecare un pregiudizio a una situazione giuridica soggettiva. Tuttavia, nel momento in cui da essa scaturisce una questione si legittimità costituzionale, è evidente la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione fra i due *petita* soprattutto nel momento in cui "*il controllo di costituzionalità rappresenti l'essenza stessa dell'incertezza*" (p. 122).

Si è trattato di due escamotage a cui spesso si è fatto ricorso per sviluppare una particolare modalità processuale che si è tradotta nella realizzazione di un sindacato formalmente incidentale ma sostanzialmente diretto. Una formula che, ad avviso dell'Autrice, sembra ancora una volta trovar giustificazione nel fine di ridurre le "zone franche" della giustizia costituzionale, ragione che si porrebbe come l'unico vero "*assunto*" idoneo a giustificare rilevanti "*deroghe*" al modello (p. 122).

Nel caso delle note sentenze sulle leggi elettorali (nn. 1 del 2014 e 35 del 2017), però, tale rimedio avrebbe condotto ad un allontanamento ulteriore rispetto al modello originario dato che con tali vicende giurisprudenziali si sarebbe realizzata una forma di controllo astratto *a posteriori* sull'attività del legislatore a vantaggio di minoranze politiche e altre soggettività spinte da un interesse ad agire non particolare ma generale.

Questi singolari - e controversi - casi, ampiamente descritti nel settimo e nell'ottavo paragrafo del terzo capitolo, permettono all'Autrice di formulare alcune conclusioni preliminari sulla relazione fra le nuove formule processuali adottate e il modello incidentale. Contrariamente a quella dottrina che ritiene che la presenza di una concreta vicenda applicativa costituisca un elemento caratteristico ma non imprescindibile del controllo incidentale- una regolarità ma non la regola – e che sia sufficiente l'instaurazione di un giudizio basato su validi presupposti processuali per soddisfare il requisito dell'incidentalità, la Lieto sembra vedere in tali fenomeni una significativa discrepanza rispetto al modello originario. Si sarebbe in presenza di una frattura che impedisce di inquadrare tale esperienza empirica in quei già descritti meccanismi di adattamento e che conduce a classificarli come sintomo di un percorso di trasformazione. Tale asserzione è motivata dalla convinzione che sulle regole di accesso (modalità e soggetti legittimati) si fondi l'essenza del sistema di controllo. Con riferimento ai soli soggetti legittimati, ad esempio, si assisterebbe in tale circostanza all'emersione di un nuovo tipo di "*soggettività organizzata*", mossa dall'obiettivo di mettere in discussione l'indirizzo legislativo di maggioranza attraverso l'abuso della questione di costituzionalità (p. 155).

Questo non significa, sottolinea l'Autrice, che tali processi di trasformazione che trovano origine e impulso nell'azione della Corte costituzionale e del giudice comune debbano essere necessariamente contrastati. Essi dovrebbero essere accompagnati,

ISSN 2279-7238

tuttavia, da un intervento normativo. Una considerazione che si ricollega alla già citata questione della disponibilità delle regole del processo da parte della Corte costituzionale. È evidente che in materia di giustizia costituzionale operano una congerie di fonti di diverso rango, alcune delle quali possono essere oggetto di un profondo rimodellamento da parte della Corte – quelle di autonormazione, ad esempio -, altre rispetto alle quali è doveroso che il giudice delle leggi operi un certo *self restraint* in modo tale da evitare che si introducano in via interpretativa soluzioni incompatibili con una disciplina normativa di rango legislativo e costituzionale.

La vicenda delle leggi elettorali dimostra, comunque, secondo l'Autrice, la presenza di una soggettività nuova appartenente alla sfera dello Stato comunità e espressione del pluralismo politico che cerca di trovare nella dimensione giurisdizionale lo sbocco naturale per la risoluzione del conflitto e per la tutela dei propri diritti. Tale novità sarebbe un effetto, in primis, della crisi della rappresentanza politica che si manifesta nell'inadeguatezza dei tradizionali canali di partecipazione della cittadinanza e produce un'insoddisfazione diffusa verso l'azione dei rappresentanti e nei confronti del prodotto legislativo, il quale, a sua volta, risente dell'immobilismo dell'organo rappresentativo, incapace di dar luogo a leggi che siano "*sintesi equilibrata fra posizioni contrapposte*" (p. 174). Questa situazione di debolezza sembra favorire la tendenza a ricercare nella sede del giudizio di costituzionalità quelle soluzioni che la sfera politica appare ormai non più in grado di offrire. Tuttavia, l'assenza nel nostro sistema di un canale di accesso diretto del singolo e delle minoranze parlamentari, nonostante i tentativi di ampliamento dei soggetti legittimati posti in essere nella X e XI legislatura e nella recente riforma costituzionale "Renzi-Boschi", ha fatto in modo che queste esigenze si esprimessero mediante una distorsione del meccanismo dell'incidentalità.

In presenza di tali condizioni, si possono individuare, a costituzione invariata, alcuni spunti di riforma per ripensare il modello incidentale e, in senso più ampio, la stessa attività di garanzia espletata dalla Corte, ai fini di soddisfare particolari istanze soggettive che sembrano rivendicare con insistenza un loro accoglimento. Uno di essi può essere costituto dall'estensione del contraddittorio. Già da tempo la Corte ha abbandonato l'iniziale atteggiamento di chiusura verso la partecipazione di soggetti terzi nel giudizio incidentale purché fosse ravvisabile un interesse concreto. I soggetti terzi, pur non potendo essere assimilati alle parti, potrebbero rivestire un ruolo nell'implementazione dell'attività istruttoria della Corte. Un'altra soluzione a cui si è già fatto ricorso è stata quella del conflitto fra poteri che, già da tempo, ha sopperito in alcuni casi alle difficoltà del modello incidentale nel far fronte alle esigenze di tutela.

ISSN 2279-7238

Per chiudere la panoramica sulle diverse tipologie e cause dell'evoluzione del modello incidentale vengono dedicate alcune riflessioni finali ai processi di contaminazione. Ripartendo dalle premesse iniziali concernenti la natura ibrida del modello incidentale, l'Autrice rileva come concretezza e astrattezza rimangano punti fermi del giudizio incidentale e costituiscano un'inscindibile "*commistione*" destinata a rimanere in equilibrio fino al giudizio dinnanzi alla Corte (p. 193). L'oggetto e il parametro del giudizio vengono definiti alla luce del sindacato concreto poiché la norma acquisisce significato in relazione a uno specifico momento applicativo. La pervasività dell'elemento concreto è ben esemplificata dalla regola secondo la quale, in caso di iniziativa di parte, il giudice *a quo*, pur rimanendo l'unico soggetto legittimato a sollevare la questione, deve attenersi alla questione così come prospettata dalle parti. Se, però, si sposta l'attenzione dal giudizio principale a quello di costituzionalità si vede come, con riferimento ai confini del *thema decidendum,* il fine di dar soddisfazione a un interesse astratto possa riemergere con forza. Fungono da esempio i casi in cui la Corte costituzionale ha dato luogo a una ridefinizione, in senso estensivo, della questione di costituzionalità, allontanandosi dall'oggetto prospettato nell'ordinanza di rimessione e non ottemperando così al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

L'esempio più rappresentativo di contaminazione, però, è costituito dal caso dell'illegittimità costituzionale consequenziale, con la quale si pone in essere una modalità di controllo astratto nell'ambito di un controllo concreto. Si tratta ancora una volta di una deroga al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato che, pur trovando fondamento nell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, è stata interpretata in modo estensivo dalla Corte. Anche questo fenomeno può essere qualificato come una dimostrazione della elasticità del modello giustificata in forza del carattere "*polivalente*" dell'incidentalità (p. 204).

L'analisi delle diverse traiettorie di sviluppo del modello incidentale, realizzata soprattutto attraverso l'osservazione dell'interazione fra gli attori che fungono da motore dell'intero sistema - la Corte, il giudice e le parti - consente all'Autrice di formulare le sue conclusioni. Il giudizio incidentale è indubbiamente caratterizzato da un certo dinamismo che si traduce in una naturale flessibilità e in una continua evoluzione delle regole che lo disciplinano. Tuttavia, i fenomeni di trasformazione a cui si è assistito di recente con il sindacato sulle leggi elettorali sembrano aver travalicato gli ordinari limiti dell'adattamento e permettono di aprire un nuovo discorso sul significato dell'incidentalità e sul riposizionamento all'interno del modello incidentale dei suoi soggetti protagonisti.

ISSN 2279-7238

Alcune battute finali vengono dedicate alla questione della *fictio litis, "fulcro dei processi di trasformazione del modello incidentale",* che in realtà costituirebbe, secondo l'Autrice, "*un falso problema*" (p. 210-212). Pur non mettendosi in dubbio, infatti, che si sia fatto ricorso ad essa al solo fine di sollevare la questione di legittimità sulle leggi elettorali, tale problema emerge solamente nel momento in cui il giudice nell'ordinanza di rimessione o la Corte successivamente lo rilevino, sia pure nel senso di argomentare per escluderne la sussistenza. In altre parole, il fatto che i due soggetti si siano affannati, in questa circostanza, per sostenere l'assenza di una *lis ficta* ha esposto i loro provvedimenti a critiche dottrinarie. Tuttavia, se gli attori coinvolti non la riscontrano espressamente essa non può rappresentare sul piano formale un ostacolo al sindacato diretto, fattore che renderebbe lo scenario attuale ancora più "*opaco*" (p. 212). Si potrebbe assistere, infatti, ad avviso della Lieto, ad un aggiramento ulteriore del divieto di ricorso diretto qualora sia il giudice *a quo* sia la Corte costituzionale decidessero di omettere qualsiasi accenno all'ipotesi della *fictio litis*.

Tale consapevolezza sembra condurre alla conclusione che un discorso sul modello incidentale dovrebbe inevitabilmente ripartire da un ripensamento delle attribuzioni e dei limiti alle azioni dei diversi protagonisti, in particolare a quelli della Corte costituzionale nelle mani della quale riposerebbe, in ultima istanza, il potere di porre un freno al ricorso diretto.

Giulia Vasino

ISSN 2279-7238

EDITORIALE

I custodi della Costituzione e la loro azione parallela

L'importanza degli organi costituzionali di garanzia interna ed esterna, in un momento di persistente crisi del circuito partitico – parlamentare, è stato uno degli argomenti del Convegno *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, le cui relazioni sono state parzialmente inserite sul numero 2/18 di *questa rivista* e i cui atti stanno per essere pubblicati in un apposito quaderno di *Nomos*, proprio nel momento in cui sembra indebolirsi ulteriormente l'equilibrio istituzionale degli ordinamenti di democrazia pluralista.

In questa prospettiva, è significativo che in Italia il tradizionale approccio della separazione dei poteri sia stato ufficialmente recuperato proprio nel 2008 da Leopoldo Elia, sulla base dello snervamento dei rapporti tra società civile, società politica e istituzioni. Già allora veniva prefigurato sia il fallimento definitivo del cosiddetto bipolarismo imperfetto sviluppatosi dopo il 1993, sia la possibile crisi istituzionale derivante dalla mancanza di una stabile ristrutturazione del sistema partitico e da una sua opportuna regolazione (sui tempi lunghi del tema nello Stato di massa si vedano le relazioni pubblicate in questo numero e frutto del Convegno *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti:e ora?).*

Dieci anni dopo, alle spalle dell'ibernazione del circuito partitico parlamentare del 2011 e degli avvenimenti successivi che hanno condotto all'avvento dell'attuale fase di *bipopulismo di Governo,* l'approvazione controversa della Legge di bilancio alla fine di dicembre del 2018 ha costituito un ulteriore segnale di allarme di fenomeni sempre più preoccupanti di emarginazione-nullificazione delle Assemblee parlamentari nazionali. La complessità e la gravità della situazione hanno favorito l'intervento parallelo degli organi costituzionali di garanzia, che si è sostanziato nel monito del Presidente della Repubblica, durante il discorso di fine anno, e nella decisione della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione sollevato dal gruppo parlamentare del Pd del Senato (Marcucci e altri).

Il risultato immediato dell'azione combinata dei palazzi del Colle più alto della Capitale era prevedibile. Il ricorso è stato respinto con monito dalla Corte costituzionale in stretto coordinamento – si diceva- con quello precedente del Presidente Mattarella, che- durante il discorso di fine anno- aveva osservato come "la grande compressione dell'esame parlamentare e la mancanza di un opportuno

ISSN 2279-7238

confronto con i corpi sociali richiedano adesso un'attenta verifica dei contenuti del provvedimento". Il Capo dello Stato si era anche augurato "che il Parlamento, il Governo, i gruppi politici trovino il modo di discutere costruttivamente su quanto avvenuto; e assicurino per il futuro condizioni adeguate di esame e di confronto".

La liminare contrapposizione sul ruolo di custode della Costituzione interpretata dalle tesi di Kelsen e di Schmitt vede, dunque, oggi in Italia una significativa fase di convergenza dell'azione degli organi costituzionali di garanzia verso lo scopo comune del mantenimento dell'equilibrio costituzionale. Ma la Corte ha aggiunto in quest'occasione la novità eclatante della legittimazione a ricorrere dei singoli parlamentari in caso di grave lesione dei loro diritti fondamentali. Si tratta di una vera e propria mossa del cavallo della Corte che apre anche in modo clamoroso al controllo degli stessi *interna corporis,* finora *zona franca per la giustizia costituzionale.*

La decisione della Corte per adesso è nota solo attraverso il comunicato stampa della stessa. Il dibattito che la rivista, in collaborazione con il Master Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" e la fondazione "Paolo Galizia-Storia e libertà" hanno organizzato per il 31 gennaio 2019, fornirà- anche sulla base delle motivazioni- la possibilità di valutare le novità introdotte. Dalla memoria presentata dai legali (Caravita di Toritto, Cecchetti, de Vergottini, Falcon, Lucarelli, Onida e Randazzo) del gruppo PD e dal comunicato citato, al di là della sua brevità, esce fuori un dibattito risalente, che ha coinvolto la dottrina costituzionalistica italiana su status e garanzie dell'opposizione da un lato e sul ruolo del singolo parlamentare come rappresentante della Nazione ai sensi dell'art. 67 Cost. Esso deve essere analizzato nell'ambito del ruolo peculiare svolto dalla Corte, organo giurisdizionale inserito nell'ambito della politicità e quindi necessariamente attento anche a problemi di *opportunità politica* (v. per questo Giuseppe Branca, Conferenze stampa Pres. Corte Cost.,20 dic.1969 e 19 dicembre 1970).

Ma nella scelta delle soluzioni, oltre al fattore dell'opportunità, si staglia anche il dibattito dottrinario interno ai costituzionalisti e l'esempio comparatistico. In questa prospettiva, mettendo sullo sfondo il caso britannico, si sono stagliate le due vie che portano da un lato a Parigi, dall'altro a Berlino. Tra lo statuto dell'opposizione di marca francese prospettato sin dal 1974 e le garanzie per il ruolo del singolo parlamentare di cui all'art.93(1) del Grundgesetz, il profumo del costituzionalismo in questo caso ha aperto alle essenze tedesche, che non escludono quelle francesi, ma le fondano in maniera più generale. La Corte costituzionale, di fronte alla richiesta dei ricorrenti di andare preferibilmente a Parigi, ha infatti deciso di staccare un biglietto per Berlino, con ogni probabilità

ISSN 2279-7238

sulla base dell'articolo 67 della Cost., individuando la legittimazione a ricorrere nel singolo parlamentare, appunto rappresentante della Nazione. Tra *opposizione garantita,* tesi cara a Giuseppe de Vergottini, e *libero mandato (*su cui si è soffermato ampiamente Nicolò Zanon) *la* Corte sembra aver scelto la rappresentanza della Nazione, non escludendo però estensioni ulteriori, nell'ambito della tradizione anglo-americana del costituzionalismo che è limite al potere e quindi non si pone limiti formali.

Il pericolo, paventato da alcuni commenti a caldo, di un ingorgo della Consulta dovrebbe essere, quindi, evitato dal ricorso al citato criterio della *opportunità politica*, che fornisce la possibilità di graduare gli interventi, ma evidenzia anche gradi ampi di discrezionalità fino ad arrivare all'arbitrio.

La Corte- ribadendo il criterio della separazione dei poteri nell'ambito dello Stato di diritto costituzionale- sembra richiamare dunque al rispetto delle regole e della correttezza, quest'ultime indispensabile lubrificante di sistema altrimenti soggetto al rischio di surriscaldamento oltremodo pericoloso. Essa si riserva di modulare gli interventi in maniera da favorire, in un momento obiettivamente difficile, che il costituzionalismo contribuisca con la sua azione fattiva a bonificare le aree melmose che provocano miasmi e irradiando le proprie essenze tonificanti, che non si limitano al contesto nazionale, ma si aprono all'ordinamento europeo e globale. In questa prospettiva si giustifica da parte di *Nomos* la riflessione sulle celebrazioni del centenario della fine del primo conflitto mondiale, dove le prolusioni tenute presso l'Università "La Sapienza "da Dionisio Anzilotti (1914-15) e da Pietro Bonfante (1918-19) si collegano a quella recentissima di Giuliano Amato (2018-19). Esse evidenziano come i fenomeni di globalizzazione ed integrazione sovranazionale richiedano salti di qualità politici e giuridici a livello continentale, senza i quali c'è il rischio che le democrazie europee si avvitino come è già successo tra le due guerre.

ISSN 2279-7238

La rappresentanza nello Stato di massa tra partiti e plebiscito: il percorso di Vincenzo Zangara*

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO:1-Premessa; 2-La dottrina degli anni Trenta e il problema del partito politico; 3- Ma chi è stato Vincenzo Zangara?;4-L'opera di Zangara; 5-Tra due regimi e la copertura del metodo giuridico- 6-Lo Stato dei partiti e la sua regolazione pubblicistica.

1-**Premessa**

Il Convegno di quest'oggi corrisponde ad una implicita indicazione dello stesso Mario Galizia, che nel 1985 commemorò Vincenzo Zangara in Consiglio di Facoltà, poi sull'Annuario Accademico dell'Università e, infine, proprio 30 anni fa, pubblicò un saggio di più di 40 pagine(rigorosamente senza note) su *Quaderni costituzionali*, allora diretta da Livio Paladin.[2579] In corrispondenza della morte di Costantino Mortati, ma anche di Vezio Crisafulli, Galizia incominciò a trarre i Maestri degli anni Trenta dal silenzio imbarazzato o dal mito di un asetticità, rispetto alle temperie storiche derivante dal metodo giuridico, considerato come supremo usbergo. Egli rivide, dunque, progressivamente la posizione che lui stesso aveva prospettato in una nota voce dell'*Enciclopedia del diritto* [2580]. Poco prima della morte la sua analisi ha assunto toni molto severi nei loro confronti sotto il profilo della coerenza, pur mantenendo la devozione e l'affetto nei loro confronti dal punto di vista personale, umano e metodologico. Una simile posizione rivendicava- da un- lato la coerenza etica della sua generazione, dall'altro la valutazione preoccupata per lo stato e le tendenze delle nostre istituzioni repubblicane, lui che era stato partigiano combattente e fratello di Paolo Galizia, caduto combattendo per la liberazione di Firenze nell'agosto 1944.[2581]

La spinta etica e la curiosità intellettuale di Mario Galizia, allievo di Piero Calamandrei e di Costantino Mortati, si pone alla base dell'iniziativa di quest'oggi, caratterizzata dal versamento dell'Archivio di Vincenzo Zangara da parte degli eredi alla *Fondazione Paolo Galizia Storia e Libertà,* concentrando l'attenzione di questo convegno:

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Roma –La Sapienza.

2579 V. M. Galizia, *Autorità e 'democrazia di masse' nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara,* in *Quaderni costituzionali,1988,n.1,pp. 109 ss.*

2580 voce *Diritto costituzionale: profili storici*, in "Enciclopedia del diritto", XII, 1964, p. 962ss., preceduta dal saggio *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1963, vol. CLXIV, fasc. 1-2, p.3 -110.

2581 V. M.Galizia(a cura di), ***Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, Milano,Giuffrè,2013**

ISSN 2279-7238

a-in primo luogo sull'analisi del tema della rappresentanza politica ed in particolare sul tema del partito politico nello Stato di massa(democratico e non democratico) nell'ambito di una evoluzione che nel titolo è stata sintetizzata *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti:e ora?*

b- in secondo luogo , sulla linea singolare che hanno tenuto in materia i costituzional - comparatisti che si sono avvicendati in queste aule(Luigi Rossi, Vincenzo Zangara, Carlo Costamagna,Gaspare Ambrosini, Carlo Esposito,Costantino Mortati, Carlo Lavagna,Serio Galeotti,Antonino La Pergola, Mario Galizia e Giuliano Amato,facendovi grazia dei più giovani), ma non dimenticando ovviamente il giovane Leopoldo Elia che – proprio- in queste aule ha iniziato il suo percorso universitario con Gueli, con Esposito, ma soprattutto con Mortati.[2582]

Il Convegno è quindi diviso in due sessioni: la prima esplicitamente dedicata a Vincenzo Zangara ,ai suoi Maestri(Pietro Chimienti, Sergio Panunzio e Santi Romano),ai suoi allievi(Vincenzo Gueli e Augusto Barbera, ma anche Antonino La Pergola, appunto) e alle sue sedi universitarie (Catania e Roma);la seconda al tema della rappresentanza politica e istituzionale nel periodo liberale, in quello liberale democratico, in quello autoritario a tendenza totalitaria ed infine nelle varie fasi della storia della Costituzione repubblicana.

Esso si tiene ad 80 anni dalla prolusione di Vincenzo Zangara come docente di Diritto pubblico comparato in questi locali il 27 gennaio del 1938 su *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania* e a 25 dal discorso di Giuliano Amato alla Camera dopo il referendum del 18 aprile 1993, che certificava il crollo del più pesante e *sregolato* Stato dei partiti in Europa.

Il Convegno è volto a ribadire l'indispensabilità dell'istituzione partito politico nelle società di massa e la necessità di una sua regolazione per il corretto funzionamento delle liberal – democrazie pluralistiche, qualsiasi sia la forma di governo adottata.

2-La dottrina degli anni Trenta e il problema del partito politico nel secondo dopoguerra

Parto-come fece Mario Galizia nel 1988- da Vittorio Emanuele Orlando e dalla sua lettera (1946) indirizzata ad Alfredo Occhiuto[2583], che con Giuseppe Guarino difendeva Zangara nel processo di epurazione, e dalla risposta al quesito postogli, se lo stesso potesse essere

[2582] In questa prospettiva è opportuno fare riferimento a M. Galizia,*Presentazione* a S. Bonfiglio,*Forme di governo e partiti poltici,.Riflessione sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana,*Milano,Giuffrè,1993,pp.IX ss.

[2583] Occhiuto esponente della Associazione generale fra i magistrati d'Italia con Roberto Cirillo, Vincenzo Chieppa, Saverio BrigantеGiovanni Macaluso, venne prima trasferito in sede disagiata e poi "epurato" nel 1926 dai ruoli .Nell'immediato dopoguerra fu esponente,poi dimissionario, del Pd'Az.V. A. Meniconi, *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*,"Questione giustizia",2015,n.4,pp.220 ss e F. Venturini, *La magistratura nel primo dopoguerra: alla ricerca del "modello italiano"*, Relazione al convegno *"La magistratura italiana tra associazionismo e potere politico dall'epoca liberale al fascismo*", Milano, 10 maggio 2007(recuperabile in http://www.movimentoperlagiustizia.it/argomenti/le-opinioni/514-le-opininioni-la-magistratura-nel-prmio-dopoguerra.html#_ftnref22).

ISSN 2279-7238

considerato un estremista fascista.[2584] Dopo una premessa articolata, Orlando risponse che dal punto di vista scientifico Zangara doveva essere annoverato come uno studioso proveniente dai ranghi *"delle scuole di diritto pubblico che si ispiravano agli insegnamenti dei vecchi maestri,tra cui [lui] [e] ne aveva tratto una mentalità metodica,cui sostanzialmente[era restato]fedele"*.[2585]

Quando il prof. Zangara mi fece leggere-come aveva fatto con altri, tra cui suppongo Galizia- il testo di questa missiva nello studio di casa in via Salaria, sorrisi fra me e me: che il vice-segretario del P.N.F. e responsabile della politica universitaria dello stesso non potesse essere considerato organico alle posizioni impegnate mi pareva, infatti, una pura copertura da periodo epurativo. La solo in apparenza paradossale affermazione di Orlando non costituiva, però, la mera difesa di un personaggio in disgrazia che –come si vedrà- venne epurato due volte. Sulla base della documentazione archivistica e delle sue opere, Zangara si conferma come un giovane virgulto allevato scientemente da un anziano liberale conservatore(Pietro Chimienti), oramai passato al fascismo, in collegamento con Sergio Panunzio e Santi Romano.

Una simile affermazione viene confermata dall'analisi della politica concorsuale per il settore delle cosiddette *materie politiche* , espressione utilizzata dagli organi di partito e del Ministero dell'Educazione nazionale per il Diritto costituzionale e il Diritto corporativo.

Com'è oramai noto, nel decennio 1925-1935 venne scientemente ibernata la pratica concorsuale per il diritto costituzionale, considerato non ancora stabilizzato nell'ambito delle riforme incrementali del regime[2586]. Per la verifica della strategia di riforma dello Stato prospettata da Rocco[2587] era importante innovare il personale accademico che si occupava delle cosiddette *materie politiche*(Diritto costituzionale e Diritto corporativo, in particolare).Lo fece notare in maniera esplicita, tra gli altri, anche Sergio Panunzio nella relazione del commissario del Governo al Duce su *La Facoltà fascista [di Scienze politiche] nei primi sei anni di vita*[2588],una istituzione che avrebbe dovuto produrre *gli operai del Regime.*

Centrale in questo senso fu il periodo 1932-1936, dove gli indicatori sono da una lato la successione di Vittorio Emanuele Orlando (disputatasi tra lo stesso Chimienti e Romano) e i concorsi di Camerino e di Cagliari (per cui sono importanti le relazioni di Ambrosini e di Panunzio sul rinnovamento della disciplina in collegamento con il maturarsi della nuova leva di giuspubblicisti che erano stati selezionati per le libere docenze del 1931-32.[2589] E' da questi giuspubblicisti che venne operato il salto di qualità dalla *Teoria dello Stato* ,tipica dell'ordinamento liberale oligarchico, alla *Teoria della Costituzionale*, con il riconoscimento della rivoluzione delle masse e del ruolo che, nel nuovo contesto, avevano le forze politiche

[2584] V. lettera V.E. Orlando a Alfredo Occhiuto,del 21 settembre 1946,in Archivio Zangara.
[2585] Idem.
[2586] V. F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*,in rivista AIC,2018,n.2.
[2587] V. A. Rocco,*La formazione dello Stato fascista : 1925-1934,Milano Giuffrè,1938.*
[2588] V. ***La Facoltà fascista nei primi sei anni di vita*,relazione del commissario del Governo prof. Sergio Panunzio,Perugia,Dobbini,1935.**
[2589] Per le relazioni in questione v. F. Lanchester,*Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e in Germania,* Milano,Giuffrè,1994,passim.

ISSN 2279-7238

come indispensabile collegamento tra società e istituzioni, all'interno di un quadro di valori e di principi costituzionalmente determinati. Crosa (anche se più anziano, ma attento al fattore politico[2590]), Esposito,Mortati,Crisafulli,Giannini,Lavagna, Pierandrei si mossero in modo coerente e diversificato, ma con il crollo del regime applicheranno nella nuova situazione gli schemi della teoria della costituzione nel secondo dopoguerra[2591]. Ai fini di questo Convegno lo farà con particolare coerenza Mortati , richiedendo l'applicazione di una democrazia organica basata sui partiti e un sistema elettorale di tipo speculare.[2592]

Una simile prospettiva, che richiama le problematiche già proposte da Gaspare Ambrosini nel 1921 nell'ambito della fase terminale della discussione sulle innovazioni istituzionali del primo dopoguerra[2593], venne sostanzialmente a cadere nel 1958 ,con il riconoscimento della peculiarità italiana, caratterizzata da partiti frammentati ed antisistema[2594]. Si spiega in questo modo la vicenda degli ultimi sessanta anni di mancata regolamentazione del fenomeno partitico, ma anche la necessità di rilanciare il tema della rappresentanza in campo politico e il ruolo delle formazioni politiche con una normativa che regoli le funzioni pubblicistiche esercitare dalle stesse[2595].

3- **Ma chi è stato Vincenzo Zangara?**

Zangara nacque a Catania il 26 agosto 1902 da Letterio, agente delle Assicurazioni Riunite di Sicurtà e da Francesca Crescimone.[2596] Studiò prima nel *Siculorum Gymnasium* e poi nel 1921 seguì a Roma il suo mentore Pietro Chimienti (costituzionalista brindisino e uno politico del settore sonniniano, di cui vi parlerà Luca Borsi)[2597] presso la facoltà della Sapienza, dove si laureò con una tesi di tipo privatistico(*Servitù legale di passaggio e di acquedotto*) ed una tesina su *La dichiarazione dello Stato d'assedio*[2598].

[2590] V. E. Crosa, ***Il fattore politico e le costituzioni,estr. dagli Studi in onore di O. Ranelletti,Padova,Cedam,1930.***

[2591] V. su questo F. Lanchester,*Momenti e figure* ,cit e Idem, *Pensare lo Stato : i giuspubblicisti nell'Italia unitaria,*Roma-Bari,Laterza,2004,passim.

[2592] Mi riferisco in particolare a C. Mortati(a cura di),*La legge elettorale cecoslovacca*,Firenze,Sansoni,1946, ma su questo si rinvia a M.Galizia –P.Grossi(a cura di), ***Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*,Milano,Giuffrè,1990 e F.Lanchester(a cura di),*Costantino Mortati costituzionalista calabrese*,Napoli,Esi,1989.**

[2593] V.G.Ambrosini, *Partiti politici e Gruppi parlamentari dopo la proporzionale,Firenze,La Voce,1921.*

[2594] V. su questo C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s. l., 1949, ora in *Nomos –Le attualità nel diritto*,2015,n.2 (con introduzione di F. Lanchester).

[2595] Sul tema del partito politico v. la voce di P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII e S. Bonfiglio, *Forma di governo e partiti politici*, Giuffrè, 1993(con intr. di M. Galizia).

[2596] V. A.Barbera,voce V.Z., in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani*[DBGI], a cura di I. Birocchi et al.,Bologna,Il Mulino,2013,pp.2082-83.

[2597] Su Chimienti v. G.Aliberti,P.C.,in Dizionario biografico degli italiani,1980(24),pp.774-777 e G. Demuro,P.C.,in DBGI,pp.523-524.

[2598] Seduta del 18 luglio 1924;voto 95/100 ovvero 104,5/110;la Commissione era presieduta da Salandra,con membri tra gli altri Scialoja,Brandileone,Chiovenda[v. Archivio storico Università di Roma(AUR)].

ISSN 2279-7238

Attivo nel contesto politico romano ed italiano in ebolizione,Zangara si iscrisse al P.N.F. con anzianità dal 1° gennaio 1922. Dopo la seconda laurea a Firenze presso l'Istituto di Scienze sociali Cesare Alfieri su *Lo Stato e il sindacalismo*[2599], Egli continuò a collaborare con Pietro Chimienti, incaricato del corso parallelo di *Nuova legislazione costituzionale italiana,* al fine di integrare l'insegnamento di Vittorio Emanuele Orlando, entrando ben presto nell'area di quella *pépinière* del regime che fu la Facoltà Fascista di Scienze politiche di Perugia, di cui era commissario- appunto- Sergio Panunzio, oramai dal 1927 ordinario di Dottrina generale dello Stato nella Facoltà romana di Scienze politiche[2600].

Seguire Zangara nei primi tre lustri del regime vuol dire accompagnare il dibattito politico e giuspubblicistico italiano nella cosiddetta legislatura costituente(1924-29) e delle due successive che portarono al salto di qualità rappresentato dalla riforma del 1938,con legge sul primo maresciallato dell'Impero ,le leggi razziali e la trasformazione della Camera elettiva in Camera dei fasci e delle corporazioni. Come osservò lo stesso Giuseppe Maranini[2601](allievo di Arrigo Solmi[2602], ma anche lui sotto l'ala protettrice di Panunzio) gli ordinamenti autoritari, ma anche quelli totalitari non escludono il conflitto,ma anzi evidenziano in modo fazionistico discussioni intensissime. Seguire Zangara significa, dunque, analizzare il dibattito interno al fascismo sulla trasformazione dello Stato, ma anche lo scontro tra continuità e rinnovamento nello stesso diritto costituzionale.

La giovane generazione di costituzionalisti degli anni Trenta venne scientemente selezionata dai Maestri del periodo precedente e la vicenda di Zangara è esemplare di una simile dinamica sia per quanto riguarda il percorso accademico sia per quanto riguarda la dinamica politica.

Nella *pépinière* perugina Zangara iniziò il proprio percorso accademico nell'ambito del Diritto sindacale e corporativo[2603] . Tentò in quel settore di acquisire la libera docenza nel 1928, ma venne respinto, così come capitò ad altri studiosi(penso a Costamagna[2604] e Chiarelli [2605] per quanto riguarda la vicenda del primo concorso a cattedra nel 1929 a Pisa) da un'insolita alleanza tra privatisti e giuspubblicisti, che si opposero non solo alle novità ma anche alla pretesa incertezza metodologica dei primi corporativisti.[2606]

Percorse la via del diritto costituzionale sulla base del triplice appoggio di Chimienti, che in quel periodo- come detto- affiancava Orlando nell'insegnamento di *Nuova legislazione*

[2599] Seduta del 11-12-1925,relatore della Volta, esaminatore Siotto Pintor.[v. Archiviostorico Università di Firenze(ASUF)].

[2600] Su Panunzio v.D.Ippolito,S.P.sr.,in DBGI,pp.1500-1502 e F. Lanchester,S.P.,in DBI,2014(81),pp.

[2601] V. F. Lanchester*, Regime, partiti e sistema elettorale in Giuseppe Maranini*, in *Pensare lo Stato,*cit.,pp.115 ss;su Maranini L.Mannori,G.M.,in DBGI,pp.429-432; P.Colombo,G.M.,DBGI,pp1267-1268

[2602] V. A.Mattone,A.S.,in DBGI,pp1889-1892.

[2603] V. V. Zangara,*Rivoluzione sindacale : lo stato corporativo* ,Roma , Libreria del littorio, stampa 1927, e Idem,*I Sindacati e lo Stato*,Roma, Libr. Del Littorio Edit. Tip., 1928,

[2604] V. M.Toraldo di Francia,*C.C.,* Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto (2012).

[2605] V. F.Lanchester,G.C.,in DBI,1988(34),pp.715-717 e idem,,G.C.,DBGI,pp520-521.

[2606] V. F. Lanchester, *'Dottrina' e politica nell'università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo*, «Lavoro e diritto», 1994, pp. 49-76

ISSN 2279-7238

costituzionale italiana, di Panunzio, cui nel 1932 dedicherà il volume sulla Sovranità[2607], e di Romano, che incontrò probabilmente nelle aule della Sapienza di S. Ivo a cavallo degli anni Trenta(anche se ancora nel 1924 Romano insegnava al Cesare Alfieri). Divenne libero docente sulla base del giudizio di una Commissione presieduta proprio da Chimienti(gli altri commissari erano Gaspare Ambrosini e Giovanni Salemi[2608]), accompagnato da altri giovani virgulti della materia[2609]. Zangara applicò la sua libera docenza proprio a Roma(Giurisprudenza), nella previsione che Chimenti potesse succedere ad Orlando, oppure che potesse mantenere il precedente insegnamento. Sarà invece Santi Romano a sostituire Orlando, andato in quiescenza per non giurare fedeltà al regime, mentre l'insegnamento *Nuova legislazione costituzionale* venne soppresso.

I dati dell'Archivio dell'Università di Roma (in particolare la lettera della fine 1933 del Rettore De Francisci a Chimienti per spiegare la non concessione dell'incarico)[2610], la relazione di Panunzio come commissario della Regia Facoltà fascista di Scienze politiche di Perugia[2611]e la relazione della Commissione di concorso di Camerino(1935) redatta da Gaspare Ambrosini,così come quella per il concorso di Cagliari(1936),redatta da Panunzio, evidenziano in maniera chiara la politica di rinnovamento guidata del diritto costituzionale, che oramai poteva stabilizzarsi, e l'influenza determinante nel suddetto processo di Santi Romano e di Sergio Panunzio[2612] .

Nel mentre Zangara percorse il proprio *cursus honorum* all'interno del P.N.F. , divenendo segretario della federazione di Catania(dal 16 novembre 1933 al 7 gennaio 1937), in un ambiente che è stato ben tratteggiato da Vitaliano Brancati nel *Bell'Antonio*[2613]. Anche Lorenzo Calderara, il federale che impersona Zangara nel romanzo, diverrà vice-segretario nazionale del Partito nel 1937, così come Zangara- dopo la vittoria della cattedra nel primo concorso di Diritto costituzionale bandito dal 1925.

Zangara vinse, infatti, a Camerino, preceduto dal coetaneo Esposito primo ternato, e fruì della consulenza di Santi Romano per il volume su *Il partito e lo Stato*[2614],il quale redasse un vero e proprio parere motivato sul dattiloscritto inviatogli dall'A..[2615] Romano nello stesso tempo già nel 1932 aveva presieduto la Commissione per la libera docenza di Carlo

[2607] V. V.Zangara, *Saggio sulla sovranità* ,Roma,Il Primato, 1932
[2608] V. G.Speciale,G.S.,in DBGI,pp-1771-1772.
[2609] Libera docenza in Diritto costituzionale (gennaio 1932). Commissione: Pietro Chimienti, Gaspare Ambrosini, Giovanni Salemi; altri candidati: Rosario Sofia, Carlo Alberto Biggini, Giuseppe Lo Verde, Vincenzo Sinagra, Antonino Camilli,Giuseppe Orsi(Lavori dal 2 gennaio 1932:Lezione su La facoltà regolamentare del potere esecutivo)
[2610] Archivio Università di Roma[AUR]:cartella P. Chimienti.
[2611] . *La Facoltà fascista nei primi sei anni di vita*,cit.
[2612] V F. Lanchester,Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e in Germania,cit. pp.367 ss. e 373 ss.
[2613] V. V.Brancati,*Il Bell'Antonio:romanzo,*Milano,Bompiani,1949.
[2614] V. V.Zangara, *Il Partito e lo Stato*, Catania, Studio editoriale moderno, 1935.
[2615] V. Archivio Zangara le sei pagine di commenti e consigli di S. Romano.

ISSN 2279-7238

Esposito in Filosofia del diritto[2616], messo in difficoltà dal veto di Giorgio Del Vecchio prima nel concorso per quella materia a Catania(1929),poi di Ferrara(1934). La promozione a Camerino nel 1935 certificò lo spostamento di Esposito sul settore del Diritto costituzionale.

In questo contesto Zangara gestì a Catania, anche con l'aiuto del Ministero, il proprio ingresso come incaricato per il Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza, sostituendo Carmelo Caristia [2617] ,che –professore all'Istituto superiore di Scienze economiche- teneva l'incarico dal 1928, con riflessi sugli avvenimenti degli anni Cinquanta.[2618]

Il successo concorsuale del poco più che trentenne Zangara fu ,invero, fulminante. Dalla documentazione archivistica si apprende che il Rettore provvide ad informare il Ministero dell'Educazione Nazionale delle voci relative al successo concorsuale di Zangara, perorando l'assegnazione, sulla base della nuova normativa introdotta dal Ministro De Vecchi, dello stesso a Catania. La sua affermazione si implementò ulteriormente con la nomina a vicesegretario nel 1937 e la chiamata, sempre nel 1937, sulla cattedra di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà romana di Scienze politiche, in seguito alla messa in quiescenza di Luigi Rossi a fine anno accademico 1936-1937.

Per quanto riguarda l'incarico partitico, Zangara - dopo essere stato delegato del settore archivio e disciplina nel 1938- divenne responsabile del settore universitario, all'interno di un direttorio che vedeva anche la presenza del Rettore dell'Università romana Pietro de Francisci. Le foto del giovane Zangara che passa in rassegna gli esponenti del GUF, seguito da un affannato Rettore richiamano quelle coeve di Mussolini e di Starace con al seguito ansanti generali e gerarchi e si inseriscono nel giovanilismo di regime

4-L'opera di Zangara

Dal punto di vista scientifico Zangara aveva- all'inizio- esaminato in maniera attenta le trasformazioni sindacali e corporative dell'ordinamento sin dalla tesi fiorentina e nelle pubblicazioni del lustro 1927-1932 sull'argomento. L'approccio didattico ed interdisciplinare di Zangara venne apprezzato nel 1928 dallo stesso Carlo Costamagna,che ne lodò la chiarezza elementare, mentre risultarono respinte da Julius Evola, che criticò

[2616] ACS-Libere docenze 13/bis,sessione 1930-1931,15 dicembre 1930 ,Commissari S.Romano,G. Maggiore,M. Barillari: oltre a Esposito(che affrontò il tema de' *il diritto giusto*) ottenne la libera docenza anche Alessandro Pekelis.

[2617] V. G.Rebuffa,C.C., DBI,1977(20),pp.126-128 ; F. Lanchester,C.C. e il dibattito sul metodo alle soglie del primo conflitto mondiale, *Storia,costituzioneamministrazione,*,1995,pp.31-47; e S.Mura,,C.C.,in DBGI,pp447.448.

[2618] Ma interessanti sono le notazioni archivistiche di quella Università anche per l'altra materia politica per cui era necessaria l'iscrizione al P.N.F.(il Diritto corporativo),nonché le ricadute della vicenda di Dante Majorana con conseguenze-forse- su quella di Ettore Majorana(v. la documentazione recuperata nella Archivio Storico dell'Università di Catania per la gentilezza di Agatino Cariola).

ISSN 2279-7238

ferocemente l'editoriale della rivista *Il primato,*fondata da Zangara nel 1930 come un ritorno alle Camere del lavoro.[2619]

L'opera sulla *Sovranità*(1932) è un chiaro ingresso nell'istituzionalismo romaniano, che attraverso il ponte della teoria generale lo fece transitare nel diritto costituzionale. Al di là dell'*astrattezza* che gli venne *formalmente* rimproverata in sede di libera docenza, l'opera è particolarmente interessante per l'orientamento relativo al rapporto tra diritto e politica e per la prospettiva di apertura alla *teoria della costituzione.*

Il giovane prof. Zangara, che – a quanto riferisce il *Corriere della sera* del 16 settembre 1932 venne ricevuto dal Capo del Governo cui fece omaggio delle sue due più recenti opere – si impegnò nella valutazione del ruolo del partito nell'ambito della nuova struttura costituzionale e molte delle tesi della prolusione del 1938 sono già presenti nell'opera del 1935. La sua idea di istituzionalizzazione del Partito nega l'autonomia assoluta dello stesso, ma non lo schiaccia al ruolo di organo dello Stato[2620]. In una sistema ancora non stabilizzato normativamente, tra la concezione del partito stato di tipo tedesco e quelle dello Stato partito ,lo Zangara si pone infatti in posizione intermedia , facendo ovviamente giocare una funzione di raccordo e di snodo al Gran Consiglio del Fascismo,su cui aveva già incominciato a riflettere ai tempi della prima legge sulla costituzionalizzazione del Gran Consiglio[2621].

Certo si può dire che Zangara si ponga in una linea che già alcuni anni prima aveva assunto Alessandro Lessona su *Gerarchia*, mettendo in evidenza l'importanza teleologica della dottrina politica del regime e il ruolo del partito[2622], ma muovendosi in un limbo in cui le categorie del vecchio diritto costituzionale liberale oligarchico e le nuove dello Stato massa vengono aggiornate in *progress*. Ciò –d'altro canto -derivava dalla velocità delle innovazioni normative operate dal regime fascista ed è rilevabile anche nella prolusione del 1938 che precede l'ampia monografia del 1939, in cui viene prospettata la ricostruzione della rappresentanza istituzionale e che teorizza la rappresentanza scissa dal momento elettivo.

L'incipit surreale della prolusione del 1938 fa riferimento alla articolazione teorica dello Stato costituzionale moderno secondo il principio della divisione dei poteri, la *balance des pouvoirs* e al prevalenza effettiva del potere legislativo – rappresentativo del Popolo su esecutivo e giursdizione. La polemica antiparlamentaristica in Zangara si sposa con il riconoscimento della necessaria presenza nello Stato di massa dei partiti politici sulla base della lezione di Bathélemy e di Triepel . In questa prospettiva il Governo costituirebbe una derivazione di secondo grado del Popolo, quando sia connesso alla fiducia parlamentare; di

[2619] V. J. Evola,*L'arco e la clava*, con un saggio intr. di G. Galli,Roma, ed. Mediterranee,pp.263-264.

[2620] Sulla discussione in materia si rinvia all'ampia indagine di M. Gregorio, ***Parte totale : le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*,Milano,Giuffrè,2013,passim.**

[2621] V. V.Zangara,*Il Parlamento e la costituzionalizzazione del Gran consiglio* ,in *Critica fascista*,1928,n.6.

[2622] V. A. Lessona,*Partito e Stato in regime fascista*,in Gerarchia,1930; per la posizione della dottrina italiana v. O.Fantini(a curadi),***Il Partito fascista nella dottrina e nella realtà pratica*,Roma,** Editr. Italiana Attualità, 1931.

ISSN 2279-7238

primo grado quando sia-e qui si evoca Donati- come negli Usa eletto direttamente[2623]. In questa prospettiva la razionalizzazione del regime parlamentare starebbe nella presenza e nella costituzionalizzazione dei partiti(Mirkine [2624]), mentre nel nuovo ordinamento autoritario a tendenza totalitaria il partito e la società organizzata costruirebbero un regime organico. Si sentono in queste righe le suggestioni sul *Popolo amorfo* che diviene organizzato che verranno espresse anche da Mortati nel 1946, ma che in questo caso sono riferite al sistema corporativo e non alla struttura di uno Stato dei partiti strutturato dal meccanismo elettorale speculare.

Al centro dell'elaborazione di Zangara c'è la proposizione che "il regime parlamentare [sia solo] una 'varietà' del governo rappresentativo" (e che lo Stato rappresentativo possa "aversi ,però, anche senza regime parlamentare,così come si nota in Italia e in Germania con lo Stato a Partito unico" [2625]. Con il riferimento al T.U. di P.S. del 1926 e allo sciogliento delle associazioni svolgenti attività contraria *all'ordine nazionale dello Stato*[2626],Zangara ritorna alla fase del *grande partito* della discussione tra Bolingbroke e Burke, in una fase che precede la legalizzazione del pluralismo politico. La discussione di quale fosse la natura del P.N.F. (persona giuridica pubblica,ente corporativo,ente autarchico,non organo dello Stato,ma organo costituzionale, ente ausiliario dello Stato….) è meno interessante della analisi delle differenze tra situazione tra Italia e Germania e dell'osservazioni di Ernst Fraenkel- sul *Dual State* nazista[2627]

Il volume sulla rappresentanza istituzionale[2628],che si collega anche all' opera di Esposito uscita nel 1938 sullo stesso argomento[2629], sviluppa la tesi della rappresentanza materiale che supera quella formale basata sull'elezione. Il testo- utilizzato per la conferma dell'ordinariato[2630]- si muove con un significativo dell'approccio dommatico, che vede nel partito uno strumento di connessione organica tra Stato e società, rifiutando – dunque- in modo significativo il doppio Stato nazionalsocialista .

5-Tra due regimi e la copertura del metodo giuridico

[2623] V. D.Donati, *Il governo del Re nella classificazione delle forme di governo in Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*,1933, pt. 1, p. 514 ss. e Idem, *Sulla posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenzial, in Archivio di diritto pubblico,* 1937, vol. 2, n. 1, p. 5 ss.

[2624] V. B. Mirkine **Guetzévitch** ,*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*,Paris,Giard,1931.

[2625] V. V. Zangara,*Il partito unico*…,cit.p.16.

[2626] Idem, p.17.

[2627] V. E. Fraenkel,*The Dual State.A Contribution to the Theory of Dictatorship*,,*New York,Oxford* U.P.,1941.

[2628] V. V.Zangara,*La rappresentanza istituzionale*,Bologna,Zanichelli,1939

[2629] V. C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino,Stabilimento Tipografico Filelfo, 1938

[2630] V. *Relazione della Commissione giuridicatrice per la promozione del professore Vincenzo Zangara a ordinario di Diritto costiuzionale della R. Università di Roma,*in Boll.Uffi.,parte II del 5 ottobre 1939,Anno XVII,n.40(la Commissione era composta da U.Borsi,presidente,G.Menotti de francesco e G. Maranini,segr.) in cui si rileva che i temi delle opere del 1938 e del 1939 "sono stati trattati in modo originale ed esauriente, con utilissimo contributo all'adeguamento della dottrina costituzionalistica alle nuove forme di regime politico. Particolarmente commendevole è la lucidità e precisione con cui lo Zangara scolpisce concetti essenziali ,rivelando,pur nella forma schematica ,larga e solida preparazione,rigore di metodo e solida preparazione dei temi studiati."

ISSN 2279-7238

Non mi soffermo in questa sede sulle vicende della doppia epurazione e sulla sua soluzione. Com'è noto, la riflessione scientifica di Zangara e la sua carriera politica vennero bloccate dalla revoca della vicesegreteria da parte del nuovo segretario del PNF Ettore Muti e poi dalla radiazione dal partito a fine gennaio 1940,con il trasferimento d'autorità alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena[2631].Si tratta di un periodo oscuro e doloroso, ma significativo anche per recuperare il senso del rapporto continuità – rottura tra regime fascista, ordinamento costituzionale provvisorio e quello repubblicano.

Zangara si trasferì a Reggio Calabria presso la famiglia della Moglie ,il cui padre(Antonio Trapani Lombardo)-già deputato nella XXVIII e XIX legislatura- verrà nominato senatore del Regno agli inizi del 1943. Formalmente applicato all'Istituto di studi dell'Europa orientale, diretto da Amedeo Giannini, non prenderà mai effettivo servizio a Modena. Arrestato nel novembre 1944 a Reggio Calabria su mandato dell'Alto commissario per le sanzioni contro il fascismo, venne tradotto a Roma e detenuto per molti mesi[2632]. Il procedimento durò molto tempo, anche dopo l'assoluzione in campo penale. In particolare il contenzioso relativo all'assegnazione della sede (Roma,Modena o Catania) fu complicato e nell'archivio ve ne sono tracce interessanti, che riallacciano le tensioni catanesi dei primi anni Trenta(caso Caristia) a quelle romane relative alla riapertura della Facoltà di Scienze politiche(Ciasca). Alle interrogazioni coordinate dei senatori Caristia e Ciasca [2633] corrispose l'interessante parere di Oreste Ranelletti sui rapporti tra diritto costituzionale e Diritto pubblico comparato[2634], mentre da poco si era espletato il primo concorso per il costituzionale del dopoguerra(1949), con la vittoria di Giuseppe Guarino,Pietro Virga e Vincenzo Gueli, che prenderà servizio proprio a Catania nel 1952.

Per quanto riguarda l'attività scientifica, Vincenzo Zangara rincomincerà a produrre sui suoi temi preferiti proprio dagli inizi degli anni Cinquanta sia con il contributo agli studi in memoria di Luigi Rossi, sia con la riedizione rielaborata del volume sulla rappresentanza istituzionale, sia- infine- con lunghi contributi sulla separazione dei poteri e sulla funzione legislativa. [2635]

E' evidente che nel periodo post-bellico Zangara accentui la prospettiva di teoria generale e l'applicazione difensiva del metodo giuridico, cosicché dai suoi contributi viene meno la

---

[2631] V. *Corriere della sera 25 gennaio 1940*. La misura, presa per gravi motivi disciplinari, colpì anche il fratello Ignazio e il segretario federale di Catania Pietrangelo Mammano.

[2632] V. notizia del *Corriere della sera*,13 novembre 1944,p.2.

[2633] V. Senato della Repubblica,Seduta di sabato 18 novembre 1950,pp.20917 ss.

[2634] V.Archivio Zangara- lettera del 21 novembre 1950, in pubblicazione su *Nomos-Le attualità nel diritto*..

[2635] V. V. Zangara,*Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo,*in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano,Giuffrè,1952,pp.593 ss.;Idem, La rappresentanza istituzionale , 2. ed. interamente rifatta e ampliata,Padova , CEDAM, 1952;Ibidem, *Studio sulla separazione dei poteri, Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, Padova , CEDAM, 1952,vol.2,;Ibidem,*Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*,in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando* ,Padova, Cedam, 1955,pp.523 ss.

ISSN 2279-7238

dinamicità e l'attualità. La rappresentanza politica ed in particolare il tema del partito politico vengono da una lato ingessati con il recupero di schemi dommatici da Stato liberale per la rappresentanza, dall'altro i partiti scompaiono per riapparire solo verso il termine della sua vita nell'ambito della polemica antipartitocratica di sapore minghettiano. Nella rielaborazione della rappresentanza istituzionale Zangara, che correttamente in precedenza aveva accompagnato la recessione del principio elettivo nello Stato autoritario a tendenza totalitaria, svuotaanche in periodo repubblicano il principio democratico, evidenziando che –come sostiene Guarino nella recensione sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*- "in nulla la rappresentanza degli organi elettivi si distingue da quella degli organi non elettivi"[2636]. Si tratta di una posizione che si richiama all'unicità sostanziale del rapporto Stato apparato – Stato comunità all'interno dello Stato ordinamento e rivela il tentativo di ritrovare una compattezza non recuperabile negli ambiti pluralistici.

6-Lo Stato dei partiti e la sua regolazione pubblicistica

A questo punto si potrebbe dire che, nel secondo dopoguerra, per Zangara il problema del partito politico sia stato derubricato nell'ambito della polemica antipartitocratica, particolarmente accesa negli anni Cinquanta per merito di Giuseppe Maranini. Ciò diverge da quanto accadde in Germania ,proprio sulla base del *Grundgesetz* del 1949,anche attraverso l'opera di Gerhard Leibholz, volta alla formazione di un *Parteienstaat* regolato. [2637]

In sintesi Leibholz , allievo di Triepel e influenzato da Schmitt, fu durante gli anni Venti sostanzialmente contro lo Stato dei partiti. Sia nel *Das Wesen der Reprasentation* [2638] che poi ne' *Die Auflosung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritare Staatsbild*[2639] egli espresse,infatti, una posizione che non accettava la *Parteienzersplitterung*, capace di immettere all'interno delle istituzioni non la *Repraesentation*, ma la *Vertretung* della società civile e politica. Il suo concetto di democrazia di tipo identitario propendeva per una scelta immediata. Dopo l'esilio inglese Leibholz divenne, invece, il cultore del *Parteienstaat* e

[2636] V. G. Guarino, rec. a V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*,1952,n.4,pp.925-930.

[2637] Ai fini di questo Convegno può essere interessante sottolineare i rapporti che , mentre Zangara oscurava la rappresentanza partitica, si svilupparono tra Leibholz e lo stesso Zangara nel corso di più di cinquanta anni, evidenziando anche i differenti percorsi tedesco ed italiano in argomento. Zangara conobbe Leibholz nel 1926,quando il giovane giuspubblicista tedesco suo quasi coetaneo(1901-1982) aveva fatto tappa in Sicilia durante il suo viaggio di nozze con Sabine Bonhoeffer. L'interesse per il diritto costituzionale italiano in trasformazione rafforzò un rapporto che non si interromperà nel tempo e che sarà incrementato negli anni '60 dal soggiorno di Augusto Barbera a Göttingen.

[2638] V. G. Leibholz, ***Das Wesen der Reprasentation unter besonderer Berucksichtigung des Reprasentativsystems : ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin,de Gruyter,1929.**

[2639] V. G. Leibholz, ***Die Auflosung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritare Staatsbild*,Berlin,Duncker Humblot,1933.**

ISSN 2279-7238

della stessa *wehrhafte Demokratie*[2640], mentre Zangara prima favorevole allo Stato – partito, regredì su posizioni pre-Stato di massa nell'ambito di una costruzione della rappresentanza non più politica, ma istituzionale. Rimase, invece, nell'ambito di una impostazione che vedeva la funzione delle forze politiche nello Stato di massa, articolandola nell'ambito oramai pluralistico, Costantino Mortati , che nel 1946 nell'introduzione a *La legge elettorale cecoslovacca*[2641] richiese il superamento della rappresentanza molecolare in favore di quella organica fondata sui partiti politici che caratterizzano la costituzione materiale. Un simile progetto è rilevabile sia durante la Assemblea costituente, sia nel corso dei primi anni di vigenza della Costituzione. Si tratta di una impostazione che venne interrotta dalla realtà delle dinamica del sistema partitico italiano con l'abiura progressiva delle sue precedenti posizioni [2642]. Il timore che la regolazione del partito potesse condurre ad interventi indebiti interruppe la posizione mortatiana. Mentre imperavano l'indirizzo antipartitocratico maraniniano o le semplificazioni basate sull'intervento dell'Esecutivo, Mortati si convinse che era opportuno rinunciare alla prospettiva di uno Stato dei partiti regolato.

Le due prospettive (Mortati e Maranini) invero non erano in origine completamente antitetiche, ma tuttavia si condensarono alla metà degli anni '60 da un lato nel Movimento di opinione pubblica (azione dal basso), dall'altro in Alleanza costituzionale(azione dall'alto). Leopoldo Elia , coerentemente con la seconda fase dell'impostazione del suo Maestro Mortati, tenderà invece per l'autoregolazione[2643].

La impostazione di una regolazione partiva tuttavia proprio dall'intuizione della dottrina tedesca ed inglese del primo ventennio del secolo XX che fossero le votazioni il centro della procedura democratica.[2644] In modo intelligente proprio nella prolusione romana Zangara aveva messo in evidenza che "nei regimi parlamentari con pluralità di partiti, il Popolo partecipa alla vita dello Stato attraverso una votazione diretta dai partiti", che "l'organizzano in seno al Corpo elettorale di cui i partiti sono le formazioni riconosciute giuridicamente"[2645].

In questo quadro di stampo schumpeteriano, la votazione "costituisce un mezzo che lo Stato parlamentare riconosce come valevole per la formazione della rappresentanza che attui la partecipazione del Popolo a funzioni sovrane dello Stato".

[2640] Per l'evoluzione del pensiero di L. v. ora A.-B.Kaiser(Hrsg),*Der Parteienstaat.Zym Staatsverständnis von Gerhard Leibholz*,Baden – Baden, Nomos verlaf,2013 e in particolare A.-B. Kaiser,*Mit Leibholz zum Liquid Feedback.Zum Aktualität eines unterschätzten Staatsrechtslehrer*,pp.11 ss.

[2641] V. C. Mortati(a cura di), *La legge elettorale cecoslovacca*Firenze,Sansoni,1946.

[2642] V. su questo F.Lanchester, *Nota introduttiva, a* C. Mortati, Concetto e funzione dei partiti politici(1949), in Nomos-le attualità nel diirtto,2015,n.2.

[2643] Sull'evoluzione di L.Elia in tema di partito politico e di classificazione delle forme di governo v. F. Lanchester, *Il legato di Leopoldo Elia*, in federalismi.it, settembre 2008

[2644] Sul concetto di votazione e sulla sua costitutivita` per gli ordinamenti democratici v., oltre alle anticipatrici osservazioni di G. Simmel, *Soziologie.Untersuchungen über di Forme der Vergesellschaftung,* München-Leipzig, Duncker&Humblot, 1908, p. 142V., J. BRYCE, *Modern Democracies*, New York, MacMillan, 1921, p. 111.

[2645] V. V. Zangara,*Il partito unico*…,cit.,p.40.

ISSN 2279-7238

Zangara – seguendo l'evoluzione normativa di 80 anni fa - dovette sdoppiare la rappresentanza nello Stato autoritario a tendenza totalitaria, identificandone una formale ed una materiale. Tuttavia è evidente che la prospettiva per lo Stato di massa democratico pluralistico è quella di formazioni riconosciute giuridicamente e di votazioni organizzate pubblicisticamente, con granzie anche per le procedure infrapartitiche. Il tema è quindi quello della opportuna regolazione pubblicistica delle votazioni elettive e deliberative(per cui il riferimento di Zangara alla peculiarità statunitense preparava in sostanza alla sentenza della Corte suprema del 1944, che farà penetrare il diritto in ambito infrapartitico).

In ambito autoritario a tendenza totalitaria simili prospettive non erano né attuali né discutibili. All'inizio della grande crisi che portò all'avvitamento del primo periodo della Costituzione repubblicana Zangara-ritornato nella Facoltà romana di Scienze politiche nel 1971 - seguì piuttosto le impostazioni *riformatrici* che da Miglio a Galeotti fino ad arrivare a Sandulli richiedevano un salto di qualità istituzionale. Nel lungo saggio su *Considerazioni sulla democrazia costituzionale in Italia* Zangara riprese non soltanto la polemica antipartitocratica, ma anche il tema di riarticolare la rappresentanza attraverso un rinnovamento della composizione del Senato [2646] . L'anno successivo lo stesso Mortati- che nel 1969-1972 aveva espresso forte preoccupazione per la tenuta del sistema- prospettò l'apertura ad una modernizzazione delle istituzioni sulla base di una omogeneizzazione della società civile e dei partiti,che non venne a consolidarsi.[2647] Circa trentacinque anni dopo la certificazione della persistente difficoltà sistemica venne riconosciuta proprio da Leopoldo Elia con la apparente rinunzia all'utilizzazione del criterio partitico e la riadozione del principio classico equilibrio nella classificazione delle forme di governo[2648].

Concludo . E' a mio avviso significativo che la vicenda italiana abbia offerto lo spettacolo desolante di uno Stato dei partiti pesante che non ha potuto né autoregolarsi né essere regolato per la natura antisistema di alcuni dei suoi componenti e per gli interessi incrociati dei *partners* . La legge 175 del 1974 si riparò dietro gli *interna corporis* parlamentari , aggiungendo risorse legali a quelle illegali. Il crollo del regime della cosiddetta prima fase della Costituzione repubblicana non ha cambiato, ma semmai ha peggiorato peggiora questo spartito. Il finanziamento pubblico è stato apparentemente abolito a seguito dell'intervento referendario, ma il rimborso integrato lo ha sostituito. L'ulteriore crisi del 2011-13 ha invece definito la fine del bipolarismo imperfetto e la legge Letta con la sua *passerella* e i provvedimenti successivi descrivono la dissoluzione delle speranze di una razionale regolazione i favore di interventi tendenzialmente di tipo penalistico.

Questo Convegno vuole ribadire, dunque, che-- se le democrazie rappresentative sono oggi in difficoltà (e questo è ovviamente un eufemismo) a causa dello spostamento degli

[2646] V. V. Zangara, *Considerazioni sulla democrazia costituzionale in Italia,*Roma,1974,pp.34 ss.
[2647] V. C. Mortati,*art.1,* in *Commentario della Costituzione Branca,Bologna,Zanichelli,1975.*
[2648] V. gli interventi di L. Elia nell'ambito dell'iniziativa delle Fondazioni di ricerca (Italianieuropei-Astrid-ecc.), organizzata nei mesi di giugno – luglio 2008,che pare innovare l'approccio rispetto alla classica voce, , *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*,vol.XIX(1970),pp634 ss . Si inserisce in questo conteso anche la voce di M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III (2010) , pp. 552 ss..

ISSN 2279-7238

assi geopolitici e delle conseguenti crisi degli omblelli nazionali dello Stato sociale --è anche vero che per non ricadere nell'incubo degli anni Trenta con il successo di modelli alternativi(aziendalistici,burocratico-partitici o semplicemente plebiscitari) bisogna rilanciare l'idea di una democrazia strutturata anche attraverso la regolazione delle funzioni pubblicistiche del partito e del sistema dei partiti, tenendo conto della natura delle società civili e politiche e delle necessità di integrazione sovranazionali.[2649]

Di fronte alla ipotesi sempre più reale di una democrazia diretta basata su sistemi informatici incontrollati o su plebisciti reali, è quindi opportuno mettere in evidenza il pericolo di una democrazia senza partiti in un mercato politico senza regole.

In questa prospettiva mi permetto di rilanciare il messaggio che esce anche dall'analisi di Vincenzo Zangara, ma anche da buona parte dei docenti che si sono avvicendati sulla cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato di questa Università, ovvero che il tema della rappresentanza è decisivo per gli ordinamenti democratici pluralistici e che in questo ambito le votazioni elettive, anche se integrate da quelle deliberative, debbano essere considerate come il centro dell'intervento per il mantenimento degli standard di democraticità degli stessi.

[2649] V. F. Lanchester, ***Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano,Giuffè,2014,passim**

ISSN 2279-7238

Parte totale. Vincenzo Zangara e le dottrine del partito politico negli anni Trenta*

di Massimiliano Gregorio**

SOMMARIO: 1. «Parte totale»: una locuzione controversa; 2. La cesura dottrinale di fine anni Trenta che pose fine al Methodenstreit italiano; 3. Oltre il regime

1. Parte totale: una locuzione controversa

Parte totale è un'espressione tanto affascinante quanto controversa e pertanto non sembrano inutili alcune premesse definitorie. Come è noto, essa viene comunemente associata al peculiare ruolo svolto dai partiti unici nei regimi totalitari del Novecento, secondo l'idea per cui una parte, una volta conquistato il potere, si sentiva legittimata a identificarsi con il tutto. A mio parere, tuttavia, quest'ultima è solo una delle possibili declinazioni di *parte totale*. Il concetto ha infatti potenzialità semantiche più ampie, essendo idoneo ad esprimere la complessiva idea di partito prodotta dall'intera riflessione costituzionale del secolo XX. In questa seconda ottica, *parte totale* non alluderebbe dunque più ad una parte che, conquistato il potere, pretendesse di identificarsi con la totalità, ma identificherebbe invece ogni particolare – e particolare perché di parte – interpretazione dell'interesse generale.

Per quanto riguarda la riflessione italiana, il primo a ricostruire in questi termini la natura e le potenzialità costituzionali del partito di massa novecentesco fu Gaspare Ambrosini[2650]. Commentando le innovazioni introdotte dalla legge elettorale proporzionale del 1919 e dalla conseguente riforma dei regolamenti parlamentari dell'anno successivo, il giurista agrigentino ebbe infatti lo straordinario merito di separare concettualmente il destino dei partiti da quello dei sindacati. Non era compito agevole in quegli anni densi e febbrili, nei quali autorevolissimi campioni del liberalismo come Orlando ritenevano la situazione di stallo politico successiva all'introduzione della legge elettorale proporzionale assai più perniciosa del neonato movimento fascista. Dalle colonne del quotidiano argentino «La Nación» di Buenos Aires, con una libertà che forse in patria non si concedeva, Orlando

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore associato in Storia del diritto medievale e moderno presso Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università degli Studi di Firenze.

[2650] Su Ambrosini l'attenzione della letteratura non si è soffermata a sufficienza, con la meritevole eccezione di Fulco Lanchester. Cfr. per esempio F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

ISSN 2279-7238

additava con grande sicurezza il pericolo che incombeva sull'Italia: era «la febbre di sindacalismo»[2651] il guaio di quei tempi; perché «la tendenza sindacale» era evidentemente «incompatibile con quella d'omogeneità che lega tra loro uomini che hanno un comune programma politico sulle sorti del paese»[2652]. E dunque quel florilegio di interessi di parte impediva di perseguire il superiore interesse generale. Ambrosini si dimostrò invece assai più lucido nel mettere a fuoco la diversità strutturale di partiti e sindacati. Questi ultimi nascevano ovviamente col precipuo scopo di difendere interessi settoriali di categoria e se quindi, paradossalmente, si fosse organizzata una Camera su base sindacale, l'esito sarebbe stato ovviamente nefasto, perché si sarebbe alterata «la natura del parlamento, del corpo politico che, secondo la concezione moderna, deve essere costituito da rappresentanti di interessi generali»[2653]. Ma i partiti sono cosa diversa, notava Ambrosini: i sindacati nascono per difendere interessi particolari, mentre i partiti «rappresentano nella loro varietà interessi generali» [2654]. Ogni partito, quindi, non faceva altro che offrire la propria peculiare interpretazione dell'interesse generale. L'interesse perseguito rimaneva così quello della totalità; e ad essere parziale era dunque solo l'interpretazione, perché politica e quindi necessariamente partigiana. *Parte totale*, insomma.

Ma se questa accezione di *parte totale* nasce prima del regime fascista, è pur vero che la usuale identificazione della locuzione con esso non è del tutto priva di giustificazioni. Anzitutto, perché la riflessione sul partito politico in Italia visse la sua stagione più florida proprio negli anni Venti e, soprattutto, negli anni Trenta. E, in secondo luogo, perché a quella fortuna contribuirono, almeno in parte, le stravaganti novazioni costituzionali che il regime produsse in tema di «Stato-partito»[2655]. Solo per fare un esempio, è certamente da considerare una diretta conseguenza delle scelte legislative fasciste circa la collocazione del PNF nell'ordinamento costituzionale, quella discussione dottrinale che si attardò sul tema del riconoscimento o meno della personalità giuridica del Partito Nazionale Fascista[2656].

[2651] V.E. Orlando, *La crisi del regime parlamentare* (1922), in ACS Orlando, busta 93, fasc. 1712, sfasc. 2, p. 2 del dattiloscritto.

[2652] V.E. Orlando, *Primo ministro o Presidente?* (1921), in ACS Orlando, busta 93, fasc. 1712, sfasc. 1, note a margine della p. 8 del dattiloscritto.

[2653] G. Ambrosini, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*, Firenze, La Voce, 1921, p.55.

[2654] Ibidem.

[2655] L'espressione *Stato-partito*, ormai di uso comune nella storiografia politica, va probabilmente maneggiata con maggiore cautela dai giuristi. Non sfugge, infatti, che alla straordinaria forza evocativa dell'espressione non corrisponde una altrettanto efficace capacità definitoria. L'utilizzo della formula mi pare dunque possibile, a patto però di attribuirle un dichiarato significato minimale che, sulla scorta delle considerazioni esposte ad esempio da Marco Palla (cfr. M. Palla, *Lo Stato-partito*, in *Lo Stato fascista* a cura di M. Palla, Firenze, La Nuova Italia, 2001), potremmo ridurre alla sostanziale inseparabilità dei due termini. Nel senso che il significato dell'espressione Stato-partito consisterebbe proprio nella palese impossibilità di comprendere appieno la natura, l'articolazione e la costruzione dello Stato fascista senza considerare le molteplici interazioni tra esso e il PNF e, al tempo stesso, la speculare impossibilità di comprendere cosa fu il PNF se si prescindesse dalle ingerenze che lo Stato esercitava su di esso. Per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto costituzionale di partito politico durante il ventennio fascista, sia consentito rimandare a M. Gregorio, *L'Italia del fascismo 1922-1943*, in *Storia dei partiti italiani dal 1848 ad oggi* a cura di P. Pombeni, Bologna, Il Mulino, 2016, pp.106 e ss.

[2656] In particolare, essa scaturì dalla claudicante sistemazione giuridica prevista dalla L. 14 giugno 1928 n.1310 che attribuì espressamente personalità giuridica alla Direzione del PNF e alle singole Federazioni provinciali, ma non al partito nella sua interezza. Il dibattito che ne derivò fu vivacissimo e assai partecipato. Anche perché il tema del partito politico fu un terreno di scontro tra i più battuti dalla giuspubblicistica di regime per sfidare i colleghi di scuola liberale,

ISSN 2279-7238

Tuttavia, con il presente saggio, ci si prefigge esattamente l'obiettivo di sottoporre a revisione critica l'idea che il dibattito svolto negli anni Venti e Trenta sul ruolo del partito possa essere considerato come una questione meramente interna alla vicenda politica fascista. Questa idea, che prese a circolare nel secondo dopoguerra (e che torna saltuariamente a riemergere), si nutriva, da un lato, della comprensibile e generale diffidenza che l'Italia repubblicana dimostrò per ogni riflessione fiorita nel corso del ventennio e, dall'altro, degli antichi e mai del tutto sradicati pregiudizi circa la presunta ontologica incompatibilità tra partiti e perseguimento dell'interesse generale[2657]. Questi pregiudizi, che affondavano le radici nel nucleo più profondo della cultura giuspolitica liberale[2658], vennero ovviamente recuperati soprattutto da quelle riflessioni che a tale patrimonio più espressamente si rifacevano e, tra queste, un posto di particolare rilievo è certamente occupato dalla critica anti-partitocratica, il cui più autorevole interprete fu Giuseppe Maranini[2659]. Per coloro che sottolineavano con allarme l'eccessiva invasività dei partiti rispetto alle istituzioni statali, attribuire la paternità delle riflessioni sul loro ruolo costituzionale ad un regime totalitario e illiberale, assumeva il significato di una chiusura del cerchio argomentativo. Senonché, come è evidente, la tesi finiva per provare troppo. Soprattutto quando pretendeva di attribuire le disfunzioni del sistema partitico repubblicano ad una originaria, perché ontologica – e quindi, va da sé, ineliminabile –

in quell'accesissimo *Methodenstreit* di cui si dirà a breve. Nell'impossibilità – per ovvie ragioni di spazio – di ripercorrere l'intero dibattito, sia sufficiente ricordare l'ampio ventaglio di prese di posizione sul tema. Vi furono infatti giuristi che si schierarono per un pacifico riconoscimento di una soggettività sia pubblica sia privata del partito (così G. Bortolotto, *Il Partito Nazionale Fascista nell'ordinamento costituzionale* in *Il Partito fascista nella dottrina e nella realtà politica* a cura di O. Fantini, Roma, EIA, 1931; P. Chimienti, *Il Partito Nazionale Fascista nell'organizzazione nazionale fascista*, in *Il Partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, cit.; e anche Vincenzo Zangara, *Il Partito e lo Stato*, Catania, SEM, 1935). Altri invece optarono per soluzioni mediane, quali quella del riconoscimento della soggettività di diritto pubblico, ma non di diritto privato (così A.C. Jemolo, *La natura giuridica del PNF*, in «Rivista di diritto pubblico», 1929) o quella speculare del riconoscimento di una personalità di diritto privato ma non di diritto pubblico (Così B. Liuzzi, *Il Partito Nazionale Fascista nel diritto pubblico italiano*, Roma, Casa Editrice del Foro Italico, 1930). Contrari infine a qualsiasi riconoscimento di soggettività giuridica si dimostrarono Romano (cfr. S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1933), Ranelletti (O. Ranelletti, *Il PNF nello Stato italiano*, 1936) e Crosa (E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1937). Una posizione estremamente peculiare tenne infine Carlo Costamagna, forse il più celebre tra i giuristi *engagé*, che ritroviamo curiosamente sulle medesime posizioni di Crosa, Romano e Ranelletti, ma con una motivazione estremamente differente. Se questi ultimi sostenevano l'assenza di personalità giuridica a causa dell'inesistenza dei requisiti necessari al riconoscimento di soggettività, Costamagna giungeva alla medesima conclusione a causa dell'inconsistenza della categoria stessa della personalità giuridica, ormai vetusta e inadeguata alla comprensione di un istituto nuovissimo quale quello del partito.

[2657] In un certo senso, l'intera vicenda del partito politico nella storia costituzionale europea – o almeno di quella continentale – può leggersi come una progressiva emancipazione da questo antico pregiudizio. Con l'avvertenza, tuttavia, di non pretendere di rinvenire in tale percorso uno sviluppo evolutivo pacificamente lineare, del tipo di quello evocato da Triepel nella sua celeberrima periodizzazione in 4 fasi del rapporto tra Stato e partiti: 1) *Bekämpfung*; 2) *Ignorierung*; 3) *Legalisierung*; 4) *Inkorporierung* (cfr. H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Liebmann, Berlin, 1928, p.12).

[2658] Ossia nell'assunto individualistico (introdotto dalla rivoluzione francese che lo cristallizzò nelle due leggi Le Chapelier, per poi lasciarlo in eredità al secolo XIX) che eliminava ogni corpo intermedio in grado di interferire nel rapporto tra lo Stato e l'individuo.

[2659] A partire dalla celeberrima lezione inaugurale con la quale tenne a battesimo il suo nuovo incarico alla Cesare Alfieri di Firenze (G. Maranini, *Governo parlamentare e partitocrazia. Lezione inaugurale dell'anno accademico 1949/50*, Firenze, Editrice Universitaria, 1950); ma si veda anche la G. Maranini, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, Vallecchi, 1967.

ISSN 2279-7238

matrice autoritaria della stessa idea novecentesca di partito[2660] o, quantomeno, dell'idea di una sua rilevanza costituzionale.

Nelle pagine che seguono si cercherà quindi di proporre una differente interpretazione, volta a contestualizzare il dibattito sul partito sviluppatosi negli anni Trenta – alla luce anche del prezioso contributo ad esso apportato dagli scritti di Vincenzo Zangara – all'interno di una linea di riflessione più ampia che, pur tra ovvie continuità e discontinuità, ci pare abbia avuto inizio prima del regime fascista, per attraversare poi il ventennio e proiettare i suoi sviluppi, infine, in piena età repubblicana.

Che la riflessione sul ruolo costituzionale del partito politico fosse iniziata prima dell'inizio del ventennio fascista (e ben prima della svolta autoritaria che Mussolini impresse al regime tra il 1925 e il 1926) risulta evidente già da una semplice contestualizzazione della situazione italiana nel più generale contesto europeo. Se nel nostro paese le richieste di democratizzazione che fiorirono alla fine del primo conflitto mondiale condussero, nel 1919, alla riforma in senso proporzionale della legge elettorale e alla conseguente riforma dei regolamenti parlamentari del 1920, altrove le medesime istanze assunsero tratti ben più radicali. Nel luglio 1919 l'assemblea costituente tedesca, riunita a Weimar, licenziò il testo della prima costituzione democratica del Novecento europeo e inaugurò, al tempo stesso, una breve ma intensa stagione costituente che investì soprattutto l'Europa centro-settentrionale[2661]. Mentre in Italia, dunque, le novità più significative in tema di rilevanza costituzionale dei partiti giunsero da norme pubblicistiche (i regolamenti d'assemblea) che ne disciplinarono le articolazioni parlamentari, altrove i partiti furono gli attori che si assunsero l'onere di scrivere le nuove costituzioni. E naturalmente questo nuovo protagonismo non restò inosservato neppure sotto il profilo della sistemazione teorica. Se in Italia l'unica voce in grado di cogliere e interpretare tali novità fu quella – già ricordata – di Ambrosini, fuori dai confini nazionali il giurista agrigentino poteva considerarsi in ottima compagnia. Nel 1918 Max Weber dava infatti alle stampe uno dei suoi saggi più celebri, *Parliament und Regierung*[2662], nel quale l'immagine del Parlamento che emergeva era quella di un'assemblea stabilmente abitata dai partiti di massa. E solo due anni dopo, a cristallizzare l'ormai acclarata trasformazione dei partiti in attori di rilevanza costituzionale, giunse il non meno celebre saggio kelseniano *Vom Wesen und Wert der Demokratie*[2663], nel quale l'autore sviluppava – e per certi versi correggeva[2664] – tutta una serie di questioni già poste nella sua

[2660] Come sosteneva ad esempio Simone Weil, nel suo celebre manifesto, pubblicato postumo nel 1950: cfr. S. Weil, *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*, Roma, Castelvecchi, 2012.

[2661] Accanto a Weimar, va ricordata la costituzione austriaca dell'anno successivo (ovviamente anche per il rilevante ruolo giocato da Hans Kelsen nella sua progettazione) e poi quella finlandese del 1919, quella estone e quella cecoslovacca entrambe del 1920, quella lettone del 1922.

[2662] M. Weber, *Parliament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, München-Leipzig, Duncker und Humblot, 1918.

[2663] H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», Bd.47, Heft 1, 1920.

[2664] Sul punto si veda S. Lagi, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia*, Genova, Name, 2007.

ISSN 2279-7238

opera prima, gli *Hauptprobleme*[2665]. Sia Kelsen sia Weber, peraltro, non si limitavano a presupporre un Parlamento abitato prevalentemente dai nuovi partiti di massa, ma affidavano a queste nuove assemblee – e dunque ai loro protagonisti – l'assolvimento di compiti di primissimo piano. Se entrambi gli autori, ad esempio, individuavano notoriamente nella tendenza alla burocratizzazione una componente necessaria e sempre più rilevante della modernità, altrettanto concordemente riconoscevano anche la necessità di controbilanciare tale tendenza con un principio di natura essenzialmente nuova, ossia con quel principio di direzione politica la cui origine non poteva che essere rintracciata proprio in seno all'assemblea parlamentare. Ma non solo. L'istituzionalizzazione dei partiti politici, per nessuno dei nostri autori appariva come una pericolosa fuga in avanti. Al contrario: riconoscere loro centralità costituzionale significava proprio mettersi al riparo da possibili derive radicali del principio della sovranità popolare. Sia da quelle provenienti da eventuali investiture plebiscitarie di un capo politico, come sottolineava lungimirante Max Weber; sia da quelle incarnate, in quegli anni, dallo spettro della rivoluzione d'ottobre, che molto preoccupava Hans Kelsen.

Dunque la questione relativa alla rilevanza costituzionale dei partiti politici poteva ben dirsi già impostata, in tutta Europa, ben prima della presa del potere di Mussolini; e il relativo dibattito proseguì naturalmente anche dopo il 1922, arricchito da una molteplicità di contributi. Molti di essi sono notissimi e sono stati scandagliati da un'abbondante letteratura: si pensi, solo per fare qualche esempio, alle riflessioni della dottrina weimariana, o all'elaborazione gramsciana sul partito. Assai meno nota, ma di straordinaria rilevanza ai fini del nostro discorso, risulta invece la svolta epocale che caratterizzò la riflessione giuspubblicistica italiana sul finire degli anni Trenta. Ad essa conviene dunque dedicare un apposito spazio.

2. La cesura dottrinale di fine anni Trenta, che pose fine al Methodenstreit italiano

Che cosa fu la cesura dottrinale di fine anni Trenta[2666]? Fu un vero e proprio cambio di paradigma, un radicale mutamento nel modo di ricostruire alcuni fondamentali della scienza costituzionalistica che, come tutte le profonde discontinuità, se da un lato chiudeva definitivamente un percorso, dall'altro inaugurava al tempo stesso nuovissimi – e per certi versi sorprendenti – scenari costituzionali.

Considerata sotto il primo dei due aspetti, la cesura dottrinale di fine anni Trenta mise la parola fine a quel lungo e vivacissimo dibattito dottrinale che, lungi dal potersi considerare insignificante (o addirittura inesistente)[2667], assunse invece i toni aspri di un vero e proprio

[2665] H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1911.

[2666] Per maggiori approfondimenti, sia consentito rimandare a M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 217 e ss.

[2667] Il riferimento è ovviamente a quella tesi, sostenuta da tanta parte di dottrina nel secondo dopoguerra (notissima, ad esempio, la presa di posizione di Pugliatti in S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV, 1950, pp. 49 e ss.), secondo la quale i giuristi italiani, durante il ventennio, si sarebbero

ISSN 2279-7238

Methodentstreit tra due contrapposti schieramenti. Da un lato stavano infatti gli esponenti della scuola giuridica nazionale, fondata da Vittorio Emanuele Orlando. Se il Maestro palermitano, come è noto, si ritirò a vita privata nel 1925, molti tra i suoi allievi ed epigoni si assunsero l'onere di difendere lo strumentario concettuale che egli, sulla scia della *Rechtsstaatslehre* tedesca ed europea, coniò per garantire al diritto pubblico italiano quel carattere di scientificità che negli anni Ottanta del secolo XIX – a suo parere – ancora gli difettava gravemente. Sull'altro lato della barricata si trovavano schierati invece i cosiddetti giuristi di regime, quei giuspubblicisti cioè che, avendo sposato con decisione ed entusiasmo la causa del fascismo, negavano recisamente che la modernità della forma politica instaurata da Mussolini potesse essere interpretata dalle vetuste categorie messe a punto nel secolo precedente. Sulla scorta di questa accusa (che peraltro non era, al netto dei toni durissimi, del tutto campata in aria), i giuspubblicisti *engagé* si auto-incaricarono tuttavia di un onere improbo: quello cioè di rifondare l'intera dogmatica giuspubblicistica – e costituzionalistica in particolare – su base fascista. Nel divampare della contesa, il tema del partito politico risultò essere, come accennato sopra, uno dei terreni di scontro più frequenti; per una ragione, a ben vedere, assai facile da comprendere. Il partito, infatti, non aveva trovato alcuna cittadinanza nella *Rechtsstaatslehre* del secolo XIX, che si era limitata a prenderlo in considerazione come mero elemento ordinante i lavori della camera rappresentativa[2668]. Ai giuristi di regime il partito sembrò dunque la testa d'ariete ideale per dimostrare l'incapacità della dogmatica liberale di interpretare la contemporaneità costituzionale del regime.

Che esito ebbe la disputa? Quale delle due parti prevalse? A ben vedere, nessuna. Certo non prevalsero i giuristi di regime, i quali, nei loro velleitari tentativi di dare fondamenta nuove alla dogmatica costituzionalistica, non riuscirono minimamente a scalfire la raffinata costruzione teorica messa in piedi da Orlando qualche decennio prima. Troppo spesso finirono infatti per rifugiarsi nel metagiuridico, invocando il potere palingenetico della rivoluzione fascista e delle sue catartiche parole d'ordine. Ma a ben vedere neppure gli esponenti della scuola giuridica nazionale possono essere considerati compiutamente vincitori. Perché in fin dei conti, dietro alla strenua difesa delle categorie concettuali della tradizione, essi celavano spesso un obiettivo ulteriore, magari non dichiarato, ma sufficientemente lampante (e ben compreso infatti dai giuristi più vicini al regime): quello cioè di difendere la forma politica che quelle categorie erano nate per interpretare, ossia lo Stato di diritto. In altre parole, ribadire l'attualità e la perdurante validità delle categorie dogmatiche liberali significava, per molti giuristi legati alla tradizione orlandiana, ribadire

arroccati nel proprio specialismo tecnico, quando non addirittura nel formalismo, allo scopo di erigere una barriera che li mettesse al riparo dall'invadenza politica del regime. Tale tesi, che rispondeva ad evidenti necessità autoassolutorie, non pare però avere alcun solido fondamento. Il dibattito giuridico, nel corso del ventennio fascista, fu in generale piuttosto ricco, quando non addirittura – come nel campo del diritto costituzionale – vivacissimo. Per quanto concerne il versante civilistico, si veda la bella riflessione di P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVIII (1999), pp. 175 e ss.

[2668] Per una più approfondita interpretazione dell'idea di «partito parlamentare» prodotta dal liberalismo politico italiano, sia consentito rimandare a M. Gregorio, *Parte totale*, cit., in particolare pp. 15 e ss.

ISSN 2279-7238

anche la perdurante validità dello Stato di diritto ottocentesco; che cessava così di essere considerato come una forma politica storicamente determinata, per divenire invece un'entità astorica, un modello di perfezione tecnico-giuridica sul quale misurare la validità delle forme politiche contingenti.

Tuttavia, a ben vedere, un qualche esito quella lunga e vivace disputa dottrinale lo produsse. Dalla contrapposizione frontale tra giuristi di tradizione liberale e giuristi *engagé* emerse infatti una terza via, aperta da una nuova generazione di giuspubblicisti. Mai come in questo caso, peraltro, la parola 'generazione' acquista un significato specifico, giacché era soprattutto il dato anagrafico ad accomunare i vari protagonisti della cesura dottrinale di fine anni Trenta. Con l'unica eccezione di Mortati, classe 1891, tutti gli altri erano infatti nati assieme al secolo nuovo: Esposito e Zangara nel 1902, Chiarelli nel 1904, Crisafulli nel 1910, Lavagna Gueli e Pierandrei nel 1914, M.S. Giannini nel 1915, solo per citare alcuni dei nomi più noti. Ma non era solo una certa prossimità anagrafica ad accomunare questi giovani costituzionalisti. Pur nella diversità dei rispettivi percorsi scientifici, essi promossero infatti un profondo rinnovamento dottrinale che si sostanziò in una presa di distanza sia dalla scuola giuridica nazionale, sia dai giuristi più vicini al regime, realizzata recuperando, e al tempo stesso rigettando, qualche cosa da entrambi questi schieramenti.

Cosa recuperarono della tradizione orlandiana? Recuperarono l'attenzione per il metodo giuridico e, di conseguenza, rifiutarono il frequente rifugiarsi nella retorica politica, o più generalmente nel metagiuridico, tipico della giuspubblicistica di regime. Questa rinnovata attenzione verso la dogmatica, peraltro, rappresentava molto più di una semplice opzione metodologica, desumibile magari dallo stile argomentativo o dalla letteratura che i nostri giuristi usavano citare[2669]. Essa assunse piuttosto i tratti di un elemento costitutivo della loro identità disciplinare, un terreno sul quale riconoscersi come sodali insomma, anche a costo di misurarvisi polemicamente: come fecero a distanza e a più riprese Mortati e Esposito, dialogando sulla qualificazione giuridica del concetto di nazione; o come fece Crisafulli prendendo le distanze da Maranini, nel dibattito che animò nel 1940 alcuni numeri della rivista «Stato e diritto». E, ad ulteriore conferma di ciò, stanno anche i frequenti riferimenti al metodo giuridico che molti dei nostri autori inserirono, a mo' di manifesto, addirittura negli stessi titoli delle loro opere[2670]. Del resto, che l'attenzione alla dogmatica non attenesse unicamente alla pulizia tecnica o al rigore formale del ragionamento, era di tutta evidenza. Essa proiettava, al contrario, conseguenze ben più sostanziali. Recuperare il metodo giuridico significava infatti recuperare al diritto la sua funzione più naturale, che è quella di limite e, di conseguenza, uno dei suoi ruoli più rilevanti: quello cioè di garanzia.

[2669] Proprio Zangara, sotto questo profilo, fornisce gli esempi più significativi. Pur essendo infatti, tra i giovani costituzionalisti, quello che ebbe un percorso personale più compromesso col regime, egli non mancava mai, nelle proprie analisi, di misurarsi con le voci più autorevoli e classiche del liberalismo giuridico europeo e italiano: Costant, Carré de Malberg, Laband, V.E. Orlando e Ranelletti.

[2670] Si vedano ad esempio: V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in «Studi urbinati», 1939; C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie,1942 e Id., *Per un'impostazione dommatica del problema della rappresentanza politica*, in «Stato e diritto», III, 1942.

ISSN 2279-7238

Cosa recuperarono invece questi giovani giuspubblicisti dai giuristi di regime, che erano stati poi i loro maestri? Recuperarono soprattutto i temi della ricerca, gli oggetti cioè delle loro riflessioni. Tra i più frequentati possiamo senz'altro ricordare il partito politico (cfr. ad esempio Zangara[2671] e Mortati[2672]), assieme all'indirizzo politico (nel 1939 Crisafulli che, sullo stesso tema, era stato preceduto da Mortati nel 1931 e poi seguito da Lavagna nel 1942[2673]) e alla rappresentanza (soprattutto Esposito e Zangara[2674]). Tutte questioni che trovarono poi una mirabile sintesi sistemica ne *La Costituzione in senso materiale* del 1940, opera con la quale Mortati traghettò definitivamente la giuspubblicistica italiana dalle teorie dello Stato alle dottrine della costituzione[2675] (mettendo peraltro a frutto alcune intuizioni precedenti, come quelle emerse dalle riflessioni svolte sul concetto di regime da parte di vari autori, quali Chiarelli, il solito Zangara e, a più riprese, anche Gueli[2676]). Ma che cosa avevano in comune tutti questi temi di ricerca? Già a prima vista, essi apparivano come collocati su un'unica direttrice. Rappresentavano cioè altrettante tappe di un unico complessivo filone di indagine: quello che mirava ad indagare il modo col quale la sfera sociale riusciva a trasferire la propria volontà politica nello Stato, innervandolo di contenuto.

Ora, per tornare all'obiettivo generale del presente contributo, se è certamente vero che questa nuova generazione di costituzionalisti ereditò buona parte dei singoli temi di indagine (indirizzo politico e partito su tutti) dalla dottrina più vicina al regime, è altrettanto evidente che il complessivo filone di ricerca sulle modalità di trasmissione della volontà politica popolare alle istituzioni statuali non possa in alcun modo essere considerato un tema fascista. Esso costituiva piuttosto un tema squisitamente novecentesco. Anzi, a voler essere ancora più precisi, esso più che *un* tema, rappresentava *il* tema del Novecento, ossia il problema concettuale più significativo e denso che il secolo XX pose ai giuspubblicisti. Anche perché si trattava di un tema nuovo, visto che la dottrina del secolo precedente aveva potuto permettersi di non porselo. I giuristi ottocenteschi, educati ad un'idea di Stato hegelianamente inteso come soggetto necessario e autolegittimantesi, avevano finito col

---

[2671] Cfr. V. Zangara, *Il Partito e lo Stato*, Catania, SEM, 1935 ma anche Id., *Il Partito Nazionale Fascista*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, UTET, 1939, e ancora Id., *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Bologna, Zanichelli, 1938.

[2672] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, ma anche Id., *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e diritto», 1941, ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano Giuffrè, 1972.

[2673] V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit.; C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000; C. Lavagna, *Contributo alla determinazione*, cit.

[2674] C, Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in «Archivio di diritto pubblico», 1937, ma anche Id., *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino Filelfo, 1939, stesso anno e stesso titolo di una monografia di V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1939. Ma sul tema Esposito tornerà ancora anni dopo: Id. *Lo Stato nazionale fascista*, in «Stato e diritto». Per una ricostruzione esaustiva del dibattito sul tema, si veda: L. Paladin, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. II, Padova, Cedam, 1972.

[2675] Sul punto si veda M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990.

[2676] Cfr. G. Chiarelli, *Il concetto di "Regime" nel diritto pubblico italiano*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 1932, CVII; V. Zangara, *Il partito e lo Stato*, cit.; V. Gueli, *Il "Regime politico" dello Stato fascista*, Roma, R. de Luca, 1939, nonché Id., *Regime politico e ordinamento del governo. 1 Introduzione metodologica. Lineamenti di una teoria giuridica del regime politico*, Milano, Giuffrè, 1942 e infine Id. *Il regime politico*, Roma, La Scienza, 1949,

ISSN 2279-7238

recidere ogni legame formale tra società e istituzioni, tra popolo e Stato. L'auspicabile rispondenza tra agire dei governanti e desideri dei governati (principio sempre ribadito come necessario al buongoverno), risultava affidata, nel corso dell'Ottocento, unicamente al buon senso e alla moralità pubblica dei primi. Non è del resto un mistero per nessuno che il più importante esponente della *Rechtsstaatslehre* italiana, V.E. Orlando, ricostruisse il suffragio non come un diritto dell'elettore, ma come un ufficio pubblico – quello della scelta dei più idonei e competenti – che un elettorato (naturalmente ben selezionato sulla base di una determinata capacità elettorale) veniva chiamato a svolgere nell'interesse statuale. Il problema di come garantire al popolo la possibilità di immettere una determinata volontà politica nel corpo dello Stato non era dunque un tema fascista, ma una questione problematica novecentesca, alla quale ovviamente il fascismo – che di quel secolo era figlio – aveva tentato di dare una propria risposta. La soluzione che il regime di Mussolini aveva fornito è notissima e ruotava attorno al cosiddetto *principio corporativo*, che postulava la confluenza della società nello Stato attraverso due principali canali: il Partito Nazionale Fascista e le Corporazioni[2677]. Ogni manifestazione di particolarismo sociale (di natura politica, culturale o economica che fosse) era dunque destinato prima a confluire e poi a disciogliersi nello Stato (e nel superiore interesse nazionale che esso incarnava). Ne conseguiva la totale scomparsa del polo sociale che, finendo per coincidere con quello statuale, veniva interamente assorbito da quest'ultimo; tanto che non mancò neppure chi, per portare tale assunto alle sue estreme conseguenze, sostenne anche la conseguenze necessaria scomparsa del diritto privato, da ritenersi ormai assorbito dal diritto pubblico[2678].

Ma se questa fu la risposta che il fascismo diede alla principale questione problematica posta dal secolo XX, non è allora difficile rinvenire, alle origini del rinnovamento dottrinale posto in essere dai costituzionalisti più giovani, una sostanziale insoddisfazione nei confronti di tale soluzione.

3. Oltre il regime

La rinnovata attenzione verso il metodo giuridico, infatti, non rappresentò l'unico elemento di rottura con la riflessione giuridica più schiettamente fascista. Ad essa si sommarono almeno altre tre fondamentali discontinuità.

La prima di esse si sostanziò nel tornare a tematizzare Stato e società come due entità ben distinte e separate, elidendo cioè alla radice il principale presupposto concettuale del corporativismo radicale, ossia l'ormai assodata incorporazione della sfera sociale nello Stato e la conseguente identificazione dei due termini. A superare questo assunto contribuirono

[2677] Per approfondimenti sul corporativismo fascista si segnalano, nell'ampia letteratura a disposizione, sul versante storico-giuridico I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007 e, su quello storico-politico, A. Gagliardi, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

[2678] Queste le tesi di Volpicelli che contribuirono ad animare il dibattito nel Secondo convegno di studi corporativi tenutosi a Ferrara nel 1932 (A. Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, Tipografia del Senato, 1932, vol. I).

ISSN 2279-7238

chiaramente tutte le numerose riflessioni sorte sul tema della rappresentanza, alle quali si dedicarono come detto soprattutto Esposito e Zangara, così come anche Gueli[2679]. Come è ovvio, infatti, un rapporto rappresentativo per sorgere abbisogna necessariamente di due soggetti: di un rappresentante e di un rappresentato. E ciò eliminava in partenza il fondamento logico della ricostruzione corporativa e, sia detto per inciso, anche del progetto totalitario: l'idea cioè che Stato e popolo fossero «una perfetta identità, una realtà unica e indissolubile»[2680].

Una volta restituita l'autonomia concettuale alla sfera sociale, occorreva poi ricostruire e sistematizzare in modo rigoroso tutti i molteplici rapporti che essa poteva instaurare con le istituzioni statuali. La seconda novità dirompente che la cesura di fine anni Trenta introdusse attenne dunque al verso di percorrenza della relazione tra società e Stato. Fintanto che si immaginava la prima costantemente organizzata nel secondo, infatti, era logico immaginare che fosse quest'ultimo il centro propulsore della vita politica del regime. Le decisioni, che nascevano in seno allo Stato, raggiungevano poi il popolo grazie soprattutto all'opera del PNF, che Mussolini prima qualificò come organo dello Stato e poi trasformò in una straordinaria macchina preposta alla propaganda e all'indottrinamento[2681]. Il senso di marcia delle relazioni tra Stato e popolo, dunque, era certamente discendente. I giovani costituzionalisti, sul finire degli anni Trenta, lo ricostruirono invece in modo completamente opposto e, conseguentemente, riconobbero al partito politico un ruolo del tutto diverso. Occorreva certamente muovere dal popolo per permeare lo Stato di contenuto politico. Ma come trasformare la pluralità caotica e indistinta di volontà politiche che albergavano nel sociale in indirizzo politico dello Stato? C'era bisogno di un soggetto intermedio, che fungesse da filtro e da volano; che si occupasse cioè di un compito gravoso quanto ineliminabile: quello di sintetizzare la scomposta pluralità di interessi particolari in una organica proposta politica. E quel soggetto non poteva essere che il partito politico: non più strumento passivo ed eterodiretto dallo Stato, ma organo proattivo, espressione della originaria politicità del sociale e primo costruttore della costituzionale materiale dello Stato.

Giungiamo così alla terza fondamentale discontinuità, in parte già emersa tra le righe dei ragionamenti sin qui svolti. C'è un ulteriore elemento, infatti, che accomuna le riflessioni dei protagonisti della cesura dottrinale di fine anni Trenta e che possiamo descrivere come un radicale mutamento di prospettiva. In tutte le opere sin qui citate, i nostri giuristi cessarono cioè di produrre analisi esegetiche dell'ordinamento costituzionale fascista, per

[2679] Per le opere di Esposito e Zangara, si rimanda a quanto scritto nella nota 25. Gueli si occupò invece del tema in V. Gueli, *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la "rappresentatività" degli organi di governo*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XVII, 1942.

[2680] A. Volpicelli, *Legislazione e rappresentanza nello Stato corporativo*, in «Archivio di studi corporativi», 1935, I, p.12.

[2681] Tali obiettivi vennero raggiunti soprattutto attraverso il controllo capillare da parte del PNF di una miriade di associazioni dalle vocazioni più disparate (dai Gruppi Universitari Fascisti alla Lega Navale italiana, passando per il Comitato olimpico italiano o per l'Opera Nazionale Dopolavoro, solo per citarne alcune). Il livello di penetrazione che questo assetto organizzativo consentì al partito fu enorme: si stima che nel 1942 gli iscritti al PNF o alle associazioni da esso direttamente controllate fossero circa 27 milioni, ossia più del 60% della popolazione italiana.

ISSN 2279-7238

abbracciare invece una prospettiva diversa, più generale e sicuramente molto più ambiziosa: la prospettiva cioè della teoria generale e, più esattamente ancora, della teoria generale dello Stato moderno. Quest'ultimo, nel sentire dei giovani costituzionalisti, era infatti il tipo di Stato nato col secolo XX, che aveva definitivamente soppiantato il *Rechtsstaat* ottocentesco (un residuo del passato al quale non si sarebbe più tornati, con buona pace di tanti giuristi di scuola liberale) e che trovava proprio nella giuridicizzazione «del processo di formazione della volontà dello Stato»[2682] un proprio carattere distintivo, ancora bisognoso di definitiva sistemazione. In che rapporto stavano allora lo Stato fascista e lo Stato moderno? Il rapporto era chiaramente di specie a genere. Lo Stato fascista aveva rappresentato una prima peculiare specie del genere Stato moderno. Aveva dato le proprie risposte agli interrogativi e alle questioni problematiche che il nuovo secolo aveva sollevato. Ma evidentemente tali risposte, sul finire degli anni Trenta, dovettero sembrare non più soddisfacenti; e la giuspubblicistica più giovane cominciò dunque a guardare oltre il regime. In alcune occasioni, pur con comprensibile cautela, questa esigenza di ampliare lo sguardo venne persino esplicitata, come nel caso di Mortati. Tornando nel 1941 sul tema della posizione del partito nello Stato, il giurista calabrese riprendeva lo schema argomentativo de *La costituzione in senso materiale* dell'anno precedente. Il ruolo del partito – spiegava – era quello di produrre una sintesi politica degli interessi sociali che mettesse il popolo in condizione di determinare le finalità politiche dell'agire statuale. E per sottolineare una volta di più la bontà della sua ricostruzione, non rinunciò a precisare – anche se prudentemente inserì la precisazione in nota – che se essa era certamente in grado di spiegare il funzionamento dei regimi a partito unico, non era meno efficace se applicata ai regimi politici nei quali vigeva il pluripartitismo; bastava, in quest'ultimo caso, moltiplicare i momenti di sintesi politica necessari a trasformare la disorganica pluralità di interessi sociali in indirizzo politico dello Stato[2683].

Nel giro di pochissimi anni, dunque, la più giovane generazione di costituzionalisti italiani mise in opera un radicale rinnovamento che, pur non essendo espressamente diretto contro il regime, gettava tuttavia le basi teoriche per un suo superamento. E queste nuove dottrine della costituzione, per usare la definizione di Maurizio Fioravanti[2684], che presero a comporsi dalla seconda metà degli anni Trenta grazie ad un mosaico di riflessioni coerenti le une con le altre, trovarono nell'idea di partito inteso come *parte totale* il proprio centro di gravità. Partito e costituzione sembravano dunque i due poli a partire dai quali si sarebbe dovuta costruire l'architettura dello Stato di tipo nuovo, che il secondo Novecento si apprestava a realizzare. E così fu, in effetti. Solo che tra questi due concetti, che avrebbero dovuto innestarsi virtuosamente l'uno nell'altro, si sviluppò una dialettica assai più

[2682] C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., p.507. Per una tesi che anticiperebbe la chiara intuizione mortatiana relativa alla necessità di un nuovo tipo di Stato alla metà degli anni Trenta, cfr. M. Fioravanti, *Costantino Mortati: uno Stato «di tipo nuovo»*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 3/2013.

[2683] C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, cit., p.509; in particolare si veda la nota n.7.

[2684] Cfr. M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 voll.

ISSN 2279-7238

complessa e articolata, non scevra di una buona dose di conflittualità. Ma tutto questo, come è evidente, attiene ad un altro capitolo della nostra storia costituzionale.

ABSTRACT

Parte totale è, a mio parere, un'espressione utilizzabile per esprimere con una certa efficacia un concetto generale: ossia l'idea di partito prodotta dalla riflessione costituzionale del secolo XX, la cui prima formulazione italiana è ascrivibile allo straordinario intuito di Gaspare Ambrosini[2685]. Ciò nonostante, nel linguaggio comune, la locuzione viene spesso associata al ruolo giocato dai partiti (unici) nei regimi totalitari. Il che è per certi versi perfettamente spiegabile, considerando che buona parte della riflessione dottrinale sul tema del partito politico si sviluppò effettivamente nel corso degli anni Venti e (soprattutto) degli anni Trenta. Ciò nonostante, sarebbe un errore interpretare questa riflessione come una questione tutta interna al regime fascista, come alcuni severi critici della partitocrazia repubblicana hanno continuato per anni a fare. L'obiettivo di questo mio intervento dunque è quello di provare a contestualizzare il dibattito sul partito svolto negli anni Trenta (al quale Vincenzo Zangara dette un prezioso contributo) all'interno di un filone di riflessione più ampio, che iniziò certamente prima del regime, per attraversare quindi il ventennio e proiettarsi infine in piena età repubblicana. Non potendo però, per ovvie ragioni di spazio, ripercorrere quel filone di pensiero per intero, mi limiterò a mettere a fuoco quantomeno un fondamentale momento di svolta, indispensabile per saldare la riflessione di fine anni Trenta con quella democratica del secondo dopoguerra: un momento di discontinuità definibile come *la cesura dottrinale di fine anni Trenta*.

Di cosa si trattò? Di un vero e proprio cambio di paradigma, di un profondo mutamento nella ricostruzione di alcuni fondamentali della scienza costituzionalistica, operato da una nuova generazione di giuristi (se si esclude Mortati, classe 1891, tutti gli altri protagonisti – i vari Crisafulli, Esposito, Zangara, Lavagna – erano nati dopo il 1900). Questi inaugurarono una terza via rispetto al conflitto metodologico che fino alla metà degli anni Trenta aveva visto gli epigoni della scuola giuridica nazionale, schierati a difesa della dogmatica orlandiana, fronteggiare i giuristi più vicini al regime (Costamagna, Panunzio, Volpicelli, Curcio, Maraviglia, solo per fare alcuni nomi) che si erano auto-attribuiti l'improbo compio di rifondare quella stessa dogmatica su base fascista.

I costituzionalisti più giovani attinsero da questo italico *Methodenstreit* recuperando e, al tempo stesso, rigettando qualcosa da entrambe le scuole in conflitto. Dalla dottrina di tradizione liberale recuperarono l'attenzione per il metodo giuridico; dai giuristi *engagé* – di cui spesso furono diretti allievi – trassero invece i temi delle loro analisi che, sul finire degli anni Trenta, si concentrarono in particolare proprio sul partito politico: sia come oggetto

[2685] G. Ambrosini, *Partiti politici e gruppi parlamentari dopo la proporzionale*, Firenze, La Voce, 1921.

ISSN 2279-7238

diretto delle indagini[2686], sia come imprescindibile presupposto per la comprensione di tematiche collegate quali l'indirizzo politico[2687], la rappresentanza[2688], o quella mirabile *summa* sistemica rappresentata dalla mortatiana teoria della *costituzione in senso materiale*[2689]. Ma cosa avevano in comune tutti questi temi? Il fatto di collocarsi su un'unica direttrice: quella che dalla società conduceva allo Stato, nell'ottica di consentire, per dirla con le parole utilizzate da Zangara nella prolusione che oggi ricordiamo, «la partecipazione del popolo alle funzioni sovrane dello Stato»[2690].

Ora, è di tutta evidenza che tale questione, ignorata dalla *Rechtsstaatslehre* ottocentesca, lungi dall'essere una tematica squisitamente fascista, rappresentava invece la domanda più significativa posta con forza dal nuovo secolo XX. Semmai il fascismo, che di quel secolo fu figlio legittimo, tentò di fornire alla domanda una sua peculiare risposta, i cui tratti caratteristici sono ben noti: attraverso il principio corporativo, il regime ritenne di poter sussumere nello Stato ogni singola manifestazione sociale, disciogliendo così la società medesima nello Stato stesso, che rimaneva dunque l'unico e indiscusso protagonista sulla scena pubblica.

La cesura di fine anni Trenta mosse proprio, io credo, dalla insoddisfazione verso questa soluzione. I giuristi più giovani tornarono infatti a distinguere società e stato e ricostruirono la relazione tra le due dimensioni immaginando un percorso non più discendente (dallo Stato alla società) ma ascendente (dalla società allo Stato) il cui snodo fondamentale era incarnato proprio dal partito politico. Ma soprattutto operarono uno spostamento di piano: abbandonarono cioè l'esegesi dell'ordinamento costituzionale fascista per collocarsi sul più ambizioso terreno della teoria generale dello Stato moderno, di quello Stato di tipo nuovo cioè che aveva soppiantato il *Rechtsstaat* liberale e che aveva assunto sì – per alcuni anni – le sembianze dello Stato fascista, ma che, in fondo, sul finire degli anni Trenta, stava già cominciando a scrivere il proprio futuro proiettandosi oltre il regime.

[2686] Cfr. V. Zangara, *Il partito e lo Stato*, 1935 nonché Id., *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, 1938; e anche C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, 1941.

[2687] Su tutte il celebre lavoro di V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, 1939, ma anche C. Lavagna, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, 1942. Da segnalare inoltre che sullo stesso tema aveva riflettuto Mortati nel suo primo lavoro: C. Mortati, *L'ordinamento del governo*, 1931.

[2688] Sul tema lavorò molto Carlo Esposito che vi tornò sopra in vari saggi – Lo Stato e la Nazione italiana (1937), Lo Stato fascista (1940), Lo Stato nazionale fascista (1942) – e in una celebre monografia, *La rappresentanza istituzionale* del 1939. Nello stesso anno, peraltro, una monografia con il medesimo titolo venne pubblicata anche da Zangara.

[2689] C. Mortati, La Costituzione in senso materiale, 1940.

[2690] V. Zangara, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo*, cit., p.11.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

L'itinerario di Pietro Chimienti, da liberale a fascista*

di Luca Borsi**

"*Ave Caesar, morituri te salutant*".

Così il costituzionalista e deputato Chimienti si rivolgeva al novello corpo elettorale, che la riforma voluta da Giolitti andava ad ampliare rendendo il suffragio maschile quasi universale. Egli interveniva (nella discussione generale sul disegno di legge elettorale) a favore (richiamando come Sonnino e Bismarck fossero stati fautori del suffragio universale), a nome degli esponenti del glorioso partito liberale, "noncuranti della nostra giornata di potere che tramonta". "V'è, in quest'ora solenne, la sincerità dei moribondi", "in quest'ora d'addio o di arrivederci, dopo un viaggio, al quale ci accingiamo, attraverso alla grande anima del Paese".

Quel lungo viaggio condurrà Chimienti all'adesione al fascismo.

Se appena conclusasi la Grande guerra – nel pubblicare il suo *Manuale di diritto costituzionale* – egli poteva guardare al governo parlamentare come a forma di governo che avesse resistito alla difficile prova, ben presto il suo avviso mutò, innanzi alle convulsioni del dopoguerra.

Intervenendo in Senato (era stato nominato senatore nel 1921) sulle comunicazioni dell'appena incaricato secondo governo Facta, egli ammoniva che l'ordine pubblico non dovesse valere come questione politica o programma di governo perché questo avrebbe significato lotta contro il fascismo, con esacerbamento delle fazioni e della guerra civile. Come nel 1901 non era stato il movimento proletario da combattere, così non lo era il fascismo, "una potente organizzazione di difesa conservatrice, che non è dovuta alla guerra, ma che è cominciata col movimento nazionalista", infine insorta contro la svalutazione della grande guerra nazionale e contro la mancanza di libertà nella organizzazione delle forze operaie. Ed invero Chimienti poteva richiamare a favore la lettera di Giolitti a Malagodi pubblicata su "La Tribuna" il 26 luglio 1922, in cui lo statista piemontese vedeva il pericolo – "cosa può venire di buono da un connubio Don Sturzo-Turati-Treves?" – in una direzione altra rispetto al fascismo, da non osteggiare bensì normalizzare.

Dopo la marcia su Roma, presentatosi il nuovo Governo presieduto da Mussolini al Senato (presso la Camera era stato il discorso 'del bivacco'), Chimienti assicurava il suo pieno assenso al Governo e alla richiesta di pieni poteri, innanzi alla crisi ovunque del parlamentarismo (scaduto da regime parlamentare o di gabinetto, a regime di gruppi e comitati) nonché al prepotere di certo socialismo. E se vi fu "qualche anima religiosa del protocollo e della consuetudine parlamentare", proprio non avevano di che rimostrare, ché

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Consigliere parlamentare – Senato della Repubblica.

ISSN 2279-7238

"l'azione consola di tutto". L'auspicio era che fascismo e nazionalismo procedessero concordi (era intervento reso tre giorni dopo la scomparsa di Sonnino, al quale l'oratore dedicava un partecipe ricordo).

Quando fu la volta di approvare la riforma elettorale congegnata sì da assicurare al fascismo una schiacciante maggioranza parlamentare, Chimienti assentì convinto, forte del suo anti-proporzionalismo ormai (condiviso dall'oratore immediatamente a seguire, il costituzionalista Mosca). Se "la nostra vita italiana non può trovare la sua salvezza se non sulle rotaie della vita parlamentare", ebbene "sarà un grande orgoglio per l'onorevole Mussolini far ritornare il regime parlamentare alla sua origine".

A fianco del parlamentare (membro fin dalla prima ora dell'Unione nazionale fascista del Senato), iscritto nel Partito nazionale fascista dall'aprile del '29, agiva lo studioso di diritto costituzionale (docente di un corso speciale di "Nuova legislazione costituzionale italiana" presso l'Università di Roma), davvero senza iato tra i due filoni di attività e pensiero.

Non sorprende che questo studioso trovasse sacrosanta in punta di diritto la mozione a prima firma Augusto Turati, con cui era stata dichiarata (il 9 novembre 1926) la decadenza dei centoventitre parlamentari secessionisti (tra loro, i giuspubblicisti Lombardo Pellegrino e Presutti) che avevano aderito all'Aventino. Ma è soprattutto in due prelezioni del novembre 1927 – una su partiti politici e regime politico, l'altra sul regime fascista, pubblicate assieme con il titolo *L'organizzazione nazionale fascista nel diritto pubblico italiano* – che Chimienti formulava con nettezza le tesi che sono il collegamento tra il manuale di primo dopoguerra e il manuale di primi anni Trenta (il quale si limiterà a recepirle), intitolato *Diritto costituzionale fascista* (preceduto l'anno innanzi da un'edizione in francese).

Quivi l'intento era di inserire le istituzioni sorte dalla rivoluzione fascista nel diritto dello Stato – talché la Carta del lavoro era atto costituzionale al pari dello Statuto; l'ordinamento corporativo ("l'ordinamento più e meglio rappresentativo che la storia delle forme di governo abbia finora conosciuto") era connotante e definitorio la forma di governo (quale "monarchico-rappresentativa a tipo corporativo"); il partito nazionale fascista era la più grande organizzazione delle forze materiali e morali della nazione, a carattere necessariamente "totalitario", offerta allo Stato perché il principio rappresentativo potesse operare senza distorsioni.

Lo studioso aderiva al regime fascista declinato senza remore quale struttura totalitaria integratrice della nazione.

Inutile dire come il fascismo – nella sua duplice valenza di rivoluzione e di restaurazione – si fosse imbattuto in una degenerazione e in una crisi irreversibili della forma di governo rappresentativa. Questa era stata snaturata ed aggredita dalla disorganizzazione. A causarne l'agonia erano state "la pratica del regime parlamentare a suffragio universale disorganizzato e la esplosione del movimento operaio sotto la ispirazione socialista della lotta di classe".

E poiché il principio rappresentativo – lacerato dal suffragio universale "disorganizzato", indi "brutalizzato dal sistema proporzionale" – era, oltre che scelta di capaci, aderenza di

ISSN 2279-7238

nazione e Stato, il fascismo ripristinava altresì un'autentica forma rappresentativa, con la sua organizzazione nazionale e corporativa.

Giovava in questo essersi sbarazzati del "pregiudizio politico" secondo cui "per il migliore rendimento della forma rappresentativa anche i partiti contrari ed ostili alla Costituzione dello Stato ed a quella economica della società avessero diritto di organizzazione e di efficienza politica nel Paese e nel Parlamento".

La nozione di "regime politico", già suggellata nel precedente manuale di immediato dopoguerra, era ora approfondita e puntualmente definita; inoltre era combinata con il fatto nuovo, divenuto caratteristico della forma di governo rappresentativa, del partito politico.

Ne sortiva una classificazione delle forme di quel momento storico in tre specie: il regime di partito a governo parlamentare (o di Gabinetto: Inghilterra), il regime di partito senza governo parlamentare (Stati Uniti), il regime a partito unico senza governo parlamentare (regime nazionale fascista). Il primo di questi, il regime parlamentare alla inglese, era "non più moderno", gli interessi dello Stato, della nazione, della democrazia, della stessa libertà non potevano più trovarvi difesa; in tempo di suffragio universale il regime parlamentare si rivelava "elemento pervertitore", "un ostacolo insormontabile all'esercizio di una delle più eminenti attività dello Stato: quella del governo nei suoi due aspetti di amministrazione e di politica". Di contro le esperienze costituzionali statunitense (già illustrata in alcuni saggi di secondi anni Venti sulla "Rivista d'Italia") e fascista brillavano e mostravano punti di contatto, per il fatto politico che ad essere capo di Stato o di governo fosse il capo del partito.

Era un risultato che il fascismo poteva rivendicare con orgoglio. Il suo sistema politico si basava su "la negazione di tutti i pregiudizi ed equivoci accumulati attorno al concetto di Democrazia: la democrazia del suffragio universale disorganizzato; della rappresentanza politica senza contenuto rappresentativo; dei governi senza autorità e senza prestigio; delle categorie sociali, comprese quelle dei pubblici funzionari, organizzate contro lo Stato e la politica nazionale; delle libertà politiche fine a sé stesse e che trovano un limite nella rivolta che le sopprime; delle libertà economiche dei lavoratori consistenti nel sottrarli alla protezione dello Stato; dei comizii e degli scioperi che impongono i loro deliberati allo Stato ed alla Nazione; della vita degli enti territoriali che fanno sacrificio della loro autonomia per darsi alla politica contraria a quella del Governo. È questa la *democrazia* che ha negato il Fascismo e che si riassume nel risultato più comprensivo del disordine organizzato e della paralisi della forza di comando; alla periferia nella indisciplina di tutti i rapporti della vita sociale, ed al centro nella paralisi della sovranità. *Non l'altra* che il nostro tempo prepara e che sarà la Democrazia organizzata".

Il fascismo non era dunque anti-democratico: bandiva la democrazia disorganizzata per instaurare la democrazia "organizzata ed organizzatrice". Questa era la chiusa del manuale: "andare verso il popolo", "la massa del popolo in seno a cui il Regime si è formato e si è consolidato".

ISSN 2279-7238

Poco aggiungono – rispetto all'asse di pensiero che collega tra loro il manuale di primo dopoguerra, le due prelezioni del 1927, il manuale di primi anni Trenta – i vari altri interventi dello studioso, sia che comparissero, succinti e poco sentiti, in volumi collettanei di accademia universitaria, o si collocassero a mezza via tra militanza e propaganda fasciste o perseguissero intenti divulgativi, come l'ultimo suo scritto apparso nel 1938 su Carlo Alberto re, il quale concesse lo Statuto: dove comunque non mancava l'inno alle "virtù della politica totalitaria di un Regime che per la prima volta, ha tentato con geniale intuito di strappare alla natura fisica ed animale, i segreti della sua opera duratura perché necessariamente totalitaria".

Se si considerino gli interventi di questo stesso studioso sul finire del secolo precedente, parrebbe – di primo acchito – di ascoltare altra persona.

Chimienti nella crisi di fine secolo, innanzi ai cosiddetti provvedimenti politici presentati dal governo Pelloux, recanti gravi limitazioni alle libertà di riunione, di associazione e di stampa, fa sentire forte il timbro di una voce liberale.

"Malinconica è la situazione di chi oggi deve ragionare delle pubbliche libertà", egli si doleva in un saggio apparso in quel 1899. La scienza costituzionale, un tempo squillante, emette "ora suoni sommessi e tristi": "doveri aridi le incombono e delle *così dette* libertà, come le chiama, la scienza nuova si occupa a rintracciare i limiti più che a proclamarne le garanzie, il contenuto e la formazione storica. L'aureo libro di Stuart Mill è la parola di un antenato dell'epoca pre-istorica; la sistemazione dei diritti dello Stato è il compito del presente".

L'opposizione di Chimienti così alle gravi restrizioni dei diritti di libertà prospettate dal decreto-legge Pelloux come ad una "tendenza, che si va facendo sempre più marcata in Italia: ridurre l'esercito [ad] un'istituzione permanente di P. S.", era una posizione nettamente scandita, nella convinzione che le agitazioni del tempo non discendessero da un presunto abuso delle pubbliche libertà e che queste, ad ogni modo, "hanno un incondizionato diritto di essere, perché sono il diritto dei cittadini".

L'ostilità al decreto-legge Pelloux muoveva contro (vane e dannose) misure eccezionali violatrici dell'ordinamento dello Stato, quando di contro dev'essere la ordinaria legge penale a determinare i reati (senza certo equiparare propaganda rivoluzionaria e delinquenza comune), con la garanzia di foro e di giurisdizione del processo per l'accusato.

Del pari contrario Chimienti si mostrava a reviviscenti tendenze reazionarie, a suo avviso insite nell'ipotesi di sonniniano 'ritorno allo Statuto' (segnato da un "attardantesi culto aristocratico per le forme di vita del passato").

Superata la crisi di fine secolo, egli si ritroverà peraltro nelle fila del gruppo parlamentare capitanato proprio da Sonnino (l'autore del *Quid agendum?*), il quale lo condurrà con sé al governo; così come un incarico di governo Chimienti otterrà poi nel governo del conterraneo Salandra. Quasi a bilancio del suo percorso politico ed intellettuale allora egli pubblicherà (nel 1915) in due volumi i *Saggi. Diritto costituzionale e politica*.

ISSN 2279-7238

Solo apparentemente tuttavia, si è accennato, il percorso chimientiano presenta cesure ed elementi di discontinuità. A ben leggere, esso presenta una compatta coerenza interna, incentrato com'è su un medesimo tema: la crisi del potere esecutivo, la crisi del governare.

Già negli scritti di anni Ottanta e Novanta (da quello d'esordio: *Saggio sullo sviluppo storico delle istituzioni rappresentative*, a quelli più articolati su *Il Capo dello Stato e il Gabinetto* e *La vita politica e la pratica del regime parlamentare*) egli aveva affermato – con una impostazione di metodo a carattere storico-politico, che gli sarà sempre propria – l'originarietà ed essenzialità non della Costituzione o della legge bensì di una stabilizzazione sociale operata da ceti consapevoli e attrezzati, la quale trovasse la sua proiezione e *longa manus* nella giuridicizzazione dell'attività amministrativa.

Quando la conflittualità del pluralismo sociale nei successivi anni Novanta e di primo Novecento avrà sgretolato il mito del *self-government*, per più giuspubblicisti il cammino onde collocare un antemurale del disgregante conflitto sociale risulterà in qualche modo segnato, e con esso una torsione statualista dei diritti di libertà.

Chimienti colloca la sua istanza di stabilizzazione e disciplinamento del conflitto sociale in un'azione di governo condotta dal Gabinetto in raccordo sì con il Parlamento ma presidiata – innanzi allo scadere della politica nazionale in politica di partito, e questa in fazionismo – da una salda prerogativa regia.

Quella 'originarietà' di un potere (tutt'altro che) esecutivo interprete di un diritto d'eccezione il quale ha radice non nella legge bensì senza mediazione nella *salus rei publicae*, è profilo saliente, da tener presente per intendere gli sviluppi del pensiero di questo autore in tempo storico successivo, lontano da quegli anni Novanta nei quali egli sollecitava, alla caduta di Crispi dopo Adua, la dismissione dell'avventurismo coloniale e si 'schierò', nella stretta di fine secolo, come tanta parte della dottrina costituzionalistica a favore della forma di governo parlamentare.

Nella funzione di Governo si pone l'elemento preminente di raccordo e di coerenza nel suo sviluppo di pensiero, dal rigetto del 'ritorno allo Statuto' al panegirico del regime fascista (non senza l'immancabile dedica, nel manuale, "a Benito Mussolini ispiratore e fondatore del diritto pubblico e della politica dello Stato fascista").

Cesura intellettuale non v'era perché il fascismo era inteso come restauratore della sovranità dello Stato; restauratore della divisione dei poteri, come coordinazione delle attività sovrane, secondo la quale ogni organo dello Stato ha una sfera libera di attività: specie l'amministrazione da parte del Governo, la cui funzione era stata evidenziata dallo studioso pressoché in tutti i suoi scritti precedenti come cruciale e decisiva.

Come scriveva nel manuale *Diritto costituzionale fascista*, "da circa un trentennio gli Stati del mondo, retti a forma rappresentativa, hanno sofferto e soffrono della crisi del potere esecutivo, della crisi, cioè, dell'arte e della tecnica del governare. Quella crisi, dove più dove meno acuta ed aspra, è il fenomeno politico più diffuso del nostro tempo".

L'invadenza del Parlamento, per di più incapace di unitari indirizzi, ledeva la sfera libera costituzionalmente necessaria della funzione sovrana di governo.

ISSN 2279-7238

Per la capacità di dare finalmente salda struttura al potere esecutivo, le esperienze costituzionali statunitense e fascista risaltavano, ponendo a capo di Stato o di governo il capo del partito, così giungendo a mettere al sicuro il potere esecutivo dall'invadenza di voti occasionali di estemporanee maggioranze parlamentari nonché dalle tendenze intralcianti un'opera comune di solidarietà nazionale.

Davvero centrale nel pensiero di Chimienti era il problema di un forte potere esecutivo, la generalizzata crisi in cui esso versasse (prima che il fascismo gli conferisse salda capacità d'indirizzo politico ed attitudine a svolgere il suo compito più alto, la regolazione dei conflitti tra capitale e lavoro). Contro il *cupio dissolvi* della crisi del parlamentarismo nel dopoguerra in Italia muove il suo mutamento di rotta, da liberale a fascista.

La parabola chimientiana può così dirsi emblematica e paradigmatica.

Riassume in sé le transazioni, i cedimenti, le capitolazioni del liberalismo quando sia privo di aperture sociali fuori degli stilemi paternalistici o di *juste milieu* e, ancor più, sia sprovvisto di un'autentica tensione morale.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Rappresentanza e partiti politici nel pensiero di Vincenzo Gueli *

di Giulia Caravale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rappresentanza politica e rappresentatività degli organi di governo. – 3. Il periodo "transitorio". – 4. Il contributo di Gueli al dibattito sulla partitocrazia

1. Introduzione

Nell'aprile del 1963 Vincenzo Gueli, che dall'anno precedente era passato dalla cattedra di Diritto costituzionale a quella di Diritto amministrativo ed era anche incaricato di Diritto costituzionale comparato all'Università di Catania, presentò una relazione sul tema *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia*, presso l'Istituto Internazionale degli studi giuridici di Roma. La sua relazione suscitò vivo interesse e spinse l'Istituto ad organizzare un convegno (*Parlamento e Partiti come problema attuale della democrazia. Soluzioni costituzionali*) proprio partendo dalle riflessioni e dalle sollecitazioni contenute nell'intervento di Gueli.

I temi discussi nel Convegno appaiono emblematici del dibattito che in quegli anni coinvolgeva la dottrina italiana in merito alle riforme necessarie per porre un argine alla partitocrazia: ci si chiedeva, infatti, quale fosse il ruolo dei partiti politici "per il presente e il futuro della nostra vita democratica", come potesse essere trovato un equilibrio tra il ruolo del parlamento - i cui membri rischiavano di risultare succubi dei partiti stessi - e lo strapotere dei partiti, che erano comunque necessari garanti di democrazia.

Nell'intervento di Vincenzo Gueli –su cui mi soffermerò in seguito -, si compendiano molte delle riflessioni che il giurista catanese aveva maturato nel corso del suo ricco percorso di studi che lo aveva visto testimone del passaggio dallo stato autoritario a quello democratico e della prima lenta attuazione della Carta costituzionale.

Vincenzo Gueli era nato a Catania nel 1914 e, al pari di Zangara, era laureato sia in Giurisprudenza - nell'università di Roma nel 1935 - sia in Scienze politiche - nel 1938 a Pisa. Nell'ottobre 1937 aveva iniziato la carriera accademica con la nomina ad assistente incaricato presso l'Istituto di Diritto pubblico e legislazione sociale della Facoltà di Scienze politiche di Roma. Nel 1940 aveva conseguito la libera docenza in Istituzioni di Diritto pubblico e fino al 1950 - anno in cui vinse il concorso a cattedra e andò ad insegnare diritto costituzionale prima a Messina e dal 1953 a Catania - aveva ricoperto diversi incarichi presso

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

le Facoltà di Scienze politiche e di Giurisprudenza di Roma. Il 1° giugno 1948 era divenuto funzionario della Camera dei Deputati.

A Catania Gueli, a partire dal 1955, divise la cattedra di Diritto costituzionale con Vincenzo Zangara che era stato riammesso all'insegnamento, realizzando per la prima volta in Italia uno sdoppiamento di cattedra tra due docenti[2691]. Augusto Barbera ci ha ricordato che Gueli aveva accolto Zangara "a braccia aperte" [2692].

Anche se differente era stata la loro impostazione scientifica, la sintonia tra Zangara e Gueli emerge dalla comunanza di interessi di ricerca che, negli anni di formazione di Gueli, furono orientati prevalentemente verso alcuni dei temi cardine della dottrina della Costituzione[2693], quali la sovranità, la rappresentanza, l'ordinamento giuridico, il regime politico, le trasformazioni costituzionali italiane nella transizione, temi appartenenti quindi alle cosiddette "zone grigie" del diritto costituzionale in cui diritto e politica, Stato e realtà sociale si intersecano[2694].

L'attenzione di Gueli nei confronti del "lato materiale" delle Costituzioni esaminato - come ricordato da La Pergola nell'introduzione ai due volumi della "Raccolta di scritti" di Vincenzo Gueli pubblicata da Giuffrè nel 1976, - "con rigore scientifico, avversione al logicismo formalista, attenzione alla storia costituzionale e al diritto comparato" fa rientrare Gueli nell'alveo di quei giuristi che integrarono il metodo giuridico di stampo liberale con quello storico - politico, mostrando particolare attenzione verso la realtà sociale, e sensibilità nei confronti del dato comparatistico.

2. Rappresentanza politica e rappresentatività degli organi di governo

Questa impostazione metodologica si coglie in particolare nella riflessione di Gueli sul tema della rappresentanza e del partito politico iniziata con il saggio del 1942 *Il concetto*

[2691] O. Chessa, *Gueli Vincenzo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, Il Mulino, Bologna, 2013, 1083; G. Speciale, *Maestri catanesi del diritto tra fascismo e repubblica (1935-1950)*, in M. G. Cavina, *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Clueb, 2014.

[2692] A. Barbera, *Vincenzo Zangara Vincenzo Gueli*, in *Nomos. Le attualità nel diritto* 2014, 55.

[2693] M. Fioravanti, *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Donzelli, 1995, 443: L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, Laterza,1999; Per la biografia di Vincenzo Gueli sia consentito il rinvio a G. Caravale, *Gueli, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Treccani, 60, 2003, 570 ss.

[2694]P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico 1860-1950*; Giuffrè, 2000, 219; M. Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954, 106, 123, 125; M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale* in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1963; F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania,* Milano 1994, 399; F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni Fiorentini* 1999, 757 s., 767 ss., 781; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Firenze 2001, 712; F. Lanchester, *I costituzionalisti italiani tra Stato nazionale e Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 1099; P. Ridola, *Gli studi di diritto costituzionale*, *ibid.*, 1267.

ISSN 2279-7238

giuridico della rappresentanza politica e la "rappresentatività" degli organi di governo, pubblicato sulla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. Tale lavoro si colloca all'interno del dibattito in tema di rappresentanza che, come noto, coinvolgeva la dottrina giuspubblicistica degli anni '30, la quale si era trovata di fronte al superamento del rapporto tra individui e Stato che aveva caratterizzato l'età liberale e che intendeva interpretare quindi le nuove forme che lo stesso rapporto aveva assunto all'interno degli Stati autoritari. Un dibattito che, peraltro, si riallacciava alla riflessione iniziata, in Italia ed in Europa, già nella seconda metà del XIX secolo quando la dottrina più attenta - consapevole delle difficoltà che i sistemi politici incontravano nell'adeguarsi al processo di democratizzazione - rifletteva sulle conseguenze che l'estensione del suffragio, la trasformazione della struttura sociale dello Stato, la formazione dei primi partiti di massa, avevano sia sulle istituzioni parlamentari, sia sul concetto stesso di sovranità in tutte le sue accezioni (parlamentare, nazionale, statale o popolare [2695]). Una riflessione, che in Italia era stata decisamente condizionata dall'implosione della democrazia iniziata a partire dal 1922.

Anche se, secondo Paladin "la maggioranza dei giuristi italiani" degli anni '30, pur continuando a discorrere di rappresentanza", non si mostrava "consapevole dei termini reali del problema"[2696] e appariva spesso disorientata di fronte all'interrogativo di come si potesse giustificare la rappresentatività degli organi in un regime autoritario dove era assente il momento elettivo, appare condivisibile l'idea per cui il dibattito sviluppatosi all'epoca riuscì ad analizzare, anche in modo più efficace di quanto non fosse avvenuto in età liberale, il problema teorico delle "condizioni minime, indispensabili per l'esistenza del principio rappresentativo" e quello della conciliabilità della rappresentanza con lo Stato totalitario[2697]. I termini e le conclusioni di tale dibattito appaiono importanti anche perché costituirono le basi teoriche per la ricostruzione dello Stato democratico successiva alla guerra.

La dialettica liberale che vedeva lo Stato rapportarsi all'individuo portatore dei propri interessi particolari aveva lasciato spazio, nella concezione dello Stato corporativo, ad un rapporto identitario tra Stato e nazione dove l'individuo era assorbito nello Stato che esprimeva lo spirito e gli obiettivi della nazione. Lo Stato era considerato un ente collettivo, composto dalla "organizzata universalità dei cittadini" con il quale il popolo si poneva in perfetta identità"[2698].

Bisogna precisare allora che nell'ambito del dibattito sviluppatosi a partire dagli anni '30 sul rapporto tra nazione e Stato si delinearono alcune diverse interpretazioni. Alcuni considerarono la rappresentanza politica come un concetto del tutto estraneo al regime

[2695] M. Fioravanti, *Giuristi e dottrine del partito politico: gli anni trenta e quaranta,* in *Le idee costituzionali della resistenza. Atti del convegno di studi di Roma, 19, 20 e 21 ottobre a cura di C. Franceschini, S. Guerrieri, G. Marina*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1997.
[2696] L. Paladin, *Il problema della rappresentanza nello stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, 851.
[2697] L. Paladin, *Il problema* …, cit., 874.
[2698] L. Paladin, *Il problema*… cit., 865.

ISSN 2279-7238

fascista a motivo dell'organica unità tra governanti e governati. Mancava infatti il fondamento del rapporto rappresentativo, quello dell'alterità concettuale e strutturale dei due elementi popolo e nazione che erano letti come due aspetti della stessa entità[2699].

Altri costituzionalisti, invece, si sforzarono di ritrovare una conciliabilità tra principio rappresentativo e regime. Tra questi alcuni continuarono, nonostante la legge del 1925 sulle attribuzioni e le prerogative del Capo del governo e la successiva istituzione della Camera dei Fasci e delle corporazioni, a collegare il contenuto giuridico della rappresentanza politica a quanto affermato nel testo dell'art. 2 dello Statuto, relativo al governo monarchico rappresentativo. In tale ottica, allora, ritenevano che tra Capo del governo e popolo si instaurasse un rapporto di rappresentanza e che al re, attraverso l'esercizio del potere di nomina e rimozione del Capo del governo, spettasse il compito di mantenere vivo il rapporto fiduciario tra questi.

Altri poi preferivano distinguere il concetto giuridico di rappresentanza da quello politico di rappresentatività. E mentre il primo prevedeva un rapporto dialettico tra rappresentante e rappresentato, il secondo, invece, concepiva il popolo come oggetto di una rappresentazione e non come soggetto in grado di esprimere consenso o partecipazione[2700].

Una delle tesi prevalenti era poi quella della rappresentanza integrale nel governo di tutte le forze politiche, una rappresentanza che si realizzava attraverso organi intermedi che si ponevano tra il Capo del governo, Duce del fascismo e il popolo (quali il PNF, il Gran Consiglio del fascismo, le corporazioni, i sindacati, il parlamento) organi di integrazione che erano posti tra di loro in rapporto gerarchico. La rappresentanza politica veniva in tal modo del tutto svincolata dal momento elettorale. Una caratteristica evidenziata anche da Vincenzo Zangara[2701] il quale si riallacciava alla teoria istituzionale della rappresentanza di Esposito e affermava che il popolo partecipava "alla vita dello stato attraverso una serie di rapporti rappresentativi, che danno modo agli individui che compongono il Popolo di proiettare la loro personalità sul terreno statuale attraverso il Partito unico e attraverso le associazioni sindacali nelle quali si organizza"[2702]. Il partito nazionale fascista era allora strumento primario dell'integrazione sociale dello Stato e di rappresentanza della società che "sotto la guida del Duce del fascismo" – sono sempre le parole di Zangara - esprimeva "concretamente l'indirizzo generale politico che i componenti della Camera devono seguire nella loro funzione rappresentativa" [2703]. A suo parere la rappresentanza politica non si risolveva nell'immedesimazione dei governanti con i governati, ma in un rapporto dialettico tra comunità e Stato che si realizzava attraverso la rappresentazione nel PNF del popolo

[2699] E. Crosa, *Rappresentanza*, in *Dizionario di politica a cura del Partito Nazionale Fascista*, Roma 1940, Antologia a cura di Marco Piraino e Stefano Fiorito, 2014, 514.
[2700] L. Paladin, *Il problema* …, cit., 882.
[2701] V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale* Bologna 1939, 153.
[2702] V. Zangara, *La rappresentanza* …, cit., 168
[2703] V. Zangara, *La rappresentanza* …, cit., 163

ISSN 2279-7238

"concepito come unità risultante da una pluralità armonizzata in virtù del principio corporativo statuale sostenuto dal partito"[2704]. Il partito portava avanti l'indirizzo politico di governo, consentiva la partecipazione del popolo alla vita dello Stato, era una "istituzione rappresentativa, sempre pronto a portare allo Stato, mediante i suoi organi le tendenze del popolo"[2705], "motore del sistema" e, "in modo diretto e indiretto", controllore delle istituzioni"[2706]

Il rifiuto dell'idea di una gerarchia di organi costituzionali rappresentativi era invece esplicitamente espresso da Vincenzo Gueli che aderiva alla teoria etico-organica della società e dello Stato affermatasi nella dottrina del fascismo la quale concepiva lo Stato come personificazione del popolo, come un corpo in cui tutti gli elementi erano fusi e legati e evidenziava come tra lo Stato e i cittadini non vi fosse un rapporto antitetico, ma di "perfetta e fusa unità", dato che la nazione era tutta nello Stato, viveva come organismo unitario attraverso i governanti, si realizzava integralmente nello Stato[2707]. Una identificazione che comportava l'obbligo degli "individui organi del potere pubblico di esercitare quest'ultimo nell'interesse della comunità"[2708].

Gueli riteneva che i due elementi costitutivi della rappresentanza politica fossero un fatto reale – vale a dire il rapporto che collega il rappresentante alla nazione - su cui "si fonda il diritto per presumere l'idoneità del rappresentante a sostituirsi al rappresentato" e il suo effetto giuridico. Tale fatto reale si ritrovava nel rapporto che collega l'individuo membro di un organo costituzionale ad una istituzione sociale, cioè alla nazione stessa. Nel concetto giuridico di rappresentanza politica era quindi tradotto l'elemento reale e sostanziale di quest'ultima[2709].

Anche Gueli – sulla scia di Esposito e Zangara - definiva "istituzionale" il rapporto di rappresentanza che si esprimeva nel fatto che tutti gli organi statali erano ugualmente rappresentativi della nazione a prescindere dalla loro elettività. Mentre però nel periodo liberale il principio istituzionale riguardava il re e il Senato i cui titolari erano da considerare rappresentativi perché esponenti della nazione nella sua interezza e nella sua continuità storica, in epoca fascista il principio istituzionale si estendeva al PNF, i cui membri rappresentavano la nazione e svolgevano "importantissime, vitali funzioni costituzionali" garantendo che "gli organi dello stato osservino l'obbligo giuridico di agire in nome e nell'interesse" della collettività nazionale[2710].

[2704] V. Zangara, *Il partito e lo Stato*, Catania 1935, 130

[2705] M. Galizia, *Autorità autonomie e "democrazia di masse" nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quaderni costituzionali* 1988, 109 (117).

[2706] F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano 2006, 107.

[2707] V. Gueli, *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la "rappresentatività" degli organi di governo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1942, 149.

[2708] V. Gueli, *Il concetto* …, cit., 151.

[2709] V. Gueli, *Il concetto giuridico* …, cit., 157.

[2710] V. Gueli, *Il concetto giuridico* …, cit..

ISSN 2279-7238

Gueli evidenziava come il carattere istituzionale del rapporto di rappresentanza del Capo del governo e del Gran Consiglio del Fascismo, organi al contempo dello Stato e del PNF, si doveva al fatto che essi erano composti da individui che "desumono il titolo della loro investitura all'esercizio di funzioni costituzionali dalla loro posizione di organi di una fondamentale istituzione di carattere politico. Pertanto il rapporto istituzionale era di tale natura che tra lo Stato e il PNF sussisteva "un'intima unione che si dice appunto istituzionale" [2711]. Il partito quindi era l'elemento che incanalava la rappresentanza, era organo di fusione tra popolo e Stato. In sostanza Gueli affermava che l'appartenenza al partito era titolo per far parte degli organi costituzionali: il Duce in quanto vertice del partito nazionale fascista aveva titolo a ricoprire la carica di Capo del governo, il Gran Consiglio da organo di partito era diventato organo costituzionale, i membri della nuova Camera avevano titolo per farne parte in quanto partecipi dell'organizzazione del PNF.

Si deve comunque ricordare che nel corso degli anni '30 accanto a queste correnti di integrazione tra società e regime apparve anche un indirizzo che recuperò l'individualità del cittadino di fronte allo Stato e propose un ruolo dello Stato come mediatore di interessi sociali contrapposti[2712].

3. Il periodo "transitorio"

Come abbiamo detto, il dibattito sviluppatosi negli anni '30 sulla rappresentanza e sul ruolo del partito ha avuto il merito – una volta depurato dai condizionamenti ideologici del totalitarismo - di portare all'attenzione del giurista la profonda trasformazione che la rappresentanza aveva subito con l'affermarsi dei partiti di massa e quindi l'idea che il partito rivestiva un ruolo decisivo di collegamento e mediazione tra Stato e società. Un'idea che si applica non solo allo Stato partito del regime fascista, ma anche alla nuova realtà democratica dello Stato dei partiti. In proposito Mario Galizia ha evidenziato come, a partire dal 1937-38, si fosse sviluppato un "profondo rivolgimento nell'orientamento metodologico del diritto costituzionale italiano, con una nuova attenzione all'effettività della costituzione". Tale nuova impostazione metodologica, pur con le sue ombre e le sue contraddizioni, può essere considerata "storicamente fondamentale per la ricchezza delle sue intuizioni"[2713]. È d'obbligo in questo caso il riferimento a Mortati. Tuttavia, come noto, i Costituenti non si spinsero a riconoscere ai partiti una funzione istituzionale di governo basata sul principio di maggioranza, né introdussero regole per disciplinare la democrazia interna o per sottoporre a sindacato i loro fini[2714].

[2711] V. Gueli, *Il concetto giuridico* …, cit., 154.
[2712] B. Brugi, *I cosi detti limiti dei diritti subbiettivi e lo Stato*, in *La Stato. Rivista di scienze politiche, giuridiche ed economiche* 1931, 703.
[2713] M. Galizia, *Autorità, Autonomie*…, cit., 138 s.
[2714] M. Fioravanti, *Giuristi e dottrine*…, cit., 199

ISSN 2279-7238

Solo un cenno, a proposito di Costituente, alla partecipazione di Vincenzo Gueli alla Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, incaricata dal Ministro per la Costituente Pietro Nenni di "predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione" che avrebbe dovuto delineare "l'aspetto politico dello Stato e le linee direttive della sua azione economica e sociale". Nel processo costituente furono coinvolti tecnici e giuristi che non appartenevano soltanto alla vecchia generazione, in diverso modo coinvolta nel periodo fascista, ma che, meno legati al periodo politico precedente, si andavano affermando in quegli anni come convinti portatori dei principi di libertà e di democrazia[2715]. Egli fu coinvolto anche in un'altra iniziativa del Ministero per la Costituente quella di diffondere la conoscenza dei temi e dei problemi dell'organizzazione democratica dello Stato attraverso il confronto con le Costituzioni degli altri Paesi[2716]. Un compito che si espresse, tra l'altro, nella raccolta di studi relativi ai testi e ai documenti costituzionali e che condusse alla pubblicazione, sotto la guida di G. Perticone, dei volumi sulle Costituzioni, le leggi costituzionali e le leggi elettorali dei principali Paesi, accompagnate da brevi studi e commenti. In tale ambito Vincenzo Gueli pubblicò due lavori sulla Costituzione elvetica e sulla legge elettorale elvetica[2717].

La rilevanza di tale iniziativa divulgativa delle realtà istituzionali e costituzionali straniere si comprende a pieno se si tiene conto che, anche a motivo della difficoltà di circolazione delle opere dottrinali straniere, i giuristi dell'epoca erano poco avvezzi allo studio dei sistemi degli altri Paesi, al di fuori di alcune circoscritte esperienze.

Il coinvolgimento della generazione di costituzionalisti a cui appartiene Gueli non si limitò al solo momento costituente, ma fu determinante anche perché – come ricorda Francesco Soddu - fece da "stimolo all'applicazione della Costituzione 'congelata' e di commento al suo progressivo 'scongelamento' attraverso il completamento degli organi previsti dalla carta"[2718]. Gueli partecipò, infatti, insieme agli altri giuristi italiani a quella che è stata definita una "riflessione corale" su temi quali il regime politico e le forze politiche che si pongono a fondamento dell'ordinamento costituzionale" [2719], pubblicando numerosi saggi sulle trasformazioni costituzionali italiane dalla caduta del regime fascista all'istaurazione di un assetto costituzionale provvisorio, fino alla prima attuazione della nuova Costituzione, scritti che peraltro egli raccolse nel 1950, con la collaborazione di Leopoldo Elia, che con lui si era laureato nel 1947, nel volume *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*. Un titolo

[2715] *I precedenti storici della Costituzione. Studi e lavori preparatori*, Milano Giuffrè, 1958, 32; G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, 27; L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 19 ss.; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, 31.

[2716] *I precedenti storici* …, cit., 39; P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico politico*, Il Mulino, Bologna, 1995, 79.

[2717] G. Zagrebelsky, *La Commissione Forti e i suoi giuristi*, in *Il Parlamento italiano 1861-1988,* XIII, *1943-1945. Dalla resistenza alla democrazia. Da Badoglio a De Gasperi*, Nuova Cei, 1989, 158.

[2718] F. Soddu, *Gli studiosi di diritto costituzionale,* in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico* 2001*,* 1133 (1141).

2719 F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Laterza, 2004, 158.

ISSN 2279-7238

che evidenziava da un canto il carattere provvisorio delle istituzioni e delle norme costituzionali e dall'altro il perdurare della fase di transizione italiana anche a causa della contrapposizione tra le forze politiche che avevano contribuito alla formazione della Costituzione.

Appare interessante sottolineare anche che nel 1949 Gueli dette alle stampe una nuova edizione del volume *Il regime politico* – riproponendo in forma invariata la costruzione teorica esposta nell'edizione originaria (*Il regime politico nello Stato fascista*) frutto della rielaborazione della sua tesi di laurea in Giurisprudenza e pubblicata nel 1939, depurata dei riferimenti all'ordinamento fascista. Egli considerava il regime politico, al pari della Costituzione materiale di Mortati, come la realizzazione di una concezione politica fondamentale nelle istituzioni giuridiche costituzionali di uno Stato, che caratterizzava l'identità dell'ordinamento giuridico, la cui essenza era da rinvenirsi nel "principio costituzionale fondamentale", punto di incontro tra diritto e politica. Gueli affermava che il regime politico era "la realizzazione del principio politico che informa il rapporto fondamentale di una organizzazione statuale, nel principio giuridico costituzionale di essa e, tendenzialmente, in tutto il suo ordinamento giuridico"[2720]. Il regime influiva sul rapporto tra governanti e governati e, dunque sulla forma di Stato di un Paese, dato che influenzava direttamente i principi fondamentali, le norme e le istituzioni politiche di questo.

4. Il contributo di Gueli al dibattito sulla partitocrazia

La fedeltà di Gueli all'impostazione metodologica maturata negli anni precedenti si può cogliere anche successivamente nella sua lettura del ruolo dei partiti in un ordinamento come quello repubblicano-costituzionale nettamente diverso da quello autoritario del regime. Di conseguenza nettamente diverso da quello degli anni '30 era anche il dibattito che in dottrina si era sviluppato tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60 in merito al tema dei partiti politici e della rappresentanza.

Il problema avvertito in quel periodo, come avevo accennato prima, era quello dell'affermazione della partitocrazia come elemento caratterizzante la Costituzione materiale, problema che imponeva una nuova riflessione sul significato della rappresentanza e sul ruolo degli stessi partiti in ordine al funzionamento del governo parlamentare. Il giudizio prevalente tra coloro che intervenivano nel dibattito era quello di una condanna decisa della partitocrazia e delle disfunzioni dalla stessa introdotte sul funzionamento del sistema istituzionale; le proposte avanzate in merito erano a favore di una regolamentazione legislativa inter e infra partitica, una maggior distinzione del partito dalle altre associazioni,

[2720] V. Gueli, *Il regime politico*, Roma, 1949, 32.

ISSN 2279-7238

un controllo delle spese elettorali e della gestione finanziaria, un riconoscimento delle funzioni costituzionali dei partiti anche sull'esempio dei modelli bipartitici anglosassoni[2721].

Come ho detto all'inizio, Vincenzo Gueli prese posizione in tale dibattito con l'intervento del 1963, il quale si apriva con una considerazione che racchiude la sostanza del suo pensiero: la crisi della democrazia parlamentare in Italia si legava al fatto che il binomio "parlamento e partiti" era in realtà una "alternativa dilemmatica" parlamento o partiti, democrazia parlamentare o stato di partiti. Due fattori apparentemente antitetici che non riuscivano a convivere. Gueli attribuiva la crisi della democrazia da un lato alla decadenza del parlamento, incapace di dar vita e mantenere in carica in modo stabile un esecutivo in grado di portare avanti un indirizzo politico coerente, di produrre una efficiente attività legislativa, di esprimere una classe politica di livello e una costruttiva opposizione.

Il giurista catanese rilevava la tendenza oligarchica, o addirittura monocratica, presente nella struttura dei partiti e la loro ingerenza in ogni settore della vita e dell'amministrazione pubblica, ingerenza che condizionava e alterava il funzionamento del governo e del parlamento, i rapporti tra gli organi dello Stato, quelli tra parlamento e corpo elettorale, insomma condizionava in modo decisivo il rapporto di rappresentanza. I partiti erano diventati arbitri della volontà delle Camere, che si limitavano a registrare le decisioni prese altrove.

Gueli stigmatizzava i giuristi che ignoravano i partiti come oggetto di studio del diritto costituzionale o li consideravano estranei al sistema costituzionale propriamente detto – perché fenomeno esclusivamente politico -, ma non condivideva neanche le proposte avanzate nel dibattito in merito ad una regolazione dell'attività dei partiti e del controllo delle loro spese. Tali proposte erano, infatti, considerate da Gueli inutili non solo perché facilmente eludibili, ma anche perché "la essenziale posizione e funzione dei partiti politici" richiedeva "autonomia piena di decisione, scioltezza di movimenti, prontezza ed efficacia di azione unitaria, e fors'anche un certo grado di necessaria segretezza, per non dir proprio svincolatezza dall'impaccio di formalistici impedimenti"[2722].

Gueli affermava che era necessario prendere atto dell'epocale cambiamento avvenuto nell'ambito della *Cerchia politicamente attiva* -che nel processo di integrazione politica rappresentava lo strato sociale intermedio tra le istituzioni di governo e la comunità e che era costituita dagli aderenti ai partiti, dai gruppi dirigenti e dagli eletti. Tale cerchia aveva la "funzione di fornire quella formula politica intorno a cui si costituisce effettivamente la comunità statuale" cioè si realizzava la Costituzione in senso materiale o il regime politico. Le Camere non erano più composte da collegi di individui rappresentanti la vecchia cerchia

[2721] P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1982, 79.

[2722] V. Gueli, *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia*. in *Parlamento e partiti come problema attuale della democrazia. Soluzioni costittuzionali. Convegno di studio, Roma Aprile, Luglio 1963*, Giuffrè, Milano, 1964, 48.

ISSN 2279-7238

politicamente attiva, ma da un gruppo di istituzioni organizzate, vale a dire gli apparati di partito, i quali assolvevano la reale funzione rappresentativa[2723].

Di conseguenza lo Stato apparato non era più soltanto composto dagli organi previsti dalla Costituzione, dato che di esso erano entrati a far parte anche gli apparti dei partiti e i gruppi di interesse politicamente attivi. In sostanza Gueli riteneva che l'apparato statale non era "più il detentore unico, monopolistico della funzione governativa della società", perché la società era molto più complessa e "accanto alla funzione governativa svolta dall'apparato statale", si era sviluppato, "nella realtà … un potere di altri centri, di altre istituzioni costituite dalla società" [2724]. Compito del costituzionalista era allora quello di individuare i criteri per la disciplina dei nuovi rapporti che si erano venuti a stabilire in via di fatto alla luce delle principali leggi della scienza della Costituzione

La prima di tale leggi era che "il potere arresta il potere" da cui conseguiva la regola tecnica della libera ed eguale competizione tra i partiti. In mancanza di una disciplina, all'interno della Costituzione formale, della corretta e reale struttura istituzionale della classe politica la regolazione dei partiti politici doveva "soprattutto garantire la loro libertà ed eguaglianza nell'assolvimento della loro funzione di elaborazione dell'indirizzo politico". Egli quindi suggeriva una riforma del parlamento che accentuasse la sua funzione tecnico legislativa, che non riusciva ad essere assolta dal partito, e suggeriva di affiancare il personale politico con personale tecnico: non già come rappresentanza delle categorie professionali, ma come composizione di un organo tecnico che potesse affiancare il legislativo. Inoltre proponeva il rafforzamento dell'autorità del Capo dello Stato nel controllo sui partiti.

Gueli indicava, poi, come seconda legge fondamentale della scienza costituzionale il principio di fedeltà di tutte le istituzioni della comunità politica ad un medesimo principio costituzionale. Ne derivava che tutte le istituzioni, compresi i partiti, non dovevano essere costituiti "per fini o secondo metodi strutturali" che fossero in contrasto col principio costituzionale" [2725]. Egli quindi guardava con favore alle esperienze dei Paesi che avevano introdotto un controllo di legittimità costituzionale sotto il duplice aspetto della conformità ai fini della comunità e del rispetto dei diritti fondamentali degli appartenenti alla comunità e nei rapporti con lo Stato. Gueli reputava indesiderabile un regime pubblicistico speciale per i rapporti tra partiti e cittadini e non auspicava quindi l'introduzione di regole che prevedessero un controllo preventivo sui partiti, ma suggeriva - tenendo in considerazione la nuova realtà del sistema rappresentativo nella quale i partiti avevano preso il posto dei singoli parlamentari – l'estensione anche ai partiti, per analogia, della disciplina prevista in materia di incompatibilità e ineleggibilità dei singoli rappresentanti, in particolare nel caso di evidenti contrasti con il principio costituzionale.

[2723] V. Gueli, *Parlamento* …, cit., 80.
[2724] V. Gueli, *Parlamento* …, cit., 114.
[2725] V. Gueli, *Parlamento* …, cit., 82.

ISSN 2279-7238

Infine Gueli si interrogava sulla compatibilità dell'art. 67 sul divieto del mandato imperativo con la situazione reale dello Stato dei partiti presente in Italia. A suo modo di vedere il divieto di mandato imperativo non riguardava il singolo deputato, bensì il rapporto tra il partito politico e la collettività nazionale. Il vincolo del rappresentante alle deliberazioni del partito non era, dunque, a suo parere, in contraddizione con il suo ruolo di rappresentante della nazione intera, perché riteneva che il vero rapporto di rappresentanza non si instaurasse tra la nazione e il singolo, ma tra la nazione e partito. Secondo Gueli il rappresentante "per assolvere al mandato, dovrà sempre proporsi di soddisfare i bisogni e gli interessi della nazione…, ma dovrà farlo attraverso il partito, cioè attraverso la interpretazione che di quelle correnti di opinione, di cui vuole essere rappresentante, viene fatta nelle assise di partito" [2726]. Gueli confermava, quindi, anche negli anni '60, l'idea che il rapporto tra la nazione e gli organi costituzionali si esprimeva attraverso l'istituzione partito. Idee che trovarono scarsa condivisione nella dottrina di quegli anni, ma che sembrano riecheggiare in alcune posizioni politiche dei nostri giorni.

La riflessione sul ruolo dei partiti e sulla loro incidenza nel funzionamento concreto della forma di governo che coinvolse la dottrina tra la fine degli anni '50 e gli anni '60 ha portato, come noto, ad avanzare proposte di riforma destinate a "regolare gli sregolati" o a modificare la rappresentanza politica. L'esplosione della crisi di regime dei primi anni '90 e la crisi di rigetto nei confronti dei partiti tradizionali ha, senz'altro, reso la realtà odierna profondamente differente da quella degli anni '60 in cui Gueli si muoveva.

Della sua riflessione, comunque, resta tuttora valida, al di là dei contenuti, l'impostazione metodologica adottata: quella di vivificare le norme costituzionali con la realtà politico sociale cui si riferiscono e di intendere questa realtà inserendola negli schemi formali di queste norme.

ABSTRACT

Il lavoro – che riporta il testo della relazione tenuta il 29 novembre 2019 al Convegno *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Convegno in occasione dell'80° anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara alla Sapienza*, Dipartimento di Scienze politiche, Sapienza Università di Roma - si sofferma ad esaminare l'evoluzione del pensiero di Vincenzo Gueli in tema di partiti politici e di rappresentanza politica a partire dal regime fascista. Gueli analizzò anche il periodo transitorio successivo alla caduta del regime e, nei primi anni '60, contribuì al dibattito in tema di partitocrazia attraverso lo studio

[2726] V. Gueli, *Parlamento* …, cit., 111.

ISSN 2279-7238

dell'influenza dei partiti sul funzionamento concreto della forma di governo parlamentare e della democrazia rappresentativa. La riflessione di Gueli si caratterizza per il costante impegno a leggere la realtà politica e a inquadrarne i contenuti entro gli schemi giuridici della Costituzione, nella convinzione che la realtà concreta dia sostanza alla Costituzione e questa dia forma giuridica alla realtà.

This article focuses on the evolution of Vincenzo Gueli's theory on political parties and political representation. Gueli examined the fascist regime and the transition to democracy after the collapse of the authoritarian regime. In the early 1960s, he contributed to the debate on partitocracy, studying how the political parties' control over the exercise of the parliamentary mandate undermined the foundations of parliamentary government and represenatative democracy.

Parole chiave:
Rappresentanza politica
Regime politico
Partiti politici
Vincenzo Gueli
Partitocrazia

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

L'archivio Zangara*

di Roberto D'Orazio**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Pars pro toto*. – 3. Tra politica e accademia. - 4. Il tornante del 1938. – 5. "*Un perfetto dormiente*".– 6. Traversie epurative di un libro giuridico. - 7. La cattedra romana e il "luogo" del diritto (costituzionale) comparato. - 8. "Lipogrammi archivistici" e dovere di memoria.

1. Premessa

Le carte personali di Vincenzo Zangara sono raccolte in una trentina di fascicoli, ora in corso di riordino presso la Fondazione "Paolo Galizia – Storia e libertà", che le ha acquisite grazie allo scrupolo generoso degli eredi[2727].

Si tratta, evidentemente, di un nucleo documentale residuato da una più ampia raccolta originaria, come lasciano intuire alcune caratteristiche dei fascicoli[2728] e come non di rado accade, quando gli archivi o le persone che li costituiscono hanno attraversano vicende articolate e complesse. D'altronde se è vero, come alcuni sostengono, che gli archivi personali somigliano in qualche misura alle autobiografie, non sorprende che anche i primi possano essere oggetto dei ripensamenti, delle revisioni o rimozioni che talvolta caratterizzano le seconde.

Ciò nonostante i documenti delineano, nell'insieme, una densa trama di riferimenti d'interesse storico e giuridico, di cui è possibile isolare i nodi principali. Questi riguardano, essenzialmente, la parabola politica di Zangara e la rete delle sue relazioni tra politica e accademia; la risonanza della sua riflessione sul Partito unico presso la comunità scientifica coeva; la sua "caduta" dai gradi del regime e, dopo la Liberazione, il procedimento epurativo che lo riguardò, valendosi di un quadro probatorio che ebbe al centro anche i suoi scritti;

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

* Funzionario parlamentare, Camera dei deputati.

** Relazione al Convegno *Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora? Convegno in occasione dell'80° anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara alla Sapienza*, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", 29 novembre 2018.

[2727] Un primo utile elenco di versamenti è stato predisposto dagli eredi.

[2728] Una traccia materiale della maggiore ampiezza ed articolazione del fondo è data, all'interno di alcuni fascicoli, dalla sopravvivenza di "camicie" destinate a raccogliere la corrispondenza di singoli interlocutori, dotate di numero progressivo oltre che di indicazione nominativa. I documenti citati di seguito fanno tutti parte dell'Archivio Zangara, tranne quelli consultati presso altri archivi, espressamente indicati.

ISSN 2279-7238

ed infine il ritorno alla cattedra universitaria, caratterizzato da una controversia circa l'oggetto e la portata dell'insegnamento costituzional-comparatistico.

Riferiti a questi singoli aspetti, i fascicoli dell'archivio tracciano un percorso riconoscibile e anzi peculiare; esso assume significativa importanza anche ai fini di quella rete degli "archivi dei giuristi" che la Fondazione Galizia si è proposta di promuovere, allo scopo di ricostruire il quadro complessivo delle continuità e delle cesure, delle relazioni e delle interazioni all'interno della dottrina giuridica italiana[2729].

2. *Pars pro toto*

La riflessione odierna ha preso avvio dalla prolusione pronunciata da Zangara nel 1938 in questa Facoltà[2730]; dunque la ricognizione delle sue carte può cominciare registrando l'apprezzamento riscosso in quella occasione all'interno della comunità dei giuristi, come del resto già era avvenuto con la monografia del 1935 su *Il Partito e lo Stato*[2731].

Le lettere e i messaggi pervenuti a Zangara (ad eccezione di quelli mossi da mera deferenza per l'eminente collega d'accademia, e certamente non meno per l'alto esponente della gerarchia di regime) provengono in larga parte dalla cerchia di coloro che furono tra i protagonisti del rinnovamento metodologico degli anni Trenta e da vari versanti si dedicarono al tema del partito politico[2732].

I più articolati giudizi ricevuti sulla prolusione romana tendono, in particolare, a valorizzarne la tesi dell'attribuzione al P.N.F. della personalità giuridica pubblica, dovendosi certamente preferire – gli scrive, concorde, Federico Cammeo – «la concezione nostra che il Partito è organo dello Stato, a quella tedesca, che lo Stato è uno strumento del Partito»[2733].

[2729] Il tema è stato al centro del Convegno *Gli archivi dei giuristi e al loro tutela*, articolato in due sessioni, a Roma (Biblioteca della Camera dei deputati, 12 aprile 2018) e a Firenze (Archivio di Stato, 7 giugno 2018) il 12 aprile e il 7 giugno 2018), su iniziativa della Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dall'associazione Antonio Zorzi Giustiniani. La riflessione ha preso spunto, in particolare, dall'indagine di A. BECHERUCCI, *Gli archivi di giuristi e la loro tutela: alcune considerazioni introduttive*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2018, n. 2.

[2730] V. ZANGARA, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Bologna, Zanichelli, 1938.

[2731] Possono citarsi ad esempio le lettere di Silvio Lessona del 17 marzo; di Biscaretti di Ruffia dell'11 marzo; di Ferruccio Pergolesi il 16 marzo; di De Francesco del 25 marzo; di Giuseppe Chiarelli del 31 marzo; di Guido Zanobini il 13 marzo.

[2732] In tema v., in particolare, M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffré, 2013; P. COSTA, *Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), p. 61 ss.; F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria,* Roma-Bari, Laterza, 2004.

[2733] Federico Cammeo, il 4 marzo, ringrazia per aver ricevuto la prolusione: «La monografia è dotta, lucida, interessante. Mi ha fatto piacere laddove riconosce la personalità giuridica, almeno quella pubblica, del Partito Fascista. L'opinione negativa in proposito, sebbene prevalente e autorevolmente sostenuta mi ha lasciato molti dubbi tormentosi. Ho trovato importantissimo il raffronto tra la posizione del Partito in Italia e in Germania. Quanto preferibile è la concezione nostra che il Partito è organo dello Stato, a quella tedesca, che lo Stato è uno strumento del Partito».

ISSN 2279-7238

Del resto, un riconoscimento autorevole Zangara lo aveva ricevuto già nel 1935 da Santi Romano, formulato in una lunga lettera che costituisce, in effetti, una puntigliosa scheda di lettura del volume che egli andava completando su *Il Partito e lo Stato*[2734], poiché per ciascun capitolo dell'opera il Maestro segnala i punti di forza, e ancor più talune incoerenze e lacunosità delle argomentazioni usate dal più giovane autore per chiarire la natura giuridica dell'istituzione-partito ed affermarne la personalità giuridica.

La soluzione data da Zangara di un altro nodo problematico, quello della rappresentanza, riscuote la convinta adesione di Gerhard Leibholz, che da Gottinga gli scrive per elogiarne la ricostruzione dell'istituto rappresentativo rivolta a negare la sua esclusiva appartenenza allo Stato parlamentare[2735]. «Il regime parlamentare - aveva infatti sostenuto Zangara – è una "varietà" del governo rappresentativo, e il suo ultimo aspetto giuridico è costituito dallo Stato dei partiti. Lo Stato rappresentativo può aversi, però, anche senza regime parlamentare, così come si nota in Italia e in Germania con lo Stato a partito unico […]. Nello Stato a partito unico è il Partito che rappresenta il popolo e che ha funzioni costituzionali giuridicamente riconosciute perché possa svolgere la sua funzione rappresentativa, mentre l'ordinamento costituzionale fissa giuridicamente le condizioni per la sua partecipazione alla vita dello Stato»[2736]. Il tema sarebbe stato ripreso da Zangara l'anno seguente nel volume sulla *rappresentanza istituzionale*, in cui egli avrebbe argomentato che «nello Stato – come in ogni persona giuridica, come in ogni istituzione – l'attività istituzionale si svolge attraverso istituzioni organiche incardinate nell'organizzazione della persona giuridica, che è correlativa al suo carattere istituzionale [...]. Tali istituzioni-organi rappresentano l'ente cui appartengono in modo da consentirgli il commercio giuridico, per loro mezzo [...]. Se lo Stato rappresenta il popolo, gli organi che rappresentano lo Stato –

[2734] V. ZANGARA, *Il Partito e lo Stato*, Catania, Studio Editoriale Moderno, 1935.

[2735] Scrive Leibholz il 7 maggio 1938: «[…] Ho letto [la sua prolusione] con grandissimo interesse e utilità e mi rincresce di non averlo potuto fare prima di completare il mio studio "*Il XIX secolo e lo Stato totalitario del presente*", perché il suo lavoro solleva un'ampia serie di interrogativi che erano stati oggetto della mia analisi, e con gran piacere avrei fatto riferimento alle sue pregevoli argomentazioni. Ma il suo lavoro potrà ora essermi utile per le future ricerche. E', a mio avviso, di gran vantaggio per la teoria dello Stato fascista il fatto che lei, negli ultimi tempi, abbia posto sempre più al centro dell'analisi di teoria dello Stato il problema della rappresentanza, e criticato l'errore purtroppo qui diffusosi in ambito scientifico, come se il problema della rappresentanza appartenesse soltanto alle espressioni dello Stato parlamentare. Questo problema è a mio parere inesistente, poiché in verità, come anche lei eccellentemente argomenta, esistono diverse forme della rappresentanza politica e non si vede il motivo per cui gli Stati totalitari contemporanei – sebbene naturalmente in forma diversa – non siano da annoverare tra gli Stati rappresentativi. In effetti ho intenzione, in merito a questo problema che mi impegna da tempo, di confrontarmi con lei sui piano scientifico dato che la grande e fondamentale importanza del problema è stata vista per la prima volta da voi, e suppongo che nel vostro bel Paese vi sia un grande interesse scientifico a proseguire il dibattito. Per me sarà perciò un piacere particolare in tale occasione potermi confrontare con la più recente dottrina italiana e specialmente con la sua brillante opera. […]. Avrà quindi capito da queste poche note come la sua prolusione mi abbia affascinato, e che, in effetti, le sono molto obbligato» [trad. nostra]. Il saggio menzionato da Leibholz è quello pubblicato nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1938, p. 1 ss. (può leggersi anche in appendice a G. LEIBHOLZ, *Il diritto costituzionale fascista*, Napoli, Guida 2007, p. 79 ss.); è scontato, inoltre, il riferimento a ID., *La rappresentazione nella democrazia* (a cura di S. Forti), Milano, Giuffré, 1989.

[2736] V. ZANGARA, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, cit., p. 16, 34.

ISSN 2279-7238

tutti gli organi di uno Stato – sono rappresentativi del popolo: cioè tutti gli organi statuali sono rappresentativi dello Stato e, insieme, del popolo [...]»; perciò - citando Arcoleo - «non si deve confondere l'elettorato con la rappresentanza»[2737].

La prolusione segna dunque non solamente l'approdo prestigioso dell'accademico, ma anche la conferma, se non la consacrazione, del *giurista fascista*, ossia di colui che, organico alle Istituzioni del regime, studia il diritto – come lo stesso Zangara l'anno precedente aveva detto di Sergio Panunzio – «sul piano della politica da cui riceve ispirazione e che, nel medesimo tempo, illumina» [2738]. Vale a dire, un giurista *totus politicus* e pienamente partecipe di una "legittimazione tecnocratica" del fascismo, tale da rendere il regime fascista capace di condurre un processo di radicale rinnovamento della struttura sociale e produttiva del Paese, che non avrebbe potuto altrimenti realizzarsi sul terreno vischioso della "vecchia" democrazia parlamentare rappresentativa. E al riconoscimento della politica - intesa come gerarchia e apparato -, d'altra parte Zangara aspira costantemente, al fine di accreditarsi tra gli interpreti della dottrina costituzionale fascista [2739].

[2737] V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, 1939, Bologna, Zanichelli, pp. 291, 293. Nella prolusione romana l'Autore precisava che «Il Capo del Governo è il Duce. Il Duce è anche Capo del Governo. Cioè il Capo del Governo è tale in quanto è Capo del Partito. Infatti, poiché il nostro regime è dichiarato dallo Statuto del Regno "rappresentativo", il Governo deve fondarsi sulla rappresentanza e il Capo del Governo deve essere elemento rappresentativo del Popolo. Il regime parlamentare considera tale carattere in dipendenza del valore rappresentativo della maggioranza parlamentare il cui capo, appunto, diviene Capo del Governo. Nel nostro regime in cui il Parlamento assume, fra le istituzioni costituzionali, un singolare eminente valore rappresentativo, il Capo del Partito è il Capo del Governo»: V. ZANGARA, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo*, cit., p. 23 s.; ID., voce *Partito Nazionale Fascista*, nel *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1937-1940, p. 503. Per un'approfondita ricostruzione dello sviluppo storico del problema v. F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, (in part. P. 107 ss.); il dibattito di quegli anni è ricostruito altresì da L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova, 1972, II, p. 867 ss.

[2738] E' indicativa della consonanza metodologica di Zangara con Sergio Panunzio una lettera che si conserva presso la Fondazione Ugo Spirito – Renzo De Felice (mentre mancano lettere significative tra le carte di Zangara), da lui inviata a Panunzio il 26 settembre 1937 per elogiarne – presumibilmente – la *Teoria generale dello Stato fascista: appunti di lezioni*, Padova, Cedam, 1937: «Cara Eccellenza, sto leggendo il tuo interessantissimo volume, che mi sembra la prima opera giuridica veramente organica sullo Stato fascista. E' un'opera giuridica, ma è anche, insieme, un'opera politica in quanto il diritto è studiato sul piano della politica da cui riceve ispirazione e che, nel medesimo tempo, illumina. E' l'opera acuta del *giurista fascista*: l'opera di Panunzio; *maestro di diritto e fascista*. […]».

[2739] Appare significativa, sotto questo profilo, l'insistente richiesta di un colloquio con il Duce per presentargli i propri lavori (ACS, Segreteria particolare del Duce, carteggio ordinario 1922-1943, b. 2114, f. 538649). L'8 gennaio 1931, il protocollo di Palazzo Venezia registra la richiesta di Zangara di essere ricevuto da Mussolini: «Avv. Vincenzo Zangara – Dice di essere stato nominato Professore dell'Università di Perugia e di aver ottenuta, in tale occasione, una fotografia del Duce con autografo. Desidererebbe essere ricevuto da S.E. per esporGli il programma dell'Università. Invitato a presentare regolare domanda ha dichiarato che farà scrivere da S.E. Pannunzio [*sic*]».
Lo stesso Zangara consegna, il 16 gennaio 1931, una lettera di Panunzio indirizzata ad Alessandro Chiavolini, segretario particolare di Mussolini: «Caro Chiavolini, sono vivamente a pregarti di volere compiacerti fare ottenere da S.E. il Capo del Governo un'udienza al dott. Prof. Vincenzo Zangara, della Facoltà Fascista di Scienze Politiche di Perugia. Il giovane mio amico, la cui nomina a Perugia ha trovato il pieno gradimento di S.E. il Capo del Governo, desidererebbe sottoporre al Duce il piano del programma del suo Corso di "Politica e Dottrina Sindacale e Corporativa", che svolgerà quest'anno. Grato per quanto ti compiacerai di fare per il mio amico ti ringrazio anticipatamente e con molti cordiali saluti credimi tuo aff.mo Sergio Panunzio». Sul foglio è vergato a matita rossa: «no».

ISSN 2279-7238

3. Tra politica e accademia

Dalla consultazione dell'archivio viene in evidenza l'intreccio del percorso politico e della carriera accademica di Zangara[2740].

Titolare della cattedra di diritto costituzionale nella Facoltà giuridica di Catania nel 1934 e segretario federale del partito[2741], egli divenne poi membro del Direttorio nazionale del P.N.F., suo vice segretario nel 1937[2742], e consigliere della Camera dei Fasci e delle Corporazioni tra il marzo e il novembre 1939[2743]; in tale veste fu componente della commissione legislativa dell'educazione nazionale e relatore di alcuni disegni di legge "minori" in materia di istruzione[2744].

L'anno seguente, dopo che una prima udienza fissata per il 16 agosto era stata rinviata *sine die*, il Capo dell'Ufficio Stampa del Duce, Polverelli, invia l'8 settembre 1932 un «Appunto per l'On. Segreteria particolare di S.E. il Capo del Governo»: «Il Prof. Vincenzo Zangara rinnova la preghiera di essere ricevuto da S.E. il Capo del Governo, desiderando farGli omaggio del suo ultimo lavoro "Saggio sulla sovranità dello Stato". Com'è noto l'udienza, che era stata già concessa al Prof. Zangara e fissata per il 29 agosto u.s., dovette essere rimandata ad altro giorno da stabilirsi». L'udienza è finalmente fissata per il 14 settembre «ore 19.15 Palazzo Venezia»; in tale occasione Zangara consegna a Mussolini una copia del suo "Saggio sulla sovranità", con dedica: «Al Duce, la fedele Camicia Nera Vincenzo Zangara».
Anni dopo, nel 1936, il 12 dicembre Zangara si rivolge ancora a Mussolini: «Duce, nel 1930 Voi mi designaste all'insegnamento universitario alla Facoltà Fascista di Scienze Politiche dell'Università di Perugia. Da allora ho sempre sentito la responsabilità che mi proveniva dalla Vostra fiducia. Così nel 1932 ho conseguito la libera docenza presso la R. Università di Roma e recentemente – il mese scorso – ho partecipato al concorso per la cattedra di diritto costituzionale, riuscendo vittorioso. In conseguenza sono stato nominato professore nella R. Università di Catania. Vi prego di accogliere il mio ultimo libro "Il Partito e lo Stato" come un segno del lavoro fedele di una fedelissima Camicia Nera».

[2740] Sul profilo scientifico di Zangara v. M. GALIZIA, *Autorità autonome e "democrazie di masse" nell'evoluzione del pensiero di Vincenzo Zangara*, in *Quaderni costituzionali*, 1988, p. 109 ss.; F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzione in Italia e in Germania*, Milano, Giuffré, 1994; A. BARBERA, *ad vocem*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI), II, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 2082 s.; G. SPECIALE, *Maestri catanesi del diritto tra Fascismo e Repubblica*, in M. CAVINA (a cura di), *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Bologna, Clueb, 2014, p. 349.

[2741] Il duplice ruolo figura evidenziato nell'annuncio riportato negli *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Catania*, I, Gennaio-Giugno 1934, p. 244: «Nella tornata del 28 novembre scorso, la Facoltà di giurisprudenza […] a voti massimi ha proposto il conferimento dell'incarico del diritto costituzionale al Prof. Vincenzo Zangara, insigne cultore di diritto pubblico e solerte segretario federale per la nostra provincia».

[2742] Assieme ad Adelchi Serena e Dino Gardini, secondo la disposizione del Foglio d'ordini n. 172.

[2743] La scheda anagrafica della Camera (che nella XXX legislatura era munita di un allegato in cui il consigliere poteva annotare il proprio curriculum politico e culturale), consultata presso l'Archivio Storico della Camera dei deputati, enumera i pubblici uffici fino a quel momento ricoperti: Vice Segretario del P.N.F.; Membro del Comitato Corporativo Centrale; Membro del Comitato Supremo dell'Autarchia; Segretario federale di Catania; Segretario della Federazione delle Cooperative Artigiane, Capo dell'Ufficio Sindacale delle Federazione Nazionale degli Artigiani; Direttore de Il Popolo di Sicilia; Componente del Direttorio Nazionale del P.N.F.; Fiduciario Nazionale dell'Associazione Fascista della Scuola (Sezione Professori e Assistenti Universitari); Membro del Consiglio Nazionale dell'Educazione (sezione istruzione superiore); Membro del Direttorio Regionale dei giornalisti siciliani.

[2744] Si tratta del d.d.l. n. 161 (presentato dal Ministro Bottai il 15 aprile 1939), "*Sistemazione delle Accademie della Gioventù Italiana del Littorio di Roma e di Orvieto*", e del d.d.l. n. 415, presentato dal Duce e Capo del Governo il 18

ISSN 2279-7238

Al prestigio delle cariche partitiche che permettono a Zangara di insediarsi negli uffici di "palazzo littorio", si aggiunge quello del trasferimento, per disposizione del Ministro Bottai, dall'Università di Catania alla "Sapienza" romana per ricoprire, a decorrere dal 1° dicembre 1937, la cattedra di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche, che per sua iniziativa l'anno seguente avrebbe preso la denominazione di Diritto costituzionale italiano e comparato[2745].

La seconda metà del decennio dunque si apre e si svolge all'insegna di un'ascesa di Zangara nei ranghi delle istituzioni fasciste e dell'accademia, che ne proietta l'autorità in ambiti ulteriori. I documenti, ad esempio, ce lo mostrano coinvolto in attività di insegnamento fuori dell'università nell'ambito di iniziative coordinate da Pavolini per la diffusione della dottrina costituzionale del regime[2746]; oppure in assiduo rapporto con il gesuita Tacchi Venturi, figura mediatrice nei rapporti ufficiosi tra Mussolini e il Vaticano[2747].

Le cariche ricoperte da Zangara ne rafforzano l'influenza nella Città di origine, le cui questioni vengono sovente sottoposte all'ex federale del partito, ora gerarca "romano", per averne il vaglio o l'intervento risolutore relativamente a conflitti locali[2748], a rivalità interne al partito cittadino, alla condotta non irreprensibile di certi suoi esponenti, e perfino a vertenze cavalleresche[2749]. Ma la posizione raggiunta nella gerarchia del Partito fa sì che il suo intervento sia richiesto anche dall'interno della comunità dei giuristi per le più varie questioni (non esclusa quella dell'iscrizione al partito in data anteriore, a taluni necessaria per poter esibire lo zelo dell'"antemarcia").

Tale posizione esalta, ovviamente, la sua capacità di influenza anche sulle questioni universitarie. A lui ci si rivolge come al *trait d'union* tra politica e accademia, in grado di

---

ottobre 1939, "*Estensione alla scuola della Gioventù Italiana del Littorio di specializzazione militare in Bolzano delle disposizioni riguardanti i collegi della Gioventù Italiana del Littorio*".

[2745] Il decreto del Ministro dell'Educazione Nazionale, del 30 novembre 1937 (che nel dopoguerra avrebbe dato adito a controversie), disponeva il trasferimento di Zangara, «straordinario di Diritto costituzionale nella R. Università di Catania, alla cattedra di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche della R. Università di Roma», essendo ritenute sussistenti le condizioni normativamente previste poiché Zangara aveva «per gli anni accademici 1932-22, 1933-34 e 1934-35 impartito per incarico l'insegnamento di Diritto pubblico comparato».

[2746] Lettera del 14 ottobre di 1939 di Pavolini, dall'Istituto Nazionale per le relazioni culturali con l'estero, il quale sollecita Zangara a consegnare i testi delle quattro lezioni su *Lo Stato Fascista* tenute nell'ambito del Corso sul Fascismo organizzato dall'Istituto.

[2747] Sulla figura di Pietro Tacchi Venturi v. G. SALE, *Le leggi razziali in Italia e il Vaticano*, Milano, Jaca Book, 2009, in part. pp. 92 s.; A. VISANI, *Il gesuita di Mussolini. Pietro Tacchi Venturi e le leggi razziali del 1938*, in *Roma moderna e contemporanea*, 2011, p. 103 ss.

[2748] Può al riguardo ricordarsi – ma non ve n'è traccia tra le carte personali – l'inchiesta che nel 1936 era stata riservatamente affidata a Zangara da Starace sulle controversie insorte in seno al fascismo siracusano: v. L. DI NUCCI, *Lo Stato-partito del fascismo. Genesi, evoluzione e crisi 1919-1943*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 526.

[2749] L'archivio contiene una cartellina della Corte di onore del nastro azzurro di Catania, relativa ad una controversia che vede coinvolto lo statistico Gaetano Zingali. Anche Santi Romano, il 10 febbraio 1938, chiede a Zangara di intervenire affinché il Ministro di grazia e giustizia autorizzi un magistrato, presidente di corte d'appello a Firenze, a presiedere un giurì d'onore in una vertenza cavalleresca che riguarda un suo conoscente; Zangara riesce a far rilasciare la necessaria autorizzazione dal Ministro Solmi.

ISSN 2279-7238

agevolare la realizzazione di aspirazioni individuali o di far pesare il proprio consiglio su questioni più generali, specie quelle relative all'insegnamento della sua disciplina.

Dal suo ateneo d'origine, ad esempio, è sollecitato a dare seguito e sostegno alle proposte di nuovi insegnamenti[2750] oppure ad adoperarsi a favore di candidature concorsuali, anche in una disciplina come il diritto romano di cui, a parte le implicazioni locali, non poteva sfuggire a Zangara la rilevanza sul piano dell'ideologia del regime e dei suoi apparati simbolici[2751].

Fuori dell'ambito provinciale, egli è in contatto con Salvatore Riccobono, siciliano dal 1932 dalla Sapienza, il quale nel 1938 chiede il suo contributo in vista della pubblicazione celebrativa del centenario della *Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, affidandogli il bilancio della dottrina costituzionalistica nell'arco di un secolo [2752] (tema per il cui svolgimento Zangara riceverà consiglio da Luigi Rossi). L'anno successivo è Chiarelli a sollecitarlo a consegnare un contributo per il *Trattato di diritto corporativo* [2753]. Ancora nel 1939, in occasione delle celebrazioni regionali siciliane dell'anno VII, Zangara è invitato a tenere una conferenza su Arcoleo [2754], la cui figura egli prende a riferimento per

---

[2750] Orazio Condorelli, Rettore a Catania, il 1° settembre 1938, sollecita Zangara su questioni inerenti all'ateneo catanese: «Caro Vincenzo, una tua postilla manoscritta ad una lettera ufficiale mi comunicava che le "cose dell'Università di Catania vanno benissimo". Siccome la laurea in Scienze politiche e sociali si era già ottenuta, ho supposto che tu intendessi darmi buone speranze per la istituzione della Scuola di perfezionamento in studi coloniali e della Scuola di Archeologia. Nigro, tornando da Roma, mi ha detto di aver avuto da te notizie confortanti circa l'approvazione delle nostre proposte dei nuovi insegnamenti. Persisto nel ritenere che queste tue "anticipazioni" si riferiscano a queste nuove scuole, la cui istituzione ho raccomandato al Tuo autorevole patrocinio ed al Tuo affetto per l'Università di Catania. Ti sarei grato se Tu potessi confermarmi in questa mia supposizione. Nel caso, che veramente non vorrei ipotizzare, che la mia supposizione fosse erronea, Ti prego di volerti ancora impegnare per farla divenire in breve tempo esatta. L'idea di una scuola coloniale ad indirizzo politico-amministrativo anziché agrario, è tua! Io non ho fatto che attuarla per quanto era in me […]».

[2751] L'archivio contiene al riguardo alcune lettere, e minute di risposta, tra Zangara, Pietro De Francisci e Orazio Condorelli relative al concorso a cui partecipò Cesare Sanfilippo. Al riguardo, ancora Condorelli scrive a Zangara il 15 giugno 1939: «tu sai quale sia la situazione dei romanisti italiani, divisi in due scuole inconciliabilmente avverse che si combattono senza esclusioni di colpi, specialmente nei concorsi. La prevalenza necessaria di una delle due scuole nella composizione della Commissione, importa senz'altro l'esclusione di tutti i discepoli della scuola avversaria»; e gli chiede di adoperarsi per un bilanciamento delle componenti delle commissioni. Sul tema dei rapporti tra diritto romano e fascismo v., *e multis*, M. MIGLIETTA – G. SANTUCCI (a cura di), *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*, Università degli studi di Trento, 2009 (in particolare i saggi di C. CASCIONE, G. SANTUCCI, A. SOMMA).

[2752] Lettera di Salvatore Riccobono del 28 giugno 1939, a nome della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, con cui in previsione della pubblicazione, per il centenario della Società, di *Un secolo di progresso scientifico italiano: 1838-1939*, Roma, 1939, invita Zangara a svolgere il tema con riferimento al diritto costituzionale. L'impegno verrà però assolto da C.A. BIGGINI, *Il contributo italiano agli studi di diritto costituzionale, negli ultimi cento anni*.

[2753] *Trattato di diritto corporativo*, diretto da G. CHIARELLI, Milano, Società Editrice Libraria, 1939-1940. Chiarelli scrive infatti a Zangara il 6 gennaio 1939: «[…] Un giorno capiterà nelle mani di una Persona il Primo Trattato di Diritto Corporativo, e questa Persona afferrerà che manca una monografia sul Partito e l'ordine corporativo. Nessuno gli dirà la vera ragione della lacuna, ma questa peserà ugualmente sulla tua coscienza. Ricordati che mi bastano poche righe […]». In realtà Zangara non riuscì a contribuire al *Trattato* con un proprio scritto.

[2754] V. ZANGARA, *Giorgio Arcoleo*, Discorso tenuto a Caltagirone il 24 ottobre 1939, nelle *Celebrazioni siciliane*, promosse dalla Confederazione fascista dei professionisti e degli artisti, Urbino, R. Istituto del libro, 1939, Parte terza, p. 545. Per tale solenne circostanza, Giuseppe Menotti De Francesco chiede a Zangara (lettera del 3

ISSN 2279-7238

riconoscerne la precoce impostazione anti-formalistica - anzi di «realista del diritto» -, e il ruolo di precursore, «in attesa della Storia»[2755].

La rete delle sue relazioni si ramifica a tutto campo. Essa include, come già detto, un teorico "impegnato" come Sergio Panunzio, suo maestro negli anni di Perugia (dove Zangara era stato incaricato di Dottrina e politica sindacale e corporativa) e, sul piano metodologico, preso a modello dell'integrazione scientifica tra diritto e politica; nonché più giovani studiosi dell'ateneo catanese di altri versanti disciplinari, come Michele Giorgianni e Rosario Nicolò[2756]. In questa fase tra i suoi corrispondenti incontriamo Francesco Santoro Passarelli, che nel 1938 sollecita l'aiuto di Zangara per trasferirsi anch'egli a Roma[2757]; dal

dicembre 1938) di poter partecipare alle celebrazioni degli uomini illustri della Sicilia ordinate dal Duce; Zangara lo segnala a Pavolini affinché gli sia affidata la celebrazione di Angelo Maiorana.

[2755] V. ZANGARA, *Giorgio Arcoleo*, cit., pp. 562, 572.

[2756] Rosario Nicolò il 26 gennaio 1937: «[…] Ed ora una parola per le nostre cose. La tua meritatissima ascesa ci fa perdere a Catania quasi completamente la Tua presenza e non ci resta che il ricordo delle appassionate discussioni fatte insieme. Ed ora si dovrà provvedere con un supplente? Peccato, perché quest'anno ci sono altri due pubblicisti di valore che avrebbero formato con te un magnifico gruppo. Ora che sei arrivato in così alte sfere, la promessa del tuo libro sul Partito è ancora in vigore? Non ti dico che ti manderò il mio recente volume, perché capisco che hai tante altre cose da pensare. Ma se lo vuoi, c'è una copia pronta per te. […]».

[2757] Santoro Passarelli sollecita Zangara affinché ne agevoli il trasferimento a Roma, dapprima per impartire l'insegnamento di Legislazione del lavoro presso la Facoltà di Scienze politiche, disciplina «di straordinaria importanza» affidata a Giovanni Balella (allora direttore generale di Confindustria); poi quello di Istituzioni di diritto privato a Giurisprudenza al posto di Alfredo De Gregorio passato ad insegnare il Diritto industriale. Il 15 marzo 1938 Santoro gli scrive: «ho ricevuto e letto con vivissimo interesse il lavoro, di cui hai voluto farmi gradito dono. Mi sembra che il tuo studio metta nella sua vera luce la posizione e la funzione giuridica del P.N.F. e che la tua tesi sia più aderente alla realtà di quelle sostenute da altri valenti costituzionalisti, in particolare di quella di Donati. Sono convinto che gli sviluppi di quella tesi, e in particolare la precisazione del concetto di rappresentanza, siano per essere fruttuosissimi. Ti accludo, come d'intesa, un indice dei lavori più recenti relativi alla rappresentanza e ai fenomeni affini, e ti mando, con un altro, un mio lavoretto in cui il tema è trattato. Inutile dirti che sono a tua disposizione per quanto ancora possa occorrerti.
Ora […] mi permetto di interessarti di cosa, che mi sta straordinariamente a cuore. Sono in ruolo dal 1930, a Padova dal 1932 per il diritto civile, ordinario dal 1933. Ho quindi una discreta anzianità di carriera. La mia tessera porta la data 1° luglio 1928, ma a questa data passai nel Partito dal Guf di Roma, a cui avevo appartenuto per parecchi anni. A Roma c'è un insegnamento non affidato a un professore di ruolo e tuttavia di straordinaria importanza, quello di legislazione del lavoro. Questa materia è si complementare (mentre per la sua importanza dovrebbe essere fondamentale), ma è la prima materia complementare della Facoltà di scienze politiche ed è inoltre materia d'insegnamento anche nelle Facoltà di giurisprudenza e di economia. Come tu ben sai, la legislazione del lavoro è un ramo, recentemente staccatosi, del diritto civile. Di più io l'ho insegnata qui a Padova e ho anche pubblicato un corso di lezioni, largamente citato da coloro che ultimamente si sono occupati della materia (ad es., il recentissimo corso della Riva-Sanseverino). Non ci dovrebbero, pertanto, essere dubbi sulla mia idoneità e preparazione specifica all'insegnamento di cui si tratta; né sull'opportunità che esso, per la sua importanza, sia affidato a un professore di ruolo (a Firenze infatti è stato chiamato un professore di ruolo che è Renzo Ravà). Si tratterebbe di vincere due difficoltà: 1° la mancanza, forse, di posti di ruolo disponibili nella Facoltà di scienze politiche di Roma; 2° la verosimilmente fiera opposizione del potente [Giovanni] Balella, grande dignitario della….Confindustria, che ha da vari anni l'incarico di tale insegnamento. La prima difficoltà, se anche sussiste (non lo so), non dovrebbe essere insuperabile. Molti fatti, anche recentissimi, provano che c'è una certa elasticità nel numero dei posti di ruolo: è di ieri l'assegnazione di un altro posto di ruolo alla Facoltà giuridica di Napoli, al quale è stato chiamato Volpicelli. La seconda difficoltà non dovrebbe essere tale, perché, se si vuole, al Balella può essere dato un altro incarico […]».
In una successiva occasione, Santoro Passarelli chiede a Zangara, il 9 novembre 1938, di intervenire, «ma energicamente», affinché possa trasferirsi a Roma per assumere la cattedra di Istituzioni di diritto privato, comune alla Facoltà giuridica e a quella di Scienze politiche, avendola il titolare De Gregorio lasciata per passare

ISSN 2279-7238

canto suo Carlo Esposito, sempre nel '38, scrive a Zangara affinché intervenga per contenere l'espandersi a Padova del Diritto corporativo a scapito del costituzionale[2758], oppure per dolersi della chiamata a Pisa di Carlo Alberto Biggini[2759].

Tra le lettere di maggiore interesse devono tuttavia segnalarsi quelle inviategli dal suo maestro Luigi Rossi: nel 1939, per commentare il lavoro in preparazione di Zangara sulla rappresentanza istituzionale[2760], oppure – come anticipato - per fornirgli suggerimenti relativi all'inquadramento generale dello studio richiestogli da Riccobono[2761]; e prima, nel

---

all'insegnamento del Diritto industriale: «sono – è noto ai Colleghi privatisti di Roma – un insegnante efficace. Quanto al resto non spetta a me dirlo».

[2758] Esposito scrive il 1° novembre 1938: «Caro Zangara, ricevo notizia riservata che a Padova avrebbero intenzione di coprire la cattedra di diritto corporativo invece che quella di diritto costituzionale. Si continua così a ritenere che le due cattedre siano fungibili a tutto scapito del diritto costituzionale. Poiché a Padova le cattedre vacanti sono parecchie e già l'anno passato era stato deciso che un posto di ruolo nella Facoltà di Scienze Politiche fosse destinato al diritto corporativo, in realtà il provvedimento porta ad una ingiustificata soppressione del posto di ruolo di diritto costituzionale, più che a una sostituzione del costituzionale col corporativo. In tale condizione mi rivolgo a te, perché tu che sei l'unico autorevole difensore della nostra materia, voglia fare in modo che la Facoltà di Padova, come già quella di Pisa, sia avvertita che la cattedra di costituzionale è da ritenersi fondamentale e che essa merita, come il corporativo, che le sia destinato un posto di ruolo nelle principali Facoltà […]».

[2759] Lettera di Carlo Esposito del 1° dicembre 1938: «Caro Zangara, avrai saputo come a Pisa, contro ogni aspettativa, sia stato trasferito Biggini. Nel mio disappunto per questa imprevista soluzione mi conforta il pensiero che io ti abbia chiesto appoggio ben precisando che era mia convinzione che Biggini era fuori questione e che tu abbia chiaramente detto a quelli cui mi segnalavi che, se si fosse prospettata una soluzione Biggini, tu – data la tua posizione – dovevi essere perlomeno neutrale. La soluzione imprevista non urta perciò contro i tuoi espressi desideri (…)».

[2760] Luigi Rossi il 2 novembre 1939 «Caro Zangara sto leggendo le bozze, le quali mi confermano l'ottima impressione che già ne ebbi. Tuttavia desidererei farti qualche osservazione; e perciò ci vedremo a Roma al principio della prossima settimana. Comincerò dal titolo, che va benissimo, ma che è stato già usato da Esposito in un recente lavoro. Tu l'avevi preceduto; ma egli ti ha prevenuto. Dato ciò, sarebbe opportune pensare un altro titolo? Vedrai tu, e ne discorreremo a voce. […]». (Si tratta del volume di V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, 1939, cit., seguita da ID., *La rappresentanza istituzionale*, seconda edizione interamente rifatta e ampliata, Padova Cedam, 1952, e degli scritti con il medesimo titolo di C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, negli *Annali della R. Università di Macerata*, XI, (1937); ID., *La rappresentanza istituzionale*, negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1, Padova, Cedam, 1939, p. 303 ss. (poi anche in ID., *Scritti giuridici scelti*, II, *Teoria generale dello Stato e diritto costituzionale prerepubblicano*, Napoli, Jovene, 1999).

[2761] Luigi Rossi, 19 luglio 1939, scrive: «Caro Amico, prima di tutto sono lieto che le cose vadano bene cioè… secondo giustizia. Rispondo poi subito alla domanda che mi fai. In via riservata ti dirò che Riccobono era ricorso a me; ma io avevo rifiutato per il motivo che sento il bisogno di riposo assoluto, per un certo periodo di tempo. Ma tu sei fresco, e potrai far bene. Non ho dove rifarmi per darti qualche suggerimento: non ho qui nemmeno un libercolo da consultare! Forse però gli spunti che qui ti accenno non saranno malvagi. Si potrebbe, cioè, cominciare dal '48, con lo Statuto, sebbene non sia un secolo preciso. E allora vi sono i costituzionalisti preunitari, con Balbo, poi Casanova ecc., contro [il gruppo] sparuto dei clericali, il gesuita Topparelli, D'Ondes Reggio ecc. Non questi ma i costituzionalisti veri e propri sono indicati nel Corso del Romano, o in quello di Crosa o anche in principio del manuale del Miceli o dell'Arangio Ruiz; libri che può trovare nella biblioteca del nostro Istituto o nell'Alessandrina. Tali scrittori [hanno risentito] della fonte dottrinaria francese del Guizot, Pellegrino Rossi, Constant ecc., ma con riflessi degli storici inglesi della costituzione. Tuttavia questa tendenza scientifica ebbe una personalità sua perché fu meno astratta dei francesi e meno arida degli inglesi. Questo ciclo trova la sua maturazione nel Palma, meno personale ma più completo degli altri precedenti. Allora (come qualche tempo prima era avvenuto nel dir.o privato, soprattutto romano) cominciano, come ben sai, le direttive delle scuole giuridiche germaniche in d.o pubblico in genere e in d.o costituz. in specie. Con Orlando, e poi con Ranelletti, Santi Romano ecc., scuole (…) seguaci del metodo giuridico puro, arido, avulso dalla vita eccessivamente analitica

ISSN 2279-7238

1937, per chiederne l'intervento in merito al rilascio della tessera del P.N.F., rimasto in sospeso dopo la morte di Alfredo Rocco il quale se n'era fatto personalmente carico poiché Rossi era stato tra i firmatari del manifesto antifascista di Croce[2762].

Di significato particolare appare il rapporto di Zangara con Donato Donati, sul piano scientifico ed anche in relazione alle sorti di ciascuno, Donati avendo dovuto soggiacere all'umiliazione delle leggi razziali, e Zangara avendo poi affrontato il travaglio dell'epurazione.

Alcune lettere inviate dal professore di Padova al collega di Catania attestano le affinità culturali e la reciproca stima personale. Nel 1937 Donati invita Zangara a tenere una conferenza sul "Partito e le istituzioni fasciste" (che però non poté svolgersi)[2763]; e nel 1938 elogia la prolusione di Zangara, «per la correttezza del metodo e la piena conoscenza e padronanza della letteratura nostra e straniera anche più recente», e si compiace «della grande vicinanza e spesso identità del nostro pensiero, sia per quanto riguarda la natura del Capo del Governo di organo rappresentativo diretto del popolo e la sua posizione di organo direttivo esclusivo dello Stato anche nei confronti della Corona, sia per quanto riguarda il disvincolo del concetto di rappresentanza politica dall'elemento dell'elettività»[2764].

4. Il tornante del 1938

e minuziosa, ecc. E infine, dopo l'avvento del fascismo… ma qui inutile che io porti vasi a Samo, secondo l'antica frase, cioè che ti dia dei suggerimenti! […]»

[2762] Luigi Rossi, lettera "personale riservata" del 12 luglio 1937: «Egregio Collega, non so se il Rettore De Francisci Le abbia già consegnato la lettera che il compianto Rocco aveva inviato o intendeva inviare al Capo del Governo, come io Le avevo accennato. Ad ogni modo consenta ch'io Le faccia alcune brevi considerazioni. A me sembra che la lettera del Rocco sia decisiva nel senso che essa attesta che da molto tempo prima della data della lettera stessa (febbraio '34) il Rocco non ha voluto inoltrare le domande di iscrizione Rossi a [Arturo] Castelnuovo… perché prima avrebbe voluto assicurarsi che sarebbero state accettate, come lo furono quelle di altri firmatari del manifesto Croce. Dunque, la domanda esisteva, e in tempo più che utile. Questo è il punto capitale; perché allora la validità della domanda si può paragonare per lo meno a quella di Almagià e Festa, o a quella di Messineo, o a varie altre domande ammesse. Non mi pare poi necessario indagare quale seguito abbia avuto la lettera Rocco; probabilmente è rimasta sospesa; ma essa deve soltanto provare che la domanda era stata fatta in tempo debito».

[2763] Donati scrive a Zangara il 2 aprile 1937: «Caro Professore, avrà ricevuto la lettera ufficiale, che le ho inviato raccomandata a Catania, per significarle l'invito a tenere la conferenza su 'Partito e istituzioni fasciste' nel 'Corso di dottrina e attività fascista per stranieri' presso questa Facoltà. Vengo a pregarla di comunicarmi al più presto la Sua adesione riguardo alla data fissata, che, come Le ho scritto in quella lettera, è mercoledì, 5 maggio, ore 10. Mi compiaccio per la prospettiva di rivederla a Padova per circostanza così importante […]". Il 13 aprile, tuttavia, Zangara declina l'invito, pur dicendosene lusingato: «il lavoro e gli impegni del mio Ufficio non mi consentono di tenere la conferenza su "partito e istituzioni fasciste».

[2764] Lettera di Donati a Zangara del 15 marzo 1938: «Caro professore, avevo già letto nella Rivista la sua prolusione, della quale ho riportato impressione assai favorevole. Ho anzitutto apprezzato la correttezza del metodo e la piena conoscenza e padronanza della letteratura nostra e straniera anche più recente. Nella sostanza sono compiaciuto della grande vicinanza e spesso identità del nostro pensiero, sia per quanto riguarda la natura del Capo del Governo di organo rappresentativo diretto del popolo e la sua posizione di organo direttivo esclusivo dello Stato anche nei confronti della Corona, sia per quanto riguarda il disvincolo del concetto di rappresentanza politico dall'elemento dell'elettività. La tesi centrale in ordine alla natura e alla funzione del P.N.F. è di grande rilievo e si collega felicemente coi capisaldi del Regime Fascista. Rispetto al quale Le faccio altresì merito di avere riaffermato con particolare energia ed evidenza il principio basilare dello Stato sovrano.[…] ».

ISSN 2279-7238

L'anno 1938 si inaugura, nella vita di Zangara, con la prolusione alla Sapienza del 27 gennaio. E' l'anno della legislazione antiebraica, introdotta in Italia tra luglio e novembre.

La spirale è nota: preceduto da un'efficace campagna di stampa, il 15 luglio viene diffuso il "manifesto" degli scienziati razzisti, poi pubblicato il 5 agosto nel primo numero de *La difesa della razza*, mentre il 22 agosto divengono noti i risultati del censimento degli ebrei presenti in Italia, avviato senza clamore mesi prima. Il 5 settembre si dispone l'espulsione degli ebrei da tutte le scuole del regno[2765]; si istituisce presso il Ministero dell'Interno la Direzione generale per la Demografia e la Razza (la cosiddetta *Demorazza*)[2766]; il 7 settembre viene intimato agli ebrei stranieri di lasciare entro sei mesi i territori del regno, della Libia e dell'Egeo[2767]; il 23 settembre si istituiscono le scuole elementari riservate agli ebrei[2768]. Approvata il 6 ottobre dal Gran Consiglio del fascismo la *Dichiarazione sulla razza* [2769], il 17 novembre si adottano i *Provvedimenti per la difesa della razza italiana* [2770] e li si pongono a base della successiva legislazione antiebraica[2771].

L'avvio delle leggi razziali riguardò quindi un ambito, la scuola, prossimo agli interessi di Zangara: se n'era occupato in qualità di Consigliere nella Camera dei fasci e delle corporazioni, non avendovi anzi avuto altro ruolo se non quello di relatore di progetti di legge su aspetti particolari dell'ordinamento scolastico del regime; in quel campo ricopriva altri incarichi nelle organizzazioni satelliti del Partito; e nel dopoguerra avrebbe dedicato alcune sue opere alla libertà di insegnamento.

Il famigerato decreto del 17 novembre aveva inoltre istituito presso il Ministero dell'Interno alcune commissioni tra cui quella, presieduta da Buffarini Guidi, incaricata di valutare le "speciali benemerenze" dal cui riconoscimento - del tutto discrezionale - poteva dipendere la sorte di quanti avessero fatto domanda di discriminazione (ovvero di parziale

---

[2765] R.D. 5 settembre 1938, n. 1390, *Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista* (G.U. 13 settembre 1938, n. 209); convertito senza modifiche nella L. 5 gennaio 1939, n. 99 (G.U. 7 febbraio 1939, n. 31). In novembre si provvede al coordinamento delle disposizioni emanate in materia scolastica con il R.D. 15 novembre 1938, n. 1779, *Integrazione e coordinamento in unico testo delle norme già emanate per la difesa della razza nella Scuola italiana* (G.U. 29 novembre 1938, n. 272), convertito, senza modifiche, nella L. 5 gennaio 1938 n. 98 (G.U. 7 febbraio 1939, n. 31).

[2766] R.D. 5 settembre 1938, n. 1531, *Trasformazione dell'Ufficio centrale demografico in Direzione generale per la demografia e la razza* (G.U. 7 ottobre 1938, n. 230). Contestuale fu l'Istituzione, presso il Ministero dell'Interno, del Consiglio superiore per la demografia e al razza, con il R.D. 5 settembre 1539 (G.U. 8 ottobre 1938, n. 231), convertito nella L. 5 gennaio 1939, n. 26 (G.U. 30 gennaio 1939, n. 24).

[2767] R.D. 7 settembre 1938, n. 1381, *Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri* (G.U. 12 settembre 1938, n. 208), non convertito in legge ma in larga parte trasposto nel R.D. n. 1728 dello stesso anno.

[2768] R.D. 23 settembre 1938, n. 1630, *Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica* (G.U. 25 ottobre 1038, n. 245), convertito, senza modifiche, nella L. 5 gennaio 1039, n. 94 (G.U. 7 febbraio 1939, n. 31).

[2769] Pubblicata sul Foglio d'ordine del P.N.F. il 26 ottobre 1938.

[2770] R.D. 17 novembre 1938, n. 1728, *Provvedimenti per la difesa della razza italiana* (G.U. 19 novembre 1938, n. 264), convertito senza modifiche nella L. 5 gennaio 1939, n. 274 (G.U. 27 febbraio 1939, n. 48)

[2771] Sulla politica razziale del fascismo (e sulle "lezioni per il futuro"), v. da ultimo il volume collettaneo a cura di G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH, *Leggi razziali. Passato/presente*, Roma, TrEpress, 2015.

ISSN 2279-7238

esenzione dall'applicazione della legislazione antiebraica) [2772]. Un aspetto non documentato dalle sue carte personali, ma che si attinge da altre fonti, è quello della designazione di Zangara a farne parte in qualità di vice Segretario del Partito[2773].

Di questa legislazione, delle sue premesse, e di reazioni ad essa non v'è traccia nelle carte di Zangara, per quell'anno riferite solamente agli eventi salienti della carriera accademica e del cerimoniale di regime. Per tale ragione l'archivio non offre al riguardo elementi utili di indagine; a meno che lo stesso silenzio non voglia intendersi come il "colore degli avvenimenti"[2774].

Certo è che Zangara perde il contatto con il suo mondo e si spoglia di ogni responsabilità politico-amministrativa per effetto e dal momento della decadenza dalla carica di membro del Direttorio del P.N.F. [2775], disposta d'improvviso da Mussolini il 7 novembre 1939 per ragioni non compiutamente tramandate dai documenti, ma da riferirsi al contesto politico determinatosi con il passaggio dalla segreteria politica di Starace a quella di Muti e all'opera di "moralizzazione" del partito che se ne volle far seguire[2776].

Al ritiro della tessera seguirono a cascata la cessazione dalle altre cariche [2777] nonché l'allontanamento dalla Sapienza con il trasferimento d'autorità all'Università di Modena, ma

---

[2772] R.D. 17 novembre 1938, n. 1728, cit., art. 16: «Per la valutazione delle speciali benemerenze di cui all'articolo 14 lett. b) n. 6, è istituita, presso il Ministero dell'interno, una Commissione composta del Sottosegretario di Stato all'interno, che la presiede, di un Vice Segretario del Partito Nazionale Fascista e del Capo di Stato Maggiore della Milizia Volontaria Sicurezza Nazionale». La costituzione della Commissione faceva seguito alla *Trasformazione dell'Ufficio centrale demografico in Direzione generale per la demografia e la razza* (Demorazza) disposta dal R.D. 5 settembre 1938, n. 1531.

[2773] La commissione abilitata a concedere «benemerenze eccezionali» era composta dal sottosegretario di stato Guido Buffarini Guidi, da un vice segretario del P.N.F., Vincenzo Zangara, dal capo della Milizia, generale Luigi Russo, e dal direttore della Demorazza, Antonio Le Pera. Zangara tuttavia figura talvolta come membro supplente, in alternanza con l'altro vice segretario del partito, Adelchi Serena. Sull'attività della commissione incaricata di valutare le «speciali benemerenze» v. S. GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva Mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 243 ss.; v. anche S. BIANCONI, *La legislazione razzista in Italia e in Europa*, Roma, Aracne, 2009, p. 124 ss.

[2774] Mutuo l'espressione da M. DE SMEDT, *Elogio del silenzio*, Paoline ed., Milano, 2003, p. 6.

[2775] Assieme a Dino Gardini, Giorgio Suppiej, Biagio Vecchioni, Salvatore Gatto.

[2776] L'allontanamento di Zangara coincide con la fine dello "staracismo", inteso come ideologia e politica del partito caratterizzata «da una ipertrofia organizzativa e burocratica, dal formalismo militaresco e dalla ossessionante pignoleria della "riforma del costume"»; una «liturgia fascista» che, se poteva screditare l'immagine del partito, d'altra parte con la sua «invadenza crescente nel partito nella società e nello Stato, aveva allarmato […] gli altri potenti del regime, i quali, vedendo crescere oltre misura il potere del segretario del partito, si affrettarono a minare, con ogni sorta di insinuazioni e di accuse politiche e personali, vere o false, la fiducia che il duce aveva riposto per anni nel suo "fedele mastino"»: E. GENTILE, *La via italiana la totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Carocci, Roma, 2018, 230.

[2777] Il 7 novembre 1939, il nuovo Segretario del Partito Ettore Muti (subentrato ad Achille Starace), notifica a Zangara: «Presi gli ordini dal Duce, ti esonero dall'incarico di componente del Direttorio Nazionale del P.N.F. Sono perfettamente a conoscenza dell'opera fattiva e intelligente che hai svolta. Ti esprimo, perciò, il mio schietto ringraziamento». Il 9 novembre 1939 Muti lo esonera altresì dall'incarico di fiduciario nazionale della sezione professori e assistenti universitari dell'Associazione fascista della scuola. Il 30 novembre 1939 gli è notificata la decadenza dalla carica di Consigliere della Camera dei fasci e delle corporazioni, quale conseguenza della cessazione di quello di componente del Direttorio. Con il foglio di disposizioni n. 63 del 21 gennaio 1940, il

ISSN 2279-7238

senza l'insegnamento e con il compito di condurre «studi speciali». Il brusco cambiamento indotto dal "cambio della guardia" [2778] ai vertici del partito pose dunque Zangara in una condizione di isolamento, senza peraltro che egli avesse rinunciato, anche più tardi, alla speranza di essere riammesso nei ranghi.[2779]

5. "*Un perfetto dormiente*"

Il fascicolo più corposo dell'archivio è quello intitolato ai "processi", che raccoglie i documenti riferiti sia al procedimento penale sia a quello di epurazione ai quali fu sottoposto Zangara tra il 1945 e il 1948[2780]. Le carte, in questo caso, rivestono interesse per il tema

Segretario del Partito gli infligge il provvedimento del ritiro della tessera, «perché, nell'esercizio delle funzioni che gli derivavano dalla sua carica politica, si rendeva immeritevole di militare nei ranghi del P.N.F.» Il 31 marzo 1940 Zangara è sostituito anche nel consiglio di amministrazione della casa editrice Zanichelli.

[2778] Il 1° novembre 1939 Zangara è registrato nell'anticamera in attesa di essere ricevuto da Mussolini. Il successivo 7 novembre, egli invia un telegramma al Duce: «Nel momento del cambio della guardia vi esprimo la mia più viva riconoscenza per avermi consentito di servirvi nelle gerarchie del partito come vi servirò da fedele camicia nera nei ranghi». ACS, Segreteria particolare del Duce, carteggio ordinario 1922-1943, b. 2114, f. 538649.

[2779] E' d'interesse, a questo riguardo, la lettera che Zangara indirizza a Mussolini il 22 giugno 1942:
«Duce, il mattino del 26 gennaio 1940 – XVIII E.F., appresi, dai giornali, che il Segretario del Partito aveva adottato, nei miei riguardi, il provvedimento del ritiro della tessera. Chiesi subito, per iscritto, al Segretario del P.N.F., che volesse disporre che mi fossero contestati gli addebiti mossimi, in modo che io potessi difendermi dalle eventuali accuse. La mia richiesta rimase senza risposta. Mi consta che, dopo il provvedimento del Partito, il Ministro dell'Educazione Nazionale dispose un'inchiesta per accertare la regolarità della mia posizione universitaria e mi consta che l'inchiesta ebbe un esito a me pienamente favorevole. So che anche il Ministero della Guerra espletò altra inchiesta: anche questa riuscì a me assolutamente favorevole. Avvenuto il cambio della guardia al Partito, il Segretario Serena, dopo quasi un anno, fece esaminare da una Commissione la mia posizione. La Commissione fu composta dal Vice segretario del P.N.F. Gaetani – attualmente Prefetto di Firenze, dal capo di Stato Maggiore della Milizia Galbiati e dall'Eccellenza Riccardo Del Giudice, Sottosegretario di Stato per l'Educazione Nazionale (quest'ultimo fu chiamato a farne parte data la mia condizione di Professore Ordinario dell'Ordine Universitario). Ho ragione di ritenere che anche le conclusioni di tale Commissione mi siano state pienamente favorevoli. La Commissione concluse i suoi lavori nell'ottobre del 1941-XIX. Da allora non ho più avuto notizia alcuna. Io non starò ad infastidirVi dicendoVi come, naturalmente, il provvedimento del P.N.F. adottato nei miei riguardi senza osservare lo Statuto del Partito, mi abbia crudamente ferito nei miei supremi interessi ideali e come sia stato duramente mortificato il mio sentimento di milite della Rivoluzione, servita nei ranghi e nelle gerarchie con assoluta purezza di fede. Vi dirò solamente che ho subito il grave danno del provvedimento del Partito in disciplina silenziosa. Voi avete posto la Giustizia – "base dei regni" – a fondamenti e a garanzia dello svolgimento della vita della collettività e degli individui. Anche recentemente avete affermato essere l'amministrazione della Giustizia "veramente sacra": tanto più sacra quanto più alti – come quelli ideali – siano gli interessi da salvaguardare. E' perciò che mi rivolgo a Voi, Duce, invocando quella Giustizia che è propria della Vostra umanità». Il foglio riporta un'annotazione di Mussolini del 26 giugno: «d'ordine: segnalare al Partito, dicendo che il Duce non si è pronunciato». ACS, Segreteria particolare del Duce, carteggio ordinario 1922-1943, b. 2114, f. 538649.

[2780] In sede penale vengono contestati a Zangara i reati connessi al mantenimento del regime fascista e a vantaggi indebitamente conseguiti nell'esercizio delle cariche di partito. Peraltro, egli si era sottoposto al processo - dopo essere stato ristretto in carcere per 9 mesi - avendo rinunciato all'amnistia che era nel frattempo intervenuta: la notizia si trae da A. BARBERA, *op. loc. cit.*

ISSN 2279-7238

storiografico delle responsabilità degli intellettuali dinanzi al fascismo, e in particolare per gli studi sui rapporti tra il fascismo e il ceto dei giuristi[2781].

E' risaputo, a tal proposito, come già immediatamente dopo la caduta del regime avesse preso a diffondersi un'immagine dei giuristi «esenti da responsabilità quali figure in sé estranee alla politica […] depositari di una scienza fatta di concettualizzazioni tecniche e quindi essenzialmente spettatori rimasti a guardare»[2782]; ovvero, una presa di distanza dalla conclusa esperienza del regime che poteva declinarsi in forme e gradi diversi in relazione ai trascorsi particolari di ciascuno, avendo tuttavia a denominatore comune, e quale generale esimente, la rivendicata essenza tecnica del ruolo del giurista e del suo metodo[2783]. Sotto questo profilo, il caso di Zangara assume connotati particolari in ragione delle cariche ricoperte, della "doppia epurazione"[2784] che ne seguì e per lo scrutinio a cui, nel secondo dei *due tempi* [2785], venne sottoposta la sua opera se non la sua stessa identità di giurista, quale doveva connotarsi in base al metodo suo proprio.

Nel suo sviluppo, la vicenda processuale penale s'impernia sull'individuazione dell'elemento oggettivo dei reati contemplati dalla legge sulle sanzioni contro il fascismo[2786], e nello stabilire se Zangara avesse commesso "atti rilevanti" per il mantenimento del regime; ma essa lascia trasparire la difficoltà di fondo di tracciare una linea di confine tra cultura militante e politica totalitaria al fine di accertare le responsabilità dei protagonisti culturali

---

[2781] Nella vastissima bibliografia, possono qui richiamarsi almeno A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. MAZZACANE, Nomos, Baden-Baden 2002; A. SOMMA, *Alle origini della Repubblica italiana. Cultura liberale e rimozione dell'esperienza fascista*, nei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVIII (2008); M. CAVINA (a cura di), *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Bologna, Clueb, 2014; G. SPECIALE (a cura di), *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza diritto esperienze*, Bologna, Pàtron Ed., 2013.

[2782] I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, Roma TrE-press, 2015, p. 10. Nell'ampia bibliografia sul tema v., tra gli altri, E. DE CRISTOFARO, *Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla repubblica (1940-1948)*, in *Laboratore italien*, 2012, n. 12, p. 63 ss.; F. LANCHESTER, *La tradizione giuspubblicistica a "la Sapienza"*, in *Nomos – le attualità del diritto*, 2013, n. 2.

[2783] E' di particolare interesse, sotto questo profilo – anche come termine di paragone rispetto alla vicenda di Zangara -, la posizione di Costantino Mortati quale fu da lui espressa nel *memorandum* inviato a Scelba il 26 dicembre 1944, in prospettiva della sua iscrizione alla Democrazia Cristiana e in replica alle contestazioni mossegli con riferimento ad alcuni passi di suoi scritti precedenti, di cui veniva in questione il contenuto politico affine al passato regime, oppure propriamente giuridico in virtù del metodo utilizzato. Al riguardo v. F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2018, 2, p. 9; sulla lettera di Mortati può altresì vedersi, se utile, R. D'ORAZIO, *L'Archivio Mortati: prime considerazioni*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Milano, Cedam – Wolters Kluwer, 2017, p. 243 ss.

[2784] Cfr. F. PELINI – I. PAVAN, *La doppia epurazione. L'Università di Pisa e le leggi razziali tra guerra e dopoguerra*, Bologna, Il Mulino, 2009.

[2785] Due fasi della vita pubblica e personale che, per i diversi percorsi e per la differenza di età di vent'anni, collimavano solo in parte con quelle sperimentate da G. PERTICONE, *Due tempi. Note e ricordi di un contemporaneo*, Torino, Einaudi, 1944.

[2786] D. Lgs. Lgt. 27 luglio 1944, n. 159 (G.U. 29 luglio 1944, n. 41).

ISSN 2279-7238

del regime e di soppesare, nell'ambito di quel ruolo, la rilevanza del pensiero e delle azioni[2787].

Il caso di Zangara si concluderà il 26 settembre 1946 con l'assoluzione per l'insussistenza dei fatti pronunciata dalla Corte di Assise di Roma, ritenendosi in motivazione che l'assunzione di cariche, anche elevate, nella gerarchia del regime non poteva essere di per sé considerato come atto rilevante. Per valutare la rilevanza della condotta sanzionata dovevano piuttosto considerarsi l'effettiva natura della carica ricoperta, il modo di esercizio della stessa, gli effetti politici, le circostanze particolari e gli avvenimenti ai quali si avesse preso parte durante la permanenza in essa.

Applicando tali criteri, la Corte giunge alle sue conclusioni con esiti di valenza perfino denigratoria nei confronti di Zangara, la cui strategia difensiva, peraltro, si era impegnata a minimizzarne il ruolo e l'operato. La Corte riconosce infatti che, «nell'esercizio delle sue diverse cariche, egli mai niente d'altro fece all'infuori di seguire la più insignificante, inconcludente e potrebbe dirsi burocratica routine senza mai lasciare alcuna traccia del proprio passaggio che si elevasse al di sopra di ciò che costituiva l'apparato esteriore e

---

[2787] La fase istruttoria si era conclusa, 14 agosto 1945, con sentenza di proscioglimento per Zangara, a conclusione di un procedimento in cui il giudice istruttore si era concentrato sulle tre pubblicazioni indicate nel capo di accusa (si tratta di *I sindacati e lo Stato* , di *Rivoluzione Sindacale* e de *Il Partito e lo Stato*): «orbene in proposito a tali tre pubblicazioni», afferma il giudice, «è facile osservare che mentre le prime due non riguardano altro che argomenti di carattere sindacale-corporativo, la terza non costituisce altro che la esposizione delle norme costitutive del partito fascista e delle principali questioni (che furono dibattute e decise in quel tempo oltre che dalla dottrina anche dalla giurisprudenza), circa la natura giuridica dello statuto del p.n.f. e della Carta del Lavoro. […] Ciò posto, poiché non è emerso in alcun modo che lo Zangara abbia, attraverso le sue pubblicazioni di natura esclusivamente dottrinaria, esposto progetti o programmi che comunque incidessero sulla vita politica del fascismo o fornissero al regime elementi per rafforzare la sua struttura e il suo vigore, evidentemente non si può ravvisare in tala attività pubblicistica il requisito voluto dalla legge per la sussistenza del reato contestato» .

L'Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo presenta tuttavia appello contro il proscioglimento, e chiede, il 3 settembre 1945, il rinvio a giudizio di Zangara dinanzi alla Corte di Assise di Roma, esponendo i motivi. Si argomentava, in particolare, che il giudice istruttore avesse erroneamente valutato i capi di imputazione mossi in base alle disposizioni legislative in materia di sanzioni contro il fascismo (art. 3 D. l. lgt. 27 luglio 1944, n. 159). Il giudice istruttore aveva infatti ritenuto che Zangara si fosse limitato ad occuparsi «essenzialmente degli istituti del regime fascista, dal punto di vista giuridico e teorico», e che i suoi scritti dunque «non contenevano "esposizione di progetti e programmi" che comunque incidessero sulla vita politica del fascismo e fornissero al regime elementi per rafforzare la sua struttura e il suo vigore». Ma, secondo l'accusa, era «evidente l'errore in cui è incorso il giudice, ritenendo che atto rilevante sia quello e soltanto quello che si indirizza ad un obiettivo pratico e immediato: quasi che l'insegnamento teorico e pseudo-scientifico – mediante il quale una coscienza asservita intende al traviamento di altre giovani coscienze – non avesse quella potenzialità di danno che è alla base della incriminazione. E' certo che, fra i tutti i coefficienti per cui la tirannide poté fiorire e resistere, il più importante fu proprio quello della formazione mentale della nuova generazione attraverso l'insegnamento se si ritenga che a tale educazione contribuì la lusinga della pseudo-scienza, banditrice del nuovo verbo, e fanatizzatrice dei buoni e dei cattivi più che la predicazione violenta, atta soltanto alla conquista di una minoranza di peggiori. Per citare una sola delle pubblicazioni dello Zangara» – prosegue il rappresentante dell'accusa - «è interessante notare come, nel suo libro "Il partito e lo Stato", la dottrina del partito unico, espressione legittima della dittatura di una "classe sociale" (rappresentata dal partito stesso), il mito della insostituibilità del capo, e tutti gli altri presupposti del mantenimento della tirannide, abbiano trovato una trattazione dialettica e, per così dire, sistematica, che tende ad imporsi alle menti inesperte e non sufficientemente capaci di valutazione critica. Ai fini della legge, tale attività è qualcosa di ben più rilevante che non quella dell'esporre (come accenna il giudice istruttore) iniziative e programmi di azione pratica, giacché essa vale a promuovere nei giovani l'attitudine all'accettazione preventiva di tutte le iniziative e di tutti i programmi, come emanazione della verità rivelata».

ISSN 2279-7238

meramente rappresentativo delle cariche medesime». In sede istruttoria infatti non «era riuscito prima di sapere che l'imputato avesse compiuto nulla, non dicesi di eccezionale, ma che avesse una benché minima importanza politica, sia come segretario della federazione di Catania sia a Roma come vicesegretario del partito (carica da lui tenuta al tempo della reggenza di Starace, e da costui resa vuota da ogni efficienza), sia come componente il direttorio dello stesso partito, sia come consigliere nazionale […]».

In altri termini, «le emergenze processuali porta[ro]no ad affermare con piena sicurezza che lo Zangara [era stato] sempre *un perfetto dormiente*», scevro da responsabilità penali in ragione della stessa ininfluenza del proprio ruolo e delle relative modalità di esercizio[2788].

Il medesimo esito avrà il procedimento di epurazione[2789].

[2788] Corte di Assise di Roma, I Sezione speciale, presieduta da Arturo Erra, sentenza 26 settembre 1946. Su richiesta del rappresentante del Pubblico Ministero, Ugo Guarnera, la Corte pronuncia l'assoluzione di Zangara per non sussistere i fatti, motivando che l'assunzione di cariche anche elevate nella gerarchia del regime non poteva essere considerato, ai fini della legge, come atto rilevante per il mantenimento in vigore del regime medesimo: «In sé e per sé considerata, e sempre s'intende in rapporto alla nozione del delitto in esame, l'assunzione della carica è priva di significato. Occorre invece esaminare, come è stato autorevolmente ritenuto, di volta in volta e congiuntamente, la natura della carica coperta, il modo di esercizio della stessa, gli effetti politici di tale esercizio, le circostanze particolari che lo hanno accompagnato e gli avvenimenti cui si è preso parte durante la permanenza in carica. Ora non v'ha dubbio che nel caso in oggetto non può concludere che a un risultato negativo dato che le emergenze processuali portano ad affermare con piena sicurezza che lo Zangara fu sempre un perfetto dormiente, nel senso che, nell'esercizio delle sue diverse cariche, egli mai niente d'altro fece all'infuori di seguire la più insignificante, inconcludente e potrebbe dirsi burocratica routine senza mai lasciare alcuna traccia del proprio passaggio che si elevasse al di sopra di ciò che costituiva l'apparato esteriore e meramente rappresentativo delle cariche medesime. Non si vuole certo mancargli di riguardo dicendo che ogni fu soltanto una larva, un nome vuoto, cioè in sostanza uno dei tanti fantocci di cui il regime si serviva (in difetto di meglio e di peggio e salvo a buttarli via alla prima occasione) per tenere in piedi, in un modo qualunque, quella che potrebbe essere definita la sua macchina teatrale». «A nessuno infatti (e lo confermano tutte le indagini condotte ai fini del processo attuale) era riuscito prima di sapere che l'imputato avesse compiuto nulla, non dicesi di eccezionale, ma che avesse una benché minima e importanza politica, sia come segretario della federazione di Catania sia a Roma come vicesegretario del partito (carica da lui tenuta al tempo della reggenza di Starace, e da costui resa vuota da ogni efficienza), sia come componente il direttorio dello stesso partito, sia come consigliere nazionale, nella quale funzione al di là delle consuete manifestazioni di entusiastico omaggio al capo tutta la sua attività si esaurì nel partecipare alla discussione su un progetto di legge per la protezione del paesaggio e nell'essere il relatore di due disegni di legge riguardante le accademie e i collegi della gioventù del littorio, relazioni queste due ultime che non valevano molto di più dell'attiva propaganda che dicesi fatta dallo Zangara al tempo del federalato catanese per l'abolizione della stretta di mano».

[2789] Il procedimento di epurazione era stato sospeso in attesa della definizione del procedimento penale concernente alcuni dei medesimi addebiti. Pronunciata la sentenza di proscioglimento, alla ripresa del procedimento epurativo Zangara si difende sostenendo di essere stato «sempre alieno da ogni faziosità» e di non aver mai «recato danno ad antifascisti» e di avere anzi «politicamente danneggiato alcuni fascisti». Egli ricostruisce il suo percorso: «Nel gennaio 1940 mi fu tolta improvvisamente la tessera del partito perché ero venuto in contrasto col direttorio nazionale o meglio perché Filippo Anfuso col quale ero in contrasto per motivi personali approfittò della mia situazione politica in quel momento minorata, per ottenere il mio allontanamento dai ranghi del partito. Contemporaneamente e sempre in conseguenza della mia situazione politica dovetti aderire al trasferimento da Roma a Modena ed accettare l'incarico generico di studi speciali essendomi inibito di insegnare perché privo della tessera fascista. Ho diretto la rivista il Primato ma era una rivista a carattere tecnico sindacale; e lo stesso carattere ebbe la mia collaborazione a riviste e giornali […]». La Commissione prende atto dell'assoluzione penale e, benché i fatti oggetto di giudizio siano gli stessi contestati in quella sede, ritiene suo compito valutare i fatti in modo diverso, ossia non «sotto il profilo giuridico e nei riflessi della legge penale» ma «sotto un profilo politico-amministrativo». Su questo piano, la Commissione lascia cadere le «accuse di faziosità», ma non dubita che «il prof. Zangara abbia svolto una cospicua attività politica […], solo che si pensi al numero e

ISSN 2279-7238

Difeso dall'avvocato Alfredo Occhiuto[2790], in questo procedimento Zangara può valersi anche della testimonianza di Vittorio Emanuele Orlando, il quale in una lettera sollecita dal difensore esclude – pur nella delicatezza della questione – che Zangara in ragione dei suoi scritti potesse ascriversi «ad una scuola estremistica, nel senso fascistico dell'espressione», e ne riconosce la provenienza «dalle scuole di diritto pubblico che si ispiravano agli insegnamenti dei vecchi maestri, tra cui [lui]», da cui egli «aveva tratto una mentalità metodica, cui sostanzialmente restò fedele»[2791].

Analoga attestazione nel 1945 è inviata a Zangara da Donati, il quale, membro della commissione di concorso che a suo tempo lo aveva giudicato, ne richiama la positiva valutazione espressa sulla monografia, non ritenendo «corretto di poter formulare ora un particolare giudizio individuale» e pur confermando il proprio apprezzamento per la prolusione romana[2792].

---

specialmente alla qualità delle cariche occupate non propriamente al servizio dello Stato, ma la servizio del partito fascista». Secondo l'accusa, lo stesso allontanamento dal partito «ma anche dall'insegnamento», a decorrere dal gennaio 1940, aveva avuto motivazione «in contrasti di carattere personale con alcuni esponenti del fascismo» – come lo stesso Zangara aveva dichiarato – senza «che ciò [fosse] avvenuto a seguito di un suo effettivo e diverso orientamento politico tale che possa far considerare pienamente riscattati i suoi precedenti politici di alto gerarca fascista». Inoltre, « a complemento della sua attività politica stanno gli scritti (…), i quali per quanto abbiano un contenuto prevalentemente sindacale, stanno tuttavia a dimostrare il contributo dell'autore all'attuazione delle ideologie fasciste».

[2790] La difesa dell'Autore di *Rivoluzione sindacale* fu infatti assunta dall'avv. Alfredo Occhiuto, il quale, di ascendenza azionista, poteva derivare la propria autorevolezza dall'essere stato in precedenza giudice istruttore, espulso dalla magistratura per l'eccessivo zelo posto nelle indagini per il delitto Matteotti, e tra i protagonisti dell'associazionismo giudiziario (fu infatti tra i fondatori dell'AGMI - Associazione tra i magistrati d'Italia, scioltasi nel 1925, prima di essere soppressa in applicazione della "legge Rocco", n. 523 del 1926).

[2791] E' nel faldone "processuale" dell'Archivio la lettera di Orlando ad Occhiuto, che assieme a Guido Lais aveva assunto la difesa di Zangara nel procedimento promosso dall'Alto commissariato:
«Caro collega ed amico, ricevo la lettera Sua di ieri, con cui, in sostanza, Ella desidera un mio giudizio su questo punto, il cui carattere è prevalentemente d'ordine scientifico e giuridico: e cioè se io creda che in quella fioritura, avvenuta in Italia, di una letteratura gius-pubblicistica, tendente alla difesa e alla diffusione delle dottrine del fascismo, gli scritti dello Zangara possano assegnare l'autore ad una scuola estremistica, nel senso fascistico dell'espressione.
Si tratta di una questione delicata e difficile, poiché occorrerebbe disporre di un criterio misuratore da riferirsi ad una unità ideale che non può obiettivamente determinarsi.
Ciò malgrado, se io considero che in quella letteratura si formarono tendenze le quali le idee del fascismo esaltavano in guisa da farne il segno di un rinnovamento politico e sociale quasi messianico, a questa tendenza io escludo che lo Zangara possa essere compreso. Lo Zangara che, come io dissi in una mia deposizione, proveniva dalle scuole di diritto pubblico che si ispiravano agli insegnamenti dei vecchi maestri, tra cui me, ne aveva tratto una mentalità metodica, cui sostanzialmente restò fedele. In altri termini, pare a me che egli sia appartenuto a quelle scuole (tra cui si annoverano nomi che furono molto onorati nell'epoca antecedente al fascismo) le quali si sforzavano di mantenere un nesso istituzionale e, in ogni caso, metodico con quella era stata la scienza giuridica di diritto pubblico, dominante nel periodo dello Stato nazionale liberale.
Ella intende, caro collega e amico, come io non possa attardarmi su sviluppi e riferimenti bibliografici tendenti a dare un riscontro analitico al giudizio dianzi espresso; e, del resto, la sua lettera non richiedeva tale sforzo, verso il quale – a parte ogni altra considerazione – io non mi sento particolarmente adatto». Sul significato della lettera di Orlando relativa alla vicenda Zangara nel quadro della transizione costituzionale (e dei costituzionalisti), v. F. *Lanchester*, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla repubblica*, cit., p. 2 s.

[2792] Scrive Donati a Zangara il 6 ottobre 1945: «Ricevo la Sua lettera da Roma in data 28 settembre e circa la dichiarazione richiestami nel senso che il Suo libro "Il partito e lo Stato" costituisce una trattazione scientifica condotta con metodo giuridico. Le faccio presente che tale valutazione è espressa nell'unanime giudizio della

ISSN 2279-7238

Il procedimento di epurazione nei confronti di Zangara è infine dichiarato estinto dal Consiglio di Stato nel marzo del 1948[2793].

6. Traversie epurative di un libro giuridico

Lo svolgersi del procedimento penale comportò un esame delle pubblicazioni dell'imputato, ora messo alle prese con recensioni delle sue opere ben diverse da quelle cui era stato avvezzo. La Corte di Assise procede infatti all'esame della sussistenza del reato in relazione ad alcuni suoi scritti, dei quali, nella prospettiva giudiziaria, vengono in questione l'effettiva sussistenza del metodo e del contenuto giuridico, e il grado di diffusione, ovvero di potenzialità dannosa[2794].

A questo riguardo, dopo aver liquidato gli articoli di natura giornalistica, perlopiù rimasti avvolti «dall'assoluto silenzio e dalla dimenticanza»[2795], la Corte si rivolge «agli scritti di argomento politico-sindacale», e li considera come «pubblicazioni di natura giuridica, aventi se non un valore, per lo meno un intento e delle pretese scientifiche, e quindi destinate soltanto ad un ristretto pubblico di cultori delle discipline giuspubblicistiche, nonché elaborate al fine preciso di servire al loro autore quali titoli per intraprendere e percorrere la carriera dell'insegnamento universitario, circostanze queste che, indipendentemente e anche nonostante il contenuto di dette pubblicazioni, fanno escludere che esse potessero mai avere una qualunque apprezzabile ripercussione sulla efficienza del regime al potere e in generale sulla situazione politica del paese».

In sostanza, non si trattava, per la Corte, che di «apologetica fascista, comunque camuffata e conservante identiche caratteristiche qualunque fosse il motivo personale o l'occasione che lo dettava».

E' interessante, sul punto, sfogliare la memoria difensiva preparata per il giudizio, che riporta annotazioni dello stesso Zangara. Vi si obietta, in particolare, che *Il Partito e lo Stato*

Commissione del concorso di Camerino del 1935 secondo la relazione pubblicata nel Bollettino del Ministero, 1936, n. 9. Di fronte al giudizio ufficiale, come ho detto, unanime della Commissione, di cui feci parte – giudizio che Ella può produrre – non ritengo corretto di formulare ora un particolare giudizio individuale. Quanto all'apprezzamento significatoLe a suo tempo sulla Sua prolusione di Roma, non posso che confermarlo ed Ella può liberamente valersene».

[2793] Al riguardo può segnalarsi, tra le carte di Zangara, la bozza autografa, con aggiunte e correzioni a matita, di una lettera del 1946 da lui preparata per l'invio, come "personale e riservata", rispettivamente – e nell'ordine – a Togliatti, Ministro della Giustizia; all'Alto Commissariato per l'epurazione nella persona di Giovanni Macaluso (succeduto al commissario aggiunto Mario Berlinguer dopo la riorganizzazione dell'Alto Commissariato disposta con il d.lgs. lgt. 12 luglio 1945 n. 410); al Capo della Polizia (Luigi Ferrari); al Capo del Governo (De Gasperi)"; in essa Zangara in prima persona riepiloga la propria vicenda.

[2794] Sulla normazione in materia di sanzioni contro il fascismo e sui suoi profili applicativi v. P. BARILE e U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, nel *Novissimo Digesto Italiano*, XVI. Torino, Utet. 1969, p. 541 ss.

[2795] ….. tali da lasciar «presumere che esse non si distinguessero in alcun modo o sotto alcun aspetto o interesse da quello che era divenuto l'indirizzo generale e il tema obbligato di tutta la stampa italiana onde può ritenersi con logica fondatezza che i detti articoli dovettero, seppure letti, lasciare sempre il tempo che trovavano, e annegare nella ben meritata indifferenza» (così la Corte di Assise).

ISSN 2279-7238

costituisce in buona parte «un esame preciso, obiettivo, di quello che è l'ordinamento costituzionale negli altri Paesi d'Europa e nel mondo. Lo stesso titolo "*Il Partito e lo Stato*" non vuole che indicare quello che è il concetto di "partito" in genere (e non già del solo stato fascista), e rappresenta una guida per farsi un'opinione su questi problemi di diritto costituzionale. La bibliografia molto ampia, spregiudicata nella scelta, attribuisce al volume […] il carattere di un'opera di cultura, e non già di un *pamphlet*. E' vero che nella seconda parte dell'opera si tratta dell'ordinamento dello stato fascista in rapporto allo statuto del partito fascista; ma occorre forse dire che non si poteva parlare dell'ordinamento costituzionale dello stato italiano del 1935 senza tenere conto di quella che era la realtà obiettiva, e cioè che lo stato era di tipo "fascista", con partito unico?»[2796].

Ma sulle questioni della connotazione fascista e dell'influenza ideologica del suo volume Zangara reagisce in un appunto predisposto per la propria difesa, in cui contesta l'accusa rivoltagli «che la "dottrina del partito unico, espressione legittima di una classe sociale, rappresentata dal partito stesso, il mito della insostituibilità del capo e tutti gli altri presupposti del mantenimento della tirannide» abbiano trovato – nel libro *Il Partito e lo Stato* – "una trattazione dialettica e per così dire sistematica, che tende a imporsi alle menti inesperte e non sufficientemente capaci di valutazione critica". Anzitutto» – ribatte sul punto Zangara - «è da osservare che il volume *Il Partito e lo Stato* non era indirizzato "alle menti inesperte e non sufficientemente capaci di valutazione critica", in quanto non era un corso di lezioni universitarie, né faceva parte dell'insegnamento pratico. Esso era invece indirizzato alle menti di S.E. il Prof. Chimienti, del Prof. Donato Donati, professore di diritto costituzionale nella R. Università di Padova, del Prof. Emilio Crosa, professore nella R. Università di Torino; del Prof. Gaspare Ambrosini, professore di diritto costituzionale nella R. Università di Palermo e del Prof. Sergio Panunzio professore di dottrina generale dello Stato nella R. Università di Roma»[2797], ossia ai membri della "sua" commissione di concorso a Camerino[2798].

Della sua opera Zangara rivendica inoltre la rispondenza alla metodologia propriamente giuridica: nel libro «si descrivono situazioni costituzionali e le si trattano, dato lo scopo scientifico del lavoro, indirizzato non a menti inesperte ma a menti capaci di maestri e

---

[2796] «Ma – prosegue la memoria difensiva - anche in questa parte l'ampia bibliografia, la citazione delle fonti, le più varie (ad esempio, prof. Jemolo, prof. Ferrero, prof. Liuzzi, prof. Lessona, prof. Donati, prof. De Ruggiero, prof. Balzarini, prof. Ranelletti, Prof. Levi, prof. Zanobini, prof. Vitta, prof. Ambrosini, prof. Crosa, prof. Cammeo, prof. Forti. prof. Giacquinto, prof. Bortolotto, prof. Chimienti, ecc.) dà alla trattazione una intonazione scientifica piuttosto critica, e non può certamente costituire un documento di apologismo».

[2797] Si nota che il nome di Panunzio, forse per l'ingombrante radicalità ideologica del personaggio, risulta poi omesso nel testo della memoria difensiva da presentare in giudizio.

[2798] «Il volume Il Partito e lo Stato – prosegue Zangara - fu presentato come titolo nel concorso per la cattedra di diritto costituzionale. Di esso furono stampate – da una modestissima casa editrice di Catania – poche copie e non costituì testo universitario né per lo studio né per gli esami degli studenti. Ebbe, quindi, come lettori, una ristrettissima cerchia di studiosi, che come i professori i cui nomi sono stati sopra citati non avevano menti inesperte ma erano in condizioni intellettuali da valersi di adeguati poteri di critica e di formarsi proprie convinzioni».

ISSN 2279-7238

colleghi, sistematicamente, vale a dire con metodo: si trattano così le questioni dibattute […] nella dottrina e dalla giurisprudenza del tempo, riguardanti la posizione del partito nei confronti dello Stato; la natura giuridica del partito, la qualità della sua persona giuridica, la natura giuridica della carta del lavoro e dello statuto del partito. Come in questo si può riconoscere potenzialità dannosa? Se mai si tratta di un elemento atto a determinare il contenuto di un procedimento di epurazione dall'amministrazione, ma non a determinare un'imputazione di "atti rilevanti" a mantenere in vigore il regime fascista. Il volume *Il Partito e lo Stato* non fu diretto "a mantenere in vigore il regime fascista". Ebbe uno scopo alquanto meno pretenzioso e più modesto; fu diretto a partecipare al concorso per la cattedra di diritto costituzionale dell'Università di Camerino; raggiunto lo scopo non esercitò alcuna altra influenza»[2799].

La difesa di Zangara insiste quindi sulla natura giuridica dell'opera e sulla qualità di giurista accademico del suo autore, rilevando che «che nessun professore di università è stato sottoposto a procedimento penale; nemmeno quei professori che per essere insegnanti di materia fascista, come i titolari di cattedre di "Dottrina fascista" dovevano trattare *ex professo* argomenti politici e che si riferivano alla politica fascista. Alcuni di essi furono sottoposti a procedimento di epurazione, ma non tutti furono neppure epurati. Si aggiunga a ciò che, invece, lo Zangara, nell'esplicazione del suo insegnamento, si attenne alla trattazione della sua materia con un metodo strettamente ed esclusivamente giuridico, evitando ogni accenno di carattere politico»[2800]. A tale proposito, la difesa produce una lettera di Luigi Rossi elogiativa di Zangara, ricordando come tale Maestro figurasse tra i firmatari del

[2799] Tali argomentazioni sono riversate nella memoria difensiva, che all'interpretazione fatta dall'accusa del "libro incriminato" contrappone il taglio storico-comparatistico dell'opera: «[…] lo Zangara tratta effettivamente anche dei regimi costituzionali di partito unico; e come avrebbe potuto non trattarne, se tale regime era prevalso in Italia, in Cina, in Germania, in Russia? Ma trattando del partito unico come espressione legittima della dittatura di una classe rappresentata dal partito stesso (ripetiamo le parole dell'Alto commissariato) egli certamente non poteva riferirsi al sistema fascista, che tendeva appunto a negare teoricamente la dittatura di una classe sociale, e propugnava la collaborazione delle classi; ma bensì si riferiva solo ed esclusivamente al sistema sociale-politico prevalso in Russia con la rivoluzione sovietica e alla teoria della dittatura del proletariato […]; teoria questa contrastata, si badi, non solo dalla cosiddetta dottrina fascista, ma dalla concezione democratica e liberale. Ed è notevole che nel libro dello Zangara non si critichi il sistema sovietico, così come non si criticano i sistemi liberali o il sistema del Kuomintang. L'autore invece espone quelli che sono gli ordinamenti costituzionali. E non si accenna (…) al concetto della insostituibilità del Capo, come dice l'Alto commissario, ma si illustrano le disposizioni che al Capo conferivano poteri eccezionali; e certo lo Zangara non poteva negare la realtà della legislazione allora vigente. Ma certo è che se lo Zangara, come mal intende l'Alto commissario, avesse esaltato la dottrina del partito unico, come espressione della dittatura di una classe sociale, egli avrebbe scritto non già un'opera fascista, e l'Alto commissariato, certamente, non criticherebbe ora lo Zangara perché in epoca fascista aveva esaltato un sistema nettamente antitetico a quello fascista…. Noi confidiamo che i Componenti della Sezione istruttoria vorranno leggere attentamente il lavoro dello Zangara, e vorranno riconoscere, che non è confondendo concetti e attribuendo pensieri, che si può nientemeno ascrivere allo Zangara un'attività rilevante per avere scritto qualche volume di coltura giuridica, certo da pochi letti, e, noi crediamo, da tutti dimenticati».

[2800] Nelle memorie difensive contenute nel fascicolo si fa riferimento anche alla bibliografia delle opere del fascismo curata nel 1934 dalla Biblioteca della Camera dei deputati (si tratta di *Opere sul fascismo possedute dalla Biblioteca della Camera dei deputati al 28 ottobre 1934 anno XII*, Roma, Camera dei deputati, 1935), che censiva a quella data più di seimila pubblicazioni; e si considera che «le pubblicazioni sul fascismo si possono valutare in circa diecimila e nessuno dei loro autori è stato rinviato a giudizio per atti rilevanti».

ISSN 2279-7238

manifesto degli intellettuali antifascisti di Croce; e allega altresì le dispense del corso tenuto a Roma nell'anno accademico 1937-1938 raccolte da uno studente[2801], in cui per la preparazione finale degli esami si suggerivano gli *Elementi di diritto costituzionale* di Donato Donati, «sui cui sentimenti non fascisti non crediamo che possano essere sollevati dei dubbi»[2802].

7. La cattedra romana e il "luogo" del diritto (costituzionale) comparato

La vicenda del proprio trasferimento da Catania a Roma, e poi da Roma a Modena, vede nel dopoguerra Zangara impegnato a districarsi nelle polemiche e nei ricorsi insorti sulla legittimità dei relativi provvedimenti, nonché circa la perfetta congruenza tra gli insegnamenti da lui impartiti nelle diverse sedi. I fascicoli delle sue carte contengono un cospicuo numero di documenti riferiti a quel che potremmo definire la "questione romana" nell'ambito della sua carriera accademica.

Al riguardo egli ottiene, nel novembre 1950, un articolato parere di Ranelletti, da lui interpellato per riceverne l'opinione sui complessi profili di legittimità insorti in relazione al suo trasferimento a Roma da Catania, deciso da Bottai in virtù della legge che al tempo abilitava il Ministro, qualora lo avesse ritenuto necessario nell'interesse dell'educazione nazionale e degli studi, a disporre il trasferimento di professori universitari con il loro consenso ma senza la necessità del voto della facoltà universitaria di destinazione[2803].

Alla prima questione, che verteva anche sui termini di applicazione della cosiddetta "legge Arangio Ruiz" in materia di riammissione all'insegnamento dei professori universitari di ruolo, prosciolti nel giudizio di epurazione[2804], si collegava una seconda (l'una e l'altra amplificate nelle aule parlamentari a seguito di alcune interrogazioni presentate al

---

[2801] Si tratta di V. ZANGARA, *Diritto pubblico comparato. Appunti a cura di Rosolino Basso*, Anno accademico 1937-38-XVI, Roma, per i tipi del P.N.F., Servizi editoriali del G.U.F. dell'Urbe, Città Universitaria, 1938.

[2802] Può notarsi che nel verbale della deposizione resa dinanzi al giudice istruttore Curcio il 18 novembre 1943, Zangara affermava: «Ma il fatto che più mi disgusta fu la persecuzione contro gli ebrei fra i quali contavo carissimi amici, quindi il Prof. Del Vecchio, il Prof. Donati, Olivetti ed altri. Così incominciò a vacillare la mia fede di fascista, che prima era stata sempre altissima perché ritenevo il fascismo dovesse essere un regime di ordine morale e politico». E, nella medesima deposizione: «Ho vinto la cattedra di diritto costituzionale dell'Università di Camerino e in seguito a regolare concorso con una commissione non già formata dal Ministero dell'Educazione Nazionale, ma costituita in base al vecchio ordinamento universitario, cioè mediante elezione da parte di tutti i professori delle facoltà giuridiche del Regno. La Commissione era composta da S.E. il defunto senatore Chimienti, presidente, e membri il prof. Donati, *ebreo*, il Prof. Crosa, il Prof. Ambrosini» (corsivo nostro).

[2803] R. d.l. 20 giugno 1935, n. 1071 (art. 6, c. 3). Con l'entrata in vigore di successive disposizioni (d. lgs. lgt. 5 aprile 1945, n. 238, art. 7, c. 2), a partire dall'anno accademico 1945-46, tali trasferimenti, tuttavia, avrebbero dovuto essere revocati dal Ministro, con restituzione dei professori trasferiti agli atenei di origine.

[2804] L. 22 novembre 1954, n. 1121, sulla «sistemazione dei professori universitari prosciolti nel giudizio di epurazione», il cui art. 4 disponeva che: «nei caso previsti dalla presente legge e dall'art. 17 del D.L.L. e aprile 1945, n. 238, la riammissione all'insegnamento dei professori universitari di ruolo, prosciolti nel giudizio di epurazione, avviene in soprannumero rispetto ai posti di organico assegnati alle Facoltà interessate e sempre entro il limite fissato dall'art. 2». Al riguardo è interessante il dibattito svoltosi il 14 luglio 1954 al Senato, in 6a Commissione (Istruzione pubblica e belle arti), sul disegno di legge, relatore il Sen. Caristia.

ISSN 2279-7238

Senato[2805]). Il punto era se fosse da ritenersi legittima l'attribuzione, a chi era stato prima docente di diritto costituzionale, di una cattedra che comportava l'insegnamento del diritto pubblico interno *e* comparato, e se potesse esservi identità tra le due materie. Una questione che, sottratta al contesto polemico in cui sorse e alle circostanze specifiche, avrebbe potuto finanche avere rilievo scientifico e metodologico, vertendosi sul tema del "luogo" e degli scopi della comparazione giuridica; ma che, nelle carte di Zangara, inevitabilmente si trova svolta nei suoi termini solo amministrativi, in relazione ai pareri resi sull'oggetto dal Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, e interpersonali.

Il reintegro nell'insegnamento giunse solo nel 1955, dopo un doppio pronunciamento del Consiglio di Stato (prima in sede consultiva nel 1951, poi in sede giurisdizionale nel 1955), e con l'annullamento del trasferimento all'Università di Modena[2806] , la revoca di quello, precedente, all'ateneo romano[2807] ed infine il trasferimento all'Università di Catania[2808]. Com'è noto, Zangara sarebbe tornato alla Sapienza nel 1971, chiamato a ricoprire la cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato della Facoltà di Scienze politiche.

[2805] Cfr. Atti Parlamentari Senato, 18 novembre 1950, int. Sen. Ciasca con risposta del Sottosegretario Vischia e replica dell'interrogante; 29 gennaio 1952, int. Sen. Ciasca; 13 marzo 1951, int. Sen. Caristia con risposta del Sottosegretario Vischia e replica dell'interrogante. Cfr. anche le interrogazioni concernenti i casi di Giacomo Acerbo e di Carlo Antonio Avenati, Atti Parlamentari Senato, 13 maggio 1952, int. Sen. Ciasca con risposta del Ministro Segni.

[2806] All'Università Modena, peraltro, è promosso il procedimento di epurazione che vede coinvolti otto docenti, compreso Zangara, la cui posizione viene esaminata dal ministro della Pubblica Istruzione; e si apprende dalle carte d'archivio che presso la medesima Università, una volta definitosi favorevolmente il procedimento di epurazione e nelle more delle conseguenti decisioni del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, Zangara avrebbe dovuto ancora assumere, in base ad «altro provvedimento [ministeriale] in corso, l'incarico di compiere particolari studi sulle costituzioni europee del secolo XIX per il periodo dal 1° luglio al 31 dicembre 1949 con esonero dall'obbligo d'insegnamento» (lettera del Rettore dell'Università di Modena del 10 agosto 1949). In relazione all'esperienza modenese di Zangara è utile la consultazione di V. GALIMI, *La "politica della razza all'Università di Modena*, in V. GALIMI e G. PROCACCI (a cura di), *"Per la difesa della razza". L'applicazione delle leggi antiebraiche nelle università italiane*, Milano, Unicopli, 2009, p. 29 ss; E. TAVILLA, *Facoltà modenese di Giurisprudenza: dalle leggi razziali all'ordinamento repubblicano*, in M. CAVINA (a cura di), *op. cit.* , p. 153 ss.;

[2807] … secondo il parere reso dal Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione del 2 aprile 1951, «per insufficienza dei requisiti di legge per detto trasferimento», in quanto il relativo provvedimento era fondato su un presupposto che si riteneva non sussistente: «avendo il Prof. Zangara impartito per incarico l'insegnamento del Diritto pubblico comparato».

[2808] All'Università catanese Zangara avrebbe trovato Vincenzo Gueli, con la conseguenza che per la prima volta vi fu uno "sdoppiamento di una cattedra giuridica": A. BARBERA, *op. cit.*, p. 2082; ID., *Vincenzo Zangara e Vincenzo Gueli*, Relazione al Convegno "*La Sapienza del giovane Leopoldo Elia: 1948-1962*", Roma, 27 marzo 2014, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2014, n. 2.
La questione è affrontata da Gueli in una lettera a Zangara del 21 marzo 1956: «[…] In una recente discussione relativa al tuo ritorno in questa Facoltà, secondo analogo provvedimento del Ministro per l'Istruzione, ho avuto modo di manifestare apertamente il mio punto di vista, nel senso che da parte mia, per la mia qualità di titolare del Diritto costituzionale e cioè della stessa disciplina da te professata, non vi è alcuna difficoltà al tuo rientro in Facoltà, se ciò dovesse implicare duplicazione dell'insegnamento della stessa disciplina, se e in quanto ciò sia necessario per dare attuazione al predetto provvedimento inteso a normalizzare la tua posizione accademica».

ISSN 2279-7238

Nel periodo repubblicano – in cui egli è politicamente vicino alle posizioni del movimento monarchico[2809] – Zangara si dedica ai temi classici del costituzionalismo ora riferiti al nuovo quadro costituzionale[2810], con incursioni nel campo dei diritti fondamentali relativamente alla libertà della scuola e dell'insegnamento, declinata da posizioni favorevoli al finanziamento delle scuole di ispirazione religiosa[2811]. La sua riflessione tende ora a caratterizzarsi per il recupero dell'istituzionalismo romaniano, quale emerge, in particolare, dal nuovo svolgimento del tema della rappresentanza istituzionale che lo aveva impegnato nel 1939[2812]. Questa è intesa dall'Autore come concetto generale ed unitario che si declina nei rapporti tra ogni istituzione e la collettività dei suoi membri, tra lo Stato e i suoi organi, tra il parlamento e il popolo, con caratteri secondari che non valgono a differenziare, nella sua essenziale natura, la rappresentanza degli organi non elettivi da quella degli organi elettivi. Argomentazioni che, nelle carte d'archivio, ricorrono in un parere formulato sulla natura giuridica della Consulta dei Senatori del Regno, di cui fu membro[2813]: «Il carattere di istituzione che deve attribuirsi a enti che così possono configurarsi è il risultato delle loro strutture e del loro diritto interno e non dal fatto e dal modo con cui appaiono nel quadro del diritto dello stato. Ciò significa che le leggi dello stato possono non tenerne conto e che si tratta – se si vuole – di un'autosufficienza giuridica, dal punto di vista formale»[2814].

7. "Lipogrammi" archivistici e dovere di memoria

[2809] Nei *Quaderni* della Consulta dei Senatori del Regno, di cui è membro (e presidente della sua commissione per gli affari costituzionali), Zangara pubblica le *Considerazioni sulla democrazia in Italia*, Roma, 1974.

[2810] Si ricordano lo *Studio sulla separazione dei poteri*, Cedam, Padova, 1952; *Configurazione giuridica dell'elettorato attivo*, negli *Studi in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952; *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 1955; *Le prerogative istituzionali (rilievi e prospettive)*, Padova, Cedam, 1972; *La rigidità delle costituzioni*, negli *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè, 1974; *Costituzione materiale e costituzione convenzionale (notazioni e spunti)*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977, p. 333 ss.; *Lo Stato di diritto in evoluzione*, in *Diritto e società*, 1983.

[2811] V. ZANGARA, *I diritti di libertà della scuola*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1959; ID., *Famiglia, scuola, Costituzione*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1962; ID., *La libertà d'insegnamento nel sistema costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1974; ID., *Libertà d'insegnamento nel sistema costituzionale*, negli *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, III, Milano, Giuffrè, 1974, p. 1307 ss. (1974).

[2812] V. ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, seconda edizione interamente rifatta e ampliata, Padova, Cedam, 1952.

[2813] L'associazione denominata Consulta dei Senatori del Regno si costituì nel 1965 riunendo la Consulta monarchica formatasi all'indomani del referendum istituzionale e il Gruppo vitalizio dei Senatori del Regno, composto dai senatori del disciolto Senato; lo statuto dell'associazione contemplava, oltre ai membri di diritto, membri ordinari individuati (sul modello dello Statuto Albertino in relazione alla composizione del Senato del Regno) sulla base dell'appartenenza a determinate categorie, tra cui i professori universitari.

[2814] «In realtà vi è un movimento monarchico, un ordinamento monarchico», prosegue l'Autore; «Ciò non vale soltanto quando si ha lo stato monarchico, ma anche quando vi sia un ordinamento giuridico, che possa considerarsi una prosecuzione di un ordinamento giuridico precedente e possa presentarsi come tale, cioè anche come istituzione». Una copia del parere predisposto da Zangara per la Consulta dei Senatori del Regno è presente nel Fondo Alliata di Monreale acquisito dall'Archivio Storico della Camera dei deputati.

ISSN 2279-7238

Si diceva in esordio come gli archivi possano "parlarci" attraverso i documenti ed anche perfino attraverso il loro silenzio.

A questo riguardo dobbiamo constatare – tanto più nella ricorrenza di quest'anno - l'assenza, tra le carte di Zangara, di riferimenti alle persecuzioni razziali nel momento in cui egli fu testimone immediato della fase, se non preparatoria, applicativa delle prime misure legislative che le ponevano in essere.

Consultandone l'archivio, la serie delle lettere personali, degli scambi accademici, degli impegni cerimoniali e, poi, delle memorie difensive del dopoguerra mai s'imbatte in riferimenti all'articolata e micidiale macchina giuridica apprestata per la "difesa della razza", sebbene, come abbiamo ricordato, Zangara si fosse trovato in certa misura coinvolto nell'attività della commissione preposta alle "discriminazioni", e non potesse comunque essere ignaro, in ragione dei ruoli ricoperti, del «processo di costruzione della *diversità* giuridica dell'ebreo»[2815]. Quale ne sia la ragione, è una lacuna che prende la forma di una rimozione personale; e questa, quand'anche dettata da un intimo dissenso oppure dall'intento di esonerarsi da responsabilità individuali, evoca inevitabilmente il fenomeno di generale rimozione che nei decenni successivi alla fine della guerra, nel nostro come in altri Paesi, ha riguardato - anche all'interno della dottrina giuridica[2816] - la "pagina nera" delle persecuzioni antiebraiche.

* * *

Nel 1969 apparve in Francia un libro bizzarro, uscito dalla penna di un autore altrettanto originale, Georges Perec, partecipe della cerchia culturale animata da Raymond Queneau e frequentata anche da Italo Calvino. Il libro s'intitola "*La disparition*"[2817] e ha la particolarità di essere stato scritto senza mai utilizzare, in modo sistematico, una lettera dell'alfabeto, nella specie la vocale "e" (la più frequente nella lingua francese). Si tratta cioè di un lipogramma, vale a dire un testo redatto attenendosi alla regola inderogabile di non utilizzarvi mai un elemento alfabetico predeterminato.

Gli archivi personali, talvolta, si apparentano ai lipogrammi quando siano caratterizzati dall'assenza costante di documenti su un dato aspetto, od almeno dalla loro reticenza su di esso. Se è lecito il paragone, potremmo dire che mentre nel libro di Perec la "scomparsa"

[2815] S. FALCONIERI, *Consensi e rimozioni: la dottrina giuridica italiana e la legislazione razziale fascista*, in D. MENOZZI e A. MARIUZZO (a cura di), *A settant'anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell'antisemitismo*, Roma, Carocci, 2010, p. 185.

[2816] Possono al riguardo utilmente consultarsi S. FALCONIERI, *op. cit*, p. 183 ss.; ID., *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, Il Mulino, 2011; G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, Milano, Giuffrè, 2014; O. DE NAPOLI, *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo in Italia negli anni Trenta*, Firenze, le Monnier, 2009. Per una disamina più generale v. V. DI PORTO, *Le leggi della vergogna. Norme contro gli ebrei in Italia e Germania*, Firenze, le Monnier, 2000; E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008.

[2817] G. PEREC, *La disparition*, Paris, Gallimard, 1969.

ISSN 2279-7238

di cui al titolo è proprio quella di una lettera dell'alfabeto, nelle carte di Zangara quel che è assente è – per mutuare il titolo di un altro libro – la "parola ebreo"[2818].

Per meglio dire, questa parola vi ricorre espressamente in due soli casi.

Essa figura nelle deposizioni e nelle memorie processuali in cui Zangara rivendica a proprio legittimo merito di essersi sempre astenuto da atteggiamenti persecutori verso gli ebrei. Essa inoltre aleggia, senza mai essere nominata, nelle lettere inviate a Zangara da Donato Donati, tra il dicembre del 1938 e l'aprile del 1939, per sollecitarne l'interessamento circa l'esito della procedura di riconoscimento delle "benemerenze" che avrebbero potuto consentire la sua discriminazione, e sottrarlo alle più inique tra le misure previste dalle leggi appena approvate[2819].

[2818] R. LOY, *La parola ebreo*, Torino, Einaudi, 1997.

[2819] Donati scrive a Zangara il 12 dicembre 1938: «Mi permetto di rivolgermi a Voi per un'attestazione ambita e preziosa. Ho presentato domande per ottenere il riconoscimento delle benemerenze eccezionali ai sensi dell'art. 14 lett. h) n. 6 del R.D.L. 17 novembre – XVII, n. 1728, per la difesa della razza. Qualora non siate Voi stesso il Vice-segretario del Partito designato a far parte della Commissione incaricata di valutare le benemerenze, vorrei pregarvi di attestare a mio riguardo presso il collega Vice-Segretario membro della Commissione stessa. Voi conoscete il contributo fondamentale dato alla costruzione giuridica della dottrina del Fascismo, la mia opera di Preside della Facoltà di Scienze politiche da me fondata, la mia attività di Direttore dell'Istituto di Diritto Pubblico di Padova pure da me fondato, e tutte le altre iniziative da me promosse nel campo scientifico e accademico per l'interesse nazionale e con alto sentimento di italiano e di fascista. Voi potete quindi parlare per diretta scienza e con la particolare autorità che deriva dalla Vostra eminente posizione politica. […]». Zangara gli risponde il 15 dicembre 1938: «Ho ricevuto la Vostra lettera. Ancora non mi consta che la mia commissione sia formata. Vi assicuro che a suo tempo mi interesserò di quanto avete scritto».
Donati scrive a Zangara in altre occasioni, anche al fine di incontrarlo a Roma e discutere del proprio caso. Il 20 marzo 1939 scrive Donati: «Caro Professore, sento che la Commissione speciale incaricata della valutazione delle benemerenze eccezionali agli effetti della discriminazione ha iniziato i suoi lavori e mi permetto di ricordarVi la preghiera rivolta colla mia lettera del dicembre scorso. […]". Il segretario particolare di Zangara, Giusti, il 22 marzo: «Con riferimento alla Vostra del 20 marzo u.s. il prof. Zangara vi attende nel pomeriggio di uno dei giorni della prossima settimana nel suo ufficio a Palazzo Littorio […]».
Il 27 marzo 1939; Donati comunica: « […] In riferimento alla Vostra del 22 marzo u.s. mi pregio informarVi che arriverò a Roma nel pomeriggio di mercoledì 29 marzo p.v., prendendo alloggio all'Albergo Milano, in Piazza Montecitorio». Ma l'incontro programmato non può tenersi poiché, il 29 marzo 1939, Donati scrive: «Caro Professore, un'improvvisa indisposizione mi costringe a letto, impedendomi di trovarmi al Vostro gentile appuntamento. Approfitto della venuta a Roma di un mio filiale nipote, l'Avv. Felice Schiller, per informarvene a suo mezzo […]».
Il 2 aprile 1939, Donati riprende i contatti con Zangara: «Come vi scrissi nella mia lettera del 29 marzo u.s., una improvvisa indisposizione mi impedì di mettermi quel giorno in viaggio. Sono tuttora in letto e così impossibilitato di venire nel momento a Roma. Affido perciò alla presente quanto avrei potuto dirvi di persona. Ho presentato domanda di discriminazione per benemerenze eccezionali. Vorrei rinnovarVi la preghiera, che Vi espressi in una mia lettera del dicembre scorso, di attestare a mio riguardo presso il Vice-Segretario del Partito designato a far parte della Commissione incaricata di valutare le benemerenze, qualora non siate Voi stesso il membro designato. Secondo rilevavo in quella mia lettera del dicembre, voi conoscete il contributo fondamentale da me dato alla costruzione della dottrina giuridica del Fascismo, la mia opera di Preside della Facoltà di Scienze Politiche di Padova da me fondata, la mia attività di Direttore dell'Istituto di Diritto Pubblico di Padova pure da me fondato, e tutte le altre iniziative da me promosse nel campo scientifico e accademico per l'interesse nazionale e con alto sentimento di italiano e di fascista. Voi potete quindi parlare per diretta scienza e con la particolare autorità che deriva dalla Vostra eminente posizione politica[…].»
L'11 aprile 1939, Donati comunica al segretario particolare di Zangara, Giusti: «Egregio Dottore, sono arrivato a Roma questa sera, martedì 11 aprile, e sono alloggiato all'Albergo Milano. Vi prego di esprimere al Prof. Zangara la mia viva preghiera di fissarmi appuntamento possibilmente per domani stesso, mercoledì 12 […]».

ISSN 2279-7238

Sotto quest'ultimo profilo l'archivio Zangara, per quanto frammentario e lacunoso, custodisce una traccia preziosa, di evidente valore; specie se si considera che, presso l'Archivio Centrale dello Stato, l'inventario dei fascicoli personali passati al vaglio della commissione addetta alla "discriminazione" include quello di Donati – il quale ottenne infine questo "beneficio"[2820] -, registrato con il numero progressivo assegnatogli nello schedario del Ministero: ma il fascicolo non c'è[2821].

[2820] ACS, Min. Interno, Direzione generale Demografia e Razza, Divisione Razza, Affari generali, b.5. Un primo elenco di provvedimenti ministeriali di discriminazione per benemerenze fasciste, «in partenza il 12 maggio 1939», non contiene il nome di Donati (vi compaiono i Senatori del Regno Salvatore Barzilai, Enrico Catellani, Adriano Diena, Isaia Levi, Achille Loria, Teodoro Mayer, Elio Morpurgo, Salvatore Segrè, Vito Volterra, e tra i giuristi, Cesare Vivante). Esso compare in una lista successiva, su cui è annotato a margine che «S.E. Buffarini Guidi ha disposto – quali ordini dal Duce – di dar corso e far le comunicazioni relative per tutti i 38 dell'elenco»: si tratta dell'elenco dattiloscritto rubricato «Discriminazioni per benemerenze eccezionali concesse ma non ancora comunicate agli interessati – dato corso oggi 3 agosto 1939», che comprende, al n. 9, «Donati Donato fu Felice, benemerito dell'insegnamento universitario. Gli fu conferita la tessera del P.N.F. ad honorem nel 1924». Accanto ai nomi delle persone destinatarie del provvedimento di discriminazione è annotato a matita il nome di un componente della commissione (più volte quello di Buffarini Guidi) od altri nomi non facilmente leggibili; accanto al nome di Donati sembra potersi leggere l'annotazione «S.E. Zangara». D'altra parte, la stessa «arbitrarietà con cui la commissione operava è […] simbolicamente rappresentata dai caratteri estrinseci dei documenti da essa prodotti: verbali delle sedute non firmati e semmai sottoscritti a matita, spesso senza data e quasi sempre senza la motivazione esplicita della decisione adottata»: v. L. GAROFALO, *La Demorazza: storia di un archivio*, in *Italia contemporanea*, 2013, n. 272, p. 374 ss.

[2821] Sulle vicende dell'archivio della Demorazza (principale fonte documentaria a livello nazionale sulla persecuzione degli ebrei in Italia durante il fascismo), che prima del suo versamento all'Archivio centrale dello Stato «fu trasportato nel territorio della Repubblica sociale italiana, conteso, smembrato, trafugato, occultato, dimenticato o "rimosso", riapparso e recuperato nel 1949 e una parte addirittura negli anni novanta», v. l'accurata ricostruzione di L. GAROFALO, *op. cit.*

ISSN 2279-7238



Mino Maccari, *Ritratto di Vincenzo Zangara* (1928, collezione privata)

ISSN 2279-7238

Vincenzo Zangara: un costituzionalista tra Catania e Roma nei ricordi di uno studente*

di Giovanni Serges**

1. L'asse Catania-Roma costituisce, per molti versi, il filo conduttore della vicenda accademica di Vincenzo Zangara. A Catania, sua città natale, Zangara si avviò agli studi di diritto iscrivendosi, nel 1919, alla Facoltà di Giurisprudenza ma la conclusione dei suoi studi avvenne dopo il trasferimento (nel dicembre del '21) all'Università di Roma. Superata la breve permanenza fiorentina, dove conseguì nel 1925 la laurea in Scienze Politiche presso l'Istituto "Cesare Alfieri" (una laurea che certamente giocò un ruolo importante nello sviluppo della sua sensibilità per gli studi di diritto comparato), la sua prima, più duratura, esperienza di docente avvenne proprio a Catania dove, dapprima come incaricato e poi come straordinario, gli fu affidato l'insegnamento di diritto costituzionale dal 1933 al 1937. Proprio in quest'ultimo anno fu poi chiamato alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma dove rimase fino al 1940. Inizia in quell'anno la travagliata vicenda umana, con pesanti ricadute su quella accademica, che lo vedrà costretto a lasciare l'insegnamento per un lungo periodo. Dapprima il trasferimento d'ufficio all'Università di Modena a seguito della sua espulsione dal PNF, poi la lunga e vittoriosa vicenda giudiziaria, sia in sede penale che amministrativa (sulla quale si veda ora il contributo di Roberto D'Orazio), segnarono l'allontanamento dalla cattedra universitaria che riprese proprio a Catania solo nel 1955 e durò ininterrotta fino al 1971. Una cattedra, quella catanese, che aveva visto, tra l'inizio degli anni quaranta e l'inizio degli anni cinquanta, la lunga permanenza di una personalità di rilievo come quella di Paolo Biscaretti di Ruffia[2822], cui era succeduto, per un breve periodo, Pietro Virga, ed infine era stata affidata (nel '53) a Vincenzo Gueli, altro costituzionalista catanese di grande valore e la cui vita accademica si era anch'essa sviluppata in larga misura sull'asse Catania-Roma.

Come ha ricordato Augusto Barbera, Gueli accettò di buon grado lo sdoppiamento dei corsi di diritto costituzionale consentendo così a Zangara di riprendere l'insegnamento che con Gueli avrebbe poi condiviso fino al 1962, quando quest'ultimo (che poi scomparve prematuramente nel 1969) si trasferì sulla cattedra di diritto amministrativo.

Dunque, Zangara rimase per un lungo periodo titolare unico dell'insegnamento di diritto costituzionale presso l'Ateneo catanese e sotto la sua guida si formarono molti studiosi di

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore ordinario Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre.

2822 Si veda l'attenta ricostruzione delle vicende della Facoltà giuridica catanese svolta da G.SPECIALE, *Maestri catanesi del diritto tra Fascismo e Repubblica,* in M. Cavina (a cura di), *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Bologna, Clueb, 2014, 339 ss.

ISSN 2279-7238

grande valore (Augusto Barbera, Salvo Andò, Paolo Beretta ed altri). In quegli anni Zangara tenne vivo l'asse con l'Ateneo romano promuovendo anche l'attribuzione di molti insegnamenti per incarico a costituzionalisti di scuola romana, sia nella Facoltà di Giurisprudenza che in quella di Scienze politiche (penso, tra gli altri, a Mario Patrono, ad Achille Chiappetti, a Stefano Cicconetti).

Nel 1971 Zangara venne chiamato alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma e riprese dunque quella cattedra di diritto costituzionale italiano e comparato che aveva occupato proprio all'inizio della sua piena vita accademica, ricevendo, infine, alla conclusione definitiva della carriera, il titolo di "professore emerito" con una deliberazione unanime di quella Facoltà. Una chiamata, quella presso l'Ateneo romano, che, in qualche misura, segnò il riconoscimento per un impegno di studioso nel quale le convinzioni politiche e l'orientamento di alcuni importanti studi al ruolo del partito fascista non influenzarono nel complesso le sue opere che mantennero sempre un rigore di metodo[2823] .

2.Catania e Roma rimasero, pertanto, i luoghi e gli atenei nei quali si articolò la sua vita accademica e a questo rapporto sono in larga misura legati i ricordi della figura di Vincenzo Zangara vissuti dapprima come studente e, poi, poco dopo, come giovane laureato interessato a proseguire gli studi di diritto costituzionale. Chiesi infatti a Zangara, dopo aver seguito il suo corso e sostenuto l'esame, di poter svolgere la tesi e quello fu un momento importante, specie sotto il profilo del metodo. Zangara era restìo ad assegnare una tesi su temi di giustizia costituzionale (per la scarsa simpatia verso la Corte sottolineata già da Augusto Barbera) ma dopo una lunga discussione si convinse e così l'oggetto della tesi fu indirizzato verso il più ampio tema dei rapporti tra Corte e autorità giudiziaria e, in particolare, sulle decisioni interpretative di rigetto. Lo scontro fra le due Corti (Corte costituzionale e Cassazione) era infatti recente e la comparsa di quel tipo di decisioni costituiva ancora un terreno sul quale era aperta la discussione e si intravedevano i futuri e problematici sviluppi. Ma nel corso dell'elaborazione della tesi (proprio nel 1971) Zangara – come si è già ricordato – fu chiamato a Roma e lasciò l'Università di Catania e, di conseguenza, dovetti interrompere i rapporti con lui da studente (conclusi il lavoro e discussi sotto la guida di Antonello D'Atena che a Catania avrebbe poi trascorso più di un decennio, chiamato alla cattedra di diritto costituzionale).

Ritrovai Zangara a Roma proprio all'Istituto di Studi giuridici della Facoltà di Scienze politiche dove avevo avuto il consenso ad "appoggiare" la mia borsa CNR. Mi accolse con grande affettuosità e mi spinse a proseguire invitandomi, anche in quel caso, ad occuparmi di temi di ampio respiro, temi per così dire classici del diritto costituzionale. Discutemmo a lungo su un tema amplissimo come quello della "responsabilità costituzionale" verso il quale pensava dovessi orientare il lavoro. Quello dei grandi temi costituiva una costante

[2823] V. sul punto A.Barbera, *Zangara Vincenzo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi italiani,* II, p. 2082. Negli stessi termini, G. Speciale, *op. cit*., 349.

ISSN 2279-7238

delle sue indicazioni di metodo testimoniato, in fondo, dalla sua intera produzione scientifica che si univa, sovente, al correlativo invito a non dedicarsi eccessivamente ai commenti alle decisioni costituzionali ritenuti utili ma, in un certo senso, fuorvianti per un giovane che intendeva dedicarsi allo studio del diritto costituzionale. Negli incontri presso la sua abitazione romana di via Salaria affiorava spesso il suo perdurante interesse per la letteratura costituzionalistica inglese e tedesca, tanto che, più volte, assistetti, ammirato, al trasferimento dei volumi di questi autori che lo seguivano sempre nei suoi spostamenti tra Catania e Roma. Così come emergeva il grande interesse con il quale seguiva gli studi specie dei più giovani costituzionalisti che si stavano formando ed erano prossimi a conseguire la cattedra universitaria. I suoi spostamenti tra Catania e Roma (grosso modo semestrali) gli consentivano di mantenere i rapporti con l'ambiente catanese e con i suoi allievi e di mantenere una rete di rapporti intensa con l'ambiente romano e nazionale. In uno dei tanti incontri mi fece omaggio dell'estratto del suo contributo agli studi per Mortati che fu pubblicato nel 1977[2824] e che, verosimilmente, fu elaborato proprio nel periodo della più intensa alternanza della sua residenza tra Catania e Roma. Si tratta di uno scritto denso nel quale Zangara muove da una attenta ricostruzione della teoria della costituzione ed in particolare della idea di "costituzione materiale", di cui viene messa in rilievo la sua funzione stabilizzatrice, e indaga poi profondamente intorno al tema delle convenzioni costituzionali. Qui si conferma la sua predilezione per gli studi della dottrina anglosassone (in particolare Dicey) le cui teorizzazioni sono anche sottoposte a serrata critica. È uno scritto nel quale si conferma la sua sostanziale adesione alle teorie istituzionistiche del diritto e che per molti versi costituisce il punto finale di una riflessione che caratterizza la sua intera produzione scientifica.

In questo scritto Zangara sottolinea, tra l'altro, che nella dottrina mortatiana della costituzione materiale "*il sistema legale viene ad assumere una funzione garantista delle forze politiche dominanti: cioè la costituzione materiale sarebbe garantita e diverrebbe operativa attraverso le forze politiche dominanti, mediante la funzione garantista del sistema legale*". Egli riconosce che la presa di posizione teoretica di Mortati fu assunta in relazione al regime fascista che indicava nel partito fascista l'elemento attivo dello stato ma giunge poi alla conclusione che "*le sue applicazioni si riferivano a tutti gli ordinamenti costituzionali moderni, ravvisandosi nel partito – nel quadro dello stato moderno – il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e che si pone come elemento strutturale necessario a comporre il suo contenuto*".

Il concetto di costituzione materiale si adegua dunque perfettamente "*alla realtà della vita di ogni ordinamento giuridico perché consente di trascendere e di superare le formule contenute in una costituzione formale: queste norme hanno valore non perché sono scritte ma in quanto esprimono il modo di essere e le esigenze fondamentali di un ordinamento giuridico*".

Una conclusione, questa, che, in larga misura, fu poi ripresa da G. Zagrebelsky, in occasione della ripubblicazione dell'opera "*La costituzione materiale*" di Mortati. Osservava

[2824] Mi riferisco al contributo *Costituzione materiale e costituzione convenzionale. Notazioni e spunti*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Vol.I, Milano, 1977, pag. 335 ss.

ISSN 2279-7238

Zagrebelsky[2825] che la dottrina della costituzione materiale "*in nessun momento è assurta a teoria costituzionale ufficiale del fascismo e che l'influenza maggiore che essa ha esercitato non è stata nel tempo in cui e per cui fu elaborata ma durante l'opera dello stato repubblicano e nei primi decenni di vita*". Sostanzialmente in linea con la posizione di Zangara, Zagrebelsky riconosce così che la "*dottrina della costituzione in senso materiale non ha seguito la sorte del regime che aveva teorizzato sul piano costituzionale e questa sopravvivenza è una peculiarità che esige di essere spiegata anche in rapporto all'opposta sorte che toccò ad altre dottrine elaborate con riferimento al medesimo regime le quali, pur se dotate di aspirazioni teoriche di ampio respiro storico e di pretese fondative durature sono state poi travolte e, almeno finora, riposano in pace*"[2826].

Nello stesso scritto Zangara mette poi in stretto collegamento l'idea della costituzione materiale con la teoria sviluppata, in particolare, dal costituzionalista fiorentino Paolo Barile, dell'indirizzo politico costituzionale. Egli osserva che "*l'indirizzo politico costituzionale riguarda la delineazione degli elementi che possono essere indicati come i valori di una determinata costituzione, che si concretano nei principi fondamentali di una istituzione statale e che danno una configurazione specifica, determinata da una formula politica*". In altri termini, osserva Zangara, è il nucleo "*fondamentale della costituzione materiale che dà forma e contenuto ad una istituzione, cioè ad una organizzazione, e che ne costituisce e indica l'indirizzo da perseguire, che si risolve nel dovere del rispetto dei valori costituzionali*"[2827]. L'adesione all'idea dell'indirizzo politico costituzionale spiega, forse, la ragione per la quale Zangara indicò a noi studenti proprio il manuale di diritto costituzionale di Paolo Barile come testo sul quale preparare l'esame di diritto costituzionale. In fondo un'apertura verso uno studioso molto lontano dalle originarie posizioni politiche di Zangara che conferma come il costituzionalista catanese, sia nel suo ruolo di studioso così come in quello di docente, tenne sempre un atteggiamento di rigoroso distacco tra la sua vicenda politica e l'oggetto delle sue riflessioni teoriche.

ABSTRACT

Il titolo del mio intervento "Tra Catania e Roma" evoca, in primo luogo, i ricordi della figura di Vincenzo Zangara vissuti dapprima come studente e, poi, poco dopo, come giovane laureato interessato a proseguire gli studi di diritto costituzionale. Chiesi infatti a Zangara, dopo aver seguito il suo corso e sostenuto l'esame di poter svolgere la tesi e quello fu un momento importante, specie sotto il profilo del metodo. Zangara era restìo ad assegnare una tesi su temi di giustizia costituzionale (per la scarsa simpatia verso la Corte sottolineata già da Augusto Barbera) ma dopo una lunga discussione si convinse e così l'oggetto della tesi fu indirizzato verso il più ampio tema dei rapporti tra Corte e autorità giudiziaria e in particolare sulle decisioni interpretative di rigetto. Lo scontro fra le due Corti (Corte costituzionale e Cassazione) era infatti recente e la comparsa di quel tipo di decisioni

[2825] Mi riferisco alla prefazione di G. Zagrebelsky apparsa in occasione della ripubblicazione (Milano, 1993) della monografia di Mortati
[2826] Così, G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 12
[2827] Zangara, *op. cit.,* p. 415

ISSN 2279-7238

costituiva ancora un terreno sul quale era aperta la discussione e si intravedevano i futuri e problematici sviluppi. Ma nel corso dell'elaborazione della tesi Zangara fu chiamato a Roma e lasciò l'Università di Catania e, di conseguenza, dovetti interrompere i rapporti con lui da studente (conclusi il lavoro e discussi sotto la guida di Antonello D'Atena che a Catania avrebbe poi trascorso più di un decennio, chiamato alla cattedra di diritto costituzionale).

Ritrovai Zangara a Roma proprio all'Istituto di Studi giuridici della Facoltà di Scienze politiche dove avevo avuto il consenso ad "appoggiare" la mia borsa CNR. Mi accolse con grande affettuosità e mi spinse a proseguire invitandomi, anche in quel caso ad occuparmi di temi di ampio respiro, temi per così dire classici del diritto costituzionale. Discutemmo a lungo su un tema amplissimo come quello della "responsabilità costituzionale" verso il quale pensava dovessi orientare il lavoro. Quello dei grandi temi costituiva una costante delle sue indicazioni di metodo testimoniato, in fondo, dalla sua intera produzione scientifica che si univa, sovente, al correlativo invito a non dedicarsi eccessivamente ai commenti alle decisioni costituzionali ritenuti utili ma, in un certo senso, fuorvianti per un giovane che intendeva dedicarsi allo studio del diritto costituzionale. Negli incontri presso la sua abitazione romana di via Salaria affiorava spesso il suo perdurante interesse per la letteratura costituzionalistica inglese e tedesca, tanto che, più volte, assistetti, ammirato, al trasferimento dei volumi di questi autori che lo seguivano sempre nei suoi spostamenti tra Catania e Roma. Così come emergeva il grande interesse con il quale seguiva gli studi specie dei più giovani costituzionalisti che si stavano formando ed erano prossimi a conseguire la cattedra universitaria. I suoi spostamenti tra Catania e Roma (grosso modo semestrali) gli consentivano di mantenere i rapporti con l'ambiente catanese e con i suoi allievi e di mantenere una rete di rapporti intensa con l'ambiente romano e nazionale. In uno dei tanti incontri mi fece omaggio dell'estratto del suo contributo agli studi per Mortati che fu pubblicato nel 1977 e che, verosimilmente, fu elaborato proprio nel periodo della più intensa alternanza della sua residenza tra Catania e Roma. Si tratta di uno scritto denso nel quale Zangara muove da una attenta ricostruzione della teoria della costituzione ed in particolare della idea di "costituzione materiale", di cui viene messa in rilievo la sua funzione stabilizzatrice, e indaga poi profondamente intorno al tema delle convenzioni costituzionali. Qui si conferma la sua predilezione per gli studi della dottrina anglosassone (in particolare Dicey) le cui teorizzazioni sono anche sottoposte a serrata critica. È uno scritto nel quale si conferma la sua sostanziale adesione alle teorie istituzionistiche del diritto e che per molti versi costituisce il punto finale di una riflessione che caratterizza la sua intera produzione scientifica.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?*

di Salvatore Bonfiglio**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli orientamenti della Corte costituzionale sino alla recente decisione del 10 gennaio 2018. – 3. I primi passi verso una cornice normativa minima. – 4. Quali ostacoli alla regolazione dei partiti politici?

1. Introduzione

Nella Costituzione repubblicana l'art. 49 non è una pleonastica ripetizione dell'art. 18. Secondo la volontà dei costituenti, infatti, l'art. 49 «non tutela un semplice diritto di associazione in partiti politici, ma afferma il diritto dei cittadini di concorrere, mediante una pluralità di partiti, alla determinazione della politica nazionale»[2828].

La Costituzione democratica ha sancito, per la prima volta nell'Europa del secondo dopoguerra, la rilevanza costituzionale dei partiti politici, anche se, com'è noto, prevalse nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente la tesi di non disciplinare nel testo costituzionale l'attribuzione ai partiti politici di compiti di carattere costituzionale.

Anche Mortati cambiò ben presto il suo orientamento favorevole alla regolazione dei partiti espresso in Assemblea costituente[2829] e confermato in uno scritto del 1949, *Concetto e funzione dei partiti politici*, apparso in *Quaderni di Ricerca*[2830]. A partire dagli anni '50, egli prese atto che i profondi mutamenti nel contesto internazionale e i radicali contrasti tra i principali partiti politici rendevano non più auspicabile e perfino dannosa una disciplina dei partiti. Lo stesso Mortati avrebbe ribadito

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

2828 L. Basso, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in *Indagine sul partito politico*, volume redatto dall'ISLE, Milano, Giuffrè, 1966, 140.

2829 Durante i lavori della Costituente, Mortati aveva presentato un emendamento in cui proponeva forme di controllo da parte di un organo giurisdizionale, la Corte costituzionale, sui partiti politici, così che a questi ultimi, se in possesso dei requisiti stabiliti dalla legge (e, per l'appunto, accertati dalla Corte), fossero conferiti dalla legge stessa «propri poteri in ordine alle elezioni o ad altre funzioni di pubblico interesse» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. III, p. 1881). Ancora prima, nel 1945, Mortati aveva presentato un progetto per la disciplina del procedimento di scelta dei candidati nella elezione dei deputati per la Costituente. Si veda tale progetto ripubblicato in M. D'Antonio e G. Negri, *Il partito politico di fronte allo Stato di fronte a se stesso*, Milano, Giuffrè,1983, 609-613.

2830 Ora ripubblicato in questa rivista n.2/2015.

ISSN 2279-7238

– in un suo articolo del 1950[2831] e, in modo più esplicito, in un noto saggio del 1957[2832] – che il significato dell'espressione «metodo democratico», «voluto mettere in rilievo dal costituente, è quello che si riferisce all'assicurazione delle condizioni cui rimane legata l'alternativa al potere delle forze politiche»[2833]. Nella Costituzione italiana, dunque, a differenza di quanto previsto in altri testi costituzionali del secondo dopoguerra [2834], l'art. 49 non ha ad oggetto la disciplina dell'organizzazione interna dei partiti. Ciò non fu il frutto di una dimenticanza[2835], ma semmai l'esito di una precisa volontà dei costituenti[2836] per evitare una disciplina che avrebbe potuto fornire pretesto a misure antidemocratiche. Il rischio sarebbe stato un possibile uso strumentale contro i partiti di opposizione con una forte contrazione del pluralismo partitico[2837].

In effetti, fino a prima della caduta del muro di Berlino era comprensibile l'abbandono della teoria della regolamentazione del partito politico, visto il significato giuridico e politico che assumeva non soltanto la Costituzione come integrazione, ma il partito stesso come principale artefice dell'integrazione[2838].

Il partito di massa contribuì a consolidare le istituzioni repubblicane, anche di fronte alla cosiddetta strategia della tensione e agli attacchi terroristici. Si realizzò però una integrazione parziale e sregolata, a causa di un "blocco sistematico", che impedì l'alternanza dei principali partiti politici di massa alla guida del governo.

Del resto, occorre ricordare che anche nella Repubblica federale di Germania, nonostante una prima attuazione dell'art. 21 della Legge Fondamentale già nei primi anni Cinquanta del secolo scorso[2839], per una più ampia attuazione dell'articolo stesso sarebbe stata necessaria la "svolta" del partito socialdemocratico di abbandono delle posizioni economiche antisistemiche e la nascita nel 1966 della *Große Koalition* [2840].

[2831] C. Mortati, *Disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 2, 1950, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III (*Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*), Milano, Giuffrè, 1972, 41-51.

[2832] C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957.

[2833] C. Mortati, *Note introduttive*, cit., 141.

[2834] Si veda: l'art. 21 della Legge Fondamentale della Repubblica federale di Germania; l'art. 4 della Costituzione della V Repubblica francese; negli Settanta, l'art. 29 della Costituzione della Grecia; l'art. 6 della Costituzione spagnola; l'art. 10, comma 2, della Costituzione del Portogallo; nonché, negli anni Novanta, la disciplina costituzionale sui partiti dei paesi dell'Europa orientale.

[2835] E. Cheli, *Per una legge-quadro sui partiti politici*, in ID., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2012, 182.

[2836] C. *De Fiores, Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2018, 239.

[2837] Non a caso, per quanto riguarda la disciplina legislativa dei partiti, erano i liberali e, soprattutto, i comunisti ad essere fortemente contrari. Si veda: L. Elia, *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporto fra partiti e istituzioni* (1965), in *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 124.

[2838] Lanchester suggerisce di parlare non di "partito della Costituzione" ma di "partito dell'integrazione" nella sua *Introduzione* a *Tra parte e il tutto: il partito e le sue radici,* in questa rivista, n. 3, 2014, 838.

[2839] Basti pensare ai pronunciamenti del Tribunale costituzionale federale sulla incostituzionalità di formazioni naziste e comuniste.

[2840] La Legge sui Partiti Politici [*Parteiengesetz* – PartG] è del 24 luglio 1967, dopo la storica decisione della Corte di Karlsruhe del 1966 [BVerfGE 20, 56]. Si vedano: C. Pinelli, *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, Cedam, 1984; G. Grasso, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Politica del diritto*, 2010; G. Cerrina Feroni, *Democrazia interna ai partiti in Germania*: *un modello per l'Italia?*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *I 60 anni dalla Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Torino, Giappichelli, 2012.

ISSN 2279-7238

Soprattutto a causa delle ragioni politiche e costituzionali sopra brevemente accennate, è prevalsa una interpretazione dell'art. 49 fatta sulla base delle sole intenzioni originarie dei costituenti. In tale contesto, il partito politico è stato fortemente "attratto" sul versante della libertà di associazione, così da rimanere un'istituzione incompiuta, perché incompiuto è rimasto il riconoscimento normativo della sua funzione costituzionalmente rilevante.

In questo quadro, non stupisce che il controllo di legalità sui partiti, sotto il profilo della democrazia interna, sia stato assicurato dagli istituti del diritto privato e dal sindacato del giudice comune. In tal senso si veda l'ordinanza delle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione del 18 maggio 2015, n. 10094, che ricostruisce la natura del partito politico quale associazione privata non riconosciuta come persona giuridica, regolata in via generale dalle norme del codice civile.

2. Gli orientamenti della Corte costituzionale sino alla recente decisione del 10 gennaio 2019

Del resto, sono poche le sentenze in cui la Corte costituzionale si richiama, in qualche misura, all'art. 49 della Costituzione.

Pur valorizzando il ruolo dei partiti politici, soprattutto nel procedimento elettorale[2841], la Corte costituzionale nega ai partiti politici la qualità di potere dello Stato (ordinanza n. 79 del 2006)[2842]. I partiti non sono dunque riconosciuti quali soggetti legittimati a sollevare conflitto tra poteri, perché così, afferma la Corte, ha voluto il Costituente.

Tale orientamento espresso dalla Corte nella suddetta ordinanza, anche se è stato oggetto di critica da parte della più attenta dottrina[2843], è stato comunque successivamente confermato (ordinanza n. 120 del 2009). Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale che costituisce un arretramento rispetto a quello affermato nella sentenza n. 69 del 1978, in cui si legittima il comitato promotore del referendum abrogativo a sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri. In essa si stabiliva che, a figure soggettive esterne allo Stato-apparato, l'ordinamento conferisce la «titolarità

[2841] In tal senso si veda la sent. 203 del 1975.

[2842] Secondo la Corte i partiti non hanno la «titolarità di uno specifico potere da parte della Costituzione», paragonabile a quello dei comitati promotori dei referendum. L'art. 49 Cost. non attribuisce ai partiti specifici poteri di carattere costituzionale. Sebbene le leggi ordinarie assegnino ai partiti compiti di notevole rilevanza entro il procedimento elettorale, esse «non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.». Per tali ragioni, «i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato ai fini dell'art. 134 Cost.».

[2843] Cfr. P. Ridola, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato: organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico?*, in *Giur. cost.*, 2006, 670 ss.; S. Curreri, *Non varcate quella soglia! (Prime considerazioni sull'ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale circa l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)* (18 aprile 2006) in www.forumcostituzionale.it; A. Mannino, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale* (3 maggio 2006) in www.forumcostituzionale.it; F. Ghera, *Partiti politici e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2006; M. Mezzanotte, *Partiti politici e legittimazione al conflitto: una chiusura ancora giustificata?*, in www.forumcostituzionale.it. 2009.

ISSN 2279-7238

e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite, concorrenti con quelle attribuite a poteri ed organi statuali in senso proprio»[2844].

Certo, occorre riconoscere che questo orientamento della Corte costituzionale sui partiti è stato favorito, da un lato, dalla mancanza di una legge sui partiti che ha negato il pieno sviluppo delle potenzialità insite nell'art. 49 della Costituzione, dall'altro, dal ridimensionamento sociale del ruolo dei partiti nel corso della loro trasformazione da partiti di massa a partiti personali. Non a caso, anche nella sentenza n. 1 del 2014 il grande assente è proprio l'art. 49, mai evocato a parametro, né preso in considerazione dalla Corte costituzionale.

La sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sembra maggiormente in sintonia con l'art. 49 della Costituzione. Nel dichiarare costituzionalmente illegittima la legge n. 52 del 2015 nella parte in cui, da un lato, prevedeva un secondo turno di ballottaggio per l'assegnazione del premio di maggioranza e, dall'altro, consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere il proprio collegio di elezione, la sentenza ribadisce «il ruolo che la Costituzione assegna ai partiti, quali associazioni che consentono ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale»[2845].

Più di recente, il 10 gennaio 2019, la Corte costituzionale si è espressa sul ricorso promosso dal gruppo parlamentare di opposizione del Partito Democratico al Senato e insieme da parlamentari costituenti quel decimo dei componenti di una Camera che per la Costituzione ha il potere di chiedere un voto dell'Assemblea nell'ambito del procedimento legislativo e su una mozione di sfiducia. Il ricorso è stato presentato per violazione dell'art. 72 della Costituzione sulla formazione delle leggi[2846], perché non è stato rispettato l'*iter* di approvazione della legge di bilancio, data la forte contrazione subita dalla procedura parlamentare a seguito dal maxi-emendamento governativo. Per la prima volta è stato votato un testo praticamente sconosciuto e non conoscibile da parte dei parlamentari, in quanto modificato fino a poche ore prima del voto finale, senza alcuna possibilità di esame e di discussione, né in Commissione Bilancio del Senato, né in Aula.

Il ricorso alla Corte costituzionale è stato presentato prima della promulgazione della legge di bilancio da parte del Presidente della Repubblica, il quale è tenuto a promulgare tutte le leggi, salva la possibilità, ai sensi dell'art. 74, comma 1, della Costituzione di rinviare il testo legislativo alle Camere insieme ad un messaggio di spiegazione dei suoi dubbi che sono, peraltro, superabili dalla difforme volontà parlamentare[2847]. La controfirma del Presidente della Repubblica non garantisce la costituzionalità della legge, che non a caso può essere successivamente impugnata presso la Corte costituzionale.

D'altro canto, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, pur non avendo utilizzato il suo potere di rinvio della legge alle Camere per una nuova deliberazione, ha però lanciato un chiaro

[2844] Corte costituzionale sent. n. 69 del 1978, punto n. 4 del "Considerato in diritto".
[2845] Corte costituzionale sent. n. 35 del 2017, punto n. 11.2 del "Considerato in diritto".
[2846] L'articolo 72, comma 1, della Costituzione stabilisce che ogni disegno di legge, presentato ad una Camera, deve essere esaminato dalla Commissione di merito e votato articolo per articolo dall'Aula. Questa procedura normale di esame e di approvazione deve essere sempre adottata anche per l'approvazione della legge di bilancio, art. 72, ultimo comma.
[2847] Com'è noto, l'art. 74, comma 2, stabilisce che: «Se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve essere promulgata».

ISSN 2279-7238

monito nel suo messaggio di fine anno, evidenziando la «grande compressione dell'esame parlamentare» e augurandosi «che il Parlamento, il Governo, i gruppi politici trovino il modo di discutere costruttivamente su quanto avvenuto; e assicurino per il futuro condizioni adeguate di esame e di confronto»[2848]. Ora, dopo il monito del Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale poteva o dichiarare l'inammissibilità del ricorso e, altresì, confermare il monito presidenziale[2849], oppure pronunciarsi a favore della sua ammissibilità. Con la decisione del 10 gennaio 2019 ha scelto la strada della poco convincente e ingiustificata chiusura[2850], pronunciandosi contro l'ammissibilità del ricorso sollevato dal gruppo parlamentare del PD. Nonostante lo svilimento del ruolo del Parlamento e l'evidente violazione dell'art. 72 Cost. non è stata colta l'occasione per rafforzare le garanzie costituzionali. Eppure è evidente che, in considerazione dell'evoluzione (o, più correttamente, dell'involuzione) dell'ordinamento costituzionale, l'equilibrio e l'eventuale conflitto tra i poteri dello Stato non può non tener conto, in particolare nei sistemi parlamentari, anche della dialettica tra maggioranza e minoranze che deve essere sempre garantita nel rispetto delle norme costituzionali sui limiti e freni allo strapotere della maggioranza.

Con questa decisione, dunque, la Corte costituzionale, attraverso una lettura riduttiva della nozione di potere dello Stato, non legittima i gruppi parlamentari – che nel nuovo Regolamento del Senato coincidono sostanzialmente con i partiti politici – a sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato.

I giudici costituzionali ritengono, invece, che i singoli parlamentari «sono legittimati a sollevare conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale»; e tuttavia la Corte «non riscontra nelle violazioni denunciate quel livello di manifesta gravità che, solo, potrebbe giustificare il suo intervento». La Corte dunque in questo caso «non riscontra»? Ma così la decisione sembra in realtà una decisione anticipata di merito più che una di ammissibilità.

3. I primi passi verso una cornice normativa minima

Negli ultimi anni è stato fatto qualche piccolo passo in avanti in via legislativa e sul terreno del diritto parlamentare.

[2848] Per il discorso del Presidente della Repubblica si veda: (https://www.quirinale.it/elementi/19822).
[2849] Nella parte finale del suo comunicato del 10 gennaio 2019 la Corte afferma: «Resta fermo che per le leggi future simili modalità decisionali dovranno essere abbandonate altrimenti potranno non superare il vaglio di costituzionalità». Vedi https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190110182534.pdf.
[2850] Nel comunicato - sopra menzionato - si legge: «La contrazione dei lavori per l'approvazione del bilancio 2019 è stata determinata da un insieme di fattori derivanti sia da specifiche esigenze di contesto sia da consolidate prassi parlamentari ultradecennali sia da nuove regole procedimentali. Tutti questi fattori hanno concorso a un'anomala accelerazione dei lavori del Senato, anche per rispettare le scadenze di fine anno imposte dalla Costituzione e dalle relative norme di attuazione, oltre che dai vincoli europei». Certamente, una valutazione critica più approfondita di questa decisione della Corte potrà essere fatta solo quando verrà pubblicato il testo dell'ordinanza.

ISSN 2279-7238

Fino alla fine della XVI legislatura, ogni tentativo di regolazione dei partiti era fallito. Nonostante il ragionevole e diffuso scetticismo[2851], la legge n. 13/2014, che ha convertito in legge il decreto legge n. 149/2013, ha dettato tra l'altro una cornice normativa minima per la democrazia infrapartitica (Capo II, *Democrazia interna, trasparenza e controlli,* artt. 2-9). L'art. 2, comma 2, fa un esplicito riferimento all'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'art. 49 Cost., confermando l'interpretazione estensiva dello stesso. Il testo prevede, inoltre, che i partiti – per lo meno, quelli che vogliono accedere ai benefici economici – sono tenuti a dotarsi di uno statuto, redatto nella forma dell'atto pubblico e inserito in un Registro nazionale dei partiti politici, previo esame di una Commissione – la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici – che verifica i requisiti indicati dall'art. 3, nel «rispetto della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea». Se a parere della Commissione lo statuto di un partito richiede delle modifiche, la legge stessa stabilisce un arco temporale – tra i trenta e i sessanta giorni – per il deposito dello statuto modificato. Qualora le modifiche apportate non siano conformi alla legge oppure sia trascorso inutilmente il termine suddetto, la Commissione, con provvedimento motivato, può negare l'iscrizione del partito nel Registro nazionale dei partiti politici. Si tratta certamente di una novità rilevante[2852].

Sicuramente l'obbligo di registrazione e la istituzione della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici costituiscono un primo passo importante per la democrazia interna dei partiti e per la loro trasformazione da associazioni di fatto in associazioni riconosciute iscritte in pubblici registri.

Le proposte di legge sulla disciplina dei partiti politici – presentate nel corso della precedente e attuale legislatura[2853] – prevedono la trasformazione dei partiti in associazioni aventi personalità giuridica. Per il riconoscimento di quest'ultima i partiti sarebbero tenuti a dotarsi di un atto costitutivo e di uno statuto, redatti nella forma dell'atto pubblico, di cui fanno parte integrante la denominazione e il simbolo. Per l'acquisizione della personalità giuridica, si prevede che quest'ultima dipenda dall'iscrizione nel registro di cui al decreto-legge n. 149 del 2013. In tal modo, si applicheranno ai partiti politici le disposizioni del codice civile e le norme di legge vigenti per le

2851 Si veda, tra i tanti contributi, il saggio di A. Ruggeri, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici,* in *Rivista AIC*, n. 1/2010 e, più di recente, S. Mangiameli, *Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2018.

2852 Su questi aspetti, tra i primi commenti alla legge si veda G. Maestri, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione: gli effetti delle nuove norme sul finanziamento*, in *federalismi.it* n. 5/2014.

2853 Si vedano in particolare le seguenti proposte: 1) «Modifiche al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, per l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione in materia di democrazia interna dei partiti. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle norme riguardanti la disciplina dei partiti» (Atto Camera n. 3147, Guerini e altri); 2) il testo gemello «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione in materia di democrazia interna dei partiti. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle norme riguardanti la disciplina dei partiti» (Atto Senato n. 1938, Zanda e altri), preceduto da un progetto simile, «Disciplina dei partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo di riordino delle disposizioni riguardanti i partiti politici» (Atto Senato n. 1852, Sposetti e altri). Per quanto concerne le proposte presentate nella fase iniziale della XVIII Legislatura, si vedano: A.C. 325 recante «Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici»; A.S. 350 finalizzato ad introdurre «Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici»; A.S. n. 422 recante «Disposizioni in materia di partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica».

ISSN 2279-7238

associazioni dotate di personalità giuridica, contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, articolo 1. In conclusione, mi sembra che queste proposte, pur migliorabili, siano coerenti con la necessità di una rilettura dell'art. 49 della Costituzione e con il nuovo tipo associativo disciplinato dal diritto dell'Unione europea: "il partito politico europeo"[2854].

Anche il nuovo Regolamento del Senato, nel richiamarsi a una corrispondenza tra partiti e gruppi, valorizza e, al tempo stesso, regolamenta il potere dei partiti/gruppi parlamentari, per ridurre il fenomeno del transfughismo[2855], rispettando il bilanciamento tra l'art. 49 e l'art. 67[2856]. Al riguardo, si veda il Capo IV, *Dei Gruppi Parlamentari*, art. 14, *Composizione dei Gruppi parlamentari*, come modificato, da ultimo il 20 dicembre 2017. In particolare, l'art. 14, comma 4, stabilisce che: «Ciascun Gruppo dev'essere composto da almeno dieci Senatori e deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori. Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici. È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. I Senatori che non abbiano dichiarato di voler appartenere ad un Gruppo formano il Gruppo misto».

4. Quali ostacoli alla regolazione dei partiti politici?

Se ci limitiamo alla interpretazione letterale dell'art. 49 della Costituzione, è certamente inappropriato parlare di attuazione dell'art. 49, perché non esiste un vincolo nel dettato costituzionale. Più utile è dibattere sul significato di una possibile rilettura della norma costituzionale. Infatti, al di là della purezza del metodo, ci interessa di più comprendere il rapporto tra forma partito e forma di governo[2857], tra democrazia dei partiti e democrazia nei partiti. E

[2854] Regolamento n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 Ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee.
Sul punto, si veda: F. Saitto, *European Political Parties and European Public Space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014*, in *Rivista di Diritti comparati,* 2/2017; G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in questa rivista, 1/2017.

[2855] Si veda: M. Manetti, *Regolamenti di Camera e Senato e la trasformazione dell'assetto politico-parlamentare*, in https://www.federalismi.it/, n. 1/2018. Qui l'autrice osserva correttamente quanto sia necessario considerare che «la lotta al transfughismo, in astratto condivisibile, non può precedere la riforma in senso democratico dei partiti e dei Gruppi parlamentari che ad essi si collegano».

[2856] N. Lupo, *La riforma del (solo) regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/lupo.pdf; P. De Luca, *Il nuovo Regolamento del Senato: come si è arrivati a questo punto?*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/03/deluca.pdf

[2857] Sempre attuale è la lezione di Elia che insiste sul rapporto condizionante tra forma partito e forma di governo: L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, Giuffrè, 1970, 634 ss. Un approccio diverso è quello di M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, Giuffrè, 2010, p. 540, il quale definisce la forma di governo

ISSN 2279-7238

coerentemente con tale approccio, se la democrazia dei partiti spiega la stessa genesi costituzionale dell'art. 49, la sua interpretazione non può essere fatta sulla base delle sole intenzioni originarie, «a pena di irrigidirne la lettura e di provocarne prima o poi l'obsolescenza»[2858].

Ancora oggi, tuttavia, parte della dottrina, il legislatore e la giurisprudenza costituzionale hanno difficoltà a chiarire il ruolo dei partiti politici nell'ordinamento costituzionale, rigettando la teoria della incorporazione del diritto dei partiti nell'ordinamento giuridico statuale. Prevale in questo orientamento la preoccupazione che l'incorporazione se assunta in forma integrale possa ledere il pluralismo. Si tratta di una preoccupazione legittima, in particolare se si pensa all'esperienza del regime a partito unico. Tuttavia, non si tratta di scegliere tra alternative estreme: incorporazione in forma integrale, da un lato, e sregolatezza dei partiti, dall'altro. Occorre che le forme di riconoscimento del fenomeno partitico e la loro disciplina siano *funzionali al pluralismo*, alla rappresentanza politica e alla partecipazione democratica. Perché i partiti sono elementi costitutivi dello Stato democratico (Mortati) e per la loro influenza sulla forma di governo si configurano anche come istituzioni costituzionalmente rilevanti ed elementi costitutivi del sistema di governo, in particolare di quello parlamentare[2859].

Le soluzioni giuridiche possono essere molteplici, basti pensare a quelle adottate in Germania, Spagna, Portogallo, *etc.* E, anche in Italia, diversi sono i disegni di legge in materia di partito politico presentati nella legislatura in corso e in quelle precedenti.

Ciò che conta comunque affermare è che la costituzionalizzazione autentica dei partiti politici comporta una regolamentazione degli stessi[2860]. La "democrazia dei partiti" non regolata[2861] non ha impedito in Italia la sovrapposizione tra modelli di partito e modelli istituzionali. In questo modo la "democrazia dei partiti" non regolata degenera in *una incorporazione di fatto* dei partiti; cioè degenera in "partitocrazia", in quanto le finalità, le attività, l'organizzazione e il funzionamento dei partiti si palesano apertamente in contrasto con i principi organizzativi e il reale funzionamento di una democrazia costituzionale. E nello Stato costituzionale non vi può essere una "sovranità dei partiti", né una "rappresentanza senza partiti".

«l'insieme delle regole giuridiche dei rapporti fra i poteri e gli organi costituzionali titolari di attribuzioni decisionali di natura politica».

[2858] C. Pinelli, *Il paradosso di una partitocrazia senza partiti. Uno sguardo costituzionale*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Jovene, 2012, 646.

[2859] S. Bonfiglio, *Dall'«influenza» regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo*, in questa rivista, n. 2/ 2018. Con riferimento alla esperienza costituzionale italiana, S. Bonfiglio, *Forme di governo e partiti politici. Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, con un saggio introduttivo di M. Galizia, Milano, Giuffrè, 1993.

[2860] L. Elia, *A quando una legge sui partiti?*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli, 2009; S. Merlini, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII convegno annuale (Alessandria, 17-18 ottobre 2008) dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Napoli, Jovene, 2009, 51 ss.

[2861] Tra i tanti contributi, si vedano: F. Lanchester, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/1988; L. Elia, *Per una legge sui partiti*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffré, 1992, 1, 411; S. Gambino, *Una rilettura dell'art. 49 Cost.: la democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, in *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milano, Giuffrè, 2005, 481 ss.; C. Pinelli, *Il dibattito sui partiti: disciplina e qualità della democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 2006; A. Barbera, *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2006, 263 ss., P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; più di recente, F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, Giappichelli, 2017.

ISSN 2279-7238

Senza con ciò voler trascurare l'importanza degli istituti di democrazia partecipativa e la loro valorizzazione[2862], l'istituto della rappresentanza politica ha un particolare rilievo nel "nucleo fondamentale" (e intangibile) della Costituzione italiana. Per questa ragione non si può non tener conto dell'importanza della regolazione dei partiti politici, per il corretto funzionamento della democrazia rappresentativa.

Vi è un ostacolo maggiore alla regolazione del partito politico che riguarda due aspetti distinti che possono anche, in alcuni casi, pericolosamente fondersi: le finalità e l'azione politica dei partiti antisistema, nonché l'affermarsi di partiti personali, anche quando non hanno finalità apertamente antidemocratiche. I partiti antisistema sono certamente contrari alla regolazione. I partiti personali senza radici storiche – e che si caratterizzano per aver raccolto in poco tempo un ampio consenso elettorale – sono poco propensi a farsi regolare, perché questo potrebbe compromettere, per l'appunto, la loro rapida ascesa, soprattutto se hanno a disposizione risorse finanziare e/o reti di comunicazione di loro proprietà poco trasparenti.

Ritengo, però, che la nascita del partito personale sia legata a profondi mutamenti economico-sociali, e che non derivi in maniera determinante dall'adozione di modelli elettorali prevalentemente maggioritari. Del resto, nella storia del sistema parlamentare maggioritario del Regno Unito la struttura e la meccanica tendenzialmente bipartitica, nonché la personalizzazione della politica non hanno prodotto la nascita di partiti personali, ma leadership democratiche forti, in un assetto istituzionale caratterizzato da una prevalente stabilità di governo. In questo contesto, la maggiore circolarità della classe politica è stata favorita dalla logica maggioritaria: il leader che perde le elezioni politiche perde anche la guida del partito. Ciò non sempre avviene nei regimi parlamentari non maggioritari, ma anche in questi sistemi non è detto che i partiti debbano degenerare necessariamente in partiti personali. La Germania è un buon esempio di partiti non personali, con leadership forti in un sistema parlamentare non maggioritario.

[2862] Gli istituti di democrazia diretta, però, non devono essere concepiti in contrasto con la democrazia rappresentativa e, in particolare, con il sistema parlamentare. La proposta di legge costituzionale C. 1173 presentata il 19 settembre 2018 da D'Uva ed altri, "Modifica all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare", innesca una forte conflittualità istituzionale e non semplifica certo la scelta degli elettori chiamati a votare su due progetti (uno del Parlamento e l'altro del Comitato promotore). Certamente un *quorum* troppo alto non incentiva la partecipazione: tutti ricordiamo il "boicottaggio" dei referendum attraverso l'invito a non votare e "andare al mare". Tuttavia, ritengo un errore passare da un estremo all'altro abolendo il *quorum*, perché ciò può favorire alcuni forti interessi di minoranze organizzate contro la volontà espressa dalla maggioranza parlamentare. Una soluzione potrebbe essere quella di stabilire, come prevede la proposta di legge C. 1447 presentata da Magi, un *quorum* fisso più basso rispetto a quello ora previsto dall'art. 75 (che comunque andrebbe conseguentemente uniformato): la maggioranza dei voti validamente espressi, purché il numero dei voti favorevoli sia superiore a un quinto degli aventi diritto al voto. Un'altra convincente ipotesi è quella di un *quorum* variabile, come si prevede nella proposta di legge C. 726 presentata da Ceccanti e altri. In tal caso, la proposta sottoposta a referendum si considera approvata se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi e se ha partecipato alla votazione un numero di elettori almeno pari alla maggioranza degli elettori che hanno preso parte alla precedente votazione per l'elezione della Camera dei deputati. In questo modo, anche il *quorum* variabile favorirebbe un equilibrio virtuoso tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta.
Nella seduta del 9 gennaio 2019 sono stati accolti dalla I Commissione Permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) della Camera dei deputati gli emendamenti di Ceccanti 1. 215 e 1. 249. Il primo introduce nel testo un *quorum*, non partecipativo ma approvativo, del 25 per cento dei voti validi per l'approvazione delle proposte sottoposte a *referendum* e, sempre con lo stesso emendamento, si estende il medesimo *quorum* anche al referendum abrogativo di cui all'articolo 75 della Costituzione. Inoltre, è stato accolto anche l'altro emendamento 1. 249, in cui si prevede che la legge attuativa del *referendum* sia approvata con la maggioranza assoluta (http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2019/01/09/leg.18.bol0122.data20190109.com01.pdf)

ISSN 2279-7238

Sia nel caso del Regno Unito, da un lato, che in quello della Germania, dall'altro, le variabili determinati la formazione di leadership democratiche forti non sono, dunque, i diversi sistemi elettorali ma i partiti politici, che si rigenerano non cambiando nome, sigla o simbolo, ma cambiando le leadership.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il finanziamento della politica *

di Stefano Ceccanti**

SOMMARIO: Premessa metodologica-Ci si concentra sulle derive attuali del dibattito. – 2. Breve ricognizione della situazione attuale (data nel complesso per conosciuta). – 3. La tendenza di lungo periodo e quella a breve prima del ddl Bonafede. – 4. La deriva recente col ddl Bonafede: i partiti ricompresi nella lotta alla corruzione e nel ridimensionamento della democrazia rappresentativa

1. Premessa metodologica- Ci si concentra sulle derive attuali del dibattito

Lo scopo del presente intervento è quello di concentrare l'attenzione sulle tendenze (o, per meglio dire, le derive) attuali del dibattito, come mostrato dall'esame parlamentari del ddl Bonafede anticorruzione (A.C. 1189), approvato in prima lettura una settimana fa.

2. Breve ricognizione della situazione attuale (data nel complesso per conosciuta)

Per il quadro complessivo della normativa vigente rinvio pertanto al saggio Curreri-Stegher per il convegno di Lille del prof. Derosier in corso di pubblicazione (1), al commento all'articolo 49 del medesimo Curreri nel recente Commentario del Mulino curato da Clementi, Cuocolo, Rosa e Vigevani (2), al quasi contestuale volume di Filippo Sciuto edito da Giappichelli (3) e, più indietro nel tempo, alla nota del 2012 predisposta da Giuliano Amato (con la collaborazione di Francesco Clementi) (4)

Siamo in estrema sintesi, estrema giacché si tratta di aspetti già ben arati, nel quadro normativo segnato da due fattori:

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma

ISSN 2279-7238

-un persistente finanziamento **DIRETTO** *dei gruppi parlamentari*, regolato in modo assai rigoroso con le novelle regolamentari del 2012;

-l'abrogazione definitiva dei rimborsi elettorali che si è avuta con l'anno 2017, per effetto finale della legge. n. 13/2014 che aveva previsto un triennio transitorio di progressivo definanziamento.

Grazie a quest'ultima legge *esistono due tipologie di agevolazioni fiscali*, *quindi con un ruolo pubblico ora* **INDIRETTO,** per la contribuzione volontaria dei cittadini:

- detrazioni per le *erogazioni liberali* da parte delle persone fisiche e delle società;
- destinazione volontaria del *2 per mille* dell'Imposta sul reddito delle persone fisiche a favore di un partito politico.

L'accesso a queste forme di contribuzione *non è come noto generalizzato, ma è condizionato* al rispetto di requisiti di trasparenza e democraticità grazie ai quali ci si può iscrivere ad un registro nazionale tenuto dalla Commissione di garanzia sui partiti istituita presso la Camera dei deputati.

La mancanza di tali requisiti non impedisce comunque la presentazione alle elezioni, che può avvenire grazie alla presentazione di requisiti meno esigenti (tale è, oltre a forze minori, anche la collocazione del M5S).

Possiamo anche parlare di una *significativa area di sovrapposizione*, in quanto sia in termini di erogazioni liberali sia di supporto all'attività parlamentare nell'ambito del budget di spesa riconosciuto ai singoli, gli eletti sono anche a tale titolo tra i principali contributori dei rispettivi partiti.

3. La tendenza di lungo periodo e quella a breve prima del ddl Bonafede

ISSN 2279-7238

Queste scelte si inseriscono in una *tendenza di lungo periodo* di *riduzione dell'entità dei contributi* **DIRETTI** ai partiti, istituiti nel 1974 ed erogati, a partire dal 1993, in seguito ad un referendum popolare, sotto forma prevalentemente di contributi per le spese delle campagne elettorali, in modo però abnorme e sconnesso da un'effettiva rendicontazione, dopo la breve parentesi del cofinanziamento ((l. n. 96/2012).

Vi è anche una *tendenza di breve periodo*, quella iniziata con tale legge del 2012 e con le novelle regolamentari del 2012 sui gruppi, a *collegare finanziamento e trasparenza, oltre a requisiti minimi di democraticità*. A questi ultimi, però, sembrano sfuggire i Gruppi, dopo che nel contenzioso di inizio di questa legislatura sullo Statuto del Gruppo Camera M5S e il Regolamento del medesimo Gruppo al Senato sugli standard che non avrebbero garantiti in tali testi, il Presidente della Camera si è ritenuto incompetente e la Presidente del Senato non ha fornito alcuna risposta.

Da più parti, prima della recente iniziativa legislativa Bonafede, il dibattito era centrato su due interrogativi:

-è possibile/opportuno ripristinare una qualche forma di finanziamento diretto o, quanto meno potenziare il due per mille esistente, o allineandolo al metodo utilizzato per l'otto per mille delle confessioni religiose (redistribuendo anche il cosiddetto inoptato sulla base delle scelte espresse) oppure ampliando la quota, ad esempio giungendo al quattro per mille? Del resto la soluzione del 4 per mille è già esistita, sia pure per breve durata: fu introdotta dalla 1/1997 e abrogata dalla l. 157/1999. Per inciso la riforma del finanziamento dei partiti politici dovrebbe coinvolgere anche le strutture che sono con esse collegate, talora anche in via formale, come le fondazioni e le associazioni politiche, sia perché è ormai in esse che si svolge l'attività di elaborazione politica, sia per rendere tali rapporti più trasparenti di quanto oggi siano, specie per talune forze politiche come il M5S;

-è possibile/opportuno andare oltre sulla strada di un legame tra finanziamento e democraticità interna con norme più stringenti di quelle attuali?

Credo che le due domande siano fatalmente legate perché ben difficilmente, in termini di legittimazione, si potrebbe rispondere positivamente alla prima evitando la seconda.

ISSN 2279-7238

Ritengo ancora valido lavorare su queste due domande: una dottrina ampiamente maggioritaria ritiene più coerente con l'ordinamento costituzionale e con le tendenze delle moderne democrazie pluralistiche che non vi siano zone grigie così significative, in particolare rispetto alle funzioni pubblicistiche dei partiti e il finanziamento pubblico, meglio con le modalità del cofinanziamento che evita la nascita e la persistenza di forze legate solo alla mano pubblica, rappresenta l'incentivo più potente in tale direzione. Anche se, forse, il solo cofinanziamento può essere insufficiente, quando il contributo privato è scarso; si potrebbe creare un mix tra i due.

4. La deriva recente col ddl Bonafede: i partiti ricompresi nella lotta alla corruzione e nel ridimensionamento della democrazia rappresentativa

Qualcosa di diverso è però accaduto con i risultati delle recenti elezioni politiche. Il primo partito del Paese, e il primo della maggioranza di Governo, si è rivelato il M5S che non accetta già oggi quel sistema di regole pur minime e non è neanche sensibile, per sua cultura politica, al rischio di attivismo giudiziario che si manifesta anche per l'assenza di una legge, facendo invece dell'attivismo giudiziario uno dei suoi punti qualificanti.

Su questa base materiale si è quindi innestato il ddl Bonafede che parte da premesse del tutto diverse, ossia non più dal legame tra democraticità e finanziamento, ma da quello tra anticorruzione e partiti. Il ddl infatti è composto di due parti: la prima dedicata alla lotta alla corruzione e la seconda ai partiti, concentrandosi su tutta una serie di norme che rendono più burocratico e difficoltoso il finanziamento privato (pur con qualche limitato correttivo in senso opposto inserito nell'esame parlamentare) senza ampliare quello pubblico. Il testo va anche letto in combinato disposto con l'altro disegno di legge governativo Fraccaro 1173, in questo caso di riforma costituzionale, teso a ridimensionare la democrazia rappresentativa in favore di iniziative referendarie multiple (propositive e abrogative), senza alcun quorum e senza effettivi limiti di materia.

Mi pare che dobbiamo chiederci seriamente se questa deriva, oltre che inopportuna, non tenda anche a minare seriamente alcune caratteristiche della Forma di Stato democratico-pluralistica. Su questo, prima che sulle singole norme vecchie e nuove, dovremmo forse riflettere di più, associando alla riflessione forse anche una dose maggiore di intransigenza di studiosi, del tutto a prescindere dalle diverse collocazioni politico-ideali, sempre che esse intendano muoversi dentro i principi della forma di Stato democratica.

Note

ISSN 2279-7238

(1) Ogni anno il professor J. Ph. Derosier organizza un colloquio comparatistico denominato ForInCIP, Forum Internazionale sulla Costituzione e le Istituzioni Politiche, prima a Rouen e ora a Lille. L'ultimo era centrato sulla regolamentazione dei partiti politici. Gli atti sono poi pubblicati in una collana dell'editore Lexis-Nexis, "Les Cahiers du ForInCIP". Questa pubblicazione è prevista per il 2019.

(2) "La Costituzione italiana commentata articolo per articolo", Il Mulino, Bologna, 2018, Parte I, pp. 312-318

(3) "La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione", Torino, 2018

(4) leggibile qui: http://www.camera.it/temiap/XVI_0437.pdf

ABSTRACT

La relazione fa una ricognizione della legislazione in materia di finanziamento pubblico della politica e delle possibili riforme future

The report reviews the legislation on public financing of the politics and possible future reforms

Finanziamento politica partiti democrazia leggi

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*

di Oreste Massari**

SOMMARIO: 1. I partiti e la democrazia. - 2. Il partito di massa classico. - 3. Le fratture e i sistemi di partito. - 4. Usura, involuzione, ritardo dei partiti tradizionali. - 5. La disintermediazione e la spinta al direttismo. - 6. La mediatizzazione della politica e le nuove tecnologie della comunicazione. - 7. Partitocrazia senza partiti.

1. I partiti e la democrazia

Il tema del mio intervento sembra alludere a un passaggio radicale da un'epoca contrassegnata dalla centralità e dal ruolo preminente del partito di massa nelle democrazie, considerata tutto sommato positiva in sede di bilancio complessivo, all'epoca presente – non solo in Italia - caratterizzata dal declino e dalla destrutturazione o liquefazione dei tradizionali sistemi partitici, della comparsa di sempre più nuovi partiti o movimenti antisistema, partiti populisti e partiti personali che sfidano e a volte minacciano la tenuta ed essenza della stessa democrazia intesa come democrazia rappresentativa. Non a caso molti dei problemi, sfide, difetti che si ravvedono nelle democrazie contemporanee sono da ritenere come le conseguenze della debolezza, del declino e in qualche caso della scomparsa dei partiti politici e della destrutturazione dei sistemi partitici. E questo perché esiste un nesso stretto tra partiti politici e democrazia, un rapporto che si stabilisce sin dalla affermazione della rappresentanza politica moderna sorta attraverso le rivoluzioni inglese, americana e francese.

Infatti i partiti, nella società moderna, riempiono il vuoto che si è creato tra il vertice della sfera decisionale, fondata sulla rappresentanza politica (composta di pochi), e una società sempre più composta d'individui e sempre più titolari di diritti (i molti e i moltissimi). C'è, dunque, una ragione sistemica per l'avvento e la presenza dei partiti politici, e la loro ragione sta nella loro funzione indefettibile di strutture di collegamento, d'intermediazione tra la sfera della politica e quella della società (se poi svolgano adeguatamente questa funzione è un altro discorso)[2863].

C'è una straordinaria frase di Costantino Mortati che esprime questa ragione sistemica. I partiti assumono per il grande giurista << *un compito analogo a quello adempiuto in passato dagli enti politici territoriali, dai ceti oligarchici, dagli ordini e simili*>>[2864] [corsivo nostro]. Vale a dire che i partiti devono esprimere le élite (come in fondo erano le aristocrazie e la nobiltà in

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?",* tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore ordinario di Scienza Politica presso l'Università di Roma "La Sapienza"

[2863] Fondamentale per un inquadramento storico e sistematico appare P. Ignazi, *Party and Democracy. The uneven road to party legitimacy*, Oxford, Oxford University press, 2017.

[2864] La citazione è tratta da Costantino Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, Cedam, 1957, p.127, ora in Raccolta *di Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, p. 355.

ISSN 2279-7238

generale, oltre agli altri corpi sociali) che innervano, articolano e governano la società e lo devono fare in un contesto democratico aperto e pluralistico.

Ma il rapporto che si stabilisce tra partiti e democrazia avviene in maniera niente affatto pacifica e scontata, sia dal lato delle istituzioni che dovevano accogliere i partiti sia dal lato di quest'ultimi. Un rapporto facile poteva valere per i partiti che nacquero in parlamento, i cosiddetti partiti legislativi o parlamentari, ma nient'affatto per i partiti esterni al parlamento, che dovevano rappresentare masse di esclusi dai diritti politici prima e sociali poi. Rappresentare masse di esclusi, in gran parte analfabeti e non adusi alla partecipazione politica, anzi alienati dalla sfera politica, significava per i nuovi partiti di massa assumere e svolgere immani funzioni di acculturazione, educazione e formazione, integrazione nelle istituzioni, canalizzazione ed espressione delle domande e così via.

C'è una lunga storia di questo rapporto, che ha attraversato varie fasi, anche conflittuali, ben descritte ad esempio dal costituzionalista tedesco Triepel che già nel 1927[2865], in una sua famosa prolusione all'indomani dell'avvento dei partiti di massa, aveva periodizzato tale rapporto in 4 fasi: quella dell'aperta ostilità dello stato verso i partiti, quella dell'indifferenza, quella del riconoscimento giuridico e infine quella dell'incorporazione e della legittimazione (che è la fase in cui si colloca il nostro art.49 della Costituzione). Non dissimile, al di là della diversa terminologia, è la periodizzazione fatta dal politologo norvegese Stein Rokkan[2866], che in una prospettiva disciplinare diversa, arrivava a distinguere 4 soglie istituzionali: quella della legittimazione (per es. riconoscimento del diritto all'opposizione), dell'incorporazione (per es. il diritto di voto esteso), della rappresentanza (quando i nuovi movimenti sociali entrano in parlamento), e infine del potere esecutivo (quando c'è l'istituzionalizzazione della responsabilità dell'esecutivo nei confronti del parlamento e quando i partiti legittimati, incorporati, rappresentati riescono ad accedere al governo).

Per completare le fasi e le soglie occorrevano però due presupposti: dal lato dello Stato che si superasse il secolare pregiudizio – tuttora vivo - che aveva visto il partito come fazione, come elemento di divisione e di perturbazione dell'armonia del corpo sociale; dal lato dei partiti che fossero funzionali al liberalismo prima e alla democrazia poi, evitando posizioni antagoniste e anti sistema.

Lasciando stare il lato dello stato, soffermiamoci ora sui partiti. Le famose citazioni di Bryce e di Schattschneider hanno affermato in maniera perentoria l'importanza dei partiti per la democrazia[2867]. E spesso ascoltiamo politici e dirigenti di partito che si coprono con tali affermazioni per giustificarsi aprioristicamente. In realtà, dopo le affermazioni sull'importanza dei partiti i due pensatori continuavano il loro ragionamento indicando quali partiti fossero adatti alla democrazia. Per Bryce il partito della democrazia doveva

[2865] H. Triepel, *Die Staatsverfassung un die politischen Parteien*, Berlin, 1927 [ora in trad. it. a cura di E. Gianfrancesco e G. Grasso, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015].

[2866] S. Rokkan, *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, Il Mulino, 1982 [1970], e *Stato, nazione e democrazia in Europa*, pubblicazione postuma a cura di P. Flora, Bologna, Il Mulino 2002.

[2867] Bryce affermava nel 1921 che << i partiti sono inevitabili. Nessuno ha dimostrato come il governo rappresentativo potrebbe funzionare senza di loro>>; Schattschneider nel 1942 che <<la democrazia moderna è impensabile salvo che in termini di partiti politici>>.

ISSN 2279-7238

essere non un partito settario o ideologico, ma una *broad church*, un partito largamente rappresentativo delle opinioni e degli interessi della più grande parte dell'elettorato, ossia un partito maggioritario. Per Schattschneider i partiti della democrazia dovevano essere, oltre che maggioritari, anche *responsible parties*[2868], proprio per avere quello che veniva definito *responsible party government* (la formula richiamava quella di *governo rappresentativo e responsabile* con cui s'indicava nell'Ottocento il sistema di governo inglese). È evidente che si riferissero ai partiti dell'area anglosassone ed è evidente che per loro natura, in quanto partiti maggioritari non ideologici, implicassero sistemi bipartitici. È l'idea che aveva espresso già nel 1848 Disraeli in un discorso parlamentare:

Io so che ci sono Gentlemen in questa Camera che deprecano il *party government*. Non entrerò ora in una discussione a difesa del *party government*, ma vi voglio dire questo […] che voi non potete scegliere tra *party government* e governo parlamentare. Io dico che non si può avere un governo parlamentare se non si ha un *party government.*[2869]

Ovviamente, Disraeli pensava ai *responsible parties*, quelli che anche quando diventeranno di massa saranno tali per accrescimento dei partiti parlamentari, mantenendone, per così dire, la natura istituzionale. Non a caso, i partiti inglesi saranno fino ai giorni nostri partiti di massa a direzione parlamentare[2870].

Ma il punto è che nei paesi dell'area anglosassone, di tradizione parlamentare (come l'UK) o costituzionale (come gli USA) i partiti e i sistemi di partito si sviluppano *dopo* – con l'eccezione del partito laburista, che si parlamentarizzò abbastanza presto[2871] - che gli assetti istituzionali si sono formati e *all'interno* del contesto strutturato da questi posto, laddove nei paesi dal passato autoritario o autocratico (come nell'Europa continentale) lo sviluppo prende un'altra direzione, ossia quella del multipartitismo, frutto delle fratture sociali di Rokkan nel corso della formazione dello stato e delle nazioni moderne. Naturalmente poi, la diversità delle rispettive forme di governo influenzerà diversamente la natura dei partiti politici, consoni al parlamentarismo nel caso inglese e al presidenzialismo in quello americano.

Dunque, l'Europa continentale segue uno sviluppo storico diverso. Vengono fuori, nel lungo passaggio dai regimi autocratici prima e oligarchici poi, partiti extraparlamentari espressione di movimenti sociali che trovavano nei conflitti e nelle ingiustizie sociali la loro identità primaria, e che dunque dovranno affrontare una lunga fase di integrazione positiva nelle strutture istituzionali e normative dello stato che via via diventava, anche dietro le

[2868] Riprendono e rilanciano il tema dei *responsible parties* F. M. Rosenbluth e I. Shapiro, *Responsible Parties. Saving Democracy from Itself*, New Haven and London, Yale University Press, 2018.

[2869] Citazione tratta da O. Massari, *I partiti politici nelle democrazie occidentali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 29. È il caso di notare come Rosenbluth e Shapiro aprano il loro volume proprio con questa citazione di Disraeli, a riprova della grandissima verità presente in quel discorso.

[2870] O. Massari, *I partiti politici in Gran Bretagna tra organizzazione interna e <<Modello Westminster>>*, in "Quaderni Costituzionali", Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 107-123.

[2871] O. Massari, *Come le istituzioni regolano i partiti. Modello Westminster e partito laburista*, Bologna, Il Mulino, 1994.

ISSN 2279-7238

spinte di questi partiti extraparlamentari, uno stato di massa. Sono i partiti di massa ideologici e di classe (socialisti prima, comunisti poi), a porsi all'inizio come antagonisti dello stato. E difatti, questi partiti appaiono alle vecchie élite come i nuovi "barbari".

Senza contare poi che appaiono i partiti totalitari di stampo fascista, che fagocitano lo stato e che divengono partiti unici, uccidendo il pluralismo, il diritto di opposizione e tutte le libertà che ne derivano.

Le fratture istituzionali e socio-economiche nella formazione dello stato moderno in Europa daranno vita a sistemi multipartitici, alcuni dei quali, come aveva ben compreso Sartori, incompatibili con o insostenibili per la democrazia, in quanto sistemi multipartitici estremi polarizzati. Così si spiega il crollo delle democrazie in regimi democratici già instaurati in Europa, basti pensare a Weimar, alla Francia della IV Repubblica. E quando non c'è il crollo della democrazia (cosa che non è mai avvenuta nelle democrazie anglosassoni), c'è comunque o l'ingovernabilità o una democrazia dimezzata (com'è il caso dell'Italia della cosiddetta Prima Repubblica, che non ha mai avuto l'alternanza).

Naturalmente, molte di queste fratture storiche sono scomparse o riassorbite proprio dalla capacità delle democrazie di integrare anche partiti che erano nati come antagonisti, antisistema, con ideologia illiberale e comunque non democratica.

Con questa integrazione – che è un successo della capacità di coinvolgimento positivo della democrazia – comincia in Occidente, a partire dal secondo dopoguerra, la cosiddetta età d'oro del partito di massa, età che vede la costruzione del *welfare state* su base universale e l'accoglimento dei diritti sociali (financo nelle Costituzioni) in una misura mai vista prima. Sono i decenni del "compromesso socialdemocratico", secondo la bella definizione di Ralph Dahrendorf.

2. Il partito di massa classico

Ma che cosa è il partito di massa del "secolo socialdemocratico"? Non è semplicemente un'organizzazione solida, composta da centinaia di migliaia di iscritti, di radicamento territoriale diffuso, da uno stuolo di funzionari di professione (perlomeno nella versione del partito burocratico di massa), da un numero di dirigenti a livello di base, intermedi, nazionali, da una struttura gerarchica che dalla periferia arriva al centro, da una ideologia (almeno per i partiti a origine di classe e della tradizione socialista), comunque da una cultura politica espressione di una visione generale e complessiva. Non è, insomma, solo l'assieme del *the party on the ground*, del *the party in central office*, del *the party in public office*[2872]. Esso è anche e soprattutto un sistema o una rete di organizzazioni, di organizzazioni collaterali, dai sindacati alle case del popolo, dalle organizzazioni giovanili alle società sportive e alle cooperative, dai giornali e dall'editoria di partiti ai centri culturali e di ricerca, insomma da

[2872] È la tripartizione formulata da R. Katz e P. Mair, *The Evolution of Party Organizations in Europe: The Three Faces of Party Organization*, "The American Review of Politics", vol. 14, Winter, 1993, pp. 593-617.

ISSN 2279-7238

organizzazioni che coprono e accompagnano tutte le attività degli iscritti. Il modello classico è quello della socialdemocrazia tedesca di fine Ottocento, il cui partito si diceva accompagnasse l'iscritto "dalla culla alla tomba" (c'erano infatti anche società funebri di partito!). Rientravano in questo modello non solo partiti come il vecchio PCI, ma anche partiti non di origine di classe come la DC, o i partiti inglesi, tedeschi e persino americani[2873]. In questo senso, il partito di massa non è solo un'organizzazione sia pure complessa, è anche e soprattutto una comunità in cui si condividono interessi e valori.

Il partito di massa penetrava e si estendeva orizzontalmente in tutte le articolazioni della società, costituendo un *network* di organizzazioni. Talvolta questa penetrazione poteva avvenire dall'alto, dalle leve del comando governativo centrale o locale, e in questo caso si può parlare, come è stato giustamente detto, di *colonizzazione* o *occupazione* partitica dello stato e della società, abusando del potere che le posizioni di governo comportavano[2874]. Ma in questo caso si può ben parlare di degenerazione partitocratica o di *partitocrazia*[2875]. Però, attenzione: è vero che la partitocrazia si ha con il partito di massa, non quando questo non c'è più, ma con il partito di massa degenerato o deviato. Non è il *party government* o lo *Staatpartein come* tale a essere la manifestazione o la causa della partitocrazia. Questo lo poteva pensare Giuseppe Maranini, verso cui possono bastare le argomentazioni di un conservatore liberale come Disraeli prima citate. La partitocrazia è frutto della sregolatezza dei partiti, non dal fatto che i partiti sono connaturati alla democrazia rappresentativa.

Comunque, se è vero che il partito di massa va considerato non solo per il suo modello organizzativo interno, ma soprattutto per la sua compenetrazione con e nella società, per il suo essere un *network* di organizzazioni e associazioni, il punto allora è che esso presuppone una società che si fa intermediare, una società che si organizza attraverso una pluralità di enti intermedi e corpi sociali, che è ricca di associazionismo diffuso. E presuppone una rappresentanza che si fonda su questa società, su una società non atomistica, in cui gli individui non si connettono alle istituzioni singolarmente e verticalmente, ma attraverso aggregazioni sociali, di cui il partito politico è la principale, e attraverso identità e appartenenze collettive che si nutrono e alimentano proprio della natura societaria del partito politico. Per il partito di massa è vitale come l'aria vivere e muoversi in questo tipo di società. Toglietegli quest'aria e diverrà un'altra cosa. Il punto è cruciale per comprendere le ragioni del declino del partito di massa

Chiediamoci, allora, che cosa ha messo in crisi questo modello? Cosa ha determinato il declino se non la scomparsa, almeno in alcuni paesi come l'Italia, del partito di massa?

[2873] Duverger identificava il partito di massa solo con i partiti socialisti/comunisti a origine di classe, escludendo da questo tipo tutti gli altri che non vi rientravano.

[2874] Sartori, *Party Types, Organisation and Function*, in "West European Politics", vol. XXVIII, 2005, pp. 5-32.

[2875] G. Pasquino, *Degenerazione dei partiti e riforme istituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1982.

ISSN 2279-7238

Ovviamente ci sono molteplici ragioni e cause, interne ed esterne agli stessi partiti, per spiegarne il declino. Ne indichiamo solo alcune, quelle che ci sembrano più attuali e cariche di conseguenze.

3. Le fratture e i sistemi di partito

A mettere in crisi e a sconvolgere i sistemi di partito tradizionali è anzitutto l'usura storica di quelle classiche fratture o *cleavages* studiate e analizzate da Rokkan e Lipset[2876] che, per i due studiosi, avevano "congelato" i sistemi di partito alla situazione esistente negli anni Venti del secolo scorso. C'è da dire che la tesi del congelamento fu formulata negli anni Sessanta, e da allora non c'è chi non veda come nuove e inedite fratture si siano create e si stiano creando, le quali danno luogo a nuove linee di conflitto e conseguentemente, grazie alla comparsa di nuovi imprenditori politici, a nuovi movimenti e partiti che ripropongono un rapporto difficile, problematico e a volte persino pericoloso per le nostre democrazie occidentali. Tali nuove fratture si stanno formando attorno alle grandi questioni del nostro tempo che si possono riassumere nei titoli della globalizzazione, del processo d'integrazione europea, delle immigrazioni di massa verso l'Occidente provenienti dal continente africano soprattutto e da quello asiatico, la recrudescenza del conflitto centro-periferia all'interno degli stati nazionali europei e così via. Vediamo così dappertutto, e non solo in Europa, il formarsi e l'affermazione di partiti anti-globalizzazione, anti-establishment, anti-europei (nel senso di anti-integrazione europea) e nazionalisti o "sovranisti", anti-immigrazione, separatisti e così via. Non tutti – di solito etichettati come partiti populisti – e non sempre sono necessariamente antidemocratici, razzisti, xenofobi. Tuttavia, sono evidenti i segni e le manifestazioni di pulsioni e atteggiamenti che possono portare a questi esiti.

Intanto la classica divisione destra-sinistra si rivela insufficiente a rappresentare le nuove linee di conflitto. Non che venga superata, ma non è più adeguata. Basti vedere la crisi di molti partiti socialisti in Europa: la scomparsa del Pasok in Grecia o il crollo dei socialisti francesi o la parabola negativa del vecchio/nuovo *Labour* inglese, destinato probabilmente a non essere più competitivo nel bipartitismo inglese, nonostante l'illusione, crediamo momentanea, offerta dalla nuova leadership di un personaggio della vecchia sinistra come Jeremy Corbyn, o ancora il netto ridimensionamento elettorale della socialdemocrazia tedesca, per non parlare della grave crisi del PD italiano, e così via. La nuova linea di conflitto, la faglia che emerge, è quella che si può riassumere tra apertura/chiusura (comprensiva di Europa, globalizzazione, immigrazione ecc.). Questa nuova linea taglia trasversalmente elettorati, classi, partiti, rimescolando, scompaginando, riformulando le

[2876] S. Rokkan e S. Lipset, *Cleavage structures, party systems, and voter alignments. An introduction*, in Id. (eds.), *Party Systems and Voter Alignments. Cross-National Perspectives*, New York, Free Press 1967.

ISSN 2279-7238

vecchie appartenenze e identità, creandone delle nuove (basti pensare al fatto che da tempo gli operai francesi che una volta votavano il PCF ora votano il FN, o ai tanti elettori del PD che sono emigrati verso le sponde del M5S e persino della Lega di Salvini).

Da tutto questo molti sistemi politici nazionali ne sono stati sconvolti. Il bipartitismo è scomparso dappertutto, anche se esibiva pochissimi casi. Anche nell'unico paese rimasto bipartitico, l'UK (a parte gli USA), il bipartitismo sembra destinato a scomparire, giacché si profila una situazione di partito predominante (i conservatori), data la profonda involuzione/regressione del *Labour* di Corbyn, che non può più contare su circa una trentina di seggi che conquistava in Scozia, tradizionale roccaforte dei laburisti, dato il successo elettorale del partito nazionale scozzese. Lo stesso bipolarismo è scomparso in Grecia, Spagna, Italia, sostituito da formati dei sistemi partitici o tripolari o quadripolari o frammentati. Nella stessa Germania – che è l'unico paese d'Europa dove fino a poco tempo fa i tradizionali partiti avevano resistito e mantenuto una solidità organizzativa ancora notevole e dove il bipolarismo non ha prodotto alternanza e una maggioranza di governo sufficiente, il quadro complessivo sta rapidamente cambiando, con l'ascesa di un partito di estrema destra come l'AFD da una parte e le prime avvisaglie, ancora a livello di Land, di una rinascita dei Verdi.

Da notare, per inciso, che il declino o le difficoltà del bipartitismo/bipolarismo significa anche il declino delle democrazie maggioritarie come modello di competizione politico/elettorale e come modalità di governo (secondo la logica di funzionamento del cosiddetto Modello Westminster).

Riassumendo ciò che sta accadendo ai nostri sistemi partitici nazionali:

- riemergenza di partiti anti-sistema;
- indebolimento dei partiti tradizionali;
- destrutturazione dei sistemi partitici consolidati;
- comparsa di nuovi partiti populisti e antieuropei;
- aumento della volatilità elettorale;
- governabilità sempre più difficile;
- declino delle democrazie maggioritarie.

4. Usura, involuzione, ritardo dei partiti tradizionali

Le inevitabili trasformazioni subite nel corso del tempo dal partito di massa sono state via via osservate dagli scienziati della politica, dando vita alla proposizione di una lunga serie di nuovi tipi di partito: dal *catch-all party* di Kirccheimer[2877], ossia elettoralistico ed

[2877] O. Kirccheimer, *The Transformation of the Western European Party Systems*, in J. La Palombara e M: Weiner (eds.), *Political Parties and Political Development,* Princeton, Princeton University, Press 1996, pp. 177-200.

ISSN 2279-7238

opportunistico, al partito professionale-elettorale di Panebianco[2878], al *cartel party* di Katz e Mair[2879], al *businness firm party* di Hopkin e Paolucci[2880], al partito personale di Calise[2881], al partito in *franchising* di Carty[2882], e così via. Naturalmente, tutte queste trasformazioni che si traducevano in nuovi tipi di partito erano considerate perlopiù deviazioni dal modello classico e dall'ideale normativo del partito di massa[2883].

Ma senza addentrarci nella discussione sulle trasformazioni organizzative, credo che basti tener conto dell'usura della storia, che non ha colpito solo i sistemi di partito, ma direttamente anche gli stessi partiti consolidati. Questi non potevano non risentire dell'esercizio continuato del potere o comunque del far parte, per così dire, del sistema o dell'establishment. Del resto, sin dalla sua nascita il partito di massa conteneva in sé i germi della sua possibile involuzione, come aveva ben visto per primo Michels sin dal 1911, con la formulazione della sua famosa "legge ferrea dell'oligarchia"[2884].

Ora, al di là della validità universale o meno di questa legge, non c'è dubbio che fenomeni di involuzione sin dai primi partiti di massa si siano sempre verificati nel corso del tempo e sino ai giorni nostri, sotto forma di burocratizzazione, di "imborghesimento" e di "opportunismo" (per usare espressioni che l'ala rivoluzionaria del movimento socialista rivolgeva ai riformisti), di autoreferenzialità, e soprattutto di corruzione, ritenuto giustamente ai nostri tempi, il fenomeno più grave, che ha colpito di volta in volta, in misura differente a seconda dei contesti, quasi tutti i partiti in tutti i paesi. Basti pensare al crollo del sistema partitico italiano e alla scomparsa di importanti partiti storici nei primi anni Novanta. Possiamo riconoscere che questo è oramai un fenomeno endemico allo stesso esercizio del potere (ma anche i partiti di opposizione non ne sono stati esenti, in quanto partecipanti anch'essi a vari sistemi di potere, magari locali o comunque consociativi) e costituisce il tarlo velenoso delle nostre democrazie. Da questo punto di vista, il partito di massa non è stato solo una risorsa della democrazia, ma anche un problema. Naturalmente la corruzione politica tanto più si manifesta ed è diffusa quanto più deboli sono i sistemi di controllo interni anzitutto agli stessi partiti [2885] e poi esterni in relazione al sistema istituzionale e alla cultura politica pubblica. Ma non c'è dubbio che l'onda dello sdegno per

---

[2878] A. Panebianco, *Modelli di partito*, Bologna, Il Mulino 1982.

[2879] R. Katz e P. Mair, *Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party*, in "Party Politics", n. 1, 1995, pp. 5-28.

[2880] J. Hopkin e C. Paolucci, *The Business Firm Model of Party Organisation: Cases from Spain and Italy*, in "Party Politics", n. 35, 1999, pp. 307-339.

[2881] M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, Laterza 2000.

[2882] R. K. Carty, *I partiti come sistemi di franchising. L'imperativo organizzativo stratarchico*, in L. Bardi (a cura di), *Partiti e sistemi di partito*, Bologna, Il Mulino 2006, pp. 81-102.

[2883] Ho discusso la validità e la bontà di questi nuovi tipi in O. Massari, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza 2004. Non sempre, infatti, le trasformazioni hanno portato a degenerazioni, a volte costituivano l'adattamento non opportunistico alla competizione elettorale nelle democrazie, come nel caso del passaggio dal partito di classe al partito "elettoralistico" di Kircheimer.

[2884] R. Michels, *La sociologia del partito politico*, Bologna, Il Mulino 1966 [1911].

[2885] Nei partiti di massa strutturati un tempo vigeva quello che è stato definito l'*ethos* interno di partito, in virtù del quale i comportamenti dei singoli erano sottoposti al controllo sociale degli altri membri, e questo serviva anche da deterrente. Un'etica di comportamento comune, interiorizzata nella e dalla comunità partitica, costituiva la migliore garanzia verso le deviazioni dei dirigenti e degli stessi membri.

ISSN 2279-7238

la corruzione politica nelle opinioni pubbliche abbia rotto qualsiasi argine di ragionevolezza, innescando una sorta di reazione a catena e coinvolgendo tutta intera la classe politica nell'accusa di costituire una "casta" (termine che era stato usato per la prima volta da D'Annunzio nel 1919 in funzione della polemica antiparlamentare dell'epoca), staccata dal popolo e nutrita di privilegi, veri o presunti. Naturalmente, i vari populismi (ma non solo) hanno cavalcato il tema della corruzione e della casta contribuendo a creare in vasti settori dell'opinione pubblica un nuovo clima culturale, che ha additato nei partiti politici, e in generale nell'establishment tutto, il bersaglio preferito e il capro espiatorio di tutti i mali e di tutte le sofferenze. Sta di fatto che la legittimità dei partiti tradizionali è crollata un po' dappertutto, anche qui in misura più o meno forte a seconda dei contesti nazionali. Come afferma Ignazi, i partiti hanno conservato il potere ma perso la legittimità[2886]. Nella perdita di legittimità dei partiti politici hanno contato certamente in grande misura i comportamenti di quest'ultimi, ma ha contato anche il mutamento del clima culturale non più favorevole alle élite. Peraltro, esauritesi le vecchie élite partitiche dei primi decenni dopo la seconda guerra mondiale, élite che si erano forgiate in tempi di guerra e fuoco, che erano state selezionate duramente attraverso i tempi duri dell'antifascismo, della guerra e della ricostruzione postbellica (si pensi ai padri fondatori dell'Europa comunitaria), che erano motivate dalla passione e vocazione per la politica e che giustamente riscuotevano riconoscimento di autorevolezza e stima, il passaggio alla prosaicità di figure più normali o persino modeste o addirittura mediocri non poteva non far perdere quel legame che si potrebbe definire quasi di deferenza e comunque di stima. I processi di trasformazione economica, sociale e culturale, erodendo le vecchie appartenenze e identità collettive, hanno fatto il resto nel ridimensionare la presa e la tenuta dei partiti tradizionali.

È vero che i partiti tradizionali hanno cercato di reagire a questi trend avversi in vario modo, dal rinnovamento dei programmi a quello dei gruppi dirigenti, dalle innovazioni organizzative alla ricerca di nuova legittimazione attraverso l'adozione sempre più diffusa delle primarie. E a volte hanno conseguito anche grandi successi – si pensi al *New Labour* di Tony Blair negli anni Novanta -, che però non si sono consolidati e sono stati persino rovesciati, a volte si sono rivelati effimeri, come dimostra la vicenda del PD di Renzi. A volte il loro rinnovamento è stato perseguito o affidandosi all'effetto taumaturgico di leadership personali – il che è necessario, ma non sufficiente, come dimostra proprio il caso di Renzi - o a pratiche ritenute salvifiche, come le primarie che spesso usate fuori luogo (come per l'elezione di un segretario di partito) hanno avuto l'effetto di destrutturare proprio l'organizzazione interna. C'è da dire poi che abbiamo molti casi ed esempi di leader e dirigenti che hanno creduto e avvalorato la tesi del partito personale, puntando tutto sulla personalizzazione e abbandonando il tema del partito come tale, considerato da essi stessi un ferro vecchio (la vicenda italiana del PD è esemplare in questo senso).

[2886] P. Ignazi, *Forza senza legittimità: Il vicolo cieco dei partiti*, Bologna, Il mulino 2012.

ISSN 2279-7238

Infine, c'è da notare l'autoreferenzialità anche culturale di molti partiti, specie di sinistra, che ha costituito una sorta di schermo invalicabile verso i dati e i fatti della realtà. Molti fenomeni nuovi e drammatici, come l'immigrazione, il problema della sicurezza nei centri urbani, il degrado delle periferie, l'emarginazione crescente di intere aree sociali, la crescita della povertà, l'altissima disoccupazione giovanile etc., sono stati ignorati o sono stati letti attraverso le lenti della propria autoreferenzialità. È il caso della cultura del "politicamente corretto", propria dei partiti di sinistra ma anche del partito democratico americano, che ha sovrapposto le proprie credenze o i propri ideali ai duri fatti della realtà. Non vedere come l'immigrazione di massa e non regolata comportasse enormi problemi nei paesi di arrivo, ma anzi esaltarla nella retorica dell'accoglienza (ma non dell'integrazione) e della bontà del multiculturalismo, è stato esiziale. Oppure ritenere che il tema della sicurezza fosse un tema di destra o che le percezioni di ampi strati popolari fossero sbagliate perché non corroborate dalle statistiche, ha contribuito al distacco tra partiti tradizionali e sentire popolare. La cultura del politicamente corretto ha poi dato la priorità ai temi delle minoranze e dei diritti civili di nuova generazione, piuttosto che ai temi sociali, come la povertà, la disoccupazione, in particolare giovanile, i perdenti della globalizzazione e così via. Un commento sulla sconfitta di Hillary Clinton nel 2016 attribuiva proprio alla *political correcteness* dei democratici americani la ragione di tale sconfitta. E il partito democratico americano viene accusato, anche al suo interno, di essere il rappresentante solo di un insieme di minoranze.

Del resto, proprio la distribuzione del voto, in Italia come in USA ma non solo, mostra come i progressisti siano presenti oramai nei quartieri alti, borghesi, metropolitani (per il PD dopo le elezioni del 4 marzo 2018 si è parlato di partito delle ZTL) e non nelle periferie, nelle campagne, nelle aree degradate o deindustrializzate, a riprova dell'inserimento pieno dei primi nell'establishment e del distacco dagli strati popolari più colpiti dalle varie crisi.

5. La disintermediazione e la spinta al direttismo

Uno degli effetti più potenti della globalizzazione è la tendenza nella sfera economica, ma con ripercussioni altrettanto potenti nella sfera sociale e politica, all'affermazione di quel processo che è stato definito di *disintermediazione*. Com'è oramai abbastanza riconosciuto, tutti i corpi sociali intermedi e le strutture d'intermediazione sono stati considerati come un intralcio al pieno dispiegarsi della libera concorrenza indotta dalla globalizzazione neo-liberista, e con essi, come vedremo, i partiti politici e le strutture della rappresentanza politica, compreso il parlamento. La disintermediazione è stato il risultato delle politiche di *deregulation*, inaugurate e perseguite da Reagan e dalla Thatcher, ma continuate anche dai governi progressisti in nome della libera concorrenza, dell'apertura dei mercati, e delle varie liberalizzazioni (è il caso di Clinton e di Blair). Nell'economia globalizzata si è imposto così un nuovo paradigma, quello della sovranità del consumatore: non contano più i diritti del produttore e del cittadino, contano i diritti supremi del consumatore.

ISSN 2279-7238

L'imperativo è divenuto pagare sempre meno le merci, i beni e i servizi, poco importa se questo va a scapito dei produttori (in termini di posti di lavoro, di salari, di diritti sul posto di lavoro) e dei cittadini (in termini di qualità dei servizi e di sicurezza). Pagare meno significa saltare tutte quelle intermediazioni che fanno lievitare i costi (come i piccoli esercizi commerciali o gli ordini professionali) e aprire il mercato interno alle merci prodotte in altre aree (come la Cina e il Sud-Est asiatico) dove il costo del lavoro è irrisorio secondo gli standard occidentali e dove non esistono diritti sindacali. Di qui tutto quello che conosciamo degli effetti congiunti, interni ed esterni, della globalizzazione nel mondo: grandi vantaggi per alcuni paesi del Terzo mondo indubbiamente e per alcuni settori produttivi occidentali, ma disoccupazione, immiserimento, deindustrializzazione nel cuore di alcune democrazie occidentali (*en passant*: di qui la vittoria di Trump).

L'affermazione della disintermediazione ha potuto contare sulla bandiera della lotta al corporativismo. Sin dall'inizio della società moderna i corpi sociali sono stati visti con sospetto, in quanto il processo di modernizzazione era un processo che liberava l'individuo da tutte le appartenenze di gruppo, primarie e secondarie. Salvo poi rendersi conto, come fece Dahrendorf, che per la realizzazione e il miglioramento dello stesso individuo sono necessarie quelle che lui chiamava le "legature", ossia i legami sociali, le appartenenze, le relazioni anche emotive[2887]. E tutto questo è possibile solo in una società non atomizzata, ma ricca di corpi sociali, enti intermedi, associazioni di vario tipo. E infatti, c'è anche un'altra narrazione sui corpi sociali o anche gruppi d'interesse, oltre a quella che li ha sempre considerati una minaccia all'interesse pubblico, ed è quella che li considera come una risorsa. Mentre la linea che va da Madison, a Olson e da ultimo a Fukujama vede i gruppi d'interesse come causa di faziosità, di divisioni interne alla società, e persino del declino delle nazioni, l'altra linea che da Tocqueville e dal pensiero cristiano arriva fino a Putnam, vede l'associazionismo (e quindi anche i gruppi d'interesse) come "scuola di democrazia" e come "capitale sociale". Probabilmente entrambe le prospettive sono vere e probabilmente complementari. E forse dipende per la prospettiva che si assume il tipo di corpo sociale o gruppo d'interesse a cui si pensa. Un conto sono le grandi corporation, come quelle del tabacco o delle armi, un conto le ONG, le organizzazioni non-profit, le associazioni di volontariato o quelle professionali, come quelle sindacali e imprenditoriali.

Questa tendenza alla disintermediazione nella sfera economica, caratterizzata sempre più dal rapporto diretto tra consumatore e grandi imprese di distribuzione di beni e servizi, anche con la vendita on-line (e si pensi ad Amazon), si è simmetricamente riprodotta nella sfera politica.

È indubbio che in quest'ambito il tratto distintivo è la spinta verso la democrazia diretta – il "direttismo" di cui parlava Sartori -, che investe tanto le istituzioni quanto i soggetti politici, siano essi i partiti tradizionali quanto quelli anti-establishment populisti e parallelamente lo svuotamento degli istituti di rappresentanza a favore di quelli della decisione. La spinta alla democrazia diretta si è manifestata in nome di un rinnovato appello

[2887] R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Roma-Bari, Laterza 1995.

ISSN 2279-7238

diretto al popolo – di qui la proliferazione dei referendum, l'elezione diretta di molte cariche monocratiche, l'introduzione generalizzate delle primarie aperte in molti partiti e così via -, il quale popolo non deve più limitarsi, nelle forme di governo parlamentari, a eleggere i rappresentanti ma a decidere direttamente i governanti, bypassando il parlamento. Si è così voluto operare il passaggio generalizzato dalla democrazia rappresentativa, o mediata dal parlamento e dai partiti, alla democrazia immediata (la formula, com'è noto, risale a Duverger). Molte delle riforme costituzionali ed elettorali proposte in Italia nel corso degli ultimi, e via via fallite, hanno perseguito questo fine, in nome di una malintesa democrazia maggioritaria (che assumeva come modello quello di Westminster, anche questo male inteso e interpretato) o democrazia governante o decidente. A questo proposito, si può fare un'annotazione: l'affermazione del populismo in Italia, sino a costituire il primo governo populista in Europa, non avviene all'improvviso, ma è stata preceduta e incubata da quasi un trentennio di populismo surrettizio e mascherato, sia che si trattasse della polemica anti-casta, sia del giustizialismo, sia di quelle che Sartori definiva "idee sbagliate" delle riforme costituzionali.

Al paradigma economico della sovranità del consumatore si è sovrapposto simmetricamente – non sappiamo se anche causalmente – il paradigma della sovranità dell'elettore e del popolo, assunto nella sua immediatezza e considerato sciolto da ogni limite costituzionale. Si è cioè voluto perseguire non solo e non tanto il principio del popolo come titolare della sovranità, ma anche e soprattutto come titolare dell'esercizio di questa sovranità, con ciò vanificando la divisione dei poteri e le garanzie costituzionali dello Stato di diritto. Siamo vicini a ciò che è stata definita da Diamanti e Lazar "popolocrazia"[2888] e anche a quei fenomeni che Crouch ha riassunto nel termine di "post-democrazia"[2889] e Manin "democrazia del pubblico"[2890]

La democrazia, insomma, pare subire – per usare il ragionamento di Fraenkel sulle due componenti rappresentativa e plebiscitaria della democrazia[2891] - una torsione sempre più accentuata dalla logica di funzionamento rappresentativa a quella plebiscitaria. Per la logica della rappresentanza l'interesse generale può essere definito solo a-posteriori, perché frutto di mediazioni e deliberazioni all'interno di un quadro di pluralismo in cui nessun partito può pretendere di essere l'unico e il vero interprete della volontà popolare. Per la logica plebiscitaria si presuppone una volontà unitaria e preesistente del popolo di cui unico interprete è chi ha ricevuto l'investitura elettorale diretta, ossia il capo, senza che ci siano intermediari o intermediazioni tra questo e il popolo.

Dall'azione congiunta della disintermediazione e del direttismo il partito di massa tradizionale – con le dovute differenze date dai contesti nazionali, ma con il laboratorio italiano in prima linea – ne è uscito stravolto e sconquassato. La desertificazione o la

[2888] I. Diamanti e M. Lazar, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari, Laterza 2018.
[2889] C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza 2003.
[2890] B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino 2017.
[2891] E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi 1983.

ISSN 2279-7238

marginalizzazione della disintermediazione sociale gli ha tolto il terreno sotto i piedi. Il direttismo lo ha costretto spesso ad adeguarsi e a riproporsi come partito del leader e ad accettare appieno tutte le implicazioni della personalizzazione della politica. Impoveriti i suoi legami esterni con il mondo dell'associazionismo, si è rivolto esso stesso, ossia la sua leadership, ad avere un rapporto diretto con l'elettorato, usando le nuove possibilità offerte dai mass media prima e dai social media della rete poi e considerando d'impaccio gli iscritti, i quadri intermedi, tutta l'organizzazione interna. Anche la struttura interna si è verticalizzata e centralizzata nel rapporto tra base e leadership, il potere centrale interno non si forma più attraverso il processo della democrazia delegata, dal basso verso l'alto e attraverso i vari momenti di democrazia deliberativa, ma risulta o concentrato nelle mani del leader e dei suoi fedelissimi o frammentato e per così dire feudalizzato nei vari centri di potere locale attorno alle figure dei sindaci, dei presidenti e dei governatori o dei notabili. È vero che per rivitalizzare e rilegittimare alcuni di questi partiti si sono introdotte le primarie, in alcuni partiti (come il PD) aperte a tutti gli elettori. Ma dopo anni di sperimentazione, guardando all'Italia, si può ben fare un bilancio critico. E ora si può ben dire che la modalità diretta delle primarie bypassa ogni arena collettiva per la discussione e la deliberazione. Essa implica l'atomizzazione delle relazioni interne, orizzontali. Le primarie sono un evento puntuale, non precedute da veri momenti di discussione collegiale, giacché i momenti propedeutici sono solo assemblee per la scelta dei candidati alle primarie e alla composizione delle liste collegate, né si concludono o sono accompagnate da qualcosa che assomigli a un congresso, come persino le primarie americane hanno con le *Convention*. Comunque esse lasciano soli e isolati i votanti dopo l'evento.

Il risvolto delle primarie dirette e aperte a tutti è poi la scomparsa dei congressi, delle grandi discussioni sulle scelte strategiche e sulla linea politica da adottare, a cui chiamare a partecipare tutti gli aderenti. Le primarie hanno sostituito il congresso, ossia il plebiscitarismo ha ucciso la democrazia rappresentativa all'interno dei partiti (chiamata democrazia delegata). IL PD ha persino cancellato dal suo statuto la parola Congresso[2892]. Negli altri partiti italiani i congressi o non sono fatti per niente o sono fatti rarissimamente o sono ridotti a pura parata e svuotati di qualsiasi funzione deliberativa. Ma non è che si è rinunciato a dei rituali anacronistici, è che si è introiettato anche all'interno del partito di massa (perlomeno di alcuni) il paradigma populista della democrazia diretta.

Un effetto del direttismo è, infine, la semplificazione e banalizzazione, talvolta persino la volgarizzazione dei temi e dei problemi. E questo effetto è strettamente connesso, forse anche indotto dalla, alla logica di funzionamento delle nuove tecnologie della comunicazione e alla nuova antropologia culturale che queste sottintendono o contribuiscono a formare.

[2892] A. Floridia, *Un partito sbagliato. Identità, regole e democrazia interna nel PD*, 2018, in corso di pubblicazione.

ISSN 2279-7238

6. La mediatizzazione della politica e le nuove tecnologie della comunicazione

Già da vari decenni assistiamo all'irruzione nelle campagne elettorali della televisione e in generale dei mass-media, a partire dal famoso dibattito televisivo Nixon *vs* Kennedy del 26 settembre 1960 che segnò la vittoria di quest'ultimo alle presidenziali di quell'anno. Da allora l'impatto è stato permanente e tutta la politica ne è stata trasformata e condizionata. La politica tutta, non solo le campagne elettorali, si è così mediatizzata. Qual è stato l'impatto sui partiti politici?

Una prima conseguenza diretta è la diminuita importanza degli iscritti, tradizionalmente una risorsa preziosa per i partiti di massa, perlomeno di quelli di stampo duvergeriano. La possibilità di comunicare direttamente con l'elettorato attraverso i mass media – con l'azione congiunta del finanziamento pubblico - hanno fatto venire meno l'esigenza di ricorrere agli iscritti. Difatti, gli stessi dirigenti e leader di partito si rivolgono prioritariamente alle nuove potenzialità dei mass media, dismettendo il ruolo degli iscritti. Vale la pena di ascoltare alcune testimonianze dirette. Si prenda quest'affermazione di un deputato laburista inglese nel 1979:

Abbiamo veramente bisogno degli iscritti del partito nel paese? È stato molto esagerato il loro ruolo nel portare gli elettori alle urne. Oggi non ne abbiamo bisogno per le comunicazioni all'elettorato, perché questo si fa molto più efficientemente attraverso la televisione[2893].

Oppure si prenda quest'altra affermazione di un dirigente del partito socialista spagnolo nello stesso periodo: <<Preferisco cinque minuti in televisione piuttosto che diecimila iscritti al partito>>[2894]. *Parties without Partisans* era il titolo di un volume seminale che già nel 2000 certificava la trasformazione avvenuta e che dava il via a innumerevoli studi in questa direzione[2895]. Ma in questa direzione, il pericolo è che il partito senza iscritti si trasformi rapidamente in una macchina elettorale in funzione della conquista delle cariche pubbliche.

Una seconda e importante conseguenza si è avuta verso la dimensione di vertice dei partiti: la personalizzazione della politica e dei partiti. La televisione esalta l'immagine dei leader, il pubblico ha di fronte delle persone. Cambia, così, la percezione dei cittadini riguardo ai politici. Se i politici sono diventati delle *persone*, allora possiamo affermare che da lì parte quel processo di «desacralizzazione» della politica per cui i suoi attori e riti non sono più

[2893] Citazione tratta da O. Massari, o. cit., 2004, p. 98.

[2894] *ibidem*

[2895] R. J. Dalton e M. P. Wattenberg (eds.), *Parties without Partisans. Political Change in Advanced Industrial Democracies*, Oxford, Oxford University Press 2000.

ISSN 2279-7238

circondati da un'aura di sacralità e di distanza: sono persone come noi. La comunicazione «diretta» (anche se va detto che si tratta sempre di una comunicazione mediata e strutturata) diventa la modalità di relazione tra candidato e cittadino: i candidati, i loro volti insieme alle loro parole, entrano nelle case della gente. E i leader tendono a presentarsi come persone come tutte le altre, con gli stessi stili di vita, gusti, abitudini comportamenti. Una biografia di Margareth Thatcher si intitolava *One of us*[2896], titolo che divenne poi la bandiera di tutti i leader. Si può dire che è da questo processo di identificazione tra leader e masse, o meglio "gente", avviato negli stessi grandi partiti popolari inizia il populismo.

Processo che si è accelerato, fino allo spasimo, con i mezzi nuovi offerti dalla tecnologia. Il web si è affiancato alla televisione. Facebook, Twitter e tutti gli altri *social network* sono oggi gli strumenti con cui i leader politici creano una relazione diretta e personale con i loro *follower*.

Sono soprattutto i nuovi movimenti e soggetti politici nuovi che utilizzano a piene mani i nuovi dispositivi e pratiche digitali riscuotendo successo (si pensi in Italia al M5S e alla sua piattaforma Rousseau). E sull'onda di questo successo si profila già un altro tipo di partito, quello detto partito digitale o partito-piattaforma. Naturalmente, tutto questo spiazza i vecchi e tradizionali partiti, costretti o a rincorrere e a scimmiottare le nuove forme comunicative su un terreno che non è il loro o a chiudersi di fronte a quella che sembra comunque una tendenza inarrestabile, soprattutto tra le nuove generazioni.

Di fronte a tutto questo, non si può fare a meno di riflettere sulle profonde e radicali alterazioni dei processi culturali e politici imposti dalla rivoluzione comunicativa prima e digitale poi, alterazioni che ha fatto parlare Giovanni Sartori di vera e propria mutazione antropologica. Con riferimento soprattutto agli effetti della televisione, Sartori temeva il passaggio dall'*Homo Sapiens all'Homo Videns*, di cui la manifestazione più evidente e preoccupante è la perdita delle capacità intellettive critiche e di astrazione[2897]. E difatti basta pensare a quello che è il discorso pubblico e da qui la formazione dell'opinione pubblica nell'era digitale. È un discorso immediato[2898], in tempo reale, esprimibile solo in poche battute più sull'onda delle pulsioni e dell'emotività del momento che come frutto di opinioni fondate su giudizi meditati. Fisichella ha sarcasticamente e amaramente parlato di "democrazia del cinguettio". Se il messaggio o l'opinione devono essere immediati e motivati con poche battute, ne consegue una estrema semplificazione. Non esistono più questioni complesse e difficili, esistono o complotti o manovre di potere dell'establishment per imbrogliare il popolo. Per avere effetto, il messaggio o la dichiarazione devono

[2896] H. Young, *One of Us: A Biography of Margaret Thatcher*, London, Pan Books Ltd, 1993.

[2897] G. Sartori, *Homo videns: televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, Laterza 1997.

[2898] Molto interessante a questo proposito è un pamphlet scritto da un ex-leader politico: F: Rutelli, *Contro gli Immediati. Per la scuola, il lavoro, la politic*a, Milano, La nave di Teseo 2017.

ISSN 2279-7238

impressionare emotivamente quanto più possibile, ricorrendo al turpiloquio e all'offesa personale.

Il fatto, poi, che tutti possano intervenire ed esprimere le proprie opinioni sui social network, ha dato a tutti l'illusione ottica che tutte le opinioni siano eguali e tutte parimenti legittime. "Uno vale uno" è il motto[2899]. Il criterio di validità diventa, semmai, il numero di seguaci e l'indice di gradimento. Di qui un'altra manifestazione dello spirito dei tempi: la svalutazione della competenza, dell'*expertise* e della stessa scienza in strati sempre più vasti del pubblico.

Le conseguenze sulla politica partitica come l'abbiamo conosciuta per almeno due secoli sono radicali. La prima è la scomparsa dell'interesse generale, inteso in senso alto e razionale, dall'orizzonte della formazione del programma e della linea politica del partito. Non esiste più il passato e tantomeno il futuro nei programmi dei partiti populisti. Ciò che conta è il presente, le rivendicazioni e le domande del presente, espresse nella loro immediatezza, qui e ora. E poco conta che le promesse elettorali del presente, una volta tradotte in politiche di governo, possano collidere con altri interessi (per esempio quelli delle generazioni future). Il politico, inteso come eletto, come dirigente o leader, non deve essere più il rappresentante del popolo, ma il suo avvocato o il suo portavoce (in nome del rapporto diretto, echeggiando Rousseau e il Lenin di *Stato e Rivoluzione*). Il rapporto rappresentativo deve essere fondato esclusivamente sulla r*esponsiviness*, e semmai anche sulla *accountability*, ma non sulla *responsability*. In nome della *responsability* – che implica il perseguimento dell'interesse generale anche quando l'opinione dei più la pensa diversamente – il leader deve "guidare" non essere al rimorchio semplicemente dell'opinione dominante del momento o magari dei sondaggi. La rappresentanza politica, anche quando non attaccata come tale frontalmente, viene amputata della sua essenziale componente della responsabilità.

Si comprende, dunque, come la sfida del populismo sia una sfida diretta anzitutto contro i partiti tradizionali, ossia i partiti di massa che hanno cercato comunque di essere *responsible parties*.

7. Partitocrazia senza partiti

Naturalmente, l'espressione "partitocrazia senza partiti" non significa che i partiti non ci sono più. Significa che tendono ad essere un'altra cosa da quelli che abbiamo conosciuto e a cui eravamo abituati, ossia i partiti di massa che possiamo definire tradizionali o classici, sia pure attraverso le loro continue trasformazioni. La pittura dell'evoluzione e delle trasformazioni del partito di massa è, ovviamente e deliberatamente, tratteggiata a tinte forti, se non fosche. In questo, ha pesato l'uso delle lenti italiane per osservare la realtà. Ma la realtà italiana è anomala rispetto agli altri paesi occidentali almeno a partire dal 1992-94,

[2899] Per una critica pungente cfr. M. Panarari, *Uno non vale uno: Democrazia diretta e altri miti d'oggi*, Padova, Marsilio 2018.

ISSN 2279-7238

quando crolla il tradizionale sistema partitico della cosiddetta Prima Repubblica (tranne a non voler considerare anche questo un'anomalia, anche se partiti di massa c'erano e pure forti). Da allora si sono succeduti vari sistemi partitici e vari partiti, che di volta in volta sorgono, scompaiono, cambiano nome e ragione sociale, riscuotono magari per un periodo un successo effimero e poi precipitano nell'irrilevanza o nella marginalità, mai consolidandosi e mai strutturandosi. Si potrebbe dire che il loro stato è permanentemente liquido[2900], e il loro ciclo vitale sempre più breve. Lo stesso accade per l'elettorato, che non consolida mai le proprie preferenze, diventando sempre più volatile e volubile e rimanendo incantato e spesso illuso dal pifferaio di turno. A sua discolpa si potrebbe dire, però, che i vari leader e partiti baciati dalla momentanea fortuna elettorale niente fanno per mantenere e realizzare le promesse elettorali quando al governo. Il fatto è che molte di queste promesse elettorali sono chiaramente demagogiche e quindi irrealizzabili, se non a costo di possibili disastri. È così potuto accadere che ultimamente si siano succeduti governi tutti fallimentari o effimeri: o perché non in grado di fronteggiare la realtà della crisi (come accaduto al governo Berlusconi nel 2011), o perché di pura emergenza (come il governo Monti), o transitori (come i governi Letta e Gentiloni), o perché schiacciati dalla retorica narcisistica del premier (come il governo Renzi), o perché destinato all'ignoto e foriero di possibili disastri, dato il suo scontro con l'Europa e forse anche con i mercati (come il governo Conte in corso nel momento in cui scriviamo). E sul piano dei partiti, è potuto accadere che un partito nato come anti-establishment e in parte populista come Forza Italia, sia divenuto in questa fase obiettivamente un partito pro-establishment, comunque fortemente pro-Europa; che un partito regionalista e tendenzialmente secessionista come la Lega Nord sia divenuto nel giro di pochi mesi un partito nazionale e nazionalista di destra; che un partito anti-establishment e apertamente populista sia andato al governo insieme al nuovo partito nazionale della destra; che il partito cardine della governabilità negli ultimi anni come il PD sia scivolato nell'afasia e nell'impotenza e si sia relegato a un ruolo marginale, dilaniato com'è dalle lotte interne di correnti e di personalità.

Dunque, le lenti italiane non sono le più adatte a guardare il mondo. Di qui una cautela: le generalizzazioni tratte dalle estrapolazioni dei partiti italiani e delle loro tendenze non sempre sono adeguate e corrispondenti alla situazione degli altri paesi occidentali. È vero che il populismo e comunque la rottura o l'incrinatura di sistemi partitici consolidati hanno fatto irruzione in vari e importanti paesi democratici: basti pensare alla vittoria presidenziale di Trump nel 2016, conseguita dall'interno stesso di un partito tradizionale come il partito repubblicano, o al referendum del 23 giugno 2016 che ha sancito l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, evento che si inscrive certamente nella scia antieuropea del populismo, o al proliferare e al successo elettorale in Europa di vari movimenti populisti e/o di nuova destra radicale, non mancando peraltro anche movimenti populisti non di

[2900] F. Lanchester, *Il profumo del costituzionalismo*, in "Nomos-leattualitaneldiritto.it", n. 2, 2018.

ISSN 2279-7238

destra ma in qualche modo di sinistra (come *Podemos* in Spagna, *Syriza* in Grecia, e in parte lo stesso M5S in Italia).

Ma non è che nelle maggiori democrazie occidentali spariscono i partiti come tali. Se solo guardiamo alla Germania, al Regno Unito e agli USA, i partiti tradizionali, spesso secolari come negli ultimi due casi, continuano ad esistere e a governare anche se in un ambiente sempre più ostile e subendo sfide potenti dall'esterno e dall'interno.

Certamente declina la forma di partito come dimensione collettiva e con forme di direzione collegiale, e tuttavia non scompare. Certamente s'impone oggi la figura del *partito del leader* (a cui corrisponde simmetricamente l'idea del *governo del leader*) a seguito della marcata personalizzazione, indotta dalle trasformazioni in atto nella comunicazione politica e nella domanda di democrazia diretta e decidente. Occorre notare che effettivamente la campagna elettorale spinge alla personalizzazione e all'affermazione della persona del leader. E qui abbiamo certamente il partito dl leader. Ma la campagna elettorale non esaurisce tutti i compiti del leader: c'è poi il parlamento e il governo, l'azione rappresentativa e quella decisionale. E qui, di fronte ai compiti difficili del governo, non bastano più le qualità personali che si richiedono nella campagna elettorale, occorrono le qualità, diciamo, da "statista", che è altra cosa rispetto all'*appeal* elettorale. E comunque i compiti del governare non possono essere svolti dal solo leader, magari coadiuvato da collaboratori fedeli ma acritici, occorre una squadra, composta di persone competenti e da persone con legami territoriali e con esperienza politica. Il partito come organismo collettivo è necessario per sintetizzare la complessità della rappresentanza e del governare, per trasmettere gli input al circuito rappresentativo-decisionale, e per riportare le decisioni tra i cittadini, per averne sostegno. Senza un processo di elaborazione, di deliberazione, di confronto collettivo, il singolo leader, per quanto carismatico e capace, non va lontano. Occorre un partito strutturato, comunque che funzioni come cinghia di trasmissione dal basso verso l'alto e viceversa. Le funzioni dei partiti sono così varie e complesse che non possono essere sostituite dal partito del leader.

Sulla linea del partito del leader si è sostenuto che si sia giunti alla *presindenzializzazione* piena dei partiti politici – come un discutibile paradigma della scienza politica vuol far credere [2901] –. Nei paesi a forma di governo parlamentare, leader pur carismatici e comunque forti, come Thatcher, Blair e Merkel hanno sempre dovuto fare i conti con il partito, a volte uscendone sconfitti altre volte scendendo a compromessi o venendone limitati. Nel presidenzialismo nordamericano il presidente è inserito poi in un'architettura costituzionale caratterizzata dalla separazione dei poteri e dotata conseguentemente di pesi e contrappesi, per cui il suo potere non può divenire mai assoluto[2902].

[2901] Il paradigma della presidenzializzazione dei partiti politici viene proposta da T. Poguntke e P. Webb (eds.), *The Presidentialization of PolItics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press 2005.

[2902] La critica al paradigma della presidenzializzazione è nel fondamentale – per l'analisi del rapporto tra forme di governo e partiti - studio di D. J. Samuels e M. S. Shugart, *Presidents, Parties, and Prime Ministers: How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*, Cambridge, Cambridge University Press 2010.

ISSN 2279-7238

Certo se si dovesse affermare la partitocrazia senza partiti, ossia se si dovessero affermare i partiti personali o populisti, non è che mutano solo i partiti, muterebbe la stessa democrazia rappresentativa. Tolta la funzione di filtro che i partiti storici hanno sempre svolto tra cittadini e istituzioni – dove la funzione di filtro è costituita dal loro essere organismi collettivi e collegiali, strutture di intermediazione, ossia partiti di massa – o tolta quella funzione di "metabolismo" di cui ha parlato recentemente Giuliano Amato[2903] la democrazia rappresentativa sarebbe svuotata e modificata dall'interno. Nel circuito rappresentativo immaginato dai populisti il parlamento diverrebbe un ostacolo e quindi neutralizzato per dare via libera alla rappresentanza diretta e immediata del "popolo" (sarebbe meglio dire della gente) attraverso il suo rappresentante/avvocato/difensore. Avremmo certamente uno stato rappresentativo – come sosteneva Zangara[2904] – ma non più uno stato parlamentare. Difatti, il regime fascista veniva interpretato da Zangara come uno stato pienamente rappresentativo, essendo il parlamentarismo inteso solo come una variante trascurabile delle forme di stato. E credo che una rappresentanza senza parlamento (senza le funzioni di un parlamento, tra cui quella di rappresentare una pluralità di orientamenti politici, nel presupposto che non esiste una volontà del popolo unitaria e aprioristica) non abbia niente a che fare con la democrazia, la cui forma non può non essere, per dirla con Sartori, che una liberaldemocrazia costituzionale, in cui la maggioranza del momento è sottoposta alle garanzie e ai limiti costituzionali. Ma con la visione della democrazia diretta dei populisti, non sarebbe colpita solo la natura parlamentare del regime, sarebbe colpita la stessa divisione dei poteri, ossia lo Stato di diritto. Se, infatti, la sovranità appartiene al popolo in modo diretto e immediato, la volontà del popolo, interpretata dai suoi rappresentanti, deve prevalere su ogni altro potere, a cominciare da quello rappresentato dall'ordine giudiziario (già Berlusconi aveva enunciato questo principio). Le implicazioni dello stravolgimento della democrazia rappresentativa, con lo svuotamento del parlamento e l'eliminazione della divisione dei poteri, in vista di una democrazia autenticamente "popolare", inevitabilmente porterebbero a una torsione plebiscitaria di tutto il processo democratico. E altrettanto inevitabilmente la democrazia diretta immaginata si tradurrebbe in una democrazia diretta sì ma da un capo, come gli esempi storici ampiamente confermano, a cominciare dall'utopia della democrazia sovietica e poi ai regimi nazionalpopolari fascisti (che appunto si presentavano come antiparlamentari, anti-rappresentanza, anti divisione dei poteri). Il presentarsi come "avvocato del popolo" non può non richiamare l'idea – e la pratica – del "commissario del popolo", formula roussoviana e fatta propria dal comunismo sovietico. Del resto, lo stesso attacco al divieto del mandato imperativo portato avanti dal M5S è conforme a questa linea teorica.

[2903] G. Amato, *Una fragile democrazia*, "Corriere della Sera" dell'8 novembre 2018. L'articolo è una introduzione ai "Dialoghi sul trend illiberale", organizzati a Milano dalla rivista web Reset. Vale la pena di citarne un passo: << Soltanto ora [in presenza della fragilità delle democrazie], forse, riusciamo a capire quanto dobbiamo ai partiti politici, a quello straordinario animale che venne creato tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, capace di un metabolismo che unificava preferenze individuali e di gruppo fortemente diversificate e le riconduceva, attraverso paradigmi ideologici condivisi, a visioni e aspettative comuni>>.

[2904] V. Zangara, *Il partito unico e il nuovo stato rappresentativo in Italia e Germania*, Bologna, Zanichelli 1938.

ISSN 2279-7238

Ma i guai di un certo populismo non si hanno solo sul piano della teoria democratica – ma con effetti pratici dirompenti sul funzionamento del regime democratico -, sono rilevanti anche i disastri sul piano dell'azione di governo quando al governo si impone una linea populista. I casi dei vari governi populisti nei paesi dell'America Latina lo stanno a dimostrare ampiamente. Il perseguimento di politiche demagogiche in nome e a favore del popolo ha portato spesso al *default* (tra tutti il caso dell'Argentina). E si ripete puntualmente lo stesso copione: sono i poteri forti internazionali della finanza, delle banche, del governo imperialista americano, delle grandi imprese multinazionali, della massoneria e così via a complottare e a voler assediare e affamare il popolo di un determinato paese allo scopo di arraffarne le ricchezze e gli asset. Questo copione si sta svolgendo con il primo governo populista in Italia: chi impedisce di realizzare le promesse fatte in campagna elettorale è innanzitutto l'Unione Europea e le norme dei suoi trattati, poi tutte le altre istituzioni internazionali che criticano la manovra di bilancio italiana, infine i mercati mossi solo da finalità speculative. Vedremo come andrà a finire. Ma l'idea che l'unico vincolo che hanno i governanti sia quello del voto popolare, è un'idea astrusa e falsa. Già Rokkan affermava che nelle democrazie "i voti contano, ma le risorse decidono"[2905]. E potremmo aggiungere i vari vincoli dati dall'interdipendenza economica e anche politica nel caso di un paese come l'Italia parte dell'Unione Europea.

Non può sfuggire però che l'avventurismo demagogico di un certo populismo ha le sue radici in ciò che sta avvenendo nelle nostre società in termini di orientamenti, valori, credenze, percezioni.

C'è, infatti, nelle viscere delle nostre società un qualcosa che cova e ribolle sull'onda di risentimenti, rancori, rabbia, invidia sociale e che può andare ad alimentare nuove pericolose avventure o sconquassi istituzionali, soprattutto quando tale malessere e tale risentimento e rancore viene cavalcato da improvvisati e spregiudicati demagoghi (e questi, come la storia e le cronache insegnano, non mancano mai) che si arrogano il diritto di parlare in nome del popolo. E il fatto più grave è che chi si erge a rappresentare la vera volontà popolare lo fa cavalcando non solo il malessere, il che può essere anche comprensibile, ma ponendosi al livello stesso dei pregiudizi e delle credenze, senza esercitare un'azione di guida, di formazione, di correzione, di mediazione delle emozioni e degli istinti che possono covare nel "popolo", azione o funzione – il metabolismo di Amato – che era propria dei partiti classici. La dottrina costituzionalistica - come fa anche Zangara nel suo testo – ha sempre sostenuto che il popolo preso di per sé è una massa informe e che può invece darsi una volontà solo attraverso l'autorganizzazione tramite i partiti politici e tramite la rappresentanza politica. Ma l'autoorganizzazione implica che i partiti non siano solo recettori passivi della volontà popolare, ma organizzatori attivi e propositivi nel processo di formazione di quest'ultima. È chiaro che i partiti devono muoversi all'insegna della *responsiviness* (accoglimento delle domande e richieste), ma contemperandola con la *responsability* (che è il guardare all'interesse generale al di là delle opinioni del momento). I

[2905] S. Rokkan, *I voti contano, le risorse decidono*, "Rivista italiana di scienza politica", vol. 5, n. 1, 1975, pp.167-176.

ISSN 2279-7238

partiti e in generale la classe politica devono, cioè, svolgere un'azione anche elitaria, cercando sì di esaudire le sue domande ma anche di elevare il popolo al di sopra dell'orizzonte presente e contingente. Ma i tempi corrono ora all'insegna dell'antielitismo e dell'antiestablishment. Il risultato è che i leader e la classe politica del populismo fondamentalista esibiscono un mix di ignoranza (anche nella grammatica e nella sintassi), incompetenza, approssimazione, semplicismo e arroganza impressionanti, dileggiando chi li contraddice o ha idee diverse o è investito di autorità (sia scientifica che politica). È la miseria della nuova classe politica populistica. Ma è una miseria che si riverbera su tutta la vita pubblica avvelenandola.

In definitiva, potremmo concludere che la partitocrazia senza partiti è semplicemente il potere di partiti non responsabili. La democrazia rappresentativa si può salvare solo se continuano a esistere i partiti responsabili al di là delle varie configurazioni organizzative. Se saltano quest'ultimi, anche la prima salta e si trasforma in qualcosa altro, probabilmente in una forma di democrazia illiberale.

ABSTRACT

Il tema della relazione tratta il passaggio radicale da un'epoca contrassegnata dalla centralità e dal ruolo preminente del partito di massa nelle democrazie, considerata tutto sommato positiva in sede di bilancio complessivo, all'epoca presente – non solo in Italia - caratterizzata dal declino e dalla destrutturazione o liquefazione dei tradizionali sistemi partitici, della comparsa di sempre più nuovi partiti o movimenti antisistema, partiti populisti e partiti personali che sfidano e a volte minacciano la tenuta ed essenza della stessa democrazia intesa come democrazia rappresentativa. Non a caso molti dei problemi, sfide, difetti che si ravvedono nelle democrazie contemporanee sono da ritenere come le conseguenze della debolezza, del declino e in qualche caso della scomparsa dei partiti politici e della destrutturazione dei sistemi partitici. E questo perché esiste un nesso stretto tra partiti politici e democrazia, un rapporto che si stabilisce sin dalla affermazione della rappresentanza politica moderna sorta attraverso le rivoluzioni inglese, americana e francese.

Ricostruito il modello del partito di massa classico, si esaminano le ragioni e le cause che hanno messo in crisi tale modello, individuandole in quattro processi del tempo presente: 1) l'esaurimento delle fratture classiche e la comparsa di nuove; 2) l'usura, involuzione, ritardo dei partiti tradizionali; 3) la disintermediazione e la spinta al direttismo; 4) la mediatizzazione della politica e le nuove tecnologie della comunicazione.

Tutti questi processi e fenomeni, interagendo tra loro e cumulandosi assieme, hanno messo in crisi il tradizionale modello del partito di massa, aprendo grossi problemi sul funzionamento e sul futuro delle stesse democrazie. Naturalmente, la velocità e l'intensità del cambiamento o del passaggio dipende molto dai vari contesti nazionali e istituzionali.

ISSN 2279-7238

L'Italia, da questo punto di vista, rappresenta un laboratorio politico, oggi come nel passato, del tutto particolare e da cui trarre generalizzazioni con molta cautela.

Certamente, se il futuro dovesse essere quello di una partitocrazia senza partiti, allora saremmo in presenza di un potere di partiti non responsabili. La democrazia rappresentativa si può salvare solo se continuano a esistere i partiti responsabili, al di là delle varie configurazioni organizzative. Se saltano quest'ultimi, anche la prima salta e si trasforma in qualcosa altro, probabilmente in una forma di democrazia illiberale, magari con forme sempre spinte e diffuse di plebiscitarismo.

Ma la sfida non coinvolge solamente i partiti politici, coinvolge la stessa nostra società e le trasformazioni economiche, comunicative e culturali da cui è investita.

ISSN 2279-7238

Riflessioni sui partiti politici a partire dall'elaborazione della Scuola costituzionalistica catanese*

di Agatino Cariola**

SOMMARIO: 1. Trasformazioni sociali e riflessioni sulla rappresentanza politica e le sue forme – 2. Il partito politico nella dottrina costituzionalistica del primo Novecento – 3. L'ampliamento di interessi: costituzionalizzare la società partendo dai valori dell'ordinamento – 4. Segue: l'ossimoro costituzionale. Il mito della rivoluzione – 5. L'eredità: un sistema incompiuto e la fuga dalla responsabilità politica.

1. Trasformazioni sociali e riflessioni sulla rappresentanza politica e le sue forme

Nei primi decenni del Novecento, come altre istituzioni dell'epoca e come in altre parti del territorio nazionale, l'Università di Catania si presentava come una componente del sistema elitario che si muoveva attorno alcune figure che passavano in maniera pressoché indistinta dal settore delle professioni a quello della politica e, appunto, dell'università, «*uno dei centri in cui meglio riconosce[va] e afferma[va] la propria identità di classe dirigente*» l'élite urbana [2906].

Le trasformazioni del primo dopoguerra avrebbero modificato questo stato, per l'apparire di ceti nuovi sulla ribalta sociale e che trovavano nei partiti (ovvero in analoghe formazioni quali quelle sindacali) lo strumento di elevazione sociale. L'università costituiva un banco di affermazione dei nuovi ceti. Anzi, potrebbe dirsi che si invertivano talune fasi del *cursus honorum*: se l'approdo alla politica era stato sino a quel momento la fase che consacrava il successo professionale, ora l'impegno in politica, e concretamente nei partiti, era per taluni l'occasione e/o il presupposto per l'attività professionale.

Tali trasformazioni erano state preannunciate da S. Romano nella prolusione pisana del 1909. Le camere elettive mostravano una composizione artificiale a fronte della «*forza politica*» del popolo, prodotto a sua volta delle migliorate condizioni economiche, del diffondersi della pubblica opinione e dello spirito critico, della stampa quotidiana, delle occasioni di contatto provocate dal lavoro tecnologico, dalla facilità di riunione e di associazione [2907]. L'apparizione del fenomeno sindacale era l'avvisaglia di tali trasformazioni:

---

* Intervento svolto in occasione del Convegno "Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?" convegno in occasione dell'80° Anniversario della prolusione di Vincenzo Zangara alla Sapienza tenutosi il 29 novembre 2018 presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Catania.

2906 Così, in maniera icastica, G. Speciale, *Maestri catanesi del diritto tra Fascismo e Repubblica (1935-1950)*, in M. Cavina, a cura di, *Giuristi al bivio. Le Facoltà di giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, Clueb, Bologna, 2014, pag. 340, ed ivi, oltre ai riferimenti bibliografici, rapidi cenni sulle vicende personali di molti giuristi quali Angelo Majorana, Giuseppe Carnazza Amari, Salvatore Majorana Calatabiano, Salvatore Marchese.

2907 S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffré, Milano, 1969, pag. 22.

ISSN 2279-7238

«*La crisi dunque dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato*» [2908].

La risposta di Romano non poteva non essere che quella di ripensare alla rappresentanza politica ed ai suoi strumenti: «*C'è, per esempio, nel diritto pubblico comune agli attuali Stati, un istituto al quale si guarda con un assai curioso sentimento: con la credenza, da una parte, che esso sia necessario e vitale, con la coscienza, dall'altra, che il suo scopo non rimanga raggiunto. Nessun partito, o quasi, ne farebbe a meno, ma tutti ne sono ugualmente scontenti. È l'istituto della rappresentanza politica, che qui conviene menzionare, come quello che per più rispetti ha nessi indiscutibili con il nostro tema, giacché si propone per l'appunto di mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato e quella della società, le istituzioni con gli elementi mobili e fluttuanti della vita pubblica*» [2909].

Quello della riflessione sulla rappresentanza politica e le sue forme era il compito assunto dalla pubblicistica italiana del tempo. I riferimenti potrebbero essere innumerevoli, specie dopo gli interventi faccia u uso vietato sulla legislazione elettorale e l'introduzione della proporzionale. M. Siotto Pintor, al tempo professore a Catania, gli dedicava un volumetto denso di riferimenti comparatistici e bibliografici [2910].

Si trattava appunto di un filone estremamente ampio della riflessione giuridica. Si pensi a Origone [2911], ad Esposito [2912], i quali continuavano elaborazioni che avevano visto gli interventi di Rossi [2913] e di Arangio Ruiz [2914], oltre che del Romano.

Ciò era, del resto, inevitabile se solo si consideri il consolidamento dello Stato uscito dal Risorgimento, l'ampliamento della base elettorale, l'apparire di nuovi ceti professionali (si pensi ancora una volta al ruolo sociale assunto dalle università quale sede di emersione di classi dirigenti), l'affermazione di partiti politici organizzati attorno ad appartenenze ideologiche e sociali. Era inevitabile l'attenzione sulle modalità di espressione della rappresentanza medesima e che già aveva visto la preoccupazione di non escludere il Senato dal circuito della rappresentanza [2915].

Era un compito cui i giuristi si accingevano con l'avvertenza orlandiana di essere i nuovi pontefici dello Stato costituito appena qualche decennio addietro: il metodo orlandiano non era solo il presupposto giuspositivistico degli studi da condurre, tanto è vero che non cessó

[2908] S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pag. 23.
[2909] S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pag. 21.
[2910] M. Siotto Pintor, *Le riforme del regime elettorale e le dottrine della rappresentanza politica e dell'elettorato*, Athenaum, Roma, 1912. Dello stesso A. *Il sistema rappresentativo. Mali e rimedi*, Roux Frassati e C., Torino, 1895; *I capisaldi della dottrina dello Stato*, Bocca, Milano, 1901.
[2911] A. Origone, *Note critiche sul concetto della rappresentanza politica*, De Luca, Roma, 1936; *La riforma della rappresentanza politica in Italia*, Giuffré, Milano, 1940.
[2912] C. Esposito, *Lo Stato fascista e le associazioni*, Cedam, Padova, 1935; *Lo Stato e la nazione italiana*, Cedam, Padova, 1937; *La rappresentanza istituzionale*, Filelfo, Tolentino, 1938.
[2913] L. Rossi, *I principi fondamentali della rappresentanza politica. I. Il rapporto rappresentativo*, Fava e Garagnani, Bologna, 1894.
[2914] G. Arangio Ruiz, *Intorno alla rappresentanza di diritto pubblico*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, Pierro, Napoli 1906.
[2915] Sulle discussioni in ordine al ruolo anch'esso rappresentativo del Senato di nomina regia, cfr. N. Antonetti, *Gli invalidi della Costituzione. Il senato del Regno (1848-1924)*, Laterza, Bari, 1992.

ISSN 2279-7238

la considerazione delle esperienze comparate e della dottrina generale; ma era la tendenza degli stessi studiosi ad apparire come ceto ed a ritenersi utili e finanche necessari all'affermazione di quel prodotto, lo Stato appunto.

Ecco perché la chiave di lettura delle analisi dottrinarie rimaneva lo Stato, anche allorquando si prendevano in considerazione «*le spontanee energie sociali*», che dovevano in ogni caso ricondursi e «*farsi valere in via istituzionale*» all'interno dello Stato [2916].

Ancora negli anni cinquanta dello scorso secolo, ormai istaurata la Repubblica, Zangara ritornava sul tema della rappresentanza ed insisteva sul carattere necessariamente rappresentativo dello Stato a favore di tutto il popolo [2917]. Lo Stato era uno strumento assolutamente indispensabile anche in considerazione della funzione di riequilibrio sociale assegnato alla legge. Il punto risultava decisivo: da tutte le parti si guardava alla legge per la sua capacità di rimodellare i rapporti sociali, financo di intervenire nelle relazioni interprivate che l'ideologia liberale ottocentesca rimetteva in gran parte alla sola autonomia negoziale [2918]. La legge era al centro del sistema per la sua capacità di promuovere le trasformazioni sociali auspicate, come per la qualificazione dei valori caratterizzanti l'ordinamento, in assenza al tempo di una Costituzione lunga e rigida che indicasse le scelte fondamentali di sistema. La vera e propria Costituzione materiale, intesa appunto quale l'espressione degli interessi tutelati, era quella che (nell'Ottocento era la legge ordinaria adottata dal Parlamento ed ora) risultava da talune leggi significative per il loro oggetto politico ovvero per il contenuto dichiarativo (più tardi si sarebbe detto di manifesto) [2919]. Si pensi al rilievo dato alla cd Carta del lavoro, adottata nel 1927 e cui la legge n. 14 del 1941 attribuì valore giuridico [2920]: legge che esprimeva l'ideologia sincretica del fascismo, ma al tempo stesso obbligava i giuristi a trattare direttamente con i fini politici assunti dal legislatore. Anche da qui derivava l'attenzione per il soggetto competente a stabilire le norme ed assicurarne il rispetto, appunto lo Stato.

[2916] Così M. Siotto Pintor, *Le riforme del regime elettorale*, cit., pag. 95.

[2917] V. Zangara, *La rappresentanza istituzionale*[2], Cedam, Padova, 1952, pag. 290 s.: «*Il più caratteristico fenomeno rappresentativo del mondo giuridico si verifica nel momento in cui si costituisce uno Stato: in cui, cioè, si pone in essere un'istituzione che rappresenta giuridicamente tutto il popolo. La costituzione di uno Stato importa un'organizzazione attraverso la quale una società esprime il proprio essere, sicché lo Stato diviene rappresentante della comunità popolare, che ne è il sostrato. … Alle origini di questo imponente fenomeno rappresentativo non vi è elezione, ma un rapporto istituzionale naturale e necessario, che è determinato dalla naturale tendenza degli uomini appartenenti ad un gruppo sociale, più o meno omogeneo, a unirsi, nello spazio di un determinato territorio, sotto un'autorità sovrana; e ciò avviene necessariamente, e l'appartenenza allo Stato è necessaria, non volontaria; necessità di natura, prima che sia necessità di diritto statuale*». Sul punto può ricordarsi anche la notazione di C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffré, Milano, 1940, pag. 84, su «*uno dei caratteri essenziali dello Stato moderno è la rappresentatività*» in forme diverse rispetto al passato per l'estensione della partecipazione politica e la presenza di partiti ideologicamente caratterizzati.

[2918] Sarebbe interessante verificare come la concezione del primato della legge si sia riflessa nella redazione del medesimo codice civile del 1942, ad esempio nella disciplina della proprietà (artt. 436 cc 1865, e art. 832 cc 1942), della causa e della nullità del contratto (artt. 1122 e 1300 cc 1865; e artt. 1343 e 1418 cc 1942), e di molti altri istituti. Invero, il codice del 1942 ha introdotto la nozione di norme imperative dalle quali derivano anche obblighi in positivo a carico dei privati e non solo limiti alla loro autonomia. E tutto ciò era un portato pressoché naturale dell'ideologia giuridica che faceva della legge la norma per eccellenza, costitutiva dell'ordinamento giuridico.

[2919] Sul punto può farsi riferimento alla trattazione di C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Are, Roma, 1931, pagg. 96 ss., dedicata all'esame dei poteri del Capo del governo risultanti dai principi accolti, dalle mutate prassi e dalle recenti leggi.

[2920] Poi seguita dalla Carta della Scuola del 1939.

ISSN 2279-7238

2. Il partito politico nella dottrina costituzionalistica del primo Novecento

L'interesse per il partito politico è conseguente alla preoccupazione di salvaguardare l'istituzione Stato a fronte delle tendenze che potevano segnarne elementi di crisi. Non poteva più pensarsi allo Stato se non nei modi nei quali esso ora si affacciava appunto a mezzo dei partiti, e tra poco del partito unico. Questi ultimi erano non solo i *trait d'union* tra Stato e società, ma del primo erano vere e proprie espressioni. Nella letteratura italiana i partiti non potevano non essere intesi che quali enti ausiliari, alla stregua dei privati che esercitano funzioni pubbliche in virtù di atti concessori ovvero per specifici obblighi di legge [2921].

Non a caso, lo stesso Zangara insisteva sul fatto che: «*Il P.N.F. è ente ausiliario dello Stato*» [2922]. «*L'azione armonizzatrice di tali interessi [delle varie categorie sociali], che vanno compost nell'unità politica ed economica, ce è nei fini dello Stato, è svolta attraverso organi statali e attraverso il Partito Nazionale Fascista che, pertanto, ci appare come ente ausiliare dello Stato*» [2923]. «*Il P.N.F. in tanto può assumere questa funzione ausiliaria nei confronti dello Stato in quanto è partito unico e non rappresenta – come i partiti nello Stato parlamentare – particolari indirizzi e tendenze e interessi di gruppo, ma tutto il Popolo, base dell'organizzazione giuridica dello Stato, e volto verso lo Stato per rafforzarlo*» [2924].

Da questa prospettiva Zangara non poteva condividere il modello tedesco in cui «*il Partito … comanda allo stato e si serve dello stato considerato come un semplice apparato burocratico e amministrativo, cosicché in Germania noi facilmente ritroviamo, nel parallelismo degli ordinamenti, sempre presenti due Stati: uno Stato-amministrazione (delle autorità e degli uffici costituiti dall'esercito e dai funzionari statali) che è lo Stato classico, concepito in un senso più stretto come elemento statico, e uno Stato politico che è il Partito, elemento dinamico. Così la sovranità dello Stato è svuotata del suo contenuto*» [2925].

Lo stesso Mortati definiva partiti «*solo quelle associazioni che, assumendo come propria una concezione generale, comprensiva della vita dello Stato in tutti i suoi aspetti, tendono a tradurla nell'azione concreta statale, con esclusione delle concezioni ad essa contrastanti*» [2926].

Si è anticipato che la qualificazione dei partiti politici quali «*ausiliari del governo dello Stato*» è stata pressoché pacifica nella letteratura italiana dell'epoca [2927], anche se ciò ha comportato talvolta un vero e proprio *understatement* del loro ruolo nelle medesime vicende istituzionali,

---

[2921] Così introduceva alla considerazione dei partiti quali ausiliari del governo dello Stato ancora S. Romano, *Principii di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 1946, pag. 177 s. Nel senso di considerare i partiti espressioni dell'attività volta a «*modificare le norme del vivere comune, onde estendere maggiormente la cerchia delle libertà individuali*», C. Ferrari, *I partiti politici*, Bocca, Milano, 1909, pag. 25 s.

[2922] V. Zangara, *Il partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Zanichelli, Bologna, 1938, 20.

[2923] V. Zangara, *Il partito unico*, cit. pag. 20.

[2924] V. Zangara, *Il partito unico*, cit., pag. 21.

[2925] V. Zangara, *Il Partito unico*, cit., pag. 37.

[2926] C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pag. 84 s., il quale aggiungeva che «*è pertanto nello Stato moderno il partito il soggetto da cui emana la costituzione fondamentale e che si pone come uno degli elementi, quello strumentale, necessari a comporre il suo contenuto, la sua materia tipica*», pag. 87.

[2927] Ancora S. Romano, *Principii*, cit., pag. 178.

ISSN 2279-7238

sul quale si avrà modo di ritornare tra poco. Al pluralismo si sarebbe arrivati piuttosto tardi. Ma già d'ora può avanzarsi la notazione che in tali riflessioni – anche a seguito dell'avvertenza che la rappresentanza politica può aversi anche senza elezioni [2928] - manca il profilo della responsabilità politica in capo ai partiti, che è poi la considerazione delle dinamiche che investono le particolari formazioni sociali definite partiti. Il tema della responsabilità, in fondo, è sempre stato una sorta di tabù nella dottrina e nella prassi italiana, in uno con il carattere dommatico dell'appartenenza agli stessi partiti. L'attenzione alla responsabilità è mancata anche in riferimento all'interno dell'organizzazione e dell'attività dei partiti: che è poi la condizione perché funzionino istituti di affermazioni dei meriti e degli errori dei ceti dirigenti. L'esperienza del partito unico nel ventennio fascista ha integrato un peso che ha segnato le successive vicende istituzionali.

3. L'ampliamento di interessi: costituzionalizzare la società partendo dai valori dell'ordinamento

In quei medesimi anni la dottrina giuspubblicistica italiana – quasi a sviluppare sino in fondo il metodo orlandiano ed a proporsi, pertanto, quale disciplina competente a considerare ogni istituto - estendeva l'ambito dei suoi interessi a temi che arricchivano l'armamentario del giurista.

Sono stati gli anni dell'elaborazione delle teorie sull'indirizzo politico, della costituzione materiale, del regime politico [2929], che conducevano appunto all'interno della considerazione giuridica i valori di carattere sostanziale che l'ordinamento accoglieva e sui quali si sviluppava. Potrebbe dirsi che i giuristi si ponevano ora l'obiettivo di riferire anche ai rapporti interprivati i principi elaborati in sede politica. Ne sono significative testimonianze le riflessioni sulla proprietà privata [2930] ed in generale sui principi caratterizzanti l'ordinamento fascista [2931]: indubbiamente si è dato vita ad un laboratorio culturale dove è stato dato ampio risalto agli interessi tutelati sino a farne la chiave di definizione dei rapporti giuridici. Potrebbe dirsi che la riflessione conduceva ad una sorta di pubblicizzazione di molti rapporti sostanziali. In particolare, porre l'attenzione sulle dinamiche di formazione dell'indirizzo politico e sui soggetti titolari ad adottare le scelte significava giuridicizzare fasi sino allora oggetto di indagini politiche e sociologiche [2932],

[2928] Sempre S. Romano, *Principii*, cit., pagg. 162, 168. L'illustre A. si limitava a notare che il sistema del c.d. governo parlamentare o di gabinetto «*è essenzialmente un governo di partiti, del partito che ha la maggior forza politica e che cede il posto ad un altro partito, se e quando questo lo supera nella sua efficienza*», pag. 179.

[2929] Cfr. V. Gueli, *Il regime politico*, De Luca, Roma, 1939, poi La Scienza, Roma, 1949. In una prospettiva politologica G. Perticone, *Studi sul regime di massa*, Bocca, Milano, 1942.

[2930] Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura, *La concezione fascista della proprietà privata*, Arte della stampa, Roma, 1939.

[2931] *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di giurisprudenza e della scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, Pacini Mariotti, Pisa, 1943.

[2932] Quella, infatti, del «*metodo il più che possibile puro*», per distinguere da altre la considerazione giuridica, era preoccupazione insistita ancora in V. Gueli, *Il regime politico*, pag. 11, e poi in *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto*, Foro italiano, Roma, 1959, pag. 471 s.

ISSN 2279-7238

quasi a reclamare una sorta di esclusività nell'attività di interpretazione/dichiarazione dell'ordinamento. Era ovvio che in tal modo si finiva per legittimare sempre e dovunque il sistema nelle sue manifestazioni più elevate [2933].

La riflessione giuridica si esercitava sui principi, sul cd diritto libero e sulla giurisprudenza degli interessi, secondo dinamiche certamente comuni alle dottrine europee dell'epoca [2934], ma in Italia particolarmente sensibili alla prospettiva statualistica. Ne è prova la definizione di Gueli, che definiva principio costituzionale quello «*che riflette la concezione politica dominante*» e che spiega l'organizzazione del rapporto politico fondamentale [2935].

Nella medesima ottica si ponevano le premesse persino per il sindacato sulla legge alla stregua degli interessi sostanziali assunti. Il modello era certo il Mortati che dava risalto alla legge fondamentale di struttura che vincola ogni volontà dello Stato, persino di quella suprema [2936]; ma da quel presupposto si muoveva il filone che insisteva sui limiti giuridici a carico degli atti di esercizio del potere pubblico [2937], e che poi avrebbe condotto lo stesso Gueli all'interno della Commissione Forti a proporre il sindacato diffuso sulle leggi [2938].

4. Segue: l'ossimoro costituzionale. Il mito della rivoluzione

Quale considerazione va rivolta all'attenzione che la pubblicistica del tempo dedicò alla rivoluzione, riportata anch'essa allo Stato. Anche a questo proposito i riferimenti potrebbero essere innumerevoli. Il mito della rivoluzione ha animato molta letteratura del tempo. Si pensi alle riedizioni di Ferrari [2939] (che è pure una storia del risorgimento italiano), all'insistenza sulla rivoluzione in Olivetti [2940], alla cd conservazione rivoluzionaria considerata da S. Panunzio [2941]. Zangara stesso ha dedicato a *La rivoluzione sindacale* un

[2933] «*Il principio contenuto nella formula politica esprime … un fondamento di giustificazione razionale dell'esercizio del potere politico*», V. Gueli, *Il regime politico*, cit., pag. 43.
[2934] È significativo che si debba a V. Gueli la traduzione italiana di B.N. Cardozo, *Il giudice e il diritto*, 1947, La nuova Italia, Firenze, 1961, dedicato appunto al diritto giurisprudenziale.
[2935] V. Gueli, *Il regime politico*, cit., pag. 28 s.
[2936] C. Mortati, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, De Luca, Roma, 1935, pag. 151.
[2937] Sempre V. Gueli, *Il regime politico*, cit., pag. 59.
[2938] Cfr. Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'assemblea costituente*, Failli, Roma, 1946, pagg. 51 ss.
[2939] G. Ferrari, *Filosofia della rivoluzione*, 1851, Casa Editrice Sociale, Milano 1928.
[2940] A. Olivetti, *Lineamenti del nuovo Stato italiano*, Libreria del Littorio, Roma, 1930, cui si deve un'esaltazione dell'ordine imposto dal fascismo sino a scrivere che «*dopo il caos la creazione, il regno di Dio su la terra, ossia il regno del diritto. Fu dunque vera rivoluzione, che vangò profondamente il campo sociale, e non semplice mutamento politico, come si sforzano a ritenere gli attardati*», pag. 14. Non mancava la considerazione del vitalismo, paradossalmente ridotto a forma nel regime autoritario: «*ora volgendoci a rimirar lo passo dobbiamo riconoscere che un mirabile concorso di fatti e di eventi era necessario per conseguire questo risultamento … Ma occorreva anche una singolare precisione di umane sensibilità, di coraggio e di passione per attuare. Ossia: una gioventù fremente, pronta a tutti gli ardimenti, a tutte le novità con l'entusiasmo di chi ha sfidato la morte in cento battaglie; un manipolo di vecchi sindacalisti che avevano coltivato nei tempi più sudiciamente giolittiani o nittiani in loro mito di eroismo anacronistico che ora vedevano in movimento come un verbo che s'incarnava nell'azione; un precipitare degli eventi che dovevano segnare il divorzio definitivo tra il fascismo e l'antico regime. Guai a noi se le opposizioni avessero accettata la fronda d'olivo che era stata offerta più di una volta. Lo stesso fattaccio Matteotti in questo senso fu utile alla nuova storia d'Italia …*», pag. 15.
[2941] S. Panunzio, *Lo Stato Fascista*, Cappelli, Bologna, 1925, pagg. 15 ss.

ISSN 2279-7238

libretto in più edizioni [2942], espressione del sincretismo dell'epoca, se poteva riferire carattere democratico al consenso del quale godeva il fascismo, operarne la conciliazione con l'etica cristiana e cattolica e, sempre, insistere sul ripristino dell'autorità statale [2943].

Se pure non mancavano le voci critiche [2944] subito represse, l'insistenza sul mito di una rivoluzione realizzata ad opera del partito al potere e, ciò nonostante, sempre in corso, non va sottovalutata perché essa si pone quale una sorta di ossimoro istituzionale nella nostra esperienza politica. La contraddizione sta, infatti, nella circostanza, che il mito della rivoluzione è stato utilizzato come fattore di legittimazione dal soggetto già titolare del potere e non quale strumento di contestazione ad opera delle forze di opposizione. È come se il soggetto governante si fosse approppiato di un'arma retorica tipica della minoranza. In un Paese dove per vari motivi ed almeno sino a tempi piuttosto recenti la responsabilità politica non ha funzionato secondo lo schema dell'alternanza, il mito della rivoluzione ha espresso una forte valenza evocativa capace di mobilitare energie attorno ad un modello politico identitario, ma senza istituzionalizzare meccanismi di responsabilità. In fondo l'idea di rivoluzione è quanto di più legato ad un'impostazione mistica e teologica vi possa essere [2945]: l'attenzione è posta sull'ideale piuttosto che sulle possibilità pratiche di riforma, il cambiamento è rimandato ad un futuro più o meno lontano. Svolge alla fine un ruolo di giustificazione del potere esercitato. Non a caso essa si è attagliata all'esperienza dei partiti con una forte componente ideologica quale quella italiana del Novecento, ed ha finito per esprimere consenso alle leadership esistenti.

5. L'eredità: un sistema incompiuto e la fuga dalla responsabilità politica

La notazione sul mito della rivoluzione come succedaneo della responsabilità politica induce a qualche considerazione sugli esiti della riflessione che negli anni trenta dello scorso secolo si è sviluppata sull'organizzazione e sull'attività dei partiti nella nostra esperienza istituzionale. Per alcuni versi, infatti, la riflessione sullo Stato dei partiti è rimasta legata alla premessa e/o all'impostazione che il partito sia «*mezzo di collegamento fra lo Stato e il Popolo*» [2946], sempre assumendo la *reductio ad Statum* di ogni potere esercitato.

[2942] V. Zangara, *Rivoluzione sindacale. Lo Stato corporativo*, Libreria del littorio, Roma, 1927, seguito da una trattazione di contenuto più descrittivo dell'ordinamento corporativo in *I sindacati e lo Stato*, Libreria del littorio, Roma, 1929.

[2943] V. Zangara, *Rivoluzione sindacale*, cit., rispettivamente pagg. 63, 122 s., 154: «*prima della Marcia su Roma lo Stato non esisteva. Il potere era frammentario. Nessuna luce ideale illuminava la via della Nazione. Le classi politiche che dominavano lo Stato disintegravano l'unità nazionale. L'autorità dello Stato era ridotta a zero. Risolvere la crisi del potere esecutivo, del "governare" era il primo urgente e necessario compito di Mussolini*». Considerazioni simili nella pubblicistica dell'epoca, ad esempio M. Gianturco, *La legislazione sindacale fascista e la riforma costituzionale*, Imperia, Genova, 1926.

[2944] Ad esempio E. Bartellini, *La rivoluzione in atto. 1919-1924*, Gobetti, Torino, 1925, che già indicava la contraddittoria unione nel fascismo di ceti sociali diversi e concludeva in maniera lapidaria che «*Fu una rivoluzione? Fu una parodia*», pag. 51.

[2945] Ad altro proposito V. Zangara attribuiva alla «*teoria dello Schmitt della trinità di Stato, Movimento e Popolo, che sarebbe un'unità pur rappresentando e rimanendo tre serie parallele di ordinamenti*», di richiamare «*troppo un concetto teologico*» e di fermarsi sul versante mistico, *Il Partito unico*, cit., pag. 32.

[2946] V. Zangara, *Il Partito unico*, cit., pag. 22.

ISSN 2279-7238

La dimensione del partito unico ha gettato una lunga ombra sul funzionamento della nostra forma di governo, e per vari motivi. Spesso il riferimento è fatto al «*modello di partito-stato che fu introdotto in Italia dal fascismo, e che la Repubblica aveva finito per ereditare, limitandosi a trasformare un singolare in plurale*» [2947]. Invero, l'esperienza fascista avrebbe pressoché reso normale l'identificazione del partito con lo Stato e con le sue istituzioni.

Epperò, in quel periodo giacciono le premesse di alcune anomalie che hanno segnato il nostro sistema di governo. In primo luogo è da lamentare che non si siano mai fatti seriamente i conti con l'eredità fascista. È mancata ogni discussione sul cd problema della colpa [2948]. Alla fine è prevalsa la considerazione che quello fascista fosse una sorta di «buon diavolo» [2949] al contrario di quello nazista e che si potesse/dovesse pertanto rassegnare alla continuità di persone e di costumi (e non solo a quella istituzionale). È come se la tragedia fascista potesse essere messa tra parentesi [2950]: rimosse le leggi razziali e ridotta la dittatura a qualche nota di colore, al contrario ponendo in luce le realizzazioni sociali del medesimo fascista, l'intera esperienza è ridotta - e per questo anche elevata - al rango di un qualsiasi precedente istituzionale indifferente e/o degno di mera descrizione alla stessa stregua di ogni altro evento in una storia che non conosce più l'alternativa valore/disvalore.

Il fatto è che è stato sottostimato l'effetto mimetico del fascismo, irriducibile ad ogni schema destra/sinistra, conservatore/progressista, e capace di mettere assieme in maniera assolutamente sincretica pezzi di nazionalismo, di tradizionalismo religioso, di conservatorismo economico, di sindacalismo, sì da attirare di volta in volta l'attenzione dei nazionalisti, dei cattolici, degli industriali e dei sindacalisti, convinti di aver finalmente trovato l'interlocutore politico dotato della necessaria forza per imporre un programma e farlo divenire prima o poi azione politica concreta [2951]. Se per un attimo si trascura la presenza della dittatura e del regime di polizia, può convenirsi che per ognuno dei portatori di questi interessi diveniva pressoché impossibile negare sostegno a chi in ogni caso affermava di patrocinare gli stessi interessi. Il Partito fascista è stato per alcuni versi una confederazione di interessi al cui interno potevano muoversi – magari ognuno secondo una sua dinamica – tradizionalisti e nazionalisti, industriali e rivoluzionari, conservatori come sperimentatori.

All'anomalia fascista ha fatto seguito l'anomalia del partito centrista ed interclassista, che ancora una volta ha tentato di operare la sintesi degli interessi in conflitto già nell'ambito

---

[2947] Così la nota lettura di G. Amato, *Intervento* alla Camera dei deputati il 21 aprile 1993, anche *Un segno chiaro di discontinuità*, in *Vita italiana. Documenti e informazioni. I discorsi in Parlamento del presidente del Consiglio dei ministri Giuliano Amato*, 40.

[2948] Per riprendere la formula di K. Jaspers, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Cortina, Milano, 1996.

[2949] L'espressione è di S. Satta, *De profundis*, Adelphi, Milano, 1980, 25 s., del quale vale la pena riportare l'intero brano: «*il demonio meridionale … non è così cattivo: se è in vena di dottrina, si incarna oratore e giurista; se passa all'azione, mostra orrore del sangue, bisogna che lo tirino per la coda perché arroncigli qualcuno. È piuttosto prevaricatore e corruttore, ed ha, questo supremo, il genio della dissoluzione. Tutto sommato un buon diavolo, che non chiederebbe altro, se la provvidenza non lo spingesse alla perdizione, che di mettersi un paramaniche di raso e farsi burocrate. Come tutti i demoni, egli sa del resto operare miracoli: ad esempio quello di divorare, come una termite, l scheletro di un paese, e di farlo stare in piedi per almeno venti anni*».

[2950] Invertendo la nota espressione sul modo in cui la borghesia italiana dell'epoca ha inteso il fascismo medesimo.

[2951] Sul fascismo v. la voce di L. Paladin, *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pagg. 887 ss.

ISSN 2279-7238

del medesimo partito, prima ancora che nella sede istituzionale [2952]. La lotta politica non si è svolta tanto sul versante sociale e sul sostegno ad interessi di classi, ma lungo il profilo tutto ideologico costituito inizialmente dall'adesione a programmi ideali (e poi all'area di distribuzione delle risorse). Ora, in un partito interclassista per definizione i diversi interessi sociali non potevano non avere rappresentanza e, quindi, in qualche modo accesso all'area di governo. Interessi contrapposti sono stati in qualche modo forzati a stare assieme, ognuno esercitando la sua pressione nell'azione politica generale o forse solo un potere di veto [2953]. Il meccanismo di responsabilità non poteva funzionare secondo lo schema dell'alternanza, né all'interno del partito a carico delle leadership né nella sede istituzionale. Se il partito si identificava con l'intero sistema [2954], non vi poteva essere spazio per l'affermazione di responsabilità.

La dinamica consociativa – che i regolamenti parlamentari del 1971 hanno pressoché sanzionato, e che poi è stata consolidata con l'attribuzione della presidenza di una delle camere ad esponenti del partito di opposizione – è sembrata quasi porsi in naturale *continuum* con l'esperienza del partito di maggioranza relativa, il quale aveva una base elettorale quanto mai composita e che esprimeva una struttura tanto articolata nelle relazioni correntizie da apparire di tipo quasi confederale.

L'ordinamento italiano ha fatto i conti con tali anomalie, alle quali è da aggiungere la persistente caratterizzazione elitaria di alcuni partiti. Allorché si è riferito all'esperienza italiana il modello dello Stato dei partiti di massa, si è trascurato che non tutti i partiti presenti nel contesto italiano sono stati volti a divenire – per così dire – partiti generalisti, formazioni radicate nel territorio ed aperte a tutti i cittadini-elettori. In fondo, l'esperienza italiana non ha superato appieno la tradizione risorgimentale con la sua forte componente elitaria, anzi taluni cd partiti minori hanno avvertito l'esigenza di affermarsi soprattutto presso centri di potere economico (e da lì magari proiettarsi sugli organi di estrazione e di competenza tecnica), senza preoccuparsi di divenire mai popolari. Semmai, tale dimensione elitaria si è estesa ben presto anche ai partiti maggiori e (particolarmente nella fase di crisi della cd prima repubblica e della "sua" partitocrazia) la dinamica elitaria – alla fine la riemersione del notabilato – è riapparsa sulla scena politica. Ed il notabilato non favorisce certo l'affermazione di responsabilità politiche, anzi al contrario porta a rafforzare il

[2952] Invero, l'anomalia di un partito cattolico che non si riduceva ad un partito conservatore era di frequente notata, cfr. A. Solmi, *La riforma costituzionale*, Alpes, Milano, 924, pag. 41, che richiama l'autorità di S. Spaventa.

[2953] La notazione era già in G. Pastori, *Società e Stato in Italia dal 1948 ad oggi*, in AA.VV., *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Vita e pensiero, Milano, 1981, pagg. 105 ss., oggi in *Scritti scelti*, I, Jovene, Napoli, 2010, pag. 310, che riferendosi all'applicazione del disegno costituzionale ad opera della DC uscita dalle elezioni del 1948 con la maggioranza assoluta anche per la nota contrapposizione internazionale del tempo e per lo schieramento di interessi realizzato, notava che, «*come per ogni maggioranza che si forma su una così apicale discriminazione di fronti, in essa finiscono per convergere posizioni di rilievo politico interno anche tra loro assai lontane, dalle più prudenti sull'attuazione costituzionale alle più avanzate, tutte presenti o, comunque, al sostegno di uno stesso partito. Si crea così fin da allora una sorta di dualità fra il patrimonio ideale del partito, quale era emerso con forza e autorità nell'elaborazione costituzionale, e gli orientamenti della sua composizione e del suo elettorato*».

[2954] La notazione è sempre di G. Pastori, *Società e Stato*, cit., pag. 311.

ISSN 2279-7238

modello di un «*regime fondato su partiti che acquisiscono consenso di massa attraverso l'uso dell'istituzione pubblica*» e delle sue risorse [2955].

Le trasformazioni alle quali oggi assistiamo ripropongono molti di questi temi. I partiti che hanno una forte impronta carismatica, che non si organizzano a mezzo di adesioni di carattere associativo ma si poggiano sull'immedesimazione personalistica dell'elettorato con il leader, e che pongono l'accento su generiche istanze sovraniste, non sono i partiti espressioni di classi sociali tipici dello Stato dei partiti, e non sono più nemmeno i partiti ideologizzati dell'Italia del Novecento; in un certo senso essi continuano l'esperienza di partiti che (non selezionano interessi sociali, ma) guardano soprattutto all'accesso alle cariche di governo. Ritorna il problema se lo Stato conservi ancora una funzione riequilibratrice; deve ripensarsi al ruolo che Orlando dava ai giuristi nella costruzione dello Stato; rimane la necessità di affermare nel sistema politico italiano meccanismi di responsabilità politica e di individuarne le condizioni.

ABSTRACT

La dottrina italiana del primo Novecento affrontò i problemi relativi all'organizzazione delle attività dei partiti politici con riguardo soprattutto all'esperienza del partito unico fascista. La considerazione dei fini perseguiti dal partito unico permise alla dottrina di ampliare gli orizzonti della ricerca, per esempio di considerare la funzione di indirizzo politico come strumento per condurre alla riflessone giuridica la fase di determinazione degli interessi perseguiti dallo Stato: il partito unico permetteva di riaffermare la supremazia del potere statale. La prospettiva di molti studiosi rimaneva di stampo statalista e ciò faceva guardare con favore all'esperienza di un partito che si presentava quale partito-sistema. Alcune tendenze del periodo fascista si sono mantenute anche nell'esperienza repubblicana, pur segnata dal pluripartitismo, ma in cui è stato difficile affermare condizioni e meccanismi di responsabilità politica in capo ai partiti come alle loro leadership interne.

The Italian doctrine of the early twentieth century addressed the problems related to the organization of the activities of political parties with regard mainly to the experience of the fascist party. The consideration of the aims pursued by the single party allowed the doctrine to broaden the horizons of research, for example to consider the function of political address as a tool to lead to juridical reflection the phase of determination of Interests pursued by the State: the single party allowed to reaffirm the supremacy of State power. The prospect of many scholars remained statist, and this made them look forward to the experience of a party that presented itself as a party-system. Some tendencies of the fascist period were also maintained in the Republican experience, albeit marked by multi-party,

[2955] Così G. Amato, *Intervento* del Presidente del Consiglio alla Camera dei deputati il 22 aprile 1993, in *Vita italiana*, cit., pag. 43.

ISSN 2279-7238

but in which it was difficult to affirm conditions and mechanisms of political responsibility in the end of the parties as to their internal leadership.

ISSN 2279-7238

Partiti e forma di governo*

di Massimo Luciani**

SOMMARIO: 1. L'incorporazione del partito nello Stato – 2. L'incorporazione nei regimi non a partito unico – 3. Riscontri giurisprudenziali – 4. Le prospettive.

1. L'incorporazione del partito nello Stato

La quadripartizione triepeliana dei rapporti fra Stato e partiti, elaborata nella notissima *Rede* tenuta all'Università di Berlino il 3 agosto del 1927, pretende d'essere la descrizione storica di una concreta vicenda costituzionale (anzi, di una pluralità di parallele, ma sostanzialmente contemporanee, vicende costituzionali). La questione, infatti, è in Triepel "*geschichtlich* angesehen" e viene ricostruita secondo una "vierfachen Stufen*folge*" dipanatasi nel corso di un tempo relativamente breve, cioè "in nicht viel mehr als einem Jahrhundert"[2956]. Si tratta del profilo più debole di un saggio altrimenti fondamentale per la discussione politologica e costituzionalistica sui partiti, dal quale - come qui in Italia hanno osservato Paolo Ridola e, sulla sua scia, Francesco Bilancia e Giorgio Grasso - nessun serio studioso che intenda occuparsene può prescindere[2957].

Non sarà sfuggito ai lettori più attenti, invero, che lo svolgimento storico implicato dalla quadripartizione è più postulato che dimostrato, mancando nella *Rede* quei riferimenti storico-costituzionali che un vero sforzo di comparazione avrebbe consentito di acquisire e che, invece, fu compiuto solo in minima parte (considerando, in particolare, l'esperienza degli Stati Uniti).

Nonostante le dichiarazioni dell'Autore, pertanto, la quadripartizione dovrebbe essere assunta più come una categorizzazione di *tipi*, anzi di *idealtipi*, relazionali che come una descrizione storica di effettive *fasi*, diacronicamente consequenziali, di una concreta vicenda istituzionale. Non è detto affatto, invero, che nella concreta esperienza costituzionale la *Bekämpfung*, l'*Anerkennung*, la *Legalisierung* e l'*Inkorporation*[2958] si susseguano esattamente

---

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

2956 H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, Preußische Druckerei, 1927, 8 (corss. miei).

2957 P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 66; F. BILANCIA, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici. L'attualità del saggio di Heinrich Triepel*, in H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, 2^ ed., Berlin, Liebmann, 1930, trad. it. di A. Kalajzič, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, Napoli, ES, 2015, 21; G. GRASSO, *La libertà della scienza e lo Stato dei partiti (rileggendo Heinrich Triepel*, in H. TRIEPEL, *La Costituzione dello Stato*, cit., 37.

2958 H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung*, loc. cit.

ISSN 2279-7238

nell'ordine in cui Triepel le ha elencate, né è detto che in una medesima fase ordinamentale esse si presentino necessariamente nella loro forma pura, essendo invece possibili commistioni di istituti o di soluzioni normative proprie dell'uno o dell'altro tipo, magari soltanto per periodi limitati o in fasi di transizione. Trattare la sistematica triepeliana come una sorta d'infallibile legge storico-politica sarebbe un errore, dunque, in mancanza di evidenze probatorie.

Non è un errore, invece, a me sembra, prenderne le mosse al fine d'intendere il *segno* fondamentale che di volta in volta assumono le relazioni fra lo Stato e i partiti, le quali, sia pure nei limiti determinati dalla possibilità di reciproche contaminazioni che si è appena segnalata, possono essere ricondotte, nelle varie fasi storiche, almeno prevalentemente all'una o all'altra casella. Qui, però, si annida una non secondaria questione teorica, concernente la definizione stessa dei singoli tipi. Mi interessa soffermarmi in particolare sul contenuto del tipo della *Inkorporation*.

Incorporazione piena, per ammissione dello stesso Triepel, si ha soltanto negli ordinamenti a partito unico, quali sono quelli ispirati dal bolscevismo o dal fascismo[2959], nel cui contesto lo Stato si fa partito e il partito si fa Stato[2960], ma ciò non significa che, sia pure con modalità diverse, per lui l'incorporazione sia esclusa nelle democrazie pluralistiche, segnate dal multipartitismo. Anzi. In questo caso, però, la nozione di incorporazione subisce uno slittamento semantico.

Mentre negli ordinamenti a partito unico l'incorporazione emerge in forza di dati formali (ad es.: riconoscimento di poteri autoritativi agli organi di partito; previsione di una coincidenza fra cariche di partito e cariche costituzionali, etc.), in quelli multipartitici l'incorporazione cui Triepel fa riferimento è segnata da caratteristiche eminentemente materiali. Quel che conta, infatti, è il condizionamento partitico della rappresentanza e dell'attività parlamentare e di governo, un dato che è afferrabile - appunto - nella sfera delle relazioni materiali (in particolare, in quella dei rapporti politici di forza). Questo condizionamento, per la verità, può ben emergere anche attraverso dati formali (si pensi all'eventualità di una disciplina uniforme dei partiti, all'istituzionalizzazione delle primarie o alla proiezione dei partiti in Parlamento tramite gruppi assegnatari di funzioni pubblicisticamente rilevanti), ma la loro presenza non è affatto condizione necessaria e sufficiente. Di incorporazione si può parlare, infatti, anche quando la disciplina uniforme dei partiti è blanda ed "esterna", quando la decisione sulle candidature non passa attraverso le primarie, ma resta nella sfera dell'informalità associativa, quando i regolamenti parlamentari non assegnano ai gruppi compiti istituzionali infungibili (è quanto accade quando si consente ai singoli parlamentari di non sedere in alcun gruppo parlamentare). Non è certo la forma, è dunque chiaro, che decide dell'embricatura di Stato e partiti, sicché

[2959] Analogamente, S. MANGIAMELI, *Partiti politici e parlamentarismo tra principio liberale e principio democratico a partire da una riflessione su Heinrich Triepel*, in H. TRIEPEL, *La Costituzione dello Stato*, cit., 50.
[2960] H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung*, 25.

ISSN 2279-7238

è al dato materiale che, nello scenario del pluralismo democratico, occorre necessariamente volgersi.

Uno Stato dei partiti ("incorporati") in senso *formale* è *rechtlich undenkbar* nella cornice del regime parlamentare[2961] e lo è ancor di più quando quel regime si radica in un sistema politico aperto e pluralistico. In questo scenario, insisto, si può parlare di incorporazione solo nella prospettiva *materiale* e questo - a me pare - ha fatto Triepel quando ha allargato lo sguardo dai regimi totalitari a quelli pluralistici. Era esattamente e solamente questa l'incorporazione cui si poteva fare riferimento a metà degli anni Venti (quando Triepel scriveva) per Weimar ed esattamente questa è stata l'incorporazione di cui si è discusso per molti decenni successivi.

Orbene: se usciamo dal dato formale, fatalmente entriamo nel dominio della graduazione, dell'opinabilità, della sussumibilità difficoltosa al tipo, sicché il terreno sul quale ci muoviamo si fa più sdrucciolevole. Va però detto che anche a stare al solo dato formale i problemi classificatori non sono automaticamente risolti.

Nella *Prolusione* al *Corso* romano di Diritto pubblico comparato del 1938, Vincenzo Zangara negava che il partito nazionale fascista fosse organo dello Stato[2962] e lo stesso affermava a proposito del partito nazionalsocialista in Germania[2963]: conclusione, questa, di non poco momento anche sul piano delle sue conseguenze giuridiche, se sol si pensa che lo stesso Zangara, più tardi, avrebbe riservato il godimento delle prerogative di diritto pubblico alle vere e proprie *istituzioni* (costituzionali)[2964]. Nonostante questa omogeneità formale, tuttavia, le condizioni costituzionali dei due partiti gli apparivano assai diverse. Mentre il partito - scriveva - "in Germania comanda allo Stato", in Italia "lo Stato riconosce nel Partito la fonte del suo pensiero", ma a sua volta il partito "riconosce e sostiene la sovranità dello Stato". Sovranità che resta intatta nei suoi tradizionali termini giuspubblicistici, mentre in Germania evapora a causa della formazione di un doppio Stato: uno Stato-amministrazione (quello classico) e uno Stato politico (il partito medesimo). Come si vede, anche nella prospettiva formale talune qualificazioni di base risultano insufficienti al fine dell'elaborazione di una ricostruzione compiuta, perché lo sguardo deve ampliarsi ad altri più particolari e meno immediatamente percepibili tratti caratterizzanti. Tali tratti, nondimeno, restano purtuttavia giuridico-formali e il loro accertamento, in via di principio, non richiede operazioni d'ordine valutativo. Operazioni che restano inevitabili, invece, nella prospettiva materiale.

2.- L'incorporazione nei regimi non a partito unico

Veniamo, appunto, alla prospettiva materiale. Ha davvero senso parlare di incorporazione in un sistema pluralistico e multipartitico, nel quale il partito non solo non

[2961] H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung*, 26.
[2962] V. ZANGARA, *Il Partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Bologna, Zanichelli, 1938, 19.
[2963] V. ZANGARA, *Il Partito unico*, cit., 27.
[2964] V. ZANGARA, *Le prerogative costituzionali (rilievi e prospettive)*, Padova, Cedam, 1972, 7.

ISSN 2279-7238

si fa (altro) Stato, come nel caso del nazionalsocialismo tedesco, ma nemmeno detta allo Stato la tavola dei valori di riferimento (pur restandogli giuridicamente assoggettato), come nel caso del fascismo italiano secondo la ricostruzione di Zangara? La risposta a questo interrogativo richiede che ci si intenda meglio sul concetto di incorporazione.

Nella fattispecie dell'*Anerkennung* (parlo di "fattispecie" e non di "fase" per le ragioni esposte in apertura) il partito è semplicemente registrato e tollerato, mentre in quella della *Legalisierung* si compie un passaggio ulteriore, che sottintende una valutazione positiva del fenomeno partitico, ritenuto meritevole non solo di essere constatato, appunto, ma pienamente legalizzato [2965]. L'incorporazione va ancora più in là, perché implica l'attribuzione ai partiti di vere e proprie funzioni di sistema, costruendoli come uno snodo fondamentale dell'articolato processo che va dalla legittimazione dell'ordinamento alla prestazione del consenso in favore della contingente maggioranza di governo alla discussione sulla decisione pubblica all'assunzione di tale decisione.

Intesa in questi termini l'incorporazione è ben possibile anche entro il contesto di una democrazia pluralistica, anzi trova in quel contesto il suo *habitat* naturale, perché in sistemi politici complessi la dis-articolazione sociale può essere ricomposta solo grazie all'azione di un soggetto che pretenda di essere pienamente *politico*. Politico, intendo, nel senso che le plurime appartenenze (se non vere e proprie identità) di ciascun individuo vengono riunificate nella figura del *polítes*, che ha voce nel partito proprio in quanto questo è esso stesso *politico*, perché rappresentativo dei *polítai*.

La dottrina weimariana del partito come "parte totale" intercettava la scoperta necessità storica di ricomporre un quadro politico e costituzionale che (anche senza accogliere le strumentali descrizioni apocalittiche schmittiane) rimaneva largamente in-deciso. Giustamente Paolo Ridola ha osservato che proprio "in un'epoca segnata dalla nascita di grandi ideologie politiche, si doveva in gran parte alle virtualità dischiuse dalla funzione di intermediazione dei partiti se il rapporto fra stato e società non doveva più essere ricostruito secondo l'archetipo della separazione, come era invece stato coerente con i fondamenti dello stato liberale"[2966]. La dottrina della "parte totale", però, raffigurando il partito politico come "un organismo capace di superare il particolarismo della società e di farsi portatore in seno a questa di visioni politiche generali, ancorché di parte, destinate ad influire sulla direzione politica dello stato"[2967], trascendeva la contingenza storico-politica che l'aveva suggerita e legittimava l'affidamento prioritario al partito dell'intermediazione fra cittadino e Stato. Un affidamento prioritario, ribadisco, ma non necessariamente esclusivo, come dimostrano esperienze costituzionali più mature come, in particolare, l'italiana.

Il conferimento di un compito così cruciale può ben portare a ricostruire anche nelle democrazie pluralistiche e multipartitiche il rapporto fra partiti e Stato nei termini

[2965] Quanto si dice nel testo a proposito delle due fattispecie va al di là della descrizione triepeliana, visto che, in realtà, in essa non incontriamo una puntuale definizione contenutistica dell'una o dell'altra.
[2966] P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in AA. VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione* (Atti del XXIII Convegno annuale AIC), Napoli, Jovene, 2009, 32.
[2967] P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, loc. cit.

ISSN 2279-7238

dell'incorporazione, ma si commetterebbe un grave errore se non si comprendesse che *questa* incorporazione è ben diversa da quella che si registra nei regimi totalitari a partito unico. La differenza sta nel diverso rapporto fra incorporazione e diritto.

Nei sistemi a partito unico, come già detto, l'incorporazione emerge in forza di dati formali che, invece, sono assenti o - essendo meno marcati - restano largamente secondari nel fenomeno dell'incorporazione sostanziale tipica dei regimi politici pluralistici. E questo è un dato decisivo, tanto decisivo che induce a dubitare fondatamente che sia opportuno e corretto continuare a parlare, anche in questo secondo caso, di "incorporazione". Konrad Hesse, nella nota relazione al Congresso della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* del 1958, ha sostenuto che "un'indagine sulla posizione costituzionale dei partiti politici deve tenere in conto tanto il processo giuridico di disciplina normativa, quanto la realtà dei partiti e della vita dell'entità statale, considerandoli nella loro intima connessione e non secondo una successione esteriore"[2968]. Si tratta di un'affermazione che, in mancanza di precisazioni, sconta una certa ambiguità.

Parlare di una "posizione costituzionale" dei partiti, infatti, può significare sia che si constata che le costituzioni pluralistiche assegnano ai partiti un ruolo politico di *rilevanza costituzionale*, sia che i partiti sono intesi come veri e propri *soggetti costituzionali*, inseriti appieno nell'organizzazione istituzionale dello Stato. Due prospettive, come si vede, assai diverse. Ebbene: lo stesso Hesse chiarisce che, sebbene tra posizione costituzionale e funzioni vi sia un rapporto di logica consequenzialità, l'esistenza di funzioni costituzionalmente rilevanti non implica il possesso di una posizione formalmente costituzionale entro l'apparato dello Stato. Anzi: nell'apparato dello Stato i partiti non possono essere assorbiti a causa della loro collocazione nella sfera della libertà[2969]. La questione, allora, diventa anzitutto di stretto diritto positivo, nel senso che spetta alle singole costituzioni stabilire l'*an* e il *quomodo* dell'inserimento dei partiti nell'apparato dello Stato; poi di coerenza logica, nel senso che l'assorbimento non può mai raggiungere la soglia della funzionalizzazione, perché (sebbene sia stato autorevolmente sostenuto il contrario, in particolare in tema di libertà di informazione)[2970] libertà e funzione non sono compatibili.

Se, dunque, stiamo al diritto positivo e vediamo il contenuto delle nostre norme costituzionali, a me sembra ch'esso impedisca la riconduzione dei partiti all'interno della vera e propria *organizzazione* costituzionale, con la conseguenza che, al contrario di quanto sostenuto da Leopoldo Elia nella sua fondamentale "voce" sulle forme di governo[2971], quelle forme (a parte i casi in cui l'assorbimento nell'organizzazione costituzionale si

[2968] K. HESSE, *Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat*, Berlin, De Gruyter, 1959, trad. it. di Kalajzič, *La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno*, Seregno, Herrenhaus, 2012, 22 sg.
[2969] K. HESSE, *La posizione costituzionale dei partiti politici*, cit., 48 sg.
[2970] V., in particolare, C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, Cedam, 15 sgg.; ID., *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, Jovene, 1984, 8 sgg.
[2971] L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, spec. 638 sgg.

ISSN 2279-7238

compie), proprio in quanto forme, non possono essere ricostruite anche o - più ancora - esclusivamente sulla base del formato e dell'articolazione del sistema dei partiti[2972].

3.- Riscontri giurisprudenziali

Nella nostra giurisprudenza costituzionale l'estraneità dei partiti all'organizzazione costituzionale dello Stato emerge in modo assai chiaro in almeno tre vicende.

i) L'esempio più evidente è dato dall'ord. n. 79 del 2006.

I fatti sono noti. Un partito politico (La Rosa nel Pugno) aveva proposto un conflitto di attribuzione nei confronti di entrambe le Camere, lamentando che una serie di norme di legge, relative alla raccolta delle firme necessarie per la presentazione delle liste dei candidati alle competizioni elettorali, avrebbe pregiudicato il suo diritto (riconosciuto dall'art. 49 Cost.) di partecipare alle elezioni in condizioni di parità con gli altri partiti. Il conflitto, secondo l'associazione ricorrente, doveva ritenersi ammissibile perché, essendo i partiti politici titolari di attribuzioni costituzionali, essi (allo stesso modo dei comitati promotori dei *referendum* abrogativi) sarebbero qualificabili "poteri dello Stato" anche al fine del promovimento del conflitto di attribuzione posto a rimedio dell'eventuale lesione di tali attribuzioni.

È nota anche la risposta che la Corte ha dato: a) i partiti non hanno la "*titolarità di uno specifico potere da parte della Costituzione*", paragonabile a quello dei comitati promotori dei *referendum*; b) l'art. 49 Cost. "*attribuisce ai partiti politici la funzione di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» e non specifici poteri di carattere costituzionale*"; c) la Costituzione garantisce i partiti "*nella prospettiva del diritto dei cittadini di associarsi*"; d) sebbene le leggi ordinarie assegnino ai partiti compiti di notevole rilevanza entro il procedimento elettorale, esse "*non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.*"; e) conseguentemente, "*i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato ai fini dell'art. 134 Cost.*".

Come si vede, anche per la Corte costituzionale non c'è transitività fra attribuzione di funzioni pubblicisticamente rilevanti e assorbimento nell'organizzazione costituzionale dello Stato e il fatto che i partiti abbiano le prime non implica che debbano subire il (o giovarsi del) secondo.

ii) Il secondo è quello della sent. n. 170 del 2018, che per i magistrati ha ritenuto compatibile il divieto di iscrizione a un partito politico e - all'un tempo - il riconoscimento del diritto ad assumere cariche elettive o incarichi con titolarità di potere politico esecutivo.

[2972] Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Governo (forme di)* in *Enc. dir. - Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 538 sgg,

ISSN 2279-7238

Sembra evidente che questa conclusione (invero assai problematica, a mio avviso) si è potuta raggiungere solo in ragione dell'implicita premessa che i partiti in quanto tali non sono stati pienamente incorporati nell'assetto organizzativo della Repubblica.

iii) Altro esempio significativo, sebbene meno evidente, quello della giurisprudenza sulla c.d. "insindacabilità di gruppo".

La sent. n. 246 del 2004 aveva sollevato un problema di fondo: può un parlamentare "*giovarsi, ai fini della non sindacabilità delle sue dichiarazioni, dell'attività parlamentare posta in essere sul medesimo tema da altri membri delle Camere*"? Al quesito la Corte non dette, allora, risposta, perché esso era stato posto all'interno di un conflitto che fu possibile risolvere in base ad altre considerazioni, ma, nonostante una prima apertura nella sent. n. 347 del 2004 (al fine della determinazione dell'esistenza del "nesso funzionale", scrisse allora la Corte, "*può non essere privo di rilievo il fatto che il parlamentare abbia nel suo scritto, in relazione al quale è tratto a giudizio, riecheggiato opinioni emerse, sia pure ad opera di altri, in un dibattito parlamentare avente ad oggetto la stessa vicenda*") rispose negativamente in occasioni successive.

Nella sent. n. 249 del 2006 affermò che "*l'art. 68, primo comma, Cost. non configura una sorta di insindacabilità di gruppo, per cui un atto o intervento parlamentare di un appartenente ad un gruppo fornirebbe copertura costituzionale per tutti gli altri iscritti al gruppo medesimo*". E, più ampiamente, nella sent. n. 317 del 2006 disse che: a) "*la verifica del nesso funzionale tra dichiarazioni rese* extra moenia *ed attività tipicamente parlamentari, nonché il controllo sulla sostanziale corrispondenza tra le prime e le seconde, devono essere effettuati con riferimento alla stessa persona, mentre «sono irrilevanti gli atti di altri parlamentari»*"; b) è irrilevante la circostanza che gli atti di altri parlamentari siano ascrivibili a componenti del medesimo gruppo cui appartiene il parlamentare delle cui opinioni si discute; c) sebbene sia esatto affermare che "*le guarentigie previste dall'art. 68 sono poste a tutela delle istituzioni parlamentari nel loro complesso e non si risolvono in privilegi personali dei deputati e dei senatori*", da ciò non si può trarre la conclusione che "*esista una tale fungibilità tra i parlamentari iscritti allo stesso gruppo da produrre effetti giuridici sostanziali nel campo della loro responsabilità civile e penale per le opinioni espresse al di fuori delle Camere*"[2973].

A mio avviso è evidente che se la Corte avesse preso le mosse dall'idea dell'inserimento dei partiti nell'organizzazione costituzionale dello Stato non avrebbe potuto raggiungere simili conclusioni, essendo i gruppi parlamentari, quale che sia la tesi che si abbraccia sulla loro natura, almeno "proiezioni" dei partiti in Parlamento. Infatti, anche se si nega che i gruppi siano organi dei partiti[2974] o che essi abbiano duplice e ancipite natura (come vuole

[2973] V. anche la sent. n. 39 del 2012.

[2974] Come invece riteneva P. RESCIGNO, *L'attività di diritto dei gruppi parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1961, spec. 303, nonché, sia pure *pro parte*, M. BASSANI, *Partiti e Parlamento*, Milano - Varese, Cisalpino, 1965, 65.

ISSN 2279-7238

la giurisprudenza oggi prevalente)[2975] e li si ritiene, invece, organi delle Camere[2976], non si può negare che, salvi rari casi, un rapporto tra un gruppo e un corrispondente partito intercorre sempre[2977]. La qualità *giuridica* di tale rapporto non conta, poiché quel che conta è il *fatto*, se si vuole *sociologico*[2978], del loro collegamento con il corrispondente partito, derivante dal dato esperenziale che i membri dei gruppi corrispondenti ai partiti ne fanno parte in quanto sono "vicini alle posizioni ideologiche e programmatiche del partito"[2979]. Per quanto mi riguarda, l'insindacabilità di gruppo poteva essere riconosciuta anche movendo dalla tesi dell'estraneità dei partiti all'apparato dello Stato e, in particolare, alla sua organizzazione costituzionale[2980], ma quel che è certo è che la tesi opposta non poteva

[2975] L'indirizzo oggi prevalente, appunto, vede nel gruppo parlamentare una figura giuridica ancipite. Scrive, infatti, la Corte di cassazione (Sez. Un., ord. 24 novembre 2008, n. 27863) che devono distinguersi "*due piani di attività dei gruppi parlamentari: uno squisitamente parlamentare, in relazione al quale i gruppi costituiscono gli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del parlamento, come previsto e disciplinato dalle norme della Costituzione, dalle consuetudini costituzionali, dai regolamenti delle camere e dai regolamenti interni dei gruppi medesimi; l'altro, più strettamente politico, che concerne il rapporto del singolo gruppo con il partito politico di riferimento, ed in ordine al quale i gruppi parlamentari sono da assimilare ai partiti politici, cui va riconosciuta la qualità di soggetti privati, con conseguente esclusione del divieto di interferenza da altri poteri, e in particolare dall'autorità giudiziaria*" (nello stesso senso, da ultimo, Cass. civ. Sez. lav, 4 gennaio 2018, n. 92).
Anche nella giurisprudenza amministrativa si incontrano affermazioni simili. In particolare, si dice che i gruppi hanno "*una duplice natura. Essi infatti rappresentano, per un verso, la proiezione dei partiti all'interno delle assemblee, e, per altro verso, costituiscono parte dell'ordinamento assembleare, in quanto articolazioni interne di un organo istituzionale. E' dunque possibile distinguere due piani di attività dei gruppi: uno, più strettamente politico, che concerne il rapporto del singolo gruppo con il partito politico di riferimento, l'altro, gravitante nell'ambito pubblicistico, in relazione al quale i gruppi costituiscono strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie degli organi assembleari, contribuendo ad assicurare l'elaborazione di proposte e il confronto dialettico tra le diverse posizioni politiche e programmatiche*" (T.A.R. Lazio, Roma Sez. II-*ter*, 15 dicembre 2004, n. 16240).
In dottrina, se rettamente interpreto, aderiscono a questo indirizzo L. GIANNITI - N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 85.

[2976] In questo senso, *ex plurimis*, S. TOSI – A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1999, 156 sgg.; A. SAVIGNANO, *I gruppi parlamentari*, Napoli, Morano, 1965, 219; G. FERRARA, *Il Presidente di assemblea parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1965, 36; M. L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di diritto parlamentare*, 3^ ed., Torino, Giappichelli, 2005, 114. Nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. n. 1130 del 1988. Nella giurisprudenza contabile, da ultimo, Corte conti, Sez. I App., 26 settembre 2018, nn. 367 e 368. In quella ordinaria, inizialmente, Trib. Roma, 29 aprile 1960; in *Giur. cost.*, 1961, 295; App. Roma, 9 marzo 1962, in *Foro it.*, 1962, I, 1369; meno chiaramente Trib. Roma, 15 settembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 442; più di recente, implicitamente, Cass. pen. Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 24158. Coerente con questa premessa, a me sembra, è l'indirizzo giurisprudenziale che nega la continuità fra i gruppi al mutare della legislatura (da ultimo, Cass. civ., Sez. lav., 28 settembre 2018, n. 23612).

[2977] Questa è infatti l'ipotesi "normale": G.F. CIAURRO, *Sulla natura giuridica dei gruppi parlamentari*, in *Studi ventennale*, Firenze, Vallecchi, 1969, Vol. 4, 251.

[2978] G. NEGRI - G.F. CIAURRO, *Gruppi parlamentari*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, Ist. dell'Enc. it., 6.

[2979] R. CECCARINI, *Gruppi parlamentari e partiti politici. Considerazioni sulla natura giuridica*, in *Parlamento*, 1980, n. 1-2, 51.

[2980] Invero (a prescindere dal fatto che vi sia o meno un rapporto di subordinazione del gruppo rispetto al partito, come peraltro ritenuto, ad es., da G. U. RESCIGNO, *Gruppi parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, spec. 790), la consentaneità ideologica tra appartenenti al medesimo gruppo ("sociologicamente" corrispondente a un partito) fa sì che non si possa immaginare una separazione netta fra le attività di parlamentari diversi, ma appartenenti al medesimo gruppo. A tal proposito, occorre anche rammentare che questo collegamento è addirittura formalizzato dai regolamenti parlamentari. In particolare quello della Camera, ad esempio: a) prevede che sulla discussione delle linee generali di un progetto di legge intervenga un deputato per gruppo (art. 83, comma 1), e che sempre un deputato per gruppo possa formulare dichiarazioni di voto (art. 85, comma 7); b) disciplina con norme particolari l'ipotesi residuale del deputato che dissenta dal gruppo (ad es., artt. 83, comma 1; 85 *bis*, comma 3, etc.); c) in tema di interrogazioni a risposta immediata stabilisce che "*un deputato per ciascun Gruppo può presentare un'interrogazione per il tramite del presidente del Gruppo al quale appartiene*" (art. 135 *bis*, comma 2), che "*i Gruppi che abbiano presentato interrogazioni vertenti su differenti materie possono presentarne altre, rivolte ai ministri invitati a rispondere, entro un congruo termine stabilito dal Presidente della Camera*" (art. 135 *bis*, comma 3), che "*Il presentatore di ciascuna interrogazione ha facoltà di illustrarla per non più di un minuto. A ciascuna delle interrogazioni presentate risponde il rappresentante del Governo, per non più di tre minuti. Successivamente, l'interrogante o altro deputato del medesimo Gruppo ha diritto di replicare, per non più di due minuti*" (art. 135 *bis*, comma 4); d) stabilisce (in tema di interrogazioni a risposta immediata in Commissione) che "*un componente della Commissione per ciascun Gruppo può*

ISSN 2279-7238

riposare su una parimenti opposta concezione del rapporto fra Stato e partito, che presupponesse una vera e propria "incorporazione" del secondo nel primo.

4.- Le prospettive

Se l'analisi *strutturale* della forma di governo può e deve prescindere dai partiti, in quanto si tratta di soggetti esterni all'apparato dello Stato e, in particolare, alla sua organizzazione costituzionale, l'analisi *funzionale* del sistema politico non può, ovviamente, farne a meno. Qui si avvertono segni di grande - e non positiva - novità.

Nell'esperienza costituzionale italiana del secondo dopoguerra il raccordo fra partiti e Stato si articolava secondo un complesso procedimento di formazione della decisione. La struttura stessa dei partiti, fortemente radicati nel territorio e nella società, imponeva alle *élites* che li governavano di rispettare un processo decisionale circolare, nel quale i vertici attivavano la mobilitazione della base, ne ricevevano il *feedback*, rielaboravano le molteplici risposte "dal basso" e le portavano, infine, all'emersione al livello delle istituzioni. In questo contesto ci si poteva ben lamentare dell'occupazione partitica delle istituzioni, ma non si poteva non constatare che un simile processo decisionale, per quanto fatalmente gestito dalle *élites*, aveva almeno il merito dell'apertura democratica, limitata ai militanti dei partiti, certo, ma indubbiamente pluralistica e solo parzialmente aristocratica.

Tutto è cambiato, oggi. L'indebolimento delle radici sociali dei partiti e la loro tendenza a escludere o rendere ancillare il rapporto con la base, così come l'attivazione di meccanismi di raccordo solo apparentemente aperti, ma in realtà estremamente elitari, come quelli dell'interlocuzione attraverso la rete o i c.d. *social*, ha fatto sì che il condizionamento partitico delle istituzioni non provenga più dal (relativamente) virtuoso circolo decisionale cui ho appena accennato, ma dalla diretta intromissione dei vertici nell'apparato statale, vertici la cui chiusura alle istanze partecipative della base li rende autoreferenziali e, nella migliore delle ipotesi, attenti ai loro convincimenti o, nella peggiore, agli interessi puramente personali o della stretta "cerchia" dei più immediati sodali.

Difficile valutare positivamente una simile involuzione. Difficile, però, anche e soprattutto capire come se ne possa uscire. La risposta oggi più comune è quella, essenzialmente rinunciataria, del depotenziamento della forza decisionale dei luoghi in cui i partiti, *questi* partiti, sono maggiormente presenti (Parlamento, *in primis*, e Governo), e dello speculare potenziamento della giurisdizione dei poteri decisionali (almeno pretesamente) tecnici (istituzioni internazionali e sovranazionali, autorità indipendenti, agenzie private). È una risposta comprensibile, ma aristocratica e non meno antidemocratica. Temo, in realtà, che non ci siano ricette d'immediata applicazione e che il problema vada affrontato nel medio-lungo periodo, cercando di recuperare forme corrette di partecipazione politica e

presentare un'interrogazione per il tramite del rappresentante del Gruppo al quale appartiene" (art. 135 *ter*, comma 2) e che "*Il presentatore di ciascuna interrogazione ha facoltà di illustrarla per non più di un minuto. A ciascuna delle interrogazioni presentate risponde il ministro, per non più di tre minuti. Successivamente, l'interrogante o altro deputato del medesimo Gruppo ha diritto di replicare, per non più di due minuti*" (art. 135 *ter*, comma 4).

ISSN 2279-7238

lavorando, molto, sull'educazione. Non è granché, mi rendo conto, ma è già qualcosa e non presuppone quell'abbandono di qualunque pretesa riformatrice della politica che invece è implicato dall'indirizzo oggi egemone in settori assai significativi della classe dirigente e della nostra intellettualità. La quale, soddisfatta della propria "superiorità", è incline alla contemplazione narcisistica di se stessa e al disprezzo dei malcapitati cittadini (essi pure non del tutto incolpevoli, invero) che sono attratti dai variopinti populismi, d'ogni genere e specie, oggi in bella mostra sui banchi del mercato politico e offerti ai compratori dalle grida sguaiate dell'ortolano di turno.

ABSTRACT

Col muovere dalla quadripartizione triepeliana degli idealtipi relazionali tra Stato e partito, l'Autore si interroga circa la possibilità che in un sistema pluralistico e multipartitico si possano individuare elementi riconducibili alla fattispecie dell'incorporazione (*Inkorporation*) del partito nello Stato. In quest'ottica, ciò risulta concettualmente possibile qualora si prenda in considerazione il piano materiale dei rapporti intercorrenti tra le formazioni politiche e il concreto funzionamento della forma di governo. Per questa via, lo Studioso, attraverso un'indagine sia di diritto positivo che costituzional-giurisprudenziale sul grado di integrazione dei partiti nell'organizzazione dello Stato, riflette sulle prospettive dell'evoluzione delle dinamiche funzionali della forma di governo italiana.

In the article, the Author investigates the likelihood of extending the circumstances of the triepelian ideal type of *Inkorporation* to pluralistic and multiparty systems. Such a view is conceptually possible, taking into consideration the material respects of the relationships between political organizations and the functioning of the form of government. Along this road, the Researcher meditates on the evolutional perspectives of the functional dynamics of the Italian form of government, studying the degree of integration of political parties in the State organization through the lenses of both the positive law and the constitutional jurisprudence.

Parole chiave: Stato; partiti politici; forma di governo; quadripartizione triepeliana; *Bekämpfung*; *Anerkennung*; *Legalisierung*; *Inkorporation*; pluralismo politico; monopartitismo; multipartitismo; Partito Nazionalsocialista; Partito Fascista; Corte costituzionale; insindacabilità; antidemocraticità.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Conclusioni [*]

di Giuliano Amato[**]

Riprendo il titolo che Fulco Lanchester ha dato a questa tavola rotonda finale,"Partiti sregolati e poi?", solo per notare che in esso sregolati non vuol dire smodati, ma vuol dire non regolati; e io sono convito che una regolazione, non necessariamente dedicata a primarie o ad elezioni dirette, ma piuttosto a promuovere processi partecipativi, forse avrebbe potuto cambiare qualcosa. Ci pensammo già Francesco Clementi ed io in un appunto che facemmo per Mario Monti, quando era Presidente del Consiglio. Ma nulla ne seguì.

Il punto è questo: il concorso che i partiti di massa hanno dato alla democrazia è ben più di ciò che alla democrazia può essere dato dal fatto che il capo di un gruppo sia eletto dagli appartenenti al gruppo stesso anziché designato dai suoi maggiorenti, profilo che pure attiene alla democrazia. I partiti, infatti, hanno reso possibile che una forma di governo, la democrazia rappresentativa, pensata per una ristretta classe elitaria, riuscisse a contenere con il passare dei decenni l'incontenibile presenza dei numerosi soggetti che, prima esclusi, a un certo punto pretesero di divenire cittadini attivi. E sono stati proprio i partiti quel differenziale che ha consentito che questo accadesse. Come l'analisi economica ci spiega, all'interno di un ristretto gruppo composto da persone con gli stessi connotati economici e sociali esistono, sì, preferenze individuali diverse tra loro, ma le preferenze condivise sono più che sufficienti a far funzionare un meccanismo rappresentativo in cui chi rappresenta è in condizione di comportarsi e di scegliere da rappresentante comune. Quando, però, entra la massa dei tanti esclusi di prima, non c'è soltanto il bipolarismo del conflitto di classe, ma emergono le numerose, distinte preferenze dei tanti sub-gruppi che diviene essenziale collegare. Si trovano, infatti, gli interessi dell'artigiano, del piccolo imprenditore, dell'operaio che ha famiglia e dell'operaio single, del contadino, del bracciante del mezzadro e così via. La democrazia funzionava bene quando costoro erano tutti fuori e senza diritto di voto, ma una volta arrivato il suffragio universale i rappresentanti potevano essere tali soltanto sulla base di interessi comuni in cui questa moltitudine si riconoscesse. Questo spiega la necessità, oggi singolarmente negata, che la rappresentanza sia solo d'interessi e non di volontà, perché, se la si vuole di volontà ad un livello del genere, si ipotizza una volontà generale che è imputabile non a soggetti concreti, ma a ipostatizzate entità astratte.

[*] Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?",* tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'.

[**] Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università d3egli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

ISSN 2279-7238

In altre parole, è questo il punto-cardine della democrazia di massa ed è quello su cui incontriamo le ideologie che noi abbiamo poi vituperato quando ne erano rimasti i soli tratti dogmatici, ma che furono anche visioni comuni, utilissime per incollare fra di loro individui, gruppi e sotto-gruppi diversi. Tanto più che esse non operavano da sole, ma in una con processi associativi che i partiti, nei loro tempi d'oro, sapevano suscitare riuscendo a coinvolgere nella scelta delle loro soluzioni miriadi di soggetti periferici altrimenti estranei.

Io ho partecipato alla vita dei partiti dell'età d'oro e, nelle nostre sezioni e nelle nostre federazioni, le discussioni investivano seriamente le questioni all'ordine del giorno, dagli enti locali agli enti nazionali. Ad esempio, i due partiti di sinistra, io appartenevo ad uno di questi, partivano discutendo della pace e finivano con la situazione nel comune. Sulla pace, poi, erano tutti d'accordo ma sulle questioni locali raggiungere l'accordo era più difficile. Questo, però, permetteva alle soluzioni che arrivavano agli organi rappresentativi di contare su una condivisione. E, io ricordo, su questo il Pci era molto meglio del mio partito perché era lentissimo nel raggiungere una soluzione, ma macinava molto di più i passaggi locali che gli consentivano poi di far poggiare tale soluzione su una solida piattaforma di consenso. Naturalmente quel partito, su questioni dirimenti di carattere non locale, ma generale, aveva anche delle soluzioni aprioristiche, che non erano oggetto di discussione, ma caso mai ragione di eliminazione di coloro che non le condividevano.

Certo si è che ciò che di meglio seppero fare i partiti, rappresentò un grande fattore non solo di omogeneizzazione di interessi, ma di formazione di vere e proprie identità collettive. Per capirlo è utile rileggere quello che scriveva Sandro Pizzorno, che è stato uno dei migliori nell'analizzare tanto ciò che dava corpo alle identità collettive formatesi nei partiti quanto la funzione che essi esercitavano; una funzione che lui esprimeva con questi verbi: "rappresentare e filtrare", dove il filtrare era non meno essenziale del rappresentare, perché permetteva che le disparate domande raccolte fossero componibili in un disegno generale. E' questo che ha fatto funzionare la nostra democrazia, ma ad un certo punto ce lo siamo perso. È accaduto per quel processo di sclerosi che è stato descritto qui in particolare da Piero Ignazi. I partiti sono stati sempre più attratti dalla loro funzione di scelta dei candidati alle cariche pubbliche e di affiancamento delle istituzioni, mentre si essiccava il loro radicamento sociale.

Una testimonianza eloquente del cambiamento, e dei suoi effetti, è la seguente, che più volte mi è capitato di evocare. Quando io ero giovane, in politica 'noi' voleva dire 'noi della mia famiglia politica', e quindi 'noi democristiani' dall'ultimo militante a De Gasperi, 'noi comunisti' dall'ultimo militante a Togliatti, 'noi socialisti' dall'ultimo militante a Nenni. A un certo punto, però, è accaduto invece che 'noi' abbia preso a significare 'noi' che stiamo fuori dal palazzo, 'noi' i cittadini, 'noi' gli esclusi, 'noi' quelli che li guardiamo decidere, e 'loro' tutti i politici, qualunque sia la famiglia politica che incarnano, 'loro' che stanno dentro al palazzo. Ed è proprio qui che è avvenuta la frattura.

ISSN 2279-7238

Cominciò così il percorso che ci porta ad oggi. Come, infatti, ricordava Fulco Lanchester, i partiti erano arrivati al punto di essere una pluralizzazione del partito unico. Dopo il referendum dell'aprile 1993 lo dissi io stesso alla Camera che ciascuno di loro aveva la sua fetta di Stato, ma erano tanti partiti-stato e non erano più il differenziale che stava tra lo Stato e la società.

Ecco allora quello che voglio dire qui: la regolazione, se ci fosse stata, avrebbe potuto contribuire ad evitare che tutto questo accadesse? Può sembrare provocatorio, ma ciò che i partiti avevano smesso di fare naturalmente, una volta che erano così affamati di risorse finanziarie, non li si poteva costringere a farlo per avere titolo al finanziamento pubblico?

Una proposta che con Francesco Clementi congegnammo nel sopracitato appunto destinato al Presidente del Consiglio Mario Monti relativamente ai partiti era che essi, se avessero voluto il finanziamento pubblico, ne dovevano dimostrare l'uso anche e in primo luogo per l'organizzazione di dibattiti pubblici, nazionali e locali, sulle prese di posizione di maggiore interesse collettivo che intendevano adottare nelle sedi istituzionali.

Avrebbero dovuto fare quello che James Fishkin ha dovuto trasformare in un esercizio accademico, dallo stesso Fishkin ricondotto alla democrazia deliberativa, perché aveva cessato di essere un esercizio politico reale. Era infatti ciò che si faceva prima, che io ero abituato a vedere accadere di settimana in settimana nella sezione del mio partito e che ora non si faceva più. Il cittadino attivo nel frattempo era diventato uno spettatore, un tifoso, che vedeva i dirigenti politici alla televisione, perché loro (almeno i dirigenti nazionali) non venivano più a parlare con lui e gli apparivano ormai soltanto sullo schermo.

Se la democrazia deliberativa fosse stata ripristinata come prassi politica ad opera dei partiti, avremmo avuto la stessa crisi, lo stesso distacco tra noi e loro e la stessa percezione dei partiti affidata più a Stella e a
Rizzo che ad altri testi?

Non sono in grado di dirlo, ma mi ha colpito che un mio vecchio compagno di collegio ed ottimo professore di sociologia politica di recente scomparso, Carlo Donolo, negli ultimi suoi lavori ha sostenuto la tesi che la democrazia è realizzata meglio, rispetto al solo processo elettorale (che ovviamente ne è parte essenziale), nell'organizzare processi partecipativi all'interno della formazione delle decisioni pubbliche, anche di tipo amministrativo quando riguardano il territorio. In una società frammentata, nella quale prevalgono in ciascuno le ragioni proprie e le istituzioni appaiono lontane se non addirittura ostili (al di fuori di quelle religiose per coloro che le frequentano), sono essenziali i processi che portano a identificare e a far proprio l'interesse collettivo dal quale quelli individuali non possono prescindere. Tali sono, secondo Donolo, proprio i processi di formazione delle decisioni pubbliche; e lo sono più ancora dei processi elettorali, in occasione dei quali i contendenti tendono più a dar ragione che non a sollecitare la ragione.

ISSN 2279-7238

Va detto che il legislatore già se ne è accorto e ci ha dato discipline della partecipazione, a livello sia nazionale che regionale. Occorrerà vedere quanto e come esse funzioneranno nel tempo. Soprattutto, per quanto riguarda il nostro tema, occorrerà capire se i partiti le prenderanno come stimolo per intessere un rapporto con la società che sia vero, autentico, parlato, occhi negli occhi, come nessun mezzo di comunicazione, vecchio o nuovo che sia, consente di fare. Partecipare a processi di formazione di decisioni pubbliche promuove in ciascuno la percezione di un interesse comune al quale bisogna sacrificare un po' del proprio.

Donolo coglieva nel segno ponendo al centro della sua riflessione sulla democrazia il passaggio dai tantissimi e sempre più diversificati interessi individuali a quello collettivo. Ci accorgiamo insomma che il tema che aveva angosciato Hegel, che aveva angosciato Toqueville e che un bel giorno i partiti politici avevano risolto, persiste ancora oggi. Anzi, esiste ancora più oggi che non prima, in un tempo nel quale tutti noi siamo capaci di autorappresentarci e le voci individuali e collettive si sono moltiplicate. Come si mette insieme tutto questo senza il duplice ruolo di rappresentanza e di filtro che i partiti seppero esercitare? Lasciamoci con questa domanda.

Testo revisionato e corretto dall'autore. GA.

ISSN 2279-7238

Biobibliografia del prof. Vincenzo Zangara*

a cura di Fulco Lanchester**

VINCENZO ZANGARA

Nato a Catania 26-8-1902,figlio di Letterio, agente generale delle Assicurazioni riunite di sicurtà, e di Francesca Crescimone;

Iscritto alla facoltà di Giurisprudenza dell'Università Catania(1919), trasferito a Roma al 3° anno nel dicembre 1921;

Iscritto al P.N.F. dal 1 gennaio 1922;

Laurea in Giurisprudenza (il 18 luglio 1924) con una tesi su *Servitù legale di passaggio e di acquedotto*; tesina: *La dichiarazione di stato d'assedio* (comm. Salandra-pres.-,Scialoja, Brandileone, Chiovenda e al.);punteggio 95/100 pari a 104,5/110;

Laurea in Scienze politiche presso l'Istituto Cesare Alfieri di Firenze (9 dicembre 1925) con una tesi *Lo Stato e il Sindacato* (Lorenzoni- Siotto Pintor;rel.Della Volta):punteggio 100/100;

Direttore e fondatore della rivista *"Il primato"* 1930

Libera docenza in Diritto costituzionale (gennaio 1932). Commissione: Pietro Chimienti, Gaspare Ambrosini, Giovanni Salemi; altri candidati: Rosario Sofia, Carlo Alberto Biggini, Giuseppe Lo Verde, Vincenzo Sinagra, Antonino Camilli, Giuseppe Orsi (Lavori dal 2 gennaio 1932: Lezione su *La facoltà regolamentare del potere esecutivo*)

Applicazione della libera docenza presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma dal 27 gennaio1932;

Segretario federale P.N.F di Catania dal 16 novembre 1933 al 7 gennaio 1937;

Incaricato di Diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Perugia nel 1933;

Incaricato di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania per gli anni accademici ·i933-34 e 1934-35

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "*Dallo Stato partito allo Stato dei partiti: e ora?*", tenuto il giorno 29 novembre 2018 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università di Roma 'La Sapienza'. ** Documentarista parlamentare – Camera dei deputati.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma

ISSN 2279-7238

Secondo ("terna zoppa" nel Concorso per la cattedra di Diritto costituzionale Camerino :Commissione Pietro Chimienti(pres.),Donato Donati,Sergio Panunzio,Emilio Crosa e Gaspare Ambrosini(segr.rel.); Candidati: Beniamino Petrone ,Giuseppe Lo Verde, Carlo Esposito , Rosario Sofia , Renzo Ravà , Giuseppe Meloni ,Michele Franciosa, Vincenzo Sinagra , Carlo Alberto Biggini, Agostino Origone, Vincenzo Zangara, Renato Balzarini Glauco Tozzi ,Giuseppe Codacci Pisanelli (rit.), Salvatore Maiorana (rit.);Vincitori: Esposito, Zangara.

Assegnato come professore non stabile (straordinario) alla Cattedra di Diritto costituzionale della Facoltà di Giurisprudenza di Catania (gennaio 1936);

Vicesegretario nazionale P.N.F dal 12 gennaio 1937 al 7 novembre 1939 (1937: responsabile disciplina e archivio;1939: fiduciario nazionale dell'Associazione fascista della scuola: sezione professori e assistenti universitari);

Assegnato alla Cattedra di Diritto pubblico comparato per trasferimento e su chiamata della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma, il 30 Novembre 1937;

Assegnato alla cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma il 23 Dicembre 1937;

Componente della Commissione di cui alla Legge 5 gennaio 1939-XVII, n. 274 (composizione poi modificata a seguito della Legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1024);

Promosso ordinario alla Cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma il 17 luglio 1939(presidente Commissione Menotti de Francesco);

Consigliere Nazionale Camera dei fasci e delle corporazioni (marzo 1939);

27 aprile 1939: matrimonio a Reggio Calabria con Giuseppina Trapani – Lombardo;

Radiato dal P.N.F. (25 gennaio 1940) e trasferito d'autorità alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena;
Incaricato di studi speciali presso l'Istituto per l'Europa orientale di Roma (1940-1943);
1944-1955-Sottoposto a procedimento epurativo con successivo contenzioso per l'assegnazione della Sede(Roma-Modena-Catania);

Rientro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania sulla cattedra di Diritto costituzionale: 1956-1971;

Richiamato dalla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma 1971 per il Diritto costituzionale italiano e comparato;

1972-1977 professore fuori ruolo per il Diritto costituzionale italiano e comparato;
1977- diviene professore emerito per il Diritto costituzionale italiano e comparato;

ISSN 2279-7238

Deceduto a Catania il 5 agosto 1985.

PRINCIPALI OPERE

1. *Lo Stato moderno e la nazione: dalla concezione democratica alla concezione nazionale dello Stato*, Palermo: Ates, 1926,19 p.;
2. *Rivoluzione sindacale: lo stato corporativo, Roma*, Libreria del littorio, stampa 1927,236 p.;
3. *Rivoluzione sindacale: lo Stato corporativo, Roma*, Libreria del littorio, stampa 1927, 215 p.;
4. *I Sindacati e lo Stato,*Roma, Libr. Del Littorio Edit. Tip., 1928, p. 171;
5. *Il Parlamento e la costituzionalizzazione del Gran consiglio*, in *Critica fascista*,1928, n.6, 3p.;
6. *Lezioni di dottrina e politica sindacale e corporativa,* anno accademico 1930-1931, raccolte dagli studenti Salvatore Greco e Mario Conti, [s.l. : s. n.], [193?], 113 [29] p. ;
7. *La dottrina sindacale e corporativa nel diritto pubblico italiano*, Roma, Il Primato, 1931, 40 p. ;
8. *Rivoluzione sindacale: lo Stato corporativo*, 3. Ed,Roma : Libreria del littorio, 1931, 222 p. ;
9. *Saggio sulla sovranità, Roma*,Il Primato, 1932,334 p. ;
10. *La funzione rivoluzionaria del Partito*, in *"Echi e commenti"*,1933, vol.2,n.30,1 p.;
11. *L' atto complesso e i decreti reali*, Catania: Studio editoriale moderno, 1935,57 p. ;
12. *Il Partito e lo Stato*, Catania, Studio editoriale moderno, 1935,277 p. ;
13. *Il Partito unico e il nuovo Stato rappresentativo in Italia e in Germania*, Bologna, N. Zanichelli, 1938,45 p. ;
14. *Giorgio Arcoleo*, Urbino , R. Istituto del libro, [1939?](Estratto dall'opera in tre volumi delle celebrazioni siciliane. Discorso tenuto a Caltagirone il 24 ottobre 1939);
15. *Partito nazionale fascista*, Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939,7 p. ;(Voce estratta dal *Nuovo digesto Italiano*);
16. *La rappresentanza istituzionale*, Bologna : N. Zanichelli, 1939,169 p.;
17. *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*,Milano , Giuffrè, 1952,59 p. ; Estr. da *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, 1952;
18. *La rappresentanza istituzionale* , 2. ed. interamente rifatta e ampliata,Padova , CEDAM, 1952,XII, 306 p.;
19. *Studio sulla separazione dei poteri,* Padova : CEDAM, 1952,67 p. , Estr. da *Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, v. 2;
20. *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*,Padova : Cedam, 1955,108 p. ,· Estratto da *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando;*
21. *I diritti di libertà della scuola*, Napoli, Jovene, 1959,Estratto da *Rassegna di diritto pubblico*, 1959, fasc. 3-4;
22. *Fini istituzionali dello stato e soggetti privati : formazione professionale dei lavoratori, pubblica funzione e attività dei privati*,Milano , A. Giuffrè, 1960,1650-1677 p. ;· Estr. da: *Studi in onore di Emilio Crosa*, t. 2;

ISSN 2279-7238

23. *Famiglia, scuola, costituzione* , Estr. da *Doctor Communis* ,vol. 15., 3., anno 1962,188-218 p.;

24. *Prerogative: riserva rinforzata di potere esclusivo : (notazioni e spunti)*,Milano : Giuffrè, 1969, 111 p. ,estratto da *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*;

Prerogative costituzionali : notazioni e spunti,Milano , Giuffrè, 1970, IV, 120 p. ;

25. *Libertà di insegnamento e scuola di Stato*, Milano, Giuffrè, Estratto da *Rivista giuridica della scuola bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1971, anno 10. fasc. 4-5, 530- 563 p.;

26. *Le prerogative costituzionali : (Rilievi e prospettive)*,Padova,CEDAM, 1972,144 p. ;

27. *La libertà d'insegnamento nel sistema costituzionale* ,Milano , Giuffrè, 1973,Estr. da: Studi Condorelli,45 p.;

28. *Considerazioni sulla democrazia costituzionale in Italia,*Roma : [s.n.], 1974 (Roma : Grafica artigiana),Consulta dei senatori del Regno,46 p. ;

29. *La rigidità delle costituzioni* , Milano : Giuffrè, 1974,Estr. da *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli,* tomo 2., 1945-1978 p.;

30. *Costituzione materiale e costituzione convenzionale : notazioni e spunti* , Milano : Giuffrè, 1977

31. *Lo stato di diritto in evoluzione* ,Padova Cedam, Estr. da: Diritto e Società n. 2. 1983,193-,252 p.

ISSN 2279-7238

Persecuzioni razziali (1938-1945), episodi di discordanze e casi di speculazione: tra generosi coraggiosi e meschini profittatori*

di Riccardo Chieppa**

SOMMARIO: 1. Il perché della presente ricerca. – 2. Premessa sul movimento e regime fascista, le comunità di ebrei italiani e l'atteggiamento della collettività. – 3. Il primo periodo (1938 – entrata in guerra – 8 settembre 1943): tra iniziale indifferenza e progressivi episodi di discordanza. – 3.1. Reazioni nella scuola. – 3.2. Periodo bellico fino al settembre 1943. – 4. Il secondo periodo: c.d. R.S.I., il tedesco invasore: resistenza civile e generosità diffusa. – 5. Profili economici delle operazioni antirazziali e meschini profittatori: spoliazioni, una continuità crescente nei due periodi.

1. Il perché della presente ricerca [2981]

* Costituisce l'ampliamento e il completamento con notevoli integrazioni, e aggiunte, nell'ambito di una più vasta ricerca, del mio contributo *Persecuzioni razziali(1938-1945) episodi di speculazione e meschini profittatori*, pubblicato in *Razza e ingiustizia, Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, a Cura di A. MENICONI e M. PEZZETTI, Roma, 2018, su iniziativa congiunta del Consiglio Superiore della Magistratura, Consiglio Nazionale Forense, Senato della Repubblica e Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, presentato il 14 settembre 2018, a Palazzo Madama.

** Presidente emerito della Corte costituzionale

2981 Bibliografia generale, oltre le indicazioni nel testo e altre note particolari:
G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, Milano 2011; C. BRUSCO, *Le leggi razziali, i magistrati, i giuristi, le riviste giuridiche*, magistratura democratica, 2018; P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945* (a cura di G. AGOSTI), Firenze 197I; G. COEN CAMERINO e M. MOSCARDI, *R. come Rob*erta, Milano 1981; D. CERRI, (a cura di), *Le leggi razziali e gli avvocati italiani. Uno sguardo in provincia*, Pisa 2010; E. COLLOTTI, (a cura di), *Ebrei in Toscana tra occupazione tedesca e RSI, Persecuzione, depredazione, deportazione (1943-1945)*, Roma 2007; E. ELENA, *Quando i soldi, rapporto generale commissione Anselmi*, in *docplayer.it/3153469* e in www.deportati.it/static/pdf/200; L. FELICI, *Trilussa e il razzismo*, (2008), Academia.edu; F. M. FELTRI, *Il nazionalsocialismo e lo sterminio degli ebrei, Lezioni, documenti, bibliografia*, La Giuntina, Firenze, 1995; F. FRAPISELLI, *Trilussa con noi*, Roma Bardi, 2001, 19; M. GALIZIA (a cura di), *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944),* Milano 2013; F. GALLUCCIO, *I lager in Italia, La memoria sepolta nei duecento luoghi di deportazione fasciasti*, Civezzano (TN) Belluno, 2003; G. GELATI, G. GUARTELLA (a cura di), *Diario di un podestà antifascista. Coreglia Antelminelli giugno-dicembre 1944*. Livorno, 2009; S: GENTILE, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari,* Milano, 2010; S. GENTILE, *La legalità del Male: l'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico giuridica (1938-1945)*. Torino 2013; L. LUCIANI E G. SEVERINO, *L'attività di don Carozzi, emissario occulto di Pio XII, in collaborazione con la G. di F. della Valtellina per il salvataggio degli ebrei internati dell'Aprica /settembre 1943).., in Guardia di Finanza, Guardia di Finanza e il salvataggio degli ebrei internati all'Aprica-pdf*; A. MENICONI, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943),* Bologna 2007; R. MOROZZO DELLA ROCCA I*ntroduzione* in M: BEGOZZI (a cura di) *La strage dimenticata, Meina settembre 1943*, Novara 2003; G. NEPPI MODONA, presentazione in S. GENTILE, *La legalità del male, L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva giuridica (1838-1945), Torino,* 2013; ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TRENTO, *Da ogni porta qualcuno è partito, La persecuzione e le leggi razziali, raccontate e commentate da Piero Calamandrei*, 1 febbraio 2017 Teatro San Marco, , *Il Foro Trentino*, febbraio 2017; L. PICCIOTTO, *Diario*, in *Diario nel mese*, 27 gennaio 2006, da *I Giusti d'Italia, I non ebrei che salvarono gli ebre 1943-45*,(a cura di. GUTMAN e B. RIVLIN, Milano 2006; G. SPECIALE (a cura di*), Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano*, Granarolo Emilia 2013, in particolare A. MENICONI, *Il mondo degli avvocati e le leggi antiebraiche*; G. SPECIALE, *Le applicazioni delle leggi antisemite: giudici e amministrazione (1938-2010)*; M. STEFANORI, *La Resistenza di fronte alla persecuzione degli ebrei in Italia (1943-1945)*, Milano e in www.cdec.it; TRILUSSA, *Lo specchio e altre poesie*, Milano, 1938.

ISSN 2279-7238

In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 della Corte di Appello di Firenze il Presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Firenze avv. Sergio Paparo [2982] ha richiamato alcuni risultati, ampiamente condivisi, di un incontro, svoltisi a Roma alcuni giorni prima, su *La vera legalità*, ad iniziativa dell'Unione delle comunità ebraiche italiane, nel senso che non è sufficiente onorare la memoria per pacificare un paese e per garantire ad una comunità una visione condivisa di futuro, occorrendo, anche, scavare e individuare le corresponsabilità legali, morali e storiche, che portarono alla emanazione ed attuazione delle leggi razziali: di chi firmò quegli atti normativi, dei magistrati che perseguirono e condannarono in base a dette norme, degli avvocati componenti dei Consigli degli ordini, che cancellarono dagli albi avvocati ebrei (aggiungo i rappresentanti dei Sindacati Fascisti, che infierirono su alcuni loro colleghi) e di quasi tutti gli appartenenti alla cultura giuridica italiana, che sostennero con il silenzio (o aggiungo taluni, non isolati, assecondando il razzismo, quali veri piaggiatori, per tornaconto o per leggerezza).

Tuttavia, perché sia di esempio e guida per il futuro, soprattutto per le giovani generazioni, occorre anche richiamare e ricordare tutti i generosi (pochi all'inizio e più numerosi in progressione con l'acuirsi del conflitto bellico e dell'occupazione nazifascista), la maggior parte senza ostentazione di protagonismo, ma con grande umiltà e spirito di vero servizio, cercarono di dissociarsi o prendere le distanze nei comportamenti, con una nobile azione di solidarietà e di concreto aiuto, affrontando rischi e pericoli, tutti accomunati da una convinzione profonda di rispetto della pari dignità di ogni persona [2983], vera base di ogni ordinamento civile e democratico.

Nello stesso tempo devono essere posti in evidenza, per contrasto, gli espedienti e le furbesche appropriazioni utilizzate da autorità fasciste e da miseri sfruttatori di situazioni di disagio e pericolo per esclusivo profitto economico.

Su questo ultimo aspetto economico devono essere attentamente raccolti e condivisi in senso affermativo gli interrogativi, che autorevoli esponenti dell'avvocatura posero, in quelle stesse richiamate occasioni, se il tarlo di quella cultura, che generò quella ignominia, si ripresenti nella nostra società attuale attraverso la mancanza di solidarietà, con la priorità accordata al profitto (e agli aspetti economici) sul diritto, con l'insinuazione di un linguaggio dell'odio (e di contrasti insuperabili) in ogni manifestazione, attraverso la stampa e i mezzi mediatici, nella indifferenza nei confronti degli emarginati, nel rifiuto preconcetto di chi è diverso da noi (anche perché non la pensa come noi).

In altre parole i componenti della nostra attuale società italiana stentano, in ogni sede, a parlare "*con*" qualcuno, ma rischiano di assuefarsi al sentire solo parole "contro".., perche

[2982] In www *Ordine degli Avvocati di Firenze*. cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 nel distretto della Corte d'appello di Firenze

[2983] Del resto la tecnica di ogni discriminazione di determinate persone è quella di disumanizzare la razza, il gruppo, i singoli, gli ebrei, cercando di farli apparire inferiori agli occhi degli altri (aggiungo o cattivi e apportatori di ogni sorta di male o avversità), in modo che, se vengono segregati (o cacciati o respinti) percossi o uccisi, in fondo non sembrai (per gli altri) "così male": R. Da Ros*„ Vedere violenze e ingiustizie e mai ad esse rassegnarsi„ Hitler non è ancora stato sconfitto,* in *Avvenire*, 24 marzo 2018.

ISSN 2279-7238

troppo spesso manca una attitudine al dialogo e un'intrinseca cultura minima comune, presupposto necessario di ogni vero dialogo, nella indispensabile convinzione del principio della pari dignità sociale di ogni persona, legato in maniera inseparabile alla libertà e democrazia.

2. Premessa sul movimento e regime fascista, le comunità di ebrei italiani e l'atteggiamento della collettività

Il movimento fascista, risentendo delle sue connaturate origini squadristiche e di imposizione di "ordine" con il "manganello" e fino al suo consolidamento in "Regime a partito unico" e "totalitario", è stato inizialmente ondivago (caratterizzato da contraddittorietà meramente opportunistica) nei comportamenti verso le varie formazioni sociali rilevanti in Italia, come le associazioni e le confessioni religiose e i collegati problemi delle relative comunità e delle questioni "israelitiche-razziali". Si preoccupava nei primi anni specialmente di profili di opportunità, per non accrescere diffidenze sui propositi annunciati di "ordine" e "sicurezza", e, ancora di più sovente, agiva soprattutto per procacciarsi condiscendenza.

Infatti, partendo da posizioni di agnosticismo e di tendenziale distanza e di celato sospetto nei riguardi delle confessioni religiose e da un connaturale rifiuto delle libertà individuali e della pari dignità sociale di ogni persona umana, si dimostrava, invece, nei fatti e azioni concrete, sempre pronto a intimidazione anche violenta, prendendo occasione da ogni accenno di dissenso, ciò in relazione anche alle contingenti situazioni nel concreto territorio di attività.

Così, rispetto ai primi anni, è emerso che in regioni dell'alta Italia ben due IPAB israelitiche - come da atti costitutivi, acquisiti della Commissione da me presieduta, che si occupò della esclusione dalla trasformazione e dal trasferimento ai Comuni delle IPAB svolgenti "in modo precipuo attività inerenti la sfera educativa religiosa (art. 25, sesto comma ,D.P.R. 24 luglio 1977 n. 618), erano state istituite con l'apporto di un contributo di Benito Mussolini. D'altro canto nessuno ostacolo era, negli stessi periodi, frapposto alla partecipazione attiva al movimento (fasci di combattimento e marcia su Roma) e poi al PNF, anche in posizione di spicco, di ebrei e perfino di rari noti appartenenti a massoneria. Per questi ultimi si è immediatamente passati negli anni 1924-1926 a notevoli avversioni ed insofferenze, derivate da alcune prese di posizione contraria, poi attenuate e riprese col tempo.

Nel contempo, caratterizzate da ritorni periodici ricorrenti ed in diverse località, spesso anche in periodi coincidenti - di modo che può escludersi che siano state meramente occasionate da iniziative individuali o locali - si sono ripetute, sempre con finalità intimidatorie e repressive di intolleranza nei confronti di mancanza di consenso, azioni squadristiche, anche violente. Vi furono azioni contro numerose sedi di studi professionali (ad es. di avvocati, compresi ebrei, a Firenze ed in altre città), di associazioni, di

ISSN 2279-7238

rappresentanze di formazioni sociali, di abitazioni, con coinvolgimento di una serie di persone, in molti casi anche ebree, tutte legate da un comune legame di essere considerate avverse o non assonanti o non allineate o non affidabili rispetto all'indirizzo del regime fascista e ai suoi obiettivi. Si cominciava a delineare, sempre più nettamente, un sistema politico con caratteri di regime autoritario e totalitario, nettamente insofferente di ogni pluralismo politico o sindacale, come tale non rispettoso della pari dignità di ogni persona; e così diveniva un regime totalitario, rafforzato, man mano, da delatori e informatori compiacenti di un apparato poliziesco progressivamente più attento e vigilante sugli aspetti politici e ad impedire e reprimere ogni tentativo di emersione di dissenso o di pensiero autonomo.

Di conseguenza, con il consolidamento in Regime e una pur modesta ripresa del livello medio economico e poi ancora con l'euforia delle operazioni belliche in Abissinia e del "successo" dell'ampliamento coloniale con l'"Africa orientale" e la "grandezza" dell'"Impero", prospettato anche come strumento di sfogo per una maggiore occupazione di lavoro, passò, quasi inosservato, il primo avvio verso espliciti interventi di discriminazioni raziali, attuato attraverso divieti di relazioni di tipo matrimoniale con le popolazioni coloniali (sudditi), anche se da parte delle gerarchie della Chiesa si iniziavano a manifestarsi preoccupazioni e si formulavano le prime proteste, con molta cautela in relazione a precedenti esperienze di ritorsioni e intimidazioni nei riguardi dell'associazionismo e talune iniziative educative cattoliche. Del resto non dissimili furono gli atteggiamenti di cautela di comunità israelitiche.

In realtà sono chiare le ragioni sottostanti alle misure antiebraiche del fascismo, nel discorso di Benito Mussolini del 18 settembre 1938, dalla plancia di comando del cacciatorpediniere Camicia Nera, costituente un annuncio in pubblico delle "soluzioni necessarie del problema ebraico, problema razziale per mantenere il *prestigio dell'impero*" occorrendo "una chiara, severa coscienza razziale, che stabilisca non soltanto delle differenze, ma delle superiorità nettissime….L'ebraismo mondiale è stato durante sedici anni, malgrado la nostra politica, un nemico inconciliabile del fascismo" (dal video restaurato dell'istituto Luce nel 2017).

3. Il primo periodo (1938 – entrata in guerra - 8 settembre 1943): tra iniziale indifferenza e progressivi episodi di discordanza

All'inizio la legislazione razziale, pur da alcuni (in numero estremamente esiguo) era percepita come "un'esempio di barbarie", e al più veniva superficialmente considerata una parentesi, un mero *accidens* nel panorama dell'ordinamento e dell'intera esperienza giuridica del nostro paese.

Perfino sul piano accademico e di scienza, la maggior parte risposero, all'imposto censimento sulla razza, con zelo ed entusiasmo, con aggiunta talvolta di precisazioni sulla loro lontananza dal razza semita, con l'unica eccezione di rispedire i moduli da parte di

ISSN 2279-7238

Benedetto Croce, con impareggiabile sarcasmo: "*L'unico effetto della richiesta dichiarazione sarebbe di farmi arrossire, costringendo me, che ho per cognome CROCE, all'atto odioso e ridicolo di protestare che non sono ebreo, proprio quando questa gente è perseguitata*".

Nell'ambito giuridico degli avvocati e magistrati vi fu certamente una prima istintiva reazione diffusa e latente, soffocata, purtroppo per timore, nel fondo della propria coscienza (per chi l'aveva ancora), o con estrema prudenza in private conversazioni e in qualche caso in provvedimenti formali, fino a creare episodi isolati di una giurisprudenza limitativa, attraverso ad es. il mantenimento di una sfera di competenza della giurisdizione e l'esclusione dei nati da matrimoni misti e di coloro che avevano chiesto l'ammissione al battesimo prima della data prevista dalla legge del 1 ottobre 1938.

D'altro canto neppure l'organo nazionale al vertice dell'avvocatura, riuscì a distaccarsi da una applicazione inerte e puntuale dei principi della legislazione razziali del regime (o anzi non volle o non seppe, come scrive MENICONI) e non esitò a rigettare in massa, con puro zelo burocratico e spesso con un semplice "vista la legge", in sedute concentrate tra il 17 e 18 dicembre 1940, tutti i ricorsi proposti da avvocati ebrei contro la cancellazione dall'albo, disposta dal Sindacato, in base alla legge n. 1054 del 1939.

Ciò a differenza, invece, dopo il 1926 (vi erano allora altre persone e altri tempi, di non completo consolidamento del regime fascista) quando, in alcuni casi, anche se limitati ed in sede nazionale di ricorso alla Commissione reale, vi furono alcuni annullamenti di rifiuti di iscrizione all'albo degli avvocati disposti, in primo grado, per mancanza di affidamento di fedeltà al regime fascista.

Vi furono anche avvocati che aiutarono in vario modo i colleghi ebrei cancellati dagli albi, aiutandoli in una professione divenuta per loro semi clandestina, o con dichiarazioni compiacenti, anche in violazione della legge, "per stato di necessità, di fronte a forme di persecuzione che ciascun uomo, con un minimo di sensibilità civica e morale, considerava particolarmente odiose [2984].

Anche molte delle persone della mia generazione e della mia età (sono del 1926) hanno, nell'epoca e in tanti modi, concorso a qualche mezzo più o meno illegale, procurando, anche per altri pur a rischio (ed io e la mia famiglia, in varie occasioni). o indicando come ottenere documenti, dichiarazioni ed anche tessere annonarie o mezzi di sostentamento o procurando cibo ed aiuto a persone che non potevano liberamente circolare, tra cui ebrei [2985].

Tuttavia, nel contempo, osservatori più attenti cominciavano a volgere l'attenzione su episodi, in crescendo, caratterizzati da una apparente indifferenza [2986], che tuttavia mascherava un compiacente silenzio di opportunistico sfruttamento, con le prospettive di vantaggi traibili dalle leggi razziali per fare carriera o progredire nell'attività, attraverso

[2984] A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista,* Messina 27 febbraio 1947, Milano 1947,. 18 s

[2985] V-G.NEGRI, *Testimone di mezzo secolo, tra san Pietro e Montecitorio*, 1934/1972, Bologna, 1986, 37, 51 ss.

[2986] G. SABBATUCCI, *Leggi razziali, il silenzio dei conniventi*, in *lastampa.it*, 4 gennaio 2018., sottolinea le due facce della pagina più nera nella nostra storia unitaria: nel 1938 gli italiani aderirono senza troppi scrupoli alla discriminazione anti-ebraica, dopo il '43 molti cercarono di ostacolare la deportazione,

ISSN 2279-7238

conseguenti vuoti di organico o di concorrenti o a seguito di benemerenze da acquisire con elogi compiacenti e servili, o, peggio ancora, per lucri economici, attraverso prospettive di impossessamento di posizioni economiche o di beni o di acquisti a prezzi irrisori da ebrei, spinti a lasciare.

In realtà la legislazione della c.d. "*difesa della razz*a" a cominciare dal 1938,che aveva un preciso obiettivo di negare diritti fondamentali e talune libertà individuali agli italiani ebrei (e come appendice occasionale di respingere – sfruttandoli - gli stranieri ebrei), rappresenta un *continuum* di pensiero e un sviluppo progressivo, proprio di una concezione di un regime autoritario e totalitario, che nasceva da squadrismo violento e intimidatorio contro ogni sospetto di dissenso e che disconosceva la pari dignità di ogni persona umana, come confermato nell'avvio, di poco precedente di una politica discriminatoria con l'accennato divieto di convivenze e matrimoni misti in Etiopia e altre restrizioni nelle colonie africane dell' "Impero".

Quasi immediatamente era seguita, in continuazione di un indirizzo nazionalista e razzista, emergendone con ancora più chiarezza l'obiettivo, l'enunciazione di una differenziazione razzista nell'art. 1, terzo comma, del libro primo del cod. civ., delle persone e della famiglia, approvato con r.d.12 dicembre 1938. 1852 (limitazioni alle capacità giuridiche per ragioni razziali), confermato integralmente dal r.d. 16 marzo 1942, n. 262, oltre agli articoli 91 (matrimoni in presenza di diversità di razza o di nazionalità), 292 (divieto di adozione per diversità di razza) del codice civile, art. 250 (discriminazioni per motivi di razza) delle disposizioni di attuazione dl cod. civ.

Tra le estremamente limitate prese di posizioni coscienti e appena critiche sul nuovo libro primo del codice civile emerge, anzitutto quella del prof. Avv. Mario Rotondi [2987]: israelita di grande coraggio, rifiutò nel 1931 di prestare giuramento al fascismo, abbandonando, di conseguenza l'Università statale di Milano e, per essere libero nell'insegnamento, ottenne il passaggio all'Università Cattolica del S. Cuore, ove poté, in una istituzione non pubblica, continuare ad insegnare: sostenne (*Istituzioni di diritto privato*, IV ed , Padova 1942) che le nuove norme, rispetto alla capacità giuridica, differenziavano coloro che professavano o appartenevano alla religione israelitica. Rotondi, come direttore della *Rivista di diritto privato*, non esitò a pubblicare articoli di giuristi ebrei, a mantenerne altri nel comitato scientifico e a pubblicare necrologi alla loro morte, tra cui anche di Cesare Vivante, perfino nel 1944 sotto l'occupazione del tedesco invasore (a Milano era edita la *Rivista*, che aveva dovuto cambiare editore a seguito di intimidazioni subite).

Altro esempio Il prof Giorgio La Pira, professore di diritto romano, sulla sua rivista, *Principi (v. ad es. Eguaglianza, disuguaglianza e gerarchia tra gli uomini,* marzo 1939), attaccò assai duramente il razzismo, insieme ad ogni forma di totalitarismo. La rivista debuttò nel gennaio 1939 e venne chiusa dalla censura già nel febbraio 1940.

L'avv. Ernesto Orrei, libero docente di diritto costituzionale nell'università di Roma, autore di *Intorno alla questione ebraica. Lineamenti di storia e di dottrina*, Roma, 1942, mise in forte

[2987] G. ALPA, 1938*, I giuristi italiani, il codice civile e le leggi razziali*, *Rass. forense*, 2014, 159.

ISSN 2279-7238

dubbio la serietà scientifica della teoria razzista, e subì il sequestro della pubblicazione, poi riedita nel 1947, con una avvertenza, che richiama l'episodio.

Si distinse dalla moltitudine degli indifferenti, anche Pietro Gismondi [2988] e con alcuni limitati accenni il Prof. Avv. Francesco Santoro Passarelli, che, nei *Lineamenti del diritto civile. Persone fisiche*, edito a Padova nel 1940 (poi nelle *Istituzioni di diritto civile, (I, Dottrine generali*, Napoli 1944), sottolineava l'abolizione del principio di eguaglianza della capacità di diritto privato di tutti gli uomini, sostituito da quello della discriminazione in base alla appartenenza razziale e, riferendosi a persone investite dello stato di cittadinanza. l'innovazione profonda sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini nella capacità giuridica.

Un cenno sulla contrarietà critica alle leggi raziali, e sul sostegno ai principi di garanzia, va fatta ad un altro grade avvocato Alfredo de Marsico (VASSALLI), allo stesso modo come era sempre stato fermo avversario di Giovanni Preziosi, il più acerrimo ed ostinato degli antisemiti fascisti e poi repubblichini.

La legislazione razziale, di poco precedente alla norma civilistica (r.d. n 1852 del 1938), conteneva una ulteriore arretramento di garenzie. in quanto era diretta ad eliminare anche la possibilità di una minima tutela giurisdizionale, con l'art. 26 r.d.1938 n. 1728, che – come confermato da una puntuale interpretazione ufficiale con circolare Min. Interno 22 dicembre 1938 - riservava al Ministro dell'interno (con esclusione di possibilità di gravame in via amministrativa e giurisdizionale) il giudizio su tutte le questioni relative all'applicazione dell'intero complesso normativo razziale. Tuttavia la magistratura italiana, ed in specie il Consiglio di Stato, sulla base di una semplice e ripetuta asserzione della estraneità della "razza" al nostro ordinamento giuridico, in alcuni casi cercò arditamente di ritenere, la propria competenza giurisdizionale. Ciò si verificò in evidente difformità degli artt. 1, 89, 153, 290, 340, 346, 402 del primo libro del codice civile (r.d. 12 dicembre 1938 n.1852) e dell'art. 106 (relative disposizioni di attuazione e transitorie), divenuti poi artt. 1, 91, 155, 292, 342, 348, 404 del codice civile, r.d. 18 marzo 1942, n.282 e art. 128 r.d. 30 marzo 1942, n. 318..

In tal modo, con una forzata interpretazione sulla estraneità del concetto di razza dall'ordinamento giuridico, in taluni casi (con la firma, tra gli altri, di Ferdinando Rocco, Oliviero Savini Nicci, Luigi Miranda, Renato Malinverno, Gaetano Vetrano, Carlo Bozzi, Leopoldo Piccardi) il Consiglio di Stato riuscì ad accogliere taluni ricorsi, cercando di restringere l'ambito di applicazione della sfera degli atti politici e della legislazione razziale (a differenza invece della giurisprudenza strettamente conformista sulle dispense dal servizio per motivi politici e ideologici a cominciare dal 1926 e poi lasciando sostanzialmente senza controllo giurisdizionale l'invio al confino). Questa giurisprudenza, utilizzando spesso nel settore razziale meri artifici interpretativi, ove se ne presentò l'occasione (v. per un caso emblematico di ebreo tedesco – tale secondo le leggi germaniche in relazione a nonno ebreo - ancorché battezzato prima del 1 settembre 1938, su ricorso

[2988] G. CANZIO, *Le leggi antiebraiche e il coro dei giuristi*, in *Razza e ingiustizia, Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, a Cura di A. MENICONI e M. PEZZETTI, Roma, 2018, cit.,49.

ISSN 2279-7238

contro la revoca di iscrizione all'Università di Bologna, accolto sotto il profilo del potere discrezionale ministeriale già esercitato con l'iscrizione, Cons. Stato, IV, 2 giugno 1943, Pres. Rocco est Bozzi, ricorrente Thomas Dietrich, *Foro amm.,* 1943, 130; IV, 24 settembre e 18 novembre 1941, con risarcimenti per professori universitari ebrei espulsi nel 1938).

Da rilevare che l'interpretazione, certamente artificiosa, sull'ambito della esclusione di competenza ex all'art. 26 r.d.1938 n. 1728 (sulle questioni razziali), rientrava e rientra in una particolare sensibilità, sempre dimostrata in un lungo periodo dal Consiglio di Stato, come percezione diffusa del rischio di escludere la tutela giurisdizionale per determinate categorie di atti, a cominciare da quelli c.d. politici - categoria che rischia di perpetuare una sorta di principio di autorità o di principio di riserva dell'esecutivo ereditati dallo Stato assoluto (CHELI). Tanto è che, in occasione di un parere, reso autonomamente dall'Adunanza generale nel 1946, in vista del nuovo ordinamento costituzionale, una pattuglia dei Consiglieri di Stato surricordati - partecipanti alle decisioni sulle leggi razziali era presente e memore di precedenti norme - insistette nell'affermare l'esigenza "*che nessun atto di potere esecutivo, in un perfetto sistema di guarentigie giuridiche, deve, per ragione alcuna, sfuggire ad un permanente controllo giurisdizionale*", proprio richiamando (nella relazione di F. ROCCO) complessivamente i casi frequenti di esclusioni o limiti di tale controllo, introdotti dal Governo, in forza di poteri legislativi, assunti anche senza delegazione del Parlamento. "*A questa pericolosa ed infrenabile tendenza dei Governi le Magistratura e all'avanguardia il Consiglio di Stato hanno vigorosamente reagito mediante la restrittiva interpretazione dei provvedimenti legislativi, che ne sono stati antigiuridico frutto, ma urgentemente si impone un divieto radicale*". Anzi nel testo del parere dell'Ad. gen. del Consiglio di Stato 9 luglio 1946 si richiamava in senso critico l'esclusione del sindacato giurisdizionale sugli atti emanati nell'esercizio del "potere politico" o "atti" di Governo di cui all'art. 31 t. u. n. 1054 del 1924.

Sulla scia di questo indirizzo il testo del c.p.a. predisposto dal Consiglio di Stato sulla base delle norme di delega della l. n.69 del 2009, non riproduceva l'esclusione dal sindacato giurisdizionale degli atti politici, che invece fu reintrodotta dal Governo dell'epoca, nell'art. 7 del c.p.a. definitivo (art. 11 testo del Consiglio di Stato), in base in parte ad osservazioni delle Commissioni parlamentari [2989]

[2989] V. per riferimenti CHIEPPA R., *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale, in Giurisprudenza costituzionale*, 2012. 1158, in nota a sent. n.81 del 2012, della Corte costituzionale, che tuttavia affermò precisi confini in quanto "l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica, è condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo. Ciò nondimeno, gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate". V. anche BILANCIA F., *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?. annotazione alla anzidetta sent. n.81 del 2012, ivi, 2012, 1163 e in* www.rivistaaic.it, 2012, n. 4, pdf; CHIEPPA R., *"Prassi"*

ISSN 2279-7238

Nel campo dell'avvocatura vi sono stati anche avvocati che hanno generosamente offerto copertura a loro colleghi ebrei radiati dagli albi professionali in modo da consentire loro (nonostante i divieti di collaborazione e associazione) di sopravvivere con un minimo di attività (nascosta), firmando i loro atti giudiziari; cito un caso a Livorno di un avvocato Ugo Bassano (richiamato in una interessante pubblicazione dall'avv. David Cerri), che riuscì a lavorare attraverso lo studio dell'avv. Lumbroso e si avvalse anche della copertura di illustri colleghi come Vittorio Emanuele Orlando, Arturo Carlo Jemolo e Adone Zoli.

Un esempio opposto di protagonismo zelante e servile agli imperanti orientamenti del regime è quello del Sindacato fascista degli avvocati e dei procuratori di Ancona, che, nell'imminenza «della entrata in vigore degli albi per i professionisti di razza non ariana» con esclusione dalla sola possibilità di avere clienti non ebrei, nell'intento, «in armonia con l'orientamento politico razziale del Regime», di inasprire il provvedimento, decise (gennaio 1939) di emarginare ed isolare anche la clientela ebraica, inibendo ai professionisti di razza ariana «l'assistenza in genere, la rappresentanza e la difesa, tanto civile quanto penale, di clienti di razza ebraica, anche se discriminati»

Emblematico il tentativo di approfittare delle situazioni derivanti dalle norme antiebraiche in materia di esercizio professionale, risultante da una sentenza del Trib. Torino 7.12.1939 (Foro it. 1940, I, 467), che rigettò la domanda di un avvocato "ariano", che voleva estromettere un avvocato ebreo, con il quale era stato associato in un società professionale (ex divieto art. 25 della legge n. 1054 del 1939, successivamente rafforzata in via generale con l'art. 2 legge n.1815 del 1939, si noti idealmente collegata al disegno delle leggi razziali), mantenendo lo studio senza alcun corrispettivo; la sentenza adotta una motivazione, improntata ad un rigore di tutela della parte più debole, basata sulla considerazione della esigenza di scioglimento della società, anche se professionale, secondo le regole generali sulle divisioni del codice civile, prescindendo del tutto dal divieto specifico suindicato.

A FIRENZE deve anzitutto, essere ricordata la prima morte, conseguenza indiretta delle Leggi marziali, quella di un grande professore ed avvocato quale fu Federico Cammeo (Milano, 20 luglio 1872 – Firenze, 17 marzo 1939). La sua opera scientifica, per oltre un quarantennio, fu il risultato anche di una vasta e brillante attività forense, sia come amministrativista che come civilista, sia come cultore di diritto ecclesiastico - fu chiamato da Pio XI nel 1932 per la legislazione del nuovo Stato del Vaticano, dopo i Patti del Laterano. Federico Cammeo ha avuto il pregio particolare di una commistione di interessi pratici come avvocato e scientifici in una pluralità di campi giuridici, frequente nella tradizione giuridica di allora: ha insegnato anche procedura civile, diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, diritto commerciale, istituzioni di diritto pubblico; è stato un

interpretative di norme nel diritto pubblico (con riguardo alle "prassi" nei rapporti relativi a soggetti od oggetti costituzionalmente rilevanti e alle nomine), *Diritto e società*, 2016, 163.

ISSN 2279-7238

grande avvocato, anche se non un grande oratore, ma la sua voce acuta si imponeva. Nell 1938 fu costretto a lasciare l'insegnamento a seguito delle leggi razziali; gli fu inibito l'accesso alle aule giudiziarie come avvocato; vide rifiutata anche la collaborazione a riviste, tanto che il suo ultimo scritto è apparso postumo nel 1947. Per il dolore, affranto da tale sventura per Lui insopportabile, morì di "crepacuore" il 17 marzo 1939, lasciando il desiderio di essere sepolto in un cimitero israelitico, e furono poche le persone che potettero partecipare ai funerali, perché, come ci ha ricordato Piero Calamandrei, "c'è stato in Italia un tempo, in cui accompagnare la salma di un uomo, come Federico Cammeo, era registrato dalla polizia come un atto di ribellione". Cammeo ha avuto un solo previlegio nella cattiva sorte di non vedere il figlio Cesare suicida nel 1941, moglie e una figlia deportate in Germania nel 1944, da cui non sono ritornate.

Federico Cammeo, all'epoca, non potette neppure avere un ricordo della sua scomparsa, tranne un opuscoletto anonimo, quasi clandestino, con una breve biografia e le opere pubblicate, attribuito a Calamandrei. Perfino sulla *Rivista di diritto processuale* Francesco Carnelutti dovette rinunciare a pubblicare un necrologio (pubblicato poi nel primo numero del 1946), per il rischio di una chiusura forzata della *Rivista*, annunciatagli da Farinacci, interpellato come vecchio amico, che tuttavia avrebbe aggiunto che "se tu pubblichi il necrologio ti darò un bacio, perché dimostrerai di essere un uomo di coraggio; ma poi non ti venire a lamentarti da me perché la *Rivista* sarà soppressa"– come riferisce lo stesso Calamandrei. Del resto nessuna rivista ebbe il coraggio di pubblicare necrologi o ricordi, neppure quelle su cui scriveva Calamandrei, che in numero notevole, invece, si ebbero solo dopo, la fine della guerra e della occupazione tedesca.

3.1. Reazioni nella scuola

Anzitutto occorre porre in evidenza che, insieme alle prime immediate applicazioni, le reazioni, spontanee ed istintive, alle diseguaglianze razziali si sono verificate a cominciare dall'ambito della scuola, sia per la sensibilità di taluni (purtroppo limitati insegnanti, io ho avuto la fortuna di averne qualcuno di questi), sia per la sensibilità e solidarietà generosa propria dei giovani studenti, tale da avere - come appresso messo in rilievo con taluni casi esemplari - riflessi nella successiva condotta civile degli stessi insegnanti e giovani studenti.

Il che conferma che il terreno più utile. per rafforzare i principi di una eguaglianza e pari dignità di ogni persona e di elevare una coscienza civica di libertà, aperta al dialogo e al reciproco rispetto contro ogni violenza e sopraffazione, e quello della istruzione partendo dalla memoria, allo stesso modo come la prima attenzione della orrenda legislazione italiana razzista è stata – si noti - sulla scuola (i primi ad essere allontanati furono gli insegnati e gli studenti ebrei).

Richiamo due esempi significativi. Il *primo a Roma,* immediatamente dopo l'applicazione delle prime norme razziali nelle scuole pubbliche: un giovane insegnante Carlo Baldini - all'epoca insegnante di religione al Liceo ginnasio Virgilio e vice parroco di Santa Maria in

ISSN 2279-7238

Portico in Campitelli e qualche anno successivo Vescovo di Chiusi e Pienza - spiegò ai suoi alunni - tra cui Paolo e Mario Galizia [2990](rispettivamente Paolo, nato nel 1923, e poi a 20 anni, subito dopo la laurea in giurisprudenza nel luglio 1943, *Praticante procuratore* a Firenze, valoroso partigiano e combattente per la libertà, ucciso nella fase della insurrezione di Firenze l'11agosto 1944, medaglia d'argento al valor militare; Mario, nato nel 1921, successivamente magistrato dal 1946 e professore universitario di diritto costituzionale dal 1964 al 1998)- che il Governo italiano in carica poteva anche adottare, ritenendo di avere i poteri, le pesanti misure sulla razza, ma che comunque, nei locali della chiesa di cui era viceparroco, restava sempre sovrana la Madonna, la giovane "ebrea" madre di Gesù Cristo: ogni domenica, pertanto, avrebbe riunito in Santa Maria in Campitelli i suoi studenti, senza distinzione alcuna, sia cattolici, sia insieme gli espulsi dalla scuola per motivi razziali, in un incontro comune, entro un sostanziale dialogante colloquio tra tutti; questa vicenda fraterna in seguito prosegui, nonostante minacciose riserve delle autorità fasciste.

Come emerge, sempre da un libro di memorie di uno degli anzidetti fratelli Galizia, gli stessi, trasferitisi a Firenze, nel 1938, nella imminenza della visita a Firenze del Führer Adolf Hitler, furono convocati, tra i giovani studenti, non impegnati nella ideologia fascista, dal card. Elia Dalla Costa (nell'occasione della visita le finestre dell'Arcivescovado rimasero chiuse). invitandoli a tenere fermo il principio dell'amorevole cristiana fraternità, contro ogni perversione spirituale, contro ogni pericoloso cedimento, con chiaro riferimento alle politiche razziali [2991], come confermato dal successivo atteggiamento di Della Costa nella sua opera di salvataggio degli ebrei, tanto da essere poi ricompreso tra i Giusti.

Sempre a Firenze, a partire dal 1940, i fratelli Galizia ebbero, come momento di formazione - da loro considerato centrale - la possibilità di incontrare il Prof. Giorgio La Pira [2992], docente alla Facoltà di giurisprudenza, e di essere inseriti nel suo gruppo di studio e di azione di carità, impegnato in assistenza anche domiciliare alle persone più bisognose, tra queste anche ebrei.

Significativo al riguardo anche il ricordo nel 1957, portato a Firenze, proprio in occasione di un incontro con La Pira Sindaco, per trovare una soluzione ad un ostacolo ai rapporti tra cristiani ed ebrei da una formula di una preghiera, poi risolta con il contributo di suggerimenti dello stesso La Pira, da Jan Golan, assistente del presidente del Consiglio mondiale delle Comunità Ebraiche Goldmann, sulla testimonianza dell'allora giovane Alessandro Goldwin (divenuto poi in America famoso fotografo)– su don Giulio Facibeni (tra i sacerdoti incaricati per l'assistenza dal Card Della Costa), che aveva aiutato, salvandoli dalle persecuzioni naziste, molti giovani, come lo stesso Goldwin, facendoli apparire come seminaristi – e su un incontro, sempre allora, con "un certo prof. La Pira" (presidente all'epoca della Conferenza di San Vincenzo de Paoli a Firenze), presentato con la semplice frase «Ragazzi molti giorni noi mangiamo con i viveri che ci manda questo professore».

[2990] M. GALIZIA (a cura di), *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944),cit., 22.*
[2991] M. GALIZIA (a cura di), *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia, cit., 21.*
[2992] M. GALIZIA (a cura di), *Appunti sugli anni della guerra cit.,23,*

ISSN 2279-7238

Insieme all'anzidetto gruppo Giorgio La Pira aveva già promosso la nascita di un periodico "*Principi*", (supplemento della *Rivista Vita Cristiana*), che nel n. 3 del marzo 1939, prendendo posizione anche sulle leggi razziali, aveva iniziato a mettere in evidenza il principi della eguaglianza di tutti gli uomini, da considerarsi fratelli, tanto da destare, poco dopo, l'attenzione, sia della censura sul periodico, con la chiusura nel febbraio 1940, sia di gruppi fascisti fiorentini.

Il *secondo episodio* significativo è del 1939, all'inizio degli esami di maturità gli studenti entrano in un aula del liceo Marco Polo di Venezia, vi sono anche quelli di una scuola privata cattolica Istituto Cavanis, ed alcuni privatiste ebree, tra cui Giuliana Coen Camerino (nota, dopo essere ritornata dalla Svizzera alla fine della Guerra, come creatrice del marchio di alta moda Roberta di Camerino), Lilla Coen (amica e non parente) e Nelly Basevi: i banchi sono in duplice fila, tranne due separati in fondo. Giuliana Coen Camerino stava per sedersi in un banco a caso, quando viene invitata i cortesemente, da un professore ad avviarsi verso uno dei banchi separati. Nessuno se ne accorge, nel trambusto della ricerca di posti e dei cambi perché gli amici cercano di sedere vicini. Così il racconto della allora studentessa Giuliana: *"Alla fine siamo tutti seduti. C'è un attimo di silenzio, finalmente. Ed è in quel momento che, da un banco centrale, si alza un ragazzo. Non è bianco, è un mulatto. Alza la mano, per poter parlare. È il figlio di una principessa eritrea e d'un generale italiano. "Volevo sapere perché quei candidati son tenuti da parte". Ha una voce sonora, un accento romanesco, ma elegante. Il professore ha un momento d'imbarazzo, ma si riprende. "Sono privatisti". Il mulatto sorride. "Certo: privatisti. Ma perché sono ebrei, non è vero?". Questa volta l'imbarazzo del professore è più evidente. Il giovane eritreo non gli dà nemmeno il tempo di dire una parola. "Se è per una questione di razza, nemmeno io sono ariano, come certo non vi sarà sfuggito, non è vero? Perciò, con il suo permesso...". Ma non aspetta il permesso di nessuno. Prende l'ultimo banco della fila, che era vuoto, e lo spinge verso i nostri, di lato. Allora accade l'imprevedibile, davvero. Tutta la classe si alza, alcuni mi fanno alzare, prendono anche il mio banco. In un niente la classe è tornata normale: tutti i banchi tornano in tre file, noi siamo con gli altri. Il giovane mulatto, prima di sedersi a sua volta, fa un rigoroso inchino al professore. C'è un attimo di silenzio. L'insegnante è turbato. Si leva gli occhiali, passa una mano sugli occhi. Poi, quasi parlando a se stesso, ma lo sentiamo benissimo dal posto, si lascia scappare un: "Vorrei abbracciarvi tutti quanti»*.

Questo è uno dei tanti casi, che, per la semplicità e spontanea umiltà di chi non voleva apparire protagonista, ritenendo di essersi comportato normalmente come chiunque abbia un minimo di rispetto della pari dignità di ogni persona, sarebbe rimasto ignorato, se non vi fosse stato chi (la beneficiaria) non lo avesse riportato alla memoria.

Viene anche citato il caso di un Preside a Roma, che appena effettuate le comunicazioni ad insegnati ebrei di esonero dal servizio, presentò le sue dimissioni.

Pertanto possiamo dire che esisteva anche chi si poneva in posizione nettamente opposta ai tanti silenziosi o indifferenti o peggio ancora osannanti alle differenziazioni razziste, questi sono stati quelli innanzi citati e in particolare i giovani della maturità classica del 1939 del Marco Polo di Venezia, primo tra tutti Ludovico Sprocani detto Vico, che ebbero e profittarono di un vero insegnamento (il comportamento è la conferma di una simbiosi di

ISSN 2279-7238

sentimenti in un abbraccio simbolico) e seppero usare la sola difesa, per loro istintiva dell'intelligenza e del cuore, per dire no, come unico modo possibile nei fatti, contro le assurde separazioni.

3.2. Periodo bellico fino al settembre 1943

A cominciare dall'inizio delle operazioni belliche della seconda guerra mondiale e specialmente quando queste cominciarono a coinvolgere il suolo italiano, con le prime massicce incursioni aeree, in crescendo si cominciando a percepire le atrocità del conflitto e le prime persecuzioni nazifasciste, in Italia e nei paesi occupati, con gli allontanamenti e trasferimenti in campi di internamento o di detenzione e poi, specie con prelevamenti e arruolamenti coatti di persone e lavoro forzato, si confermava la percezione dell'assurdità dell'avventura bellica e del conflitto anche per taluni strumenti di persecuzione e repressione adoperati, a parte i mezzi scarsi o inidonei per incapacità o corruzione.

In tal modo si diffuse un atteggiamento di solidarietà verso tutti coloro che soffrivano ed erano costretti a lasciare le proprie abitazioni e in genere per gli sfollati e profughi e per coloro che cercavano di fuggire o sottrarsi a persecuzioni ingiuste, compresi ebrei italiani e stranieri.

In particolare cominciarono ad arrivare in Italia, rifugiati da fuori dei confini e sfuggiti dalle occupazioni tedesche, per motivi politici o bellici (dalla Francia e dai confini orientali) compresi anche molti ebrei, spesso con l'aiuto delle nostre forze armate di occupazione o di frontiera [2993]: tutti erano accomunati in un abbraccio di assistenza e soccorso solidale crescente (caratteristica reciproca, di chi ha un minimo di sensibilità altruistica, in ogni situazione di difficoltà, di rischio o di pericolo comune).

D'altro canto fin dopo lo scoppio della guerra, in Italia e nelle zone occupate (d. 4 settembre 1940), cominciarono ad essere organizzati campi o luoghi di internamento [2994] (ad es. Manfredonia), sia pure a fini generali di raccolta di persone considerate pericolose, come stranieri di paesi belligeranti (sudditi nemici) e sovversivi - oppositori, ed anche (indipendentemente da belligeranza) ebrei stranieri (più o meno profughi o rifugiati), appartenenti a Stati aventi politica razziale, specie tedeschi.

In realtà il filo conduttore dell'invio in "Campi di concentramento" e "di internamento" risulta evidente da un telegramma diretto ai Prefetti del Regno in data 14 gennaio 1941 *"Firmato Per il Ministro. Buffarini (Sottosegretario Min., Interno)"*, che, argomentando dal fatto che *"non pochi ebrei hanno ancora una volta dimostrata la loro ottusa – incomprensione di fronte ad eventi pubblici e storici… avversi ad ogni sentimento Nazionale", di qui l'esigenza che "la politica razziale contro gli Ebrei venga sempre più energicamente perseguita"* disponeva (diretto ai Prefetti) *"Esaminate pertanto la opportunità di inviare ai Campi di concentramento gli elementi locali Ebraici, che più danno luogo ai sospetti con i loro sentimenti et loro condotta"*.

[2993] *Ebrei in fuga dai nazisti. Salvati dall'esercito italiano*, sky tg 24, 26 gennaio 2011„ in documentario *Vacanze dall'olocausto.*
[2994] M.STRAZZA, 1940: L'*internamento degli ebrei stranieri in Italia, in storia in network, 1 aprile 2014.*

ISSN 2279-7238

I dati degli internati sono significativi dal 1940 (con 4251 stranieri, dei quali 2412 ebrei) si è passati a dicembre 1942 a 5636 ebrei stranieri internati (compresi quelli a internamento c.d. libero), e a 6832 nell'aprile 1943.

4. Il secondo periodo (caduta del regime fascista, c.d. R.S.I., il tedesco invasore): resistenza civile e generosità diffusa

L'anzidetta umana solidarietà è stata maggiore ed offerta con slancio e generosità ammirevole, man mano che chi la prestava era suscettibile, anche questo in progressivo, di repressione e di rischio di rappresaglie e della vita (a iniziare dall'8 settembre del 1943 e dall'occupazione del "tedesco invasore").

Si cominciava a percepire da molti, che non era solo un aspetto di solidarietà verso altri in pericolo, ma era una difesa di tutti, verso le violenze che coinvolgevano tutti, iniziava così a scattare un senso istintivo di conservazione di ciascuno: era la percezione del valore del "noi" [2995] (membri di una collettività con una sorte e prospettiva di rischio da condividere contro ogni violenza, prevalendo un senso "comune" di solidarietà e di conservazione in ciascuno).

Con circolare della c.d. R.S.I. 30 novembre 1943 n. 5 (immediatamente dopo la dichiarazione dell'assemblea-congresso di Verona, con approvazione del Manifesto programmatico della repubblica sociale.) il Ministro dell'Interno della R.S.I. dispose l'arresto degli ebrei presenti in Italia, in quanto considerati stranieri e l'invio in campi di internamento, ma di vera detenzione per motivi politici – razziali, ammantati da esigenze di sicurezza e ordine pubblico.

In realtà non è esatto parlare d'istituzione, ma meglio di trasformazione - come "*ordinaria amministrazione"* di questi campi, già esistenti in precedenza, come sopra accennato

Per taluni di questi "ospiti" forzati l'internamento poteva avere, all'inizio, anche una parvenza di rifugio in assenza di altri posti in cui vivere, confermato, in alcuni non rari casi, da resistenza passiva a forme vessatore da parte di proposti o addetti localmente alle strutture, di fronte invece ad una serie di collaboratori faziosi; tuttavia l'istituzione e le trasformazioni dei campi di internamento sono l'esempio più clamoroso della volontà di progressiva radicalizzazione politica di persecuzione razziale e poi, con la c.d. R.S.I, - insieme alla messa a disposizione dei dati del censimento degli ebrei - di concorso, come punto di raccolta e di partenza, nella deportazione di migliaia di persone ebree (circa un quinto della popolazione ebraica del territorio sotto controllo RSI), in una continuità di sviluppo di quel pensiero più estremista del ventennio nazionalista-xenofobo e razzista, con una particolare accentuazione nel considerare le persone classificate.

[2995] Il senso pieno della solidarietà fu espresso da O.L. SCALFARO, durante una visita alla Sinagoga di Roma "ogni volta che la discriminazione vi tocca e il disprezzo vi offende, sono ebreo come voi", come ricorda G.GRASSO, *Scalfaro, L'uomo , il presidente, il cristiano*, Cinisello Balsamo, 2012, 15.

ISSN 2279-7238

Il Governo Badoglio nel periodo limitato di permanenza nella capitale, salvo alcune limitate iniziative particolari (diritti dei senatori ebrei, chiusura dell'Ufficio studi e propaganda della razza del Ministero della Cultura popolare, e non ulteriore applicazione (di fatto senza provvedimenti normativi per non allarmare i tedeschi formalmente alleati) delle limitazioni di polizia per autorizzazioni di polizia e commerciali da parte del Ministero dell'Interno) non fu in grado o non volle adottare una abrogazione delle norme razziali, ad evitare un immediato contrasto aperto con i tedeschi, pur con assicurazioni a rappresentanze ebraiche della inoperatività delle stesse disposizioni razziali, secondo postume dichiarazioni di Badoglio.

In realtà il vero addebito che si può muovere riguarda la conseguente integrale conservazione, in quasi tutti i Comuni ed uffici di polizia, degli elenchi, con indirizzi del censimento (aggiornato) in base alle leggi antiebraiche del 1938, che agevolò enormemente le persecuzioni e le deportazioni degli ebrei a cominciare dal periodo successivo all'8 settembre 1943 e alla occupazione tedesca, anche con la collaborazione di buona parte delle autorità sotto la c.d. R.S.I.

Solidarietà tra e verso avvocati

Numerosi sono stati i casi di solidarietà (per aiuto, assistenza in rifugi e per la salvezza) tra avvocati o da avvocati: ne cito solo alcuni a titolo di esempio, accomunati tutti da rischio personale, dato il regime repressivo durante il periodo della c.d. R.S.I. e l'occupazione del "tedesco invasore":

A Roma il professor avvocato Arturo Carlo Jemolo, con la moglie Adele Morghen e la figlia Adele Maria, (iscritti poi tra i Giusti tra le nazioni) ospitarono e assistettero nella loro abitazione, per un periodo dell'occupazione tedesca a Roma, alcuni familiari dei professor Mario e Giorgio Falco, amici da tempo.

A Genova l'avvocato Salvatore Jona, figura di spicco della comunità ebraica genovese, fu soccorso e aiutato a salvarsi dall'avvocato Emanuele Custo suo vecchio compagno di studi.

A Milano e nel Monferrato l'avvocato Giuseppe Brusasca salvò diverse famiglie di ebrei, aiutando a trovare un rifugio e ad espatriare poi in Svizzera

Trentino-Alto Adige

Intorno metà settembre 1943 si manifestò in Italia con evidenza il volto dell'intervento-occupazione del "*tedesco invasore*", con l'inizio di rastrellamenti e deportazioni di ebrei. Il 15 settembre a Merano furono arrestati e deportati (*fu il primo convoglio*) 35 ebrei (tra cui almeno un avvocato) della locale comunità; finirono prima a Reichenau in Austria e poi nel marzo del 1944 ad Auschwitz, tornò una sola donna.

ISSN 2279-7238

Piemonte

Il 18 dello stesso mese di settembre del 1943 vennero rastrellati gli ebrei, che da S.Martin Vesubie, attraverso i passi alpini erano giunti nel Cuneese, furono imprigionati nella ex caserma degli alpini a Borgo San Dalmazzo, per essere poi inviati ad Auschwitz; quasi contemporaneamente vi fu "Il primo crudele eccidio nazista di ebrei in Italia," con inizio , in parte il 13 settembre, a Baveno, poi subito dopo ad Arona, Meina, Orta, Magozzo, Stresa sul Lago Maggiore da parte di militari del primo battaglione della divisione corazzata Waffen SS Leibstandarte-SS Adolf Hitler, proveniente dal fronte russo, con compiti di polizia militare e politici, per vigilare sull'accesso alla frontiera Svizzera, impedire la fuga in Svizzera e assicurare la "messa in sicurezza degli ebrei". In poco meno di un mese furono assassinati almeno 57 accertati (ebrei, in buona parte abitanti sulle sponde del lago in cerca di tranquillità e rifugio, facilmente rintracciati attraverso gli elenchi reperiti negli uffici comunali; tutti gli ebrei sparirono in buona parte nel nulla, 16 nella sola Meina, ma buttati nel lago [2996] con pesi e in parte riaffiorati durante la pesca nel lago; altri furono fucilati e occultati i cadaveri, perfino per Riccardo Ovazza, crudelmente torturato, si giunse ad occultarne l'assassinio bruciando il cadavere e poi la stessa sorte per il genitore Ettore Ovazza (noto banchiere) nella caldaia delle scuole di Intra, occupata da un Comando tedesco locale. Poi fu inscenata una farsa con il podestà, attorniato da ufficiali delle SS, che lesse due finte lettere di due capifamiglia tranquillizzanti sulle loro sorti, con dono di denaro ai poveri locali. Vi furono anche saccheggi e furti nelle ville e abitazioni delle vittime; tra queste di alcuni avvocati, come l'avv. Tullio Massarani di Verona.

L'avv. Massimo OTTOLENGHI, autore di *Ribellarsi è giusto (2011)*, abbandonò subito dopo l'occupazione tedesca Torino e fu nella resistenza nelle valli di Lanzo, da dove fu molto attivo nella realizzazione di una rete di solidarietà, che riuscì a salvare la vita a 200 ebrei.

Emilio SACERDOTE, nel 1938 magistrato (dal 1919, dopo avere partecipato valorosamente alla guerra) fu offeso in udienza a Milano in quanto ebreo (vi era in corso una violenta campagna antiebraica spinta dal regime), amareggiato si dimise e si iscrisse nell'albo degli avvocati e dopo poco fu cancellato in base alle leggi razziali; dopo l'8 settembre 1943 decise di non rifugiarsi in Svizzera e partecipò tra i primi alla resistenza in Val di Lanzo. A seguito di una delazione, sia perché partigiano sia in quanto ebreo, il 30 novembre 1944 fu arrestato dai fascisti a Lamie (Torino) e dalle carceri di Torino fu trasferito nel campo di Bolzano e poi deportato nel campo di Flossembůrg in Germania e poi l'8 marzo 1945, a pochi mesi dalla fine della guerra, trasportato a Bergen Belsen, ove si sono perse le tracce.

Sempre a Torino ,Padre Giuseppe Girotti, domenicano diede soccorso a molti ebrei in difficoltà, organizzando una rete di soccorso, contribuì a fare scappare in Svizzera tra gli

[2996] v M. BEGOZZI (a cura di), *La strage dimenticata. Meina settembre 1943, il primo eccidio di ebrei in Italia*, Novara 2003; R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Introduzione, a La strage dimenticata, cit.*; G. GRASSO, *Scalfaro*, cit., 29; M. DOZZA, *Hotel Meina. La prima strage di ebrei in Italia*, Verona 1993.; G.GALLI, *400 nomi. L'archivio sulla deportazione* novarese un progetto in corso, in *I sentieri della ricerca*, Bologna, dicembre 2007, 21, in particolare 35ss.

ISSN 2279-7238

altri il nipote del rabbino Deangeli di Roma e aiutò a salvarsi un avvocato ebreo Salvatore Fubini: incisiva e commovente è la testimonianza pubblica resa dall'avv. Fubini, pronunciata a Torino il 25 aprile 1959, durante l'inaugurazione della lapide in ricordo di Padre Girotti, collocata nel chiostro del convento di San Domenico: *"Chi ha l'onore di parlare dinanzi a Voi... fu un perseguitato dal nazifascismo, che perdette diciotto dei suoi famigliari in quegli orribili campi di sterminio, in cui doveva terminare il suo apostolato l'indimenticabile Padre Girotti... Egli fu mio amato compagno di studi e doveva provvidenzialmente darmi asilo in quel periodo infausto nel benedetto Collegino di Carmagnola... In quella casa io fui accolto come ordinò Gesù... Nel rustico edificio di Carmagnola trovai la più squisita ed affettuosa e disinteressata delle ospitalità"*.

Girotti fu arrestato a Torino in una trappola tesagli, con il pretesto di cercare assistenza ad un falso partigiano ferito, deportato è morto nel campo di Dacau il 1 aprile 1945.

Lazio

Nell'ottobre 1943 alle prime notizie anche se frammentarie di razzie antiebraiche, la comunità religiosa di S. Maria in Campitelli, di cui si è fatto cenno, aprì le porte agli ebrei che scappavano dagli improvvisi rastrellamenti, ospitandoli, su iniziativa di quel P. Carlo Baldini (ricordato quale insegnante dei fratelli Galizia), nella sagrestia (divenuta poi sala Baldini), nascondendoli alcuni perfino nella cassa armonica dell'organo e nelle cantorie della Chiesa, e altri tra i chierici dello studentato OMD.

Liguria

Un ruolo attivo e coraggioso per l'assistenza e per operazioni di salvataggio di ebrei fu svolta dall'avvocato Lelio Vittorio Valobra, fin dal 1942, contribuendo personalmente a porre in salvo 42 bambini ebrei da vicino Lubiana fino a Nonantola (Villa Emma), successivamente (divenuti 73), soccorsi da tutta la popolazione del comune di Nonantola, che riuscì a nasconderli dalle forze d'occupazione germaniche dopo l'8 settembre 1943, e a farli rifugiare in Svizzera.

In seguito, ricorrendo all'aiuto del card. Pietro Boetto vescovo di Genova e, in base alle sue indicazioni, con la collaborazione di Francesco Repetto, segretario del Cardinale, l'avv. Valobra riuscì, coadiuvato da Stefano Cantoni e in modo particolare da Massimo Teglio, a riorganizzare clandestinamente la operatività a Genova e nella Liguria della Delasem, decimata nella direzione da arresti, anche a Firenze. Il centro di assistenza di Genova riuscì, nel complesso della sua attività, a mettere in salvo circa 5000 ebrei, tra espatri e sistemazioni di rifugio, ma l'avv. Valobra, avendo attirata l'attenzione della polizia, fu costretto, a sua volta, a rifugiarsi (grazie anche all'ausilio del vescovado di Chiavari) in Svizzera nel novembre 1943, da dove continuò alacremente a incoraggiare e a organizzare l'attività di assistenza e salvataggio, incrementando anche rapporti di collaborazione in Italia della Delasem, divenuta forzatamente clandestina, con vari istituti religiosi cattolici per azioni di sostegno ed ospitalità (a Roma con p. Marie Benoit, francescano, in collaborazione con

ISSN 2279-7238

Settimio Sorani, delegato Delasem, assieme all'avvocato Carlo Alberto Viterbo), sia a partire dal 1944 con il CLN Alta Italia e Corpo Volontari della Libertà.

Sempre a Genova da rilevare che il card. Pietro Boetto, per il suo prestigio acquisito nelle sue opere di assistenza e soccorso verso tutti coloro che durante la guerra si trovavano in situazioni di pericolo ed in particolare agli ebrei (per alcuni fornì personalmente il denaro per i biglietti di viaggio) – tanto da essere stato ricordato come il "Cardinale degli ebrei", collaborò attivamente il 25 aprile 1945 a far incontrare nella villa Migone (ove riedeva a seguito del danneggiamento del vescovado nel precedente marzo) il comandante delle truppe tedesche della Liguria Generale Gunther Meinhold, con i rappresentanti del Corpo Volontari della libertà della Liguria e per concludere un accordo, improntato ad alti fini umanitari di resa delle truppe tedesche, per evitare sia inutili morti e combattimenti disperati per una guerra ormai alla fine, sia la attuazione della progettata, ulteriore distruzione del porto e stabilimenti industriali, nonché bombardamenti, che avrebbero coinvolto la popolazione civile: l'arrivo delle truppe alleate, due giorni dopo, trovò la Liguria liberata, anche se taluni sparuti gruppi di armati della R.S.I. minacciarono ritorsioni e morte a chi concluse l'accordo.

Emilia Romagna

Rolando Vigevani (Parma, 1903-1971), nato in una famiglia di origine ebraica, esercitava a Parma l'attività di avvocato. Schedato nel 1938 come cittadino «di razza ebraica», durante il fascismo assisté i profughi ebrei italiani e iugoslavi riparati nella provincia di Parma all'interno dell'attività di assistenza della Delasem. Dopo l'8 settembre 1943 fu costretto a fuggire, grazie all'aiuto di un suo caro amico fin dal periodo della pratica forense, all'epoca pretore di Fornovo di Taro, Pellegrino Riccardi [2997], che trovò rifugio per lui e la famiglia e documenti falsi per poter poi espatriare in Svizzera, assicurando poi personalmente il ricongiungimento del piccolo figlio Tullo di poco più di un anno (affidatogli ed ospitato nella sua famiglia), appeno gli fu possibile. Al giudice Pellegrino Riccardi si deve anche il fattivo aiuto per un rifugio temporaneo nella propria casa di Fornovo dell'avvocato Giacomo Ottolenghi e della moglie, in attesa di poter espatriare, nonché per nuovi documenti all'avvocato Aristide Foà e ad altri ebrei fuggitivi.

Toscana e Umbria

A Firenze un Comitato di assistenza profughi, costituitosi subito dopo l'8 settembre 1943 su iniziativa di un gruppo di ebrei fiorentini (il rabbino capo Nathan Cassuto, Raffaele Cantoni, Matilde Cassin, Giuliano Treves), per far fronte all'emergenza causata dall'arrivo di un consistente numero di profughi dalla zona di occupazione italiana in Francia e per le crescenti esigenze di aiuto anche di ebrei italiani, si rivolse all'arcivescovo di Firenze Elia Dalla Costa, che accolse la richiesta con estremo favore, incaricando il suo segretario

[2997] G. BOCCHIALINI, *Pellegrino. Riccardi. un giusto tra le nazioni*, Atelier65 editore,2013*; PELLEGRINO RICCARDI 1905 – 1995, il giudice che aiutò gli ebrei,* in *gariwo* la foresta dei giusti.

ISSN 2279-7238

Giacomo Meneghello di curare ogni aiuto, attivandosi così un'ampia rete di sacerdoti e esponenti cattolici, che si prodigarono nel trovare nascondigli e rifugi anche nei dintorni della città di Firenze o in altri comuni in circa una trentina fra monasteri e conventi, ma anche parrocchie e alloggi di privati,

Dopo l'arresto o la necessaria fuga in Svizzera di alcuni del gruppo ebraico iniziale, subentrò anche Giorgio Nissim, collaboratore della Desalem dal 1939, e che nell'ottobre 1943 aveva promosso una rete di assistenza a Lucca, Livorno e Pisa, con l'ausilio di istituzioni cattoliche locali (partendo in modo molto efficace dalla Congregazione degli Oblati del Volto Santo di Lucca) e aveva realizzato periodici scambi col vescovado di Genova, anche per sovvenzioni destinate alla Toscana, nell'ambito dell'impegno di soccorso e aiuto voluto dal card Pietro Boetto a mezzo di don Francesco Repetto.

Nell'ambito della rete di aiuti voluta a Firenze dal card Della Costa vanno ricordati Giorgio La Pira e Don Giulio Facibeni, impegnati in assistenza a tutte le persone a rischio in quel periodo di occupazione tedesca, tra queste anche molti ebrei

Sempre a Firenze si deve ricordare, anche per la attiva collaborazione alla rede di assistenza di Firenze, l'avv. Giancarlo Zoli, insieme al padre avvocato Adone Zoli (che fu poi Pres. del Consiglio dell'Ordine di Firenze nel 1946, Pres. del Consiglio Forense dal 1957 al 1960, Ministro della Giustizia, Pres, del Consiglio dei Ministri e nel 1960 tra i fondatori dell'Associazione Italia-Israele), con la sua attività di oppositore al regime fascista (v. l'attacco contro di lui e gli avv. Piero Calamandrei e Enrico Finzi, nonché contro il Prof. Giorgio La Pira ed altri, nell'articolo *Giù la maschera* sulla rivista fascista *Il Bargello* dei primi del 1942), e soprattutto per il suo coraggioso impegno nella protezione di perseguitati ebrei.

Adone Zoli fu arrestato insieme a due figli avvocato Giancarlo e Angelo Maria, detenzione condivisa con un allora giovane magistrato Paolo Barile, liberato insieme agli altri, a seguito di una mediazione del Card. Elia della Costa [2998].

Ancora a Firenze, Gino Bartali, su invito del Card Dalla Costa, che una volta si recò di persona nella sua abitazione fiducioso dell'amicizia nell'ambito dell'Azione cattolica, diede un aiuto attivo alla rete clandestina, organizzata in principio dal rabbino di Firenze Nathan Cossuto, per recapitare documenti e aiuti economici, spingendosi in bicicletta fino a Genova, Assisi, Lucca e procurando rifugi alla comunità ebraica presente a Firenze e ospitando alcuni ebrei, rifugiati da Fiume, in una sua cantina a Firenze,

Il figlio Luigi Bartali [2999] ha rammentato, in occasione di un ricordo di quel periodo periglioso, una frase consueta del padre: *"Ho soltanto portato delle cose da un posto all'altro, Ho fatto quello che mi riusciva meglio: pedalare"*, frase che dimostra tutta la semplice umiltà e spontaneità dell'azione, quale campione, anche nella umanità e solidarietà.

Da ritenersi essenziale in Umbria l'opera svolta dal trentino Giuseppe Placido Nicolini, vescovo di Assisi, per il riconoscimento di Assisi Città ospedaliera, che consentì alla città

[2998] L. CONTICELLI, *Adone Zoli: L'Avvocatura e la repubblica democratica*, *Rass. Forense*, 2013, 1075.

[2999] D. GIORGI, *Bartali, Giusto tra le Nazioni: "Una candela che fa luce al nostro cammino"*, in *Firenzetoday,* 18 novembre 2013

ISSN 2279-7238

non solo di non subire i bombardamenti alleati, ma soprattutto di "non essere occupata da altre truppe o comandi della Wehrmacht, evitando i conseguenti controlli più incisivi; a tal fine Mons. Nicolini favorì per questo l'apertura di ospedali militari tedeschi in Assisi, giungendo a concedere il Pontificio Seminario Regionale e, nel suo obiettivo di assistenza, agevolò il rifugio di oltre un centinaio di ebrei nei monasteri di Assisi.

Da ultimo, sempre in Toscana, l'avvocato Giovanni Gelati [3000] di Livorno, sfollato nel 1944 a Coreglia Antelminelli, conosciuto per i suoi orientamenti antifascisti, di fronte all'offerta degli abitanti del comune della Lucchesia di assumere la carica di commissario prefettizio, essendo stato il podestà rapito dai partigiani, accettò la carica e la mantenne con grande equilibrio, mediando tra resistenza e nazifascisti e salvando il paese ei suoi abitanti, dal giugno al dicembre 1944, (senza prestare giuramento alla c.d. R.S.I secondo un proposito espresso sin all'atto della accettazione). In quel periodo un suo caro amico ebreo Cesarino Rossi (ricercato dai fascisti) gli chiese di mettere in salvo i due bambini Piera e Arnoldo Rossi, che furono accolti immediatamente, d'accordo con la moglie Lydia Cardon, nella sua famiglia, vivendo insieme con i suoi figli fino alla liberazione.

Lombardia

Dall'aprile 1942 Aprica (prov. di Sondrio) fu individuato come luogo di internamento di una parte di ebrei residenti nelle zone della Iugoslavia occupata dalle truppe italiane, anche per sottrarli alle mire degli *ustascia* di consegnarli ai tedeschi; vi giunsero ben 272, tra cui professionisti e tra essi anche alcuni avvocati; aumentarono progressivamente, fino a circa 400 nel marzo 1943. Giuseppe Carozzi, sacerdote della zona e conoscitore di diverse lingue, era entrato nell'estate del 1943 in contatto con la detta comunità ebraica, della quale condivise le ansie e le paure ed anche le speranze dopo la caduta del regime fascista. Tuttavia "le prospettive, che intravedeva sul futuro degli ebrei, suffragate a questo punto dalle notizie ricevute, grazie anche a contatti personali, direttamente dalla S. Sede, lo indussero ad organizzare una sorta di fuga", approfittando della vicinanza dal confine svizzero, e chiedendo anche, invano, alla Questura di Sondrio l'autorizzazione ad un trasferimento in Svizzera. Nel frattempo cercò di favorire la vita di questi profughi in modo di consentire la loro partenza anche improvvisamente. Subito dopo l'8 settembre pianifico, con l'aiuto del Parroco di Aprica insieme al capo della comunità ebraica Bernardt Fischmann, l'espatrio clandestino, che riuscì ad essere realizzato poco prima dell'arrivo delle forze armate germaniche, con l'aiuto attivo sia dei carabinieri locali (brigadiere Bruno Pilat) con il consenso dei superiori di Sondrio (Ten. col. Edoardo Alessi), sia della Guardia di Finanza (Cap. Edoardo Marinelli), che diramò un ordine ai reparti dipendenti di agevolare in ogni modo l'espatrio della comunità, come del resto avevano fatto dopo l'8 settembre, "talvolta hanno portato i bagagli dei fuggitivi".

[3000] *Giovanni Gelati 1910 – 2000, avvocato livornese che salvò due bambini ebrei*, in *gariwo la foresta dei giusti; Giovanni e Lydia Gelati, giusti tra le nazioni, Rotary club Livorno,* settembre-ottobre 2012,

ISSN 2279-7238

Verso la seconda metà di settembre Giuseppe Carozzi dovette rifugiarsi in Svizzera, ove collaborò attivamente con la Legazione Italiana di Berna per la causa delle libertà organizzando corrieri e trasferimenti. Alessi e Marinelli riuscirono a rifugiarsi in Svizzera, non intendendo collaborare con i nazifascisti; don Cirillo Vitalini fu ricercato e sfuggì dai nazifascisti, che incendiarono la casa di famiglia; gli unici sfortunati furono il Brig. dei Carabinieri Bruno Pilat e alcuni finanzieri di Tirano e carabinieri, collaboratori nel salvataggio, che furono catturati ed inviati nei campi di concentramento, alcuni a Mauthausen, mentre. Bruno Pilat sopravvisse nel campo di Ludwingsburg come magazziniere e fuggì nel 1945, dopo stenti e privazioni e, rientrato in Italia, è stato insignito di medaglia d'argento al valor civile con richiamo all'aiuto dato agli ebrei di Aprica e nel 2015 alla sua memoria è stata intitolata la Stazione Carabinieri di Cison Valmarino.

Nel periodo 1941- 1945-a Milano, l'avvocato Giuseppe Sala, anche nella qualità di presidente centrale milanese dell'Opera San Vincenzo, insieme all'ing. Bruno Setti e Piero Gnecchi Ruscone, fu chiamato dal cardinale Alfredo Idelfonso Schuster - che il 13 novembre 1938 aveva in una omelia al Duomo di Milano denunciato il razzismo come ideologia neo-pagana - per un'opera di soccorso a tutti i profughi o a coloro che erano in fuga o a rischio, compresi militari prigionieri ed ebrei. Nel suo studio passarono decine di persone in cerca di aiuto, per ottenere ricoveri (tra l'altro presso l'Istituto Palazzolo e l'Opera San Francesco dei cappuccini), e per fruire di una organizzatone di soccorso, in sinergia con la Delasem clandestina, per l'espatrio in Svizzera. Arrestato dalla polizia di sicurezza tedesca, fu rilasciato per interessamento del Card. Schuster dopo una breve detenzione a San Vittore, vivendo poi nella necessaria clandestinità.

5. Profili economici delle operazioni antirazziali e meschini profittatori: spoliazioni, una continuità crescente nei due periodi

Questa parte della ricerca ha la finalità di porre in evidenza, come accennato all'inizio, gli episodi di speculazione nonché gli espedienti, anche se, spesso furbescamente, rivestiti da esteriore adesione all'ideologia del Regime, adoperati da autorità fasciste o repubblichine e anche da volgari profittatori delle situazioni di disagio e pericolo, per esclusivo vantaggio personale o lucro economico.

Del resto caratteristica essenziale della legislazione razziale in Italia e in particolare della sua attuazione era il duplice aspetto utilitario (per gli altri), e pratico, in quanto: la questione politica apriva anche una prospettiva economica (per spoliazioni in particolare) con i limiti a possedere (e la confisca dal 1944 con la c.d. R.S.I.) e con le restrizioni di molte attività professionali e commerciali, a parte i sempre esistenti meschini profittatori e/o corrotti in ogni regime.

Infatti a cominciare dai primi anni di attuazione delle anzidette leggi cominciarono a circolare, sulla concreta applicazione della c.d. legislazione a "difesa della razza", voci e sospetti, sempre più evidenti, di corruzioni e profitti a vario livello, tanto da suscitare (a

ISSN 2279-7238

seguito di una poesia di Carlo Alberto Camillo Salustri, meglio noto come Trilussa) perfino aperte reazioni critiche in fedelissimi della Difesa della Razza, quali Telesio Interlandi (*La satira e la razza*, in prima pagina con la poesia, in *Il Tevere, 5-6 giugno 1941, n. 18*8, con cenni a "dolorosa realtà di falsi nomi ariani, con la deplorevole compiacenza di funzionari permissivi", auspicando una legislazione più netta e severa e come tale applicata), e Giovanni Preziosi (*La parola a Trilussa*, *Vita italiana*, giugno 1941, 675, con la poesia e parte del predetto articolo di Interlandi).

La poesia di Trilussa (che amava definirsi *non* fascista, ma in realtà, non volle mai prendere la tessera del partito e gli fu negata la nomina ad Accademico d'Italia, fu un ironico oppositore al regime, con il suo sarcasmo romanesco, sincero ed irriverente), è del 1940, fu pubblicata anche all'estero, su fogli di esuli antifascisti, come la *Voce d'Italia* del 1 giugno 1941 con l'indicazione "*riproduzione vietata*"; la poesia ha il titolo evidentemente allusivo L'*affare della razza,* ed è caratterizzata da genio umoristico sempre umano, tratto come sovente da cronaca quotidiana, tale da suscitare ironia sulla idiozia delle leggi razziste del 1938 e della invenzione della razza c.d. ariana, e da evidenziare il grottesco nel potere, attraverso una tendenziale, con bonomia sorridente ma irriverente verso l'"autorità"; ecco una parte del testo:

Ci avevo un gatto e lo chiamavo Ayò
ma dato c'era un nome un po' giudio
agnedi da un prefetto amico mio
pe' domannaje se potevo o no,
volevo sta' tranquillo, tantoppiù
ch'ero disposto a chiamarlo Ajù
— Bisognerà studià — disse er prefetto —
la vera provenienza de la madre… —

La poesia accenna alla madre angora e a padre siamese (ma bazzicava nel ghetto) del gatto, nato poi a casa del curato, e continua con le parole del prefetto:

Se veramente ciai 'ste prove in mano,
— me rispose l'amico — se fa presto.
La posizzione è chiara.:— E detto questo
firmò una carta e me lo fece ariano.
— Però — me disse — pe' tranquillità,
è forse mejo che lo chiami Ajà.

Nella realtà Trilussa aveva sia un bel gatto rosso, da lui chiamato Ajò (fotografia in un libro di memorie di Fiorella Frapiselli, scattata dalla stessa autrice, all'epoca bambina, e il nome corrisponde ad un avvocato ebreo Ugo Ajò, caro amico da tempo di Trilussa, come altrettanti amici ed estimatori come il primo editore Enrico Voghera o il modenese Angelo Fortunato Formiggini che pubblicò, nel 1931 nella collana classici del ridere, l'antologia di favole "*Campionario*" di Trilussa.

ISSN 2279-7238

L'avv. Ugo Ajò mise in atto nel 1938 una burla provocatoria, facendo stampare della Cartoline con il titolo beffardo *Cartolina razzista romana*, con la riproduzione di due poesie di Trilussa da un lato *Questione di razza* del 1935 (da antologia di Mondadori, *Lo specchio* del 1939) e dall'altro lato un risalente sonetto *Questioni de razze* degli anni 1890, ambedue con toni diversi, ma echeggianti una posizione non razzista dell'autore; una cartolina l'avv. Ayò inviò per posta (timbro 6 ottobre 1938, giorno dell'approvazione dal Gran Consiglio del Fascismo del testo di quella che sarebbe divenuta legge il 10 novembre 1938) ad Arnaldo Mondadori, ingenuamente confidando su una benevola considerazione dell'iniziativa, essendo Mondadori editore unico di Trilussa dal 1921. Arnaldo Mondadori, allarmato per i rischi di un intervento della censura, anche perché la cartolina citava le sue edizioni alla fine di ciascuna poesia, il 9 dicembre 1938 scrisse una accorata lettera a Trilussa, concludendo con un invito perentorio di pretendere dall'avvocato Ayò la distruzione immediata di tutte le cartoline stampate, controllando di persona con ogni maggiore cautela.

Trilussa quasi certamente non rispose - non essendo stata trovata traccia nell'Archivi Mondadori (a differenza della lettera di Mondadori - rimanendo fermo nelle sue convinzioni - tanto è che riprese, con ancora più rischiosa ironia, il nome di Ajò nella poesia *L'affare della razza* del 1940. L'avv. Ugo Ajò continuo nella corrispondenza con Trilussa, richiamandosi al sonetto *Questioni de razze* del 1890, di cui gelosamente conservava l'autografo, forzandosi di scherzare ancora, ma mostrando il sottostante sconforto e una amara ironia di esule perseguitato, e scrivendo da *La Serra di Lerici*, ove si era rifugiato costretto a lasciare la professione, *"non mi sono fatto vivo dall'aprile 1939 ad oggi (23 settembre 1940/LXX dalla Breccia di Porta Pia*, ovviamente *a sostituzione delle allora usuali indicazioni della c.d. "Era fascista"!!*). *È perché sono morto – ucciso da la Questione de razza, che mi ha allontanato dal Palazzo di Giustizia e dall'insegnamento al quale tenevo" e firmandosi Avvocato in sito*…

Certamente episodi di corruzione o di favoritismi, talvolta anche per compenso, vi furono secondo le voci ampiamente circolanti all'epoca e le coincidenti indicazioni degli autori che si sono occupati delle leggi razziali, e in particolare a Roma e nell'entourage della *Demografia e Razza*, ed altri alti personaggi "per interposta persona" (cfr.ad esempio quanto riportato da Calamandrei, De Felice, Acerbi), soprattutto con un mercato delle arianizzazioni; questi episodi, certamente tutt'altro che isolati, sono stati, poi, valutati come "oscure e vergognose pagine di corruzione" (v. Neppi Modona).

D'altro canto sul piano dei beni confiscati o sequestrati agli ebrei, il clima operativo non era certamente migliore, infatti il procedimento di spoliazione dei beni degli ebrei era stato affidato, dalle leggi razziali e dal governo fascista e poi della repubblica sociale di Salò, alle iniziative di istituzioni sempre più indebolite e quindi governate dall'arbitrio dei funzionari preposti specialmente localmente, di fronte anche al potere, talvolta vorace, delle banche incaricate della "custodia". A ciò si aggiunsero le iniziative (e vili delazioni più o meno interessate da taglie da 1000° 5000 lire, o da auspicate benemerenze o da perfido zelo) di privati, e perfino, in casi isolati da colleghi o da altri ebrei (cfr. Stefanori), allettati dalle

ISSN 2279-7238

possibilità di potere trarre profitto dalla vicinanza o dalla conoscenza di perseguitati in difficoltà o di beni abbandonati da persone in fuga o in situazioni di clandestinità.

Significativo il caso, risultante dalla soprarichiamata sentenza del Trib. di Torino 7/12/1939, di un avvocato "ariano" che voleva estromettere un collega ebreo" associato in una società professionale senza corrispondere alcunché.

Alle spoliazioni ufficiali (all'inizio con il 1938 espropriazioni per i valori eccedenti i limiti, successivamente confische e sequestri indiscriminati)i si aggiunsero, prima sporadiche nel 1942 (es. Pisa) , poi sempre più frequenti dopo l'8 settembre 1943 ruberie e devastazioni di abitazioni private, ville, negozi comprese modeste botteghe, ad opera non solo di milizie fasciste e dopo anche di gruppi collaborazionisti della repubblica di Salò e di forze armate di occupazione naziste del "tedesco invasore" (talvolta per arredare i propri accasermamenti o per utilizzo personale), ma anche da parte di privati cittadini, veri ladri-profittatori, che si inserivano nelle azioni di saccheggio e sciacallaggio.

Così scomparvero abiti compresi quelli da sposa, giocattoli, quadri, strumenti musicali, biblioteche personali ed oggetti, che, insieme ad un valore intrinseco, avevano un significato simbolico e affettivo la cui privazione definitiva rappresentò la "sparizione del proprio passato" di ricordi familiari.

Viene citato, come più clamoroso e noto, l'episodio, del settembre 1943 a Roma, della taglia imposta da autorità di occupazione tedesche di 50 chili di oro, in cambio della salvezza degli ebrei di Roma, impegno tradito 21 giorni dopo (16 ottobre 1943) con il rastrellamento - razzia e le deportazioni del ghetto e in altri quartieri di Roma, preceduto di pochi giorni da quello di almeno 57 ebrei sul lago Maggiore, con l'aiuto di autorità italiane(in ambo i casi) che fornirono elenchi aggiornati degli ebrei censiti dopo le leggi razziali del 1938.

Una conferma delle finalità organizzata di appropriazioni di beni di ebrei si trova nella iniziativa della Prefettura di Ancona da Osimo (ufficio affari ebraici) del 9 maggio 1944 (Prefetto di nomina politica della c.d. R.S-I. Aldo Lusignoli, che figura anche avvocato) - iniziativa da ritenersi tutt'altro che sporadica - in relazione al chiaro inserimento in spoliazioni sistematiche in applicazione del d. lgs, del Duce 4 gennaio 1944 n. 2, con la confisca di tutti i beni di appartenenti a "razza ebraica" - mediante una circolare diretta *agli avvocati e notai* della circoscrizione, con invito tassativo, affermando il possesso di notizie in proposito, a voler denunciare depositi, denaro, oro, titoli ed oggetti rari o valori che ebrei arrestati o fuggiti non avevano potuto ritirare

"Mi viene riferito che molti cittadini italiani di razza ebraica negli ultimi anni e precisamente dopo i primi provvedimenti razziali, affidarono per motivi troppo evidenti che reputo inutile precisare, ad avvocati e notai di loro massima fiducia beni consistenti in liquidi, oro, titoli ed oggetti vari di molto valore. Comprendo che molti ebrei riusciti a scansare il campo di concentramento hanno ritirato tutto, ma so anche che molti arrestati o fuggiti immediatamente non hanno avuto la possibilità di ritirare quanto depositato. Invito, quindi, gli avvocati e notai che detengono o abbiamo detenuto beni di ebrei ad inviare dettagliata denunzia a questa Prefettura. Ad esclusivo titolo informativo faccio presente che contro gli inadempienti o reticenti adotterò rigorosamente i provvedimenti di legge".

ISSN 2279-7238

Vi furono anche miserabili profittatori occasionali che, pur non essendo dediti al tradimento e delazione sistematica, cercarono talvolta di mantenere un equilibrio precario, oscillando dall'aiuto disinteressato all'incidente apparente, deliberatamente abbandonando gli assistiti nelle mani dei fascisti e dei tedeschi, con cui erano qualche volta collusi. Lucravano due volte e spesso con larghi margini di guadagno, prima con il prezzo pattuito per l'accompagnamento al confine, un'altra volta con la taglia (intorno a 1500 – 5000 lire) che riscuotevano denunciando quei poveri malcapitati ai loro persecutori

Alle suaccennate spoliazioni più o meno ufficiali di beni degli ebrei si sono aggiunte per i beni restituiti (peraltro non totalmente per le dispersioni. anche della documentazione, ed appropriazioni più o meno "belliche") le beffe di richieste di rimborso delle spese di gestione da parte dell'ente gestore (EGELI) e delle banche depositarie, per un complessivo ammontare di oltre 25 milioni al 1947, richieste successivamente, dopo una serie di proteste e contestazioni, sembra siano state, con un compromesso, per la restante parte, abbandonate di fatto, con il non proseguimento delle azioni di recupero residue ed insieme puntando (da parte dello Stato) all' incameramento sostanzioso dei beni non rivendicati dagli ebrei scomparsi.

Le anzidette beffe fanno il paio con quelle altrettanto "legali" subite da alcuni magistrati dispensati dal servizio per motivi politici (compreso un ebreo) nel 1926-1927, taluni senza aver maturato diritto a pensione, che riassunti nel 1944-45, "legalmente" senza alcun diritto retributivo o risarcimento per il periodo dalla cessazione dal servizio fino al giorno della riassunzione, si sono poi visti addebitare, in sede di liquidazione di fine rapporto, oltre l'indennità percepita in occasione della dispensa dal servizio nel lontano 1927, anche gli interessi dalla data di riassunzione sulla stessa indennità, senza peraltro fosse stata mai richiesta la restituzione.

ISSN 2279-7238

L'identità dell'Europa tra le due Guerre mondiali e la Resistenza. Considerazioni alla luce del pensiero di Thomas Mann, Anna Siemsen, Carlo Rosselli e degli autori del "Manifesto di Ventotene" *

di Alessandra Di Martino**

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'idea di Europa come "rifugio". – 2. Thomas Mann: un'Europa di mediazioni culturali e *Humanität*. – 3. Anna Siemsen: l'Europa democratica e sociale delle diversità. – 4. Carlo Rosselli e gli autori del "Manifesto di Ventotene": Stati Uniti d'Europa e socialismo liberale. – 5. Verso una conclusione: utopie per l'Europa?

1. Introduzione: l'idea di Europa come "rifugio"

È ormai inevitabile associare l'Europa al concetto di crisi, osservata nelle sue molteplici declinazioni: economica, migratoria, politico-istituzionale, sociale e culturale. Nell'ambito del convegno in cui nasce questo contributo, dedicato allo studio dell'Europa in una prospettiva intertemporale, ho scelto di inserirmi nell'attuale discussione sulla crisi tornando a riflettere sul senso dell'identità europea, intesa sia come coscienza di appartenere a un orizzonte culturale comune sia come progetto politico e sociale condiviso[3001]. Coerentemente con l'impostazione generale del convegno, l'indagine del passato non è scollegata né dal presente, che orienta gli interrogativi della ricerca, né dal futuro, poiché è attraverso gli «spaz[i] di esperienza» già vissuta che prendono forma gli «orizzont[i] di aspettativa» per l'avvenire[3002].

Di particolare interesse appare quindi il discorso che si è sviluppato nel periodo tra la prima e la seconda guerra mondiale, e culminato poi nella resistenza, in cui l'idea di Europa è stata vista da molti intellettuali e politici come un «rifugio», secondo una metafora di Lucien Febvre: un'area in cui ripararsi dagli sconvolgimenti dell'epoca ma anche dalla quale ripartire per vincere gli enormi ostacoli materiali e le involuzioni spirituali che hanno

* Il presente contributo costituisce la versione integrale della relazione tenuta al convegno "Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa", svoltosi a Roma l'11 e il 12 maggio 2018 presso la Camera dei Deputati e l'Università Sapienza.

** Ricercatrice di Diritto pubblico comparato – Dipartimento di Scienze giuridiche, Università Sapienza di Roma.

3001 La bibliografia è ricchissima, mi limito a richiamare F. Chabod, *Storia dell'idea d'Europa* (1961), Roma-Bari, Laterza, 1989; P. Rossi, *L'identità dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2007; H. Mikkeli, *Europa. Storia di un'idea e di un'identità*, ed. orig. *Europe as an Idea and an Identity* (1998), Bologna, il Mulino, 1998. Più recentemente v., tra gli altri e da diverse angolature, P. Prodi, *Homo europaeus*, Bologna, il Mulino, 2015; A. Prosperi, *Identità*, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 57 ss.; P. Ridola, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 335 ss., ed ivi, pp. XI sul «principio libertà»; C. Pinelli, *Alla ricerca dell'autenticità perduta: identità e differenze nei discorsi e nei progetti di Europa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, nonché i rilievi di M. Luciani, *Il futuro dell'Europa. Note a margine*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018.

3002 Riprendo il lessico di R. Koselleck, *"Erfahrungsraum" und "Erwartungshorizont" – Zwei historische Kategorien* (1975), in Id., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1989, pp. 349 ss. Spunti anche in M. Benvenuti, *Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. Il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018.

ISSN 2279-7238

caratterizzato il periodo del conflitto armato e dei totalitarismi[3003]. Tale discorso si dispiega lungo due binari. Per un verso vi è l'indagine sulla parabola della civiltà moderna, di cui si percepisce la decadenza; per l'altro verso di questa civiltà si cerca di ravvivare le radici, che affondano nell'unione di popoli mediterranei e nordici, latini e germanici. Si tratta di radici caratterizzate dalla compresenza dell'illuminismo e del romanticismo, del cosmopolitismo universalistico e delle particolarità nazionali. Basti qui ricordare figure tra loro diverse come Oswald Spengler, José Ortega y Gasset, Johan Huizinga, Stephan Zweig, Sigmund Freud, Ernst Robert Curtius, Edmond Husserl, Paul Valéry, Julien Benda, Christopher Dawson e lo stesso Febvre. Particolarmente pregnanti sono state le analisi di Benedetto Croce, che ha individuato come trama principale della storia europea l'affermazione del principio libertà, e di Paul Hazard, che ha collocato la nascita della «coscienza europea» a cavallo tra la fine del Seicento e l'inizio del Settecento, con il consolidamento della libertà religiosa e del principio di tolleranza, lo sviluppo del razionalismo ma anche del senso di appartenenza nazionale[3004].

Il secondo binario di questo studio riguarda i progetti di unificazione europea: è un genere che, pur avendo origine nel cosmopolitismo illuministico, acquista una più specifica caratterizzazione politica a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, per rafforzarsi dopo il primo conflitto mondiale. Si segnalano così la *Paneuropa*, il disegno neo-aristocratico e ispirato alla teoria degli imperi pubblicato nel 1923 dal conte Richard Coudenhove-Kalergi, e il discorso del Ministro degli Esteri francese Aristide Briand, pronunciato nel 1929 alla Società delle Nazioni, volto alla creazione di *une sorte de lien fédéral* tra gli stati europei con l'obiettivo di rafforzare la solidarietà reciproca tra gli stati senza tuttavia intaccarne la sovranità [3005]. In questo contesto, notevole attenzione suscitano per il lettore contemporaneo le visioni di alcuni esponenti e gruppi della sinistra non comunista volte all'instaurazione di un'Europa federale, democratica e sociale. A partire dagli anni venti, consapevoli che il vecchio internazionalismo socialista si era rivelato troppo astratto e

[3003] L. Febvre, *L'Europa. Storia di una civiltà. Corso tenuto al Collège de France nell'anno accademico 1944-1945*, ed. orig. *L'Europe. Genèse d'une civilisation* (1999), tr. it. di A. Galeotti, Roma, Donzelli, 1999, p. 14 («Europa rifugio»). Sul senso della metafora v. M. Verga, *Storie d'Europa. Secoli XVIII-XXI*, Roma, Carocci, 2017, pp. 98 ss. [prima ed. 2004].

[3004] Cfr. T. Visone, *L'Europa oltre l'Europa. Metamorfosi di un'idea nella crisi degli anni Trenta (1929-1939)*, Pisa, ETS, 2015; Id., *L'idea di Europa nell'età delle ideologie (1929-1939). Il dibattito francese e italiano*, Paris, Bouquineo.fr, 2012; M. Verga, *Storie d'Europa*, cit., pp. 81 ss., ed ivi, pp. 93 ss., sulla lontananza da questi orizzonti della scuola romana di Gioacchino Volpe, nell'ambito della quale vanno collocati anche i coevi studi di Chabod sulla politica dell'equilibrio. Degli ultimi due autori richiamati nel testo v. in particolare B. Croce, *Storia d'Europa nel secolo decimonono* (1932), Bari, Laterza, 1965; P. Hazard, *La crisi della coscienza europea*, ed. orig. *La crise de la conscience européenne* (1935), Torino, Einaudi, 1946. Sui «luoghi politico-mentali della memoria europea» (conservatore, cristiano-messianico, liberale e democratico) v. P. de Boer, *Konzept Europa*, in Id., *Mythen und Grundbegriffe des europäischen Selbstverständnisses*, v. I, München, Oldenbourg, 2012, pp. 59 ss. Nella storia sociale la sottolineatura di una comune identità europea è stata invece più rara, essendosi semmai posto l'accento sulla molteplicità dei modelli nazionali di sviluppo: cfr. L. Raphael, *Ordnungsmuster und Selbstbeschreibungen europäischer Gesellschaften im 20. Jahrhundert*, in Id. (hrsg.), *Theorien und Experimente der Moderne. Europas Gesellschaften im 20. Jahrhundert*, Köln, Bohlau, 2012, pp. 9 ss. Non mancano però importanti studi anche in questo settore, tra cui v. soprattutto H. Kaelble, *Verso una società europea. Storia sociale dell'Europa 1880-1980*, ed. orig. *Auf dem Weg zu einer europäischen Gesellschaft. Eine Sozialgeschichte Europas 1880-1980* (1987), Roma-Bari, Laterza, 1990.

[3005] V. per tutti l'ampio affresco di J.L. Chabot, *Aux origines intellectuelles de l'Union européenne. L'idée de l'Europe unie de 1919 à 1939*, Grenoble, PUG, 2005, *passim*, ed altresì H. Mikkeli, *Europa. Storia di un'idea e di un'identità*, cit., pp. 66 ss., 87 ss.; T. Visone, *L'Europa oltre l'Europa*, cit., pp. 113 ss.

ISSN 2279-7238

quindi perdente dinanzi alle tentazioni nazionalistiche, alcuni partiti socialisti nazionali – primo su tutti la SPD tedesca nel programma di Heidelberg del 1925 – o loro membri operanti clandestinamente fecero propria la formula degli Stati Uniti d'Europa, con il fine di compensare l'espansione del capitalismo attraverso un'organizzazione che a livello continentale guidasse la produzione economica e proteggesse la classe lavoratrice. Si trattava di un indirizzo opposto a quello nel frattempo emerso negli ambienti comunisti e nella III Internazionale, dove le aperture europeiste di Leon Trotzky (ma prima ancora di Karl Kautsky e degli austro-marxisti) furono condannate dalla linea leninista e da quella staliniana. Attraverso le tesi dello sviluppo ineguale e del socialismo in un paese solo, e con l'aggancio al principio di autodeterminazione dei popoli, l'indirizzo prevalente mirava a ostacolare processi di aggregazione europea che, agendo di concerto con il capitalismo statunitense, avrebbero potuto pregiudicare il modello economico e politico dello stato sovietico[3006]. A partire dal 1929 e dal 1933, gli anni che corrispondono allo scoppio della grande depressione e all'ascesa del nazionalismo hitleriano, il senso di urgenza nel realizzare questi progetti si accrebbe fortemente, riflettendo una concezione cairotica del tempo allora diffusa. L'idea d'Europa divenne quindi obiettivo dell'azione politica di diverse formazioni resistenziali che condividevano motivi socialisti e solidaristi, attivi in patria e in esilio[3007].

Ho preferito in questo lavoro soffermarmi su alcune figure significative nel cui pensiero e nella cui azione sono compresenti sia la riflessione culturale che la progettualità politica, anche se in misura e con accenti diversi: Thomas Mann, Anna Siemsen, Carlo Rosselli, Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi. Questa scelta dipende sia dalla mia esperienza di studio, poiché quello tedesco e quello italiano sono i contesti con cui ho maggiore familiarità, sia dai temi trattati da tali autori, essendo tutti sostenitori, da posizioni riferibili alla sinistra, di un'Europa federale, democratica, sociale con profonde radici culturali. Visioni siffatte costituiscono il sostrato storico-spirituale dell'identità costituzionale europea (art. 2, 4 e 6 TUE; preamboli del TUE e della CDFUE). Lo spazio riservato ai singoli pensatori non sarà però omogeneo: più ampia sarà l'attenzione dedicata a Mann e a Siemsen, dal momento che gli studi italiani che li riguardano, mettendo a fuoco la questione europea, sono ancora relativamente limitati (meno per Mann, più per Siemsen)[3008]. L'interesse per Thomas Mann

[3006] R. Monteleone, *Le ragioni teoriche per il rifiuto degli Stati Uniti d'Europa nel movimento comunista internazionale*, in S. Pistone (a cura di), *L'idea dell'unificazione europea dalla prima alla seconda guerra mondiale*, Torino, Fondazione Luigi Einaudi, 1975, pp. 77 ss.; T. Visone, *L'Europa oltre l'Europa*, cit., pp. 208 ss. Sull'austromarxismo v. *infra*, nn. 71, 90-91. Nell'ambito della cultura comunista si segnala la visione alternativa dell'integrazione sovranazionale e dei rapporti tra Europa, America e Russia elaborata da Antonio Gramsci, su cui v. G. Vacca, *Modernità alternative. Il Novecento di Antonio Gramsci*, Torino, Einaudi, 2017, pp. 80 ss., 135 ss., 219 ss. V. altresì T. Visone, *L'idea di Europa nell'età delle ideologie*, cit., pp. 145 ss.

[3007] Tra gli altri v. W. Lipgens, W. Loth, *Documents on the History of European Integration*, v. I, *Continental Plans for European Union 1939 – 1945*, Berlin New York, de Gruyter, 1985; degli stessi, *Documents on the History of European Integration*, v. II, *Plans for European Union in Great Britain and in Exile*, 1939 – 1945, Berlin New York, de Gruyter, 1986; C. Rognoni Vercelli, P.G. Fontana, D. Preda (a cura di), *Altiero Spinelli, il federalismo europeo e la resistenza*, Bologna, il Mulino, 2012; B. Schilmar, *Der Europadiskurs im deutschen Exil. 1933-1945*, München, Oldenbourg, 2004.

[3008] Sulla scrittrice e pedagogista tedesca v. i lavori di F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa. Scritti dall'esilio svizzero*, Milano, Franco Angeli, 2010; Ead., *L'itinerario di una federalista: l'europeismo di Anna Siemsen tra Repubblica di Weimar e secondo dopoguerra*, in C. Rognoni Vercelli, P.G. Fontana, D. Preda (a cura di), *Altiero Spinelli, il federalismo europeo e la resistenza*, cit., pp. 533 ss. A quanto mi risulta gli scritti di Lacaita esauriscono la bibliografia italiana su Anna Siemsen.

ISSN 2279-7238

è dovuto alla sua autocomprensione come rappresentante culturale non solo della Germania ma anche dell'Europa, quello per Anna Siemsen dalla sua concezione dinamica e culturalmente plurale del corpo sociale, nonché dal fatto che l'autrice sia una delle poche donne ad aver partecipato attivamente, nel periodo tra le due guerre, alla discussione sull'Europa. Svolgerò invece una trattazione più sintetica con riguardo a Rosselli e agli autori del "Manifesto di Ventotene", sui quali gli approfondimenti dottrinali nel nostro paese certo non mancano[3009]. Da costituzionalista e comparatista il mio obiettivo non è tanto quello di rinvenire elementi inediti nella riflessione degli scrittori appena menzionati, quanto piuttosto quello di suggerire agli studiosi e alle studiose delle mie discipline alcune coordinate interpretative per comprendere la crisi presente e attraversarla. Dopo aver messo a fuoco gli aspetti salienti di ciascuna figura, cercherò nel paragrafo conclusivo di individuare, accanto ad alcune divergenze, i principali tratti comuni alle loro concezioni, recuperando la discussione sulle utopie e mostrando il valore paradigmatico che esse possono assumere anche nella crisi presente. Se il federalismo e la democrazia sociale sono oggi parte dell'identità costituzionale europea è perché donne e uomini, nella loro esperienza di vita e nelle loro opere, hanno in passato attualizzato quei valori e lottato per essi.

2. Thomas Mann: un'Europa di mediazioni culturali e Humanität

La riflessione di Thomas Mann sull'Europa accompagna la scrittura di racconti, romanzi e saggi politici fin dall'inizio del Novecento: di essi non costituisce un elemento separabile ma ne dirige il movimento, essendo «parte integrante della poetica» dell'autore[3010]. Se l'approccio e i toni cambiano nel corso degli anni, parallelamente al mutare della situazione politica, il grande tema di fondo resta costante: delineare le componenti di una cultura europea, diagnosticare il suo declino per poi scorgerere all'orizzonte le linee di un suo superamento.

Il primo lavoro manniano su cui merita soffermare l'attenzione sono le "Considerazioni di un impolitico" (d'ora in avanti, le "*Betrachtungen*"), opera autobiografica complessa e disorientante composta tra il 1914 e il 1918[3011]. Il contesto in cui essa ebbe origine è noto:

Su Thomas Mann vi sono bensì molti studi che ne inquadrano il pensiero politico (v. tra gli altri la rassegna di E. Alessiato, *Topografie culturali. Thomas Mann e la storia del pensiero politico*, in *Storia del pensiero politico*, 2013, pp. 505 ss., e *infra*, par. 2). In essi è tuttavia rara una specifica attenzione per la prospettiva europea. Si segnalano al riguardo M.A. Ruschini, *Thomas Mann e l'Europa. Religione umanità storia*, Venezia, Marsilio, 1994, che si concentra sulla dimensione filosofica e letteraria, nonché T. Visone, *L'Europa oltre l'Europa*, cit., pp. 274 ss.

[3009] Cfr. i riferimenti *infra*, al par. 4.

[3010] P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, Genéve Paris, Institut européen de l'Univerisité Georg Editeur, 2003, pp. 18 ss. (23).

[3011] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, ed. orig. *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918), tr. it. a cura di M. Marianelli e M. Ingenmey, Milano, Adelphi, 1997, su cui cfr., oltre agli autori indicati *infra*, M.G. Kamphausen, P. Pombeni, G. Sasso, P.G. Zunino, *Discussione su "Considerazioni di un impolitico" di Thomas Mann*, in *Contemporanea*, 1998, pp. 299 ss. In un'edizione abbreviata del 1922 l'autore modificò alcuni punti, stemperando i passaggi più aspri concernenti il conflitto

ISSN 2279-7238

lo scoppio della prima guerra mondiale e la difesa, da parte di molti intellettuali tedeschi, della politica estera e del militarismo della Germania guglielmina. Mann condivide le "idee del 1914" con un nutrito gruppo di intellettuali, mentre minoritaria è la posizione di chi, come il fratello Heinrich, anch'egli scrittore, si schiera in favore del pacifismo internazionalista. Le "*Betrachtungen*" appaiono così anche il luogo di uno scontro serrato con quest'ultimo che – benché mai citato in maniera diretta – incarna la figura tanto disprezzata dello *Zivilisationsliterat*[3012]. Mann riprende l'opposizione, già utilizzata in scritti precedenti e ben nota alla pubblicistica dell'epoca, tra *Kultur* e *Zivilisation*, servendosi di una topografia spirituale che associa la seconda all'Occidente, e in particolare alla Francia, e la prima alla Germania. C'è anche una specifica temporalità in questa antinomia, poiché la *Zivilisation* appartiene ai fermenti ideali del diciottesimo e in parte del ventesimo secolo, mentre la *Kultur* è più vicina alla temperie del diciannovesimo secolo, alla quale Mann sente di appartenere. La *Zivilisation* è collegata a concetti come progresso materiale, astrattezza, uniformità, radicalismo, *bourgeoisie*, politica, democrazia, pacifismo, internazionalismo, letteratura, eloquenza pedante, forma vuota, nichilismo. Per parte sua, la *Kultur* è invece definita negativamente rispetto alla *Zivilisation*, ma anche tramite l'associazione a concetti come conservazione, interiorità, anima, etica, sostanza, *Bürgerlichkeit*, arte, musica, poesia, *Bildung*, cosmopolitismo[3013].

Tra questi ultimi, l'interiorità (*Innerlichkeit*) è un termine chiave per comprendere la *Kultur* e la *Bildung* tedesche: è il portato della riforma luterana, che ha spinto l'uomo a guardare senza infingimenti al proprio interno e a cercare un rapporto diretto con Dio. Di qui la cura di sé, l'attenzione per la formazione spirituale e il proprio perfezionamento, la valorizzazione delle particolarità e dell'autonomia dei singoli che differenziano l'individualismo tedesco rispetto a quello egualitario francese. Mann sovrappone spesso il termine *Bildung* a quello di *Humanität*: entrambi sono espressione della *Bürgerlichkeit* e fanno proprio un ideale di educazione e maturazione dell'uomo a cui è originariamente estranea la dimensione politica. Nelle sue parole: «La *Humanität* tedesca [...] oppone una resistenza di fondo al processo della sua politicizzazione; al concetto tedesco di *Bildung* manca effettivamente l'elemento politico». Per converso, se la «borghesia tedesca è umana» potrà diventare «politica» come quella occidentale «solo percorrendo la via della sua disumanizzazione»[3014]. La Germania ha del resto raggiunto l'unità politica in un'epoca più tarda rispetto ad altri stati europei, compensando questo ritardo con la produzione dell'unità

con il fratello (v. *infra*, la nota seguente). Esula da questo lavoro un quadro completo della bibliografia su Thomas Mann: per approfondimenti rimando alle indicazioni rinvenibili nelle opere citate.

[3012] Per una contestualizzazione dell'opera, anche con riguardo al rapporto tra i fratelli Mann, v. tra i molti M. Freschi, *Thomas Mann, le* Considerazioni di un impolitico *e la Rivoluzione conservatrice*, in G. Cantillo, D. Conte, A. Dionise (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, il Mulino, Bologna, 2011, 11 ss.; P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 27 ss.; E. Alessiato, *Topografie culturali. Thomas Mann e la storia del pensiero politico*, cit., pp. 512 ss.; N. Hamilton, *I fratelli Mann*, ed orig. *The Brothers Mann* (1978), Milano, Garzanti, 1983, pp. 213 ss.; L. Ceppa, *I fratelli Mann. Una biografia in parallelo*, in *Riv. st. cont.*, 1984, 113 ss.

[3013] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 69 ss., 73 ss. e *passim*.

[3014] Ivi, p. 123 ss. (123, 128), 165 ss. V. anche ivi, p. 274.

ISSN 2279-7238

dello stato – un *Obrigkeitsstaat* – a partire dalla «nazione culturale»[3015]. Mann considera in termini critici l'equazione, proposta dagli *Zivilisationsliteraten*, tra politica e democrazia, ma le sue "Considerazioni" lasciano spazio a una definizione di politica in negativo (l'«impolitico»), come un'entità incompatibile con la cultura e tuttavia incarnata dal *Machtsstaat* guglielmino. Non stupisce quindi che come rappresentanti del popolo tedesco siano stati individuati personaggi chiave della *Kultur*, tra cui Lutero, Goethe e lo stesso Mann. La riforma protestante ha reso la Germania «immune» rispetto alla rivoluzione politica[3016] e ciò ha favorito il consolidarsi di un'immagine organicistica della comunità, corrispondente all'idea tönnesiana di *Gemeinschaft* piuttosto che a quella più atomistica e conflittuale di *Gesellschaft*[3017], un'immagine che veicola il dualismo tra interiorità e statualità e occupa la sfera che altrove è presidiata dalla politica. Il concetto di libertà tedesco non è peraltro negativo ma si collega a quelli di dovere e responsabilità: l'interiorità individuale si approfondisce e si perfeziona attraverso la *Bildung* all'interno di un assetto organicistico che alimenta il senso del servizio per la comunità e per lo stato. Si tratta, anche su questo fronte, di idee ampiamente condivise negli ambienti intellettuali dell'epoca: Mann risente in particolare dell'influenza di Ernst Troeltsch e tende a collocare, soprattutto in questa fase, il concetto di libertà nella sfera artistica, laddove lo stato appare come garanzia esterna della sua possibilità[3018]. I riferimenti al cosmopolitismo vanno inoltre intesi non alla stregua di un astratto internazionalismo ma come proiezione universalistica dell'essere tedesco, che coniuga non senza tensioni il carattere nazionale con l'idea di una umanità sovranazionale, ricalcando le concezioni territoriali imperiali e la visione meineckiana dello stato nazionale[3019].

E, tuttavia, questa contrapposizione risulta a ben vedere meno netta nelle stesse "*Betrachtungen*", essendo le identità dei due paesi (Francia e Germania), dei due fratelli (Heinrich e Thomas) e dell'Europa stessa delineate in maniera più articolata: vi sono infatti rimandi più o meno espliciti dalle une alle altre e si scorgono reciproche contaminazioni[3020].

[3015] Sulla differenza tra nazione culturale e nazione territoriale v. F. Meinecke, *Cosmopolitismo e stato nazionale. Studi sulla genesi dello stato nazionale tedesco*, ed. orig. *Weltbürgertum und Nationalität* (1907, 1922), v. I, tr. it. di A. Oberdorfer, Firenze, La Nuova Italia, 1975, pp. 3 ss.

[3016] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., p. 512.

[3017] F. Tönnies, *Comunità e società*, ed. orig. *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887, 1922), tr. it. a cura di R. Treves, Milano, Edizioni di Comunità, 1963.

[3018] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 288 ss., 481, 514 ss. Su questi aspetti v. R. Mehring, *Das "Problem der Humanität". Thomas Manns politische Philosophie*, Paderborn, Mentis, 2003, pp. 15, 55 ss. L. Dumont, *Die deutsche Ideologie. Frankreich-Deutschland: hin und zurück*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 97 ss., ed ivi, pp. 79 ss., per un esame della concezione di libertà e di *Bildung* di Troeltsch; H. Kurzke, *Einleitung*, in T. Mann, *Essays*, Bd. II, *Politische Reden und Schriften*, Frankfurt a.M., Fischer, 1977, pp. 9-10.

[3019] V. ad esempio T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., p. 51. Sulla permanenza di una concezione sovraterritoriale della sovranità nella Germania di inizio secolo v. L. Dumont, *Die deutsche Ideologie. Frankreich-Deutschland: hin und zurück*, cit., pp. 92, 94-95. V. altresì F. Meinecke, *Cosmopolitismo e stato nazionale*, v. I, cit., pp. 1 ss. e *passim*.

[3020] Cfr. da ultimo P.G. Mann, *The Good European in the Great War: Thomas Mann's* Reflections of an Unpolitical Man *and the Politics of Self, Nation and Europe*, in *J. Eur. Stud.*, 2017, 34 ss. V. altresì L. Dumont, *Die deutsche Ideologie. Frankreich-Deutschland: hin und zurück*, cit., 101, 107 ss.; A. Dionise, *Ironia, politica ed etica nelle* Considerazioni di un impolitico, in Ead., G. Cantillo, D. Conte, (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, cit., 250-251; G. Sasso, *Sulle "Considerazioni" di Thomas Mann*, in *La cultura*, 1998, pp. 357 ss. La piena riconciliazione tra i fratelli avverrà tuttavia solo dopo la guerra: cfr. N. Hamilton, *I fratelli Mann*, cit., pp. 249 ss.

ISSN 2279-7238

È lo stesso Mann a riconoscere l'importanza di una componente straniera nell'identità dei tedeschi che si sono contrassegnati nell'ambito della *Kultur*. Non a caso coloro che l'autore dichiara essere i suoi mentori – Arthur Schopenhauer, Friedrich Nietzsche e Richard Wagner – presentano tutti dei caratteri che li rendono non solo grandi tedeschi ma anche grandi europei. Particolarmente degna di nota è l'adesione di Mann all'interpretazione di Nietzsche data da Ernst Bertram, un'interpretazione che non vede nel filosofo un epigono del romanticismo ma un autore capace di indicare un via di uscita alla decadenza. Anche per Mann sarebbe stato Nietzsche «col suo europeismo» ad aver

> contribuito più di chiunque altro all'educazione critica, al processo di intellettualizzazione, di psicologizzazione, di letterarizzazione, di radicalizzazione o, se vogliamo non temere il termine politico, di democratizzazione della Germania[3021].

Mann fa inoltre frequentissimi rimandi a Goethe, espressione più alta del classicismo weimariano ed emblema dell'umanesimo non solo tedesco ma europeo, la cui opera viene valorizzata anche in funzione critica rispetto all'irrazionalismo contemporaneo [3022]. Nell'ambito di questo intreccio artistico e spirituale tra identità tedesca ed europea, al trio Schopenhauer-Nietzsche-Wagner si sovrappone quello, ripreso ancora da Nietzsche[3023], Petrarca-Erasmo-Voltaire, ai quali Mann guarda come europei che hanno colto il significato del dubbio e della tolleranza, dischiudendo le porte a un umanesimo critico e antirivoluzionario. È in essi che egli si riconosce, piuttosto che in esponenti dell'illuminismo radicale e rivoluzionario come Jean Jacques Rousseau[3024].

Il cuore delle "*Betrachtungen*", dunque, non è tanto l'antagonismo tra i due poli di *Kultur* e *Zivilisation* quanto la posizione mediana occupata dall'uomo e dall'artista tedesco, tra tradizione e modernità. Costui è anche il rappresentante di una nazione, la Germania, che a sua volta viene percepita come il luogo situato all'incrocio tra Oriente e Occidente, *die Mitte Europas*[3025]:

> Non è la natura tedesca il punto di mezzo, la posizione mediana e mediatrice, e non è il tedesco l'uomo di mezzo in grande stile? Se già è tedesco essere borghese, allora è forse ancor più tedesco essere qualcosa fra il borghese e l'artista, e anche qualcosa fra un patriota e un europeo, fra uomo della protesta e uomo dell'Occidente, fra un conservatore e un nihilista [...][3026].

> E quando io dico 'l'anima tedesca' non intendo soltanto l'anima della nazione nel suo insieme; intendo invece proprio l'anima singola, la testa e il cuore dell'individuo tedesco,

[3021] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., p. 103.
[3022] R. Mehring, *Das "Problem der Humanität". Thomas Manns politische Philosophie*, cit., pp. 71 ss.; P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., pp. 353 ss.
[3023] Cfr. F. Nietzsche, *Umano troppo umano*, I, ed. orig. *Menschliches Allzumenschliches* (1878, 1886), in Id., *Opere filosofiche*, v. III, a cura di S. Giametta, Torino, Utet, 2006, pp. 76, 184, 280.
[3024] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 496 ss. Cfr. P.G. Mann, *The Good European in the Great War: Thomas Mann's* Reflections of an Unpolitical Man *and the Politics of Self*, cit., pp. 47 ss.
[3025] V. anche ivi, pp. 44 ss.; G. Sasso, *Sulle "Considerazioni" di Thomas Mann*, cit.
[3026] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., p. 128.

ISSN 2279-7238

intendo addirittura me stesso. Essere campo di battaglia spirituale per tutte le contraddizioni dell'Europa: questo è propriamente tedesco[3027].

Non solo l'idea della Germania come crocevia tra Est e Ovest ma anche la metafora del campo di battaglia spirituale per le contraddizioni europee si trovano già negli scritti di Fëdor Dostoevskij[3028], autore che trova ampia eco nelle "*Betrachtungen*", benché l'idea dostoevskijana della Germania come protesta «muta» contro l'imperialismo occidentale venga qui progressivamente differenziata e trovi espressione attraverso le voci dei rappresentanti critici del germanismo, tra cui lo stesso Mann[3029]. Tra *Kultur* e *Zivilisation* si instaura quindi un'interazione e da questa scaturisce l'orizzonte di una cultura propriamente europea[3030]. Le concretizzazioni specifiche di questo rapporto sono diverse e mi limiterò a richiamarne solo un paio. Da una parte vi è la stessa autocomprensione di Mann, il quale lancia bensì degli strali contro gli *Zivilisationsliteraten* del suo paese ma è consapevole di beneficiare anche lui dell'eredità dello spirito letterario occidentale: se i francesi si sono contraddistini per aver approfondito il genere del romanzo sociale, Mann non prescinde da questo ma cerca di rinnovarlo innestandovi elementi poetici e musicali, tanto da fargli assumere la forma di una *summa sinfonica*[3031]. Non stupisce dunque che l'autore spenda parole positive anche nei confronti della *Zivilisation*, che non può essere ricondotta a pura materia ma presenta elementi spirituali, anzi «è lo spirito stesso, nel senso della ragione, dell'incivilimento, del dubbio, dell'illuminismo», che però reca in sé anche i semi del «dissolvimento» [3032]. Qui si tocca – venendo al secondo esempio – il dualismo tra spirito e vita. Il nucleo semantico della vita (*das Leben*), quel «concetto supremamente anticoncettuale» che era stato rimosso dalla filosofia moderna e che in quegli anni veniva indagato dalla *Lebensphilosophie* oltre che dalle scienze biologiche, si riferisce all'esperienza della vita come immanenza che irrompe nell'ordine naturale e sociale svelando una profonda realtà al di là dell'ordine simbolico. La dialettica della vita con lo spirito (*der Geist*), sulla quale si sono soffermati anche Georg Simmel e Ernst Cassirer, è un modo di inquadrare il rapporto tra l'immanenza e il principio di trascendenza, rapporto che Mann cerca di delineare attraverso l'opera dei suoi *auctores* (la metafisica di Schopenauer, l'eterno ritorno di Nietzsche, l'organicismo di Wagner, l'unità del cosmo di Goethe)[3033]. La tensione

[3027] Ivi, p. 74.
[3028] Cfr. F. Dostoevskij, *Il problema mondiale germanico. La Germania paese che protesta* (maggio-giugno 1877), in Id., *Diario di uno scrittore*, tr. it. di E. Lo Gatto (1981), Milano, Bompiani, 2007, pp. 937 ss.; Id., *Un uomo genialmente diffidente* (maggio-giugno 1877), ivi, p. 945.
[3029] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 61 ss. Sul punto v. A. Dionise, *Ironia, politica ed etica nelle* Considerazioni di un impolitico, cit., pp. 234 ss.
[3030] P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., p. 42; v. anche P.G. Mann, *The Good European in the Great War: Thomas Mann's* Reflections of an Unpolitical Man *and the Politics of Self*, cit., p. 49.
[3031] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 582 ss. V. ampiamente P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., pp. 29 ss., 139 ss.
[3032] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 185-186.
[3033] L. Bazzicalupo, *Riflessi politici del mito della vita manniano*, in G. Cantillo, D. Conte, A. Dionise (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, cit., 169 ss. (175); A. Dionise, *Ironia, politica ed etica nelle* Considerazioni di un impolitico, cit., 242 ss. V. anche L. Dumont, *Die deutsche Ideologie. Frankreich-Deutschland: hin und zurück*, cit., 102. È esplicita la derivazione della concezione manniana dalle posizioni di Nietzsche: cfr. T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 100 ss.

ISSN 2279-7238

tra vita e spirito trova una conciliazione artistica tramite l'ironia, la quale nel lessico manniano rappresenta un'espressione intellettualistica dello spirito che anela alla vita[3034]: l'uomo dello spirito che percorre la via dell'ironia e non quella del radicalismo non si identifica con il motto *fiat justitia o veritas o libertas, fiat spiritus - pereat mundus et vita!* Ma si chiede semmai «è forse un valido argomento la verità, quando ne va della vita?». L'ironia è dunque «autonegazione dello spirito a favore della vita», e proprio perché partecipa dello spirito e dell'intelletto il suo dispiegamento potrebbe portare all'esito apparentemente paradossale di «favorire democrazia e progresso»[3035].

Se nell'ambito artistico la mediazione attraverso l'ironia tra vita e spirito, *Kultur* e *Zivilisation* chiude le "Considerazioni", l'autore manifesta una perplessità circa il manifestarsi di una simile attitudine anche nell'ambito della politica. La politica non può essere infatti, come l'ironia, un'etica personale: essa richiede flessibilità e capacità di negoziare non meno che serietà e responsabilità, e deve potersi tradurre in un accordo tra forze diverse senza ricorrere agli strumenti del radicalismo[3036]. Se dunque è difficile pensare a una «politica ironica», l'ironia può nondimeno assumere un significato politico, nella misura in cui costituisce l'atteggiamento spirituale che relativizza i tratti assolutizzanti e decisionistici della politica novecentesca[3037]. Si intravede già qui l'inizio della tormentata transizione verso il fronte repubblicano, suggellata dalla *Rede* del 1922[3038]. Alla repubblica Mann approda dopo aver scorto e temuto le derive fasciste, demagogiche e violente dell'irrazionalismo romantico e del conservatorismo, grazie a un convincimento che proviene dall'applicazione della ragione. Mann è un democratico non tanto perché sia convinto che la legittimazione dello stato derivi da libere elezioni, dal procedimento parlamentare o dall'organizzazione della società mediante la costituzione, ma perché pensa che quella legittimazione provenga dal fine dello stato di preservare la nazione culturale – quindi l'idea tradizionale del *Kulturstaat* – in una comunità concorde, mostrando qui una continuità con il pensiero delle "*Betrachtungen*" (non a caso a sostegno di questa tesi è richiamata l'insolita coppia di Novalis e Walt Whitman). In una prospettiva siffatta, lo stato assicura le condizioni per il mantenimento di un consenso culturale di base, tale da esercitare una funzione moderatrice e riequilibratrice rispetto agli aspri conflitti tra le diverse visioni del mondo e della politica che agitano la Germania weimariana (per assecondare questa funzione Mann appoggia peraltro la politica di conciliazione di Gustav Stresemann e si avvicina all'SPD come *Staatspartei* della repubblica). Mann è quindi un «illuminista suo malgrado», uno di quei

[3034] L'ironia manniana è pervasa da una tensione erotica che nell'immaginario dell'autore si rispecchia nella relazione tra Socrate e Alcibiade in una lirica di Friedrich Hölderlin: sul punto v. A. Dionise, *Ironia, politica ed etica nelle* Considerazioni di un impolitico, cit., p. 249, con l'individuazione della fonte pertinente in una lettera di Mann a Carl Maria Weber.

[3035] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 45-46, 565 ss. (citazioni alle pp. 46, 565, 581).

[3036] Ivi, p. 575.

[3037] Ibidem, per la citazione. Sul punto v. H. Kurzke, *Einleitung*, cit., p. 21; E. Alessiato, *Topografie culturali. Thomas Mann e la storia del pensiero politico*, cit., p. 510.

[3038] T. Mann, *Della repubblica tedesca*, ed. orig. *Von deutscher Republik* (1922), in Id., *Moniti all'Europa*, tr. it. a cura di di L. Mazzucchetti, Milano, Mondadori, 2017, pp. 3 ss., sul cui significato nel contesto della Germania weimariana cfr. P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, cit., pp. 40 ss., anche per un confronto con Cassirer.

ISSN 2279-7238

Vernunftrepublikaner descritti da Friedrich Meinecke, aderenti alla repubblica con la forza dell'intelletto e della razionalità ma ancora affascinati dalla monarchia e fedeli nel cuore a quel passato[3039]. La divaricazione tra risposta artistica, mediata dall'ironia, e risposta politica, guidata dalla ragione, produce uno scarto tra la narrativa dell'autore, in cui traspare un sofisticato scetticismo verso lo scontro tra concezioni del mondo, e i suoi scritti politici, non privi di retorico *pathos*. I secondi restano tuttavia imprescindibili per inquadrare i primi, poiché avvalorano la pretesa di verità dell'opera artistica tramite la prova della veridicità delle convinzioni dell'autore[3040].

Molti dei temi toccati dalle "*Betrachtungen*" affiorano nei personaggi dei romanzi e dei racconti di Mann. L'opposizione tra *Kultur* e *Zivilisation* sembra accentuarsi dopo la presa del potere dei nazisti (la *romantische Barbarei*) e lo scoppio della seconda guerra mondiale, ad esempio con la polarizzazione nel *Doktor Faustus* tra i tratti irrazionali e mistici del musicista geniale, Adrian Leverkühn, e quelli più riflessivi del suo biografo, il pacato filologo classico Serenus Zeitblom, anche se il romanzo può essere letto intersecando i tratti delle due figure come rappresentazione della duplicità della Germania[3041]. Una sintesi europea viene invece tentata prima con "*Der Zaubergerg*/La montagna magica" e poi con la tetralogia di "*Joseph und seine Brüder*/Giuseppe e i suoi fratelli"[3042]. Potente è nello *Zauberberg* l'affresco del sanatorio *Berghof*, una metafora della decadenza dell'Europa e del suo destino: il luogo predisposto alla cura della malattia che non riesce tuttavia a impedire la morte – sulla quale, anzi, getta un lucido sguardo. Il sanatorio è frequentato da ospiti provenienti da molti paesi, di cui vengono riflesse alcune tipicità culturali. Ricordo il tedesco Joachim Ziemssen, che aderisce nell'intimo ai valori prussiani dell'onore militare e ai quali tuttavia non può concretamente tener fede per la sua debolezza fisica; egli è il cugino del protagonista Hans Castorp, con cui forma una coppia simile a quella dei dioscuri Castore e Polluce. Vi sono poi da un lato l'italiano Settembrini, seguace dell'illuminismo, convinto assertore della forza della ragione e della necessità dell'impegno politico ma anche massone, il prototipo dello *Zivilisationsliterat* (qui visto con indulgenza e perfino con simpatia), e dall'altro l'ebreo spagnolo convertito Leon Naphta, arguto contraddittore e indagatore della morte, rivoluzionario conservatore, che teorizza il terrore ma è anche fautore di un socialismo cristiano organico. Altre qualità affiorano nella misteriosa russa Clawdia Chauchat: libera nei modi, nel pensiero e nel viaggiare, Clawdia si sottrae alle convenzioni e ai discorsi degli

[3039] Ivi, p. 10, da cui è tratta la citazione dell'*Aufklärer wider Willen*; R. Mehring, *Das "Problem der Humanität". Thomas Manns politische Philosophie*, cit., pp. 57-58. V. altresì A. Dionise, *Ironia, politica ed etica nelle* Considerazioni di un impolitico, cit., 257-259; H. Koopman, *Da nemico della democrazia a difensore della repubblica: la difficile svolta di Thomas Mann*, in G. Cantillo, D. Conte, A. Dionise (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, cit., pp. 50 ss.

[3040] H. Kurzke, *Einleitung*, cit., pp. 20-21; R. Mehring, *Das "Problem der Humanität". Thomas Manns politische Philosophie*, cit., p. 15.

[3041] T. Mann, *Doktor Faustus* (1947), ed. it. a cura di L. Crescenzi, Milano, Mondadori, 2017, su cui v. L. Crescenzi, *La musica di Faustus*, ivi, pp. V ss.

[3042] V. rispettivamente T. Mann, *La montagna magica*, ed. orig. *Der Zauberberg* (1924), tr. it. di R. Colorni, a cura di L. Crescenzi, Milano, Mondadori, 2010; Id., *Giuseppe e i suoi fratelli*, vv. I e II *[Le storie di Giacobbe; Il giovane Giuseppe; Giuseppe in Egitto; Giuseppe il nutritore]*, vv. I e II, ed. orig. *Joseph und seine Brüder [Die Geschichten Jaakobs; Der junge Joseph; Joseph in Ägypten; Joseph der Ernäher]* (1933-1943), tr. it. di B. Arzeni, Milano, Mondadori, 1954.

ISSN 2279-7238

occidentali. Di lei Castorp si innamora, anche se la donna finisce per unirsi al maestoso e misticheggiante Peeperkorn, l'olandese delle colonie dalla pelle scura. Quanto a Castorp, egli è un giovane ingegnere tedesco che si reca al *Berghof* per visitare Ziemssen ma vi rimane per sette anni; rappresenta la Germania che si lascia penetrare anche da fermenti non tedeschi: intellettualmente ed emotivamente inquieto, coinvolto nelle dispute dei suoi pedagoghi e appassionato di medicina, è l'uomo di mezzo che cerca invano un accomodamento tra diverse e avvolgenti concezioni del mondo, tra vita e spirito, ma trova comunque in questa tensione la forza per contrastare la pulsione di morte[3043].

Se già in quest'opera è percepibile il clima della psicanalisi – nonostante Mann abbia dichiarato di aver letto solo più tardi le opere di Freud –[3044] esso sarà centrale negli *Josephromane*, dove traspare piuttosto un'assonanza con la teoria junghiana degli archetipi, filtrata dagli studi sulla mitologia di Karl Kerényi e ancor prima di Johann Jakob Bachofen, nonché dall'aspra disputa con Alfred Bäumler[3045]. Il tentativo di Mann è quello di immergersi nelle profondità del passato per ritornare alle origini (*Ur-zeit*) dell'umanità attraverso il ricorso al mito, esplorando le potenzialità del suo significato fondativo ma anche svelando la persistenza di anacronismi quali espressioni di dolore e violenze primordiali. Mann lavora a una umanizzazione del mito, di contro alla meccanizzazione e allo stravolgimento di esso messi in opera dal fascismo e dal nazionalsocialismo. In tale operazione, il declino di una civiltà (quella egiziana dei faraoni) rimanda a quello europea di inizio Novecento, mentre l'intreccio fecondo tra culture diverse (ebraica, babilonese, assira, egizia, greca) ricorda ciò che ha favorito lo sviluppo della modenità europea. Il fatto che Giuseppe "il nutritore" riesca a riunificare la sua numerosa famiglia dopo il superamento di conflitti e carestie, in un ambiente sul quale agiscono stimoli derivanti a Mann dall'esilio negli Stati Uniti rooseveltiani, sembra suggerire un «nuovo umanesimo», un «umanesimo notturno» o lunare, capace di conciliare il principio luminoso, solare e paterno con quello oscuro, ctonio e materno, principi che si fronteggiano nel corso della tetralogia, indicando una prospettiva di risollevamento per l'Europa stravolta dai totalitarismi e dalla guerra[3046].

Il concetto che collega le varie fasi della produzione manniana, nonché le opere letterarie e quelle politiche è dunque quello di *Humanität* (o *Humanismus*), poiché per l'autore è

[3043] Per un'analisi approfondita dei personaggi dello *Zauberberg* e del loro significato con riguardo ai diversi aspetti della cultura dell'epoca cfr. P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., pp. 225 ss. La chiave di lettura di una rivalsa dell'impulso vitale su quello di morte, a partire dal sogno di Castorp nel capitolo-chiave "Neve", è suggerita tra gli altri da L. Crescenzi, *La "svolta etica" di Hans Castorp nella* Montagna Magica, in G. Cantillo, D. Conte, A. Dionise (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, cit., pp. 199 ss. e P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., pp. 336 ss.

[3044] Smentiscono le autocertificazioni manniane, dimostrando come lo scrittore di Lubecca non potesse ignorare alcuni scritti freudiani durante la redazione di quest'opera L. Crescenzi, *La "svolta etica" di Hans Castorp nella* Montagna Magica, cit., pp. 203 ss.; P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., pp. 324 ss. Diversamente R. Mehring, *Das "Problem der Humanität". Thomas Manns politische Philosophie*, cit., p. 12.

[3045] Cfr. C. Jamme, *Mitologia illuminata. Thomas Mann e il mito*, in G. Cantillo, D. Conte, A. Dionise (a cura di), *Thomas Mann tra etica e politica*, cit., 107 ss.; D. Conte, Ur. *Origini e politica in Thomas Mann*, ivi, 119 ss., ai quali rimando per ulteriori riferimenti bibliografici. Per la critica a Bäumler v. T. Mann, *Rendiconto parigino*, ed. orig. *Pariser Rechenschaft* (1926), in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di L. Mazzucchetti, Milano, Mondadori, 1957, pp. 200 ss.

[3046] D. Conte, Ur. *Origini e politica in Thomas Mann*, cit., 154 ss.; P. Dethurens, *Thomas Mann et le crepuscule du sens*, cit., pp. 399 ss.

ISSN 2279-7238

costantemente centrale la questione sul senso, sul modo e sui limiti della vita umana[3047]. Si è già detto di come l'*Humanität* abbia visto ampliare il proprio spettro semantico con l'avvicinamento di Mann alle posizioni repubblicane, quando il significato di *Humanität* si è esteso anche alla dimensione politica, racchiudendo la sintesi di stato e cultura. È un concetto chiave perché al suo interno operano le mediazioni tra polarità opposte – quelle tra vita e spirito, arte e politica, *Innerlichkeit* e *Staatlichkeit* – e perché presenta un potenziale universalistico. Non stupisce quindi che, con l'approfondirsi della crisi europea e la presa di coscienza da parte di Mann delle molteplici correnti ideali e politiche che attraversano il continente, l'area semantica della *Humanität* integri significati ulteriori legati alla sfera del socialismo. In uno scritto del 1928 Mann compie un significativo avvicinamento verso il socialismo ma sempre rimanendo coerente con le proprie categorie interpretative: nonostante la dottrina marxista possa apparire come il frutto del solo pensiero economico, e benché essa, attraverso la lotta di classe, possa avere come esito la disgregazione della *Gemeinschaft* e del popolo intesi come unità culturale, è altresì vero che il socialismo si è mostrato più capace di sviluppare al proprio interno la dialettica tra vita e spirito rispetto a quanto non abbiano fatto le concezioni della borghesia in declino. Sono questa vitalità e la capacità di incanalarsi all'interno di un movimento intellettuale più generale che Mann mostra di apprezzare particolarmente, auspicando un «patto dell'idea conservatrice di cultura con il pensiero rivoluzionario di società»: così come prima il concetto di cultura si era aperto a quello di democrazia ora si apre a quello di socialismo. Nel lessico manniano: «la Germania [...] avrà ritrovato se stessa solo quando Karl Marx avrà letto Friedrich Hölderlin»[3048]. Immesso nella sfera culturale il socialismo ne riflette alcuni caratteri tipici come la spiritualità, la religiosità, la destinazione alla cura e all'elevazione dell'uomo, tanto da essere qualificato – negli scritti politici ma anche nei romanzi, ad esempio attraverso i personaggi di Naphta o di Giuseppe – come un socialismo «cristiano» o «umano». La consapevolezza di Mann per i problemi dell'eguaglianza e della giustizia sociale cresce durante gli anni trenta tanto da prospettare, dall'esilio statunitense dove si stava sperimentando il *welfare state*, il passaggio dalla democrazia liberale alla «democrazia sociale». Il politico e il sociale sono quindi parte dell'umanità, della cultura e della vita, ma la compenetrazione di queste componenti deve avvenire in maniera equilibrata[3049]. È il principio libertà a guidare questo processo, ma le istanze egualitarie sono sempre più pressanti:

[3047] R. Mehring, *Das "Problem der Humanität. Thomas Manns politische Philosophie*, cit., *passim*. V. altresì M.A. Ruschini, *Thomas Mann e l'Europa. Religione umanità storia*, cit., *passim*.
[3048] T. Mann, *Cultura e socialismo*, ed. orig. *Kultur und Sozialismus* (1928), in Id., *Pace mondiale e altri scritti*, tr. it. a cura di R. Bagnoli, Napoli, Guida, 2001, pp. 21 ss. (31-32); Id., *Discorso ai lavoratori di Vienna*, ed. orig. *Rede vor Arbeitern in Wien* (1932), ivi, pp. 48 ss. Cfr. su questi aspetti R. Bagnoli, *Introduzione*, ivi, pp. 7 ss.; T. Visone, *L'Europa oltre l'Europa*, cit., pp. 290 ss.
[3049] T. Mann, *Il problema della libertà*, ed. orig. *Das Problem der Freiheit* (1939), in Id., *Moniti all'Europa*, cit., pp. 160 ss.

ISSN 2279-7238

Noi sentiamo che oggi, nel collegamento fra libertà e uguaglianza il peso massimo si sposta verso la parte dell'uguaglianza e della giustizia economica, dall'individuale dunque verso la parte del sociale. La *democrazia sociale* è oggi all'ordine del giorno[3050].

Parallelamente si approfondisce l'interesse dell'autore per una soluzione sovranazionale alla crisi dell'Europa, il cui primo passo è rappresentato dal rafforzamento dei rapporti tra Germania e Francia. Negli anni venti Mann si era avvicinato al movimento paneuropeo di Coudenhove-Kalergi e nel discorso "Sulla repubblica tedesca" egli aveva già posto alla giovane repubblica tedesca il compito di contribuire all'edificazione di una «futura Unione europea», alla luce della speciale funzione mediatrice spettante alla Germania[3051]. La creazione degli Stati Uniti d'Europa non rappresenta pertanto per lui solo un traguardo politico, ma il coronamento di un processo culturale che investe i popoli europei, tramite una conciliazione e una «autocorrezione da ambo le parti» tra *Kultur* e *Zivilisation*, tra la razionalità dello spirito occidentale e il romanticismo tedesco. Un sostrato culturale siffatto alimenta l'umanesimo europeo e conferisce spessore e profondità al progetto istituzionale di unità continentale, avvertito come una necessità storica[3052]. Ma proprio tale profondità culturale è messa a repentaglio dall'avvento dei totalitarismi, che hanno del tutto ignorato se non dileggiato il ruolo costitutivo della *Bildung* sostituendolo con una propaganda rozza e falsificatrice. Le nuove forze al potere vedono gli individui non come soggetti che hanno a cuore la propria formazione ma – seguendo la lettura di Ortega y Gasset – come atomi in una società massificata; esse non sono interessate all'educazione del popolo ma al dominio di esso[3053]. Negli scritti manniani degli anni trenta se per un verso i concetti di *Demokratie* e *Diktatur* acquistano un significato più specificamente politico-costituzionale, per l'altro verso l'alternativa culturale e spirituale alle forze della demagogia, della violenza e della distruzione assume chiaramente la forma di un «umanesimo militante», un «umanesimo europeo» fedele ai valori moderni della libertà, della tolleranza e del dubbio[3054]. Solo il radicamento e la diffusione di tale senso di *Humanität* può costituire il terreno sul quale edificare una «federazione dei popoli europei» che possa neutralizzare i nazionalismi e le loro degenerazioni. Una federazione siffatta avrà per Mann una resa migliore se i singoli stati che la compongono sono governati da repubbliche socialiste, perché queste, non

[3050] Ivi, p. 173 (corsivo in originale).
[3051] T. Mann, *Della repubblica tedesca*, cit., pp. 27, 34; V. anche il resoconto degli scambi intellettuali avvenuti pochi anni dopo nel corso di un soggiorno a Parigi: Id., *Rendiconto parigino*, cit., pp. 159 ss., con diversi apprezzamenti per Coudenhove-Kalergi (ivi, pp. 180, 198-199, 203-204).
[3052] Ivi, pp. 170 ss., 229 ss.
[3053] Oltre alla interpretazione del nazismo come evoluzione della società di massa in uno stato totalitario, Mann in altri lavori fa propria la tesi che lo considera una perversione del romanticismo (tutta interna, quindi, alla storia del popolo tedesco) e quella marxista sulle crisi del capitalismo e il rifiuto di una rivoluzione sociale: v. H. Kurzke, *Einleitung*, cit., p. 14.
[3054] T. Mann, *Attenzione, Europa!*, ed. orig. *Achtung, Europa!* (1935-1936), in Id., *Moniti all'Europa*, cit., pp. 83 ss. (95). Sull'origine dello scritto (una relazione che Mann avrebbe dovuto tenere a Nizza a un convegno sul tema *La formation de l'homme moderne* al quale l'autore infine non partecipò) e sulle successive integrazioni, tra cui proprio quelle sull'umanesimo militante v. H. Kurzke, *Kommentar zu Achtung, Europa!*, in T. Mann, *Essays*, Bd. IV, *Achtung, Europa! (1933-1938)*, Fischer, Frankfurt a.M., 1995, pp. 374 ss.

ISSN 2279-7238

perdendosi in astrattezze, sono maggiormente connesse con «il senso umano» della vita collettiva[3055].

3. Anna Siemsen: l'Europa democratica e sociale delle diversità

Diversamente da Thomas Mann, Anna Siemsen si schiera quasi subito, superando i primi tentennamenti, contro le "idee del 1914" e aderisce ai movimenti pacifisti e socialisti. Impiegando le figure delle "*Betrachtungen*", si potrebbe dire che l'autrice incarna il tipo della *Zivilisationsliteratin*: non a caso si trova in più occasioni a frequentare i medesimi ambienti culturali e politici di Heinrich Mann in Germania, Francia e Svizzera[3056]. In una breve storia della letteratura europea, da lei redatta alla metà degli anni venti e ripubblicata dopo la guerra, Siemsen riserva un intero paragrafo ai «Fratelli Mann» dedicando molte considerazioni ad Heinrich, lodandone l'impegno civile e politico a fianco delle classi subalterne. Thomas sembra invece avere un rilievo minore, in quanto scrittore prevalentemente borghese, anche se ne vengono apprezzati il raffinato giudizio estetico e la successiva presa di posizione contro i nazisti[3057]. E tuttavia vi sono dei punti di contatto anche con quest'ultimo: nel 1938 Siemsen ottiene dall'*American Guild for German Cultural Freedom*, un'associazione volta a promuovere l'attività degli intellettuali tedeschi in esilio e presieduta dal romanziere di Lubecca, una borsa di studio e la garanzia di alcuni fondi per pubblicare la sua opera maggiore, "*Die Gesellschaftliche Grundlagen der Erziehung*" (quel denaro non sarà tuttavia mai corrisposto e la stampa avverrà solo nel dopoguerra)[3058]. Ancora, la socialista radicale Siemsen non disconosce ma anzi valorizza, dal suo punto di vista, le conquiste della cultura borghese, cercando di proiettarne le istanze, insieme a quelle proprie del socialismo democratico, a livello sovranazionale, nel contesto di una federazione europea capace di includere le diversità. Anche tale aspetto la accomuna a Thomas Mann, benché i due abbiano del socialismo e della democrazia visioni non coincidenti.

Per comprendere le posizioni di questa penetrante intellettuale in merito al progetto politico europeo occorre tenere presente sia il percorso biografico sia il contenuto delle sue opere pedagogiche[3059]. Nell'ultimo quarto del XIX secolo Anna Siemsen cresce con molti

---

[3055] T. Mann, *Discorso ai lavoratori di Vienna*, cit., pp. 53 ss. Cfr. T. Visone, *L'Europa oltre l'Europa*, cit., pp. 311-312. V. anche G. Napolitano, *Introduzione*, in T. Mann, *Moniti all'Europa*, cit., pp. VII ss.

[3056] Cfr. tra gli altri M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas. Politische Konzepte zwischen Kaiserreich und Bundesrepublik*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 72, 236, 239, 246.

[3057] A. Siemsen, *Literarische Streifzüge. Durch die Entwicklung der europäischen Gesellschaft*, [3ª ed.], Frankfurt a. M., Büchergilde Gutenberg, 1948, pp. 149 ss.

[3058] M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 223-224.

[3059] Una prima biografia di Anna Siemsen è redatta dal fratello August e pubblicata poco dopo la morte dell'autrice: cfr. Aug. Siemsen, *Anna Siemsen. Leben und Werk*, Hamburg, Europäische Verlagsanstalt, 1951, ma si tratta di un testo inevitabilmente incompleto e in alcuni punti parziale. L'interesse per questa figura è andato crescendo nel corso degli anni, essendole stati dedicati specifici contributi tra cui R. Schmölders, *Anna Siemsen (1882-1951)*, in P. Lösche, M. Scholing, F. Walter (hrsg.), *Vor dem Vergessen bewahren. Lebenswege Weimarer Sozialdemokraten*, Berlin, Colloquium Verlag Berlin, 1988; H. Thomann Tewarson, *Anna Siemsen (1882-1952[1]). Im Kampf um einen demokratischen Sozialismus und europäische Verständigung*, in B. Hahn (hrsg.), *Frauen in der Kulturwissenschaften: von Lou Andreas-Salomé bis Hannah Arendt*,

ISSN 2279-7238

fratelli nella casa di un pastore protestante, di cui assorbe i valori e in cui si appassiona alla letteratura. È tra le prime donne in Germania a frequentare corsi universitari, a laurearsi e conseguire il dottorato, approfondendo la pedagogia, la germanistica e la filosofia. Dopo la fine della guerra e con l'istituzione della repubblica di Weimar, Siemsen abbandona la religione protestante e, attratta dai fermenti culturali dell'epoca, si avvicina a gruppi espressionisti. È membro di diverse associazioni pacifiste e femministe, nazionali e internazionali, tra cui spiccano il *Bund Neues Vaterland* (poi divenuto *Deutsche Liga für Menschenrechte*) e la *Internationale Frauenliga für Frieden und Freiheit* (*Women's International League for Peace and Freedom*). Entra altresì a far parte del partito socialdemocratico, in diverse formazioni (prima la *Unabhängige Sozialdemokratische Partei*-USPD, poi la SPD), posizionandosi spesso a sinistra rispetto agli orientamenti maggioritari. Partecipa con passione ai dibattiti in tema di pedagogia e formazione, facendo capo al *Bund entschiedener Schulreformer*, una corrente della *Reformpädagogik* che valorizza l'autonomia individuale ma anche l'attitudine dei giovani alunni alla socialità e alla cooperazione. Viene eletta consigliera comunale a Düsseldorf, è chiamata a occupare posizioni amministrative di rilievo sia in questa città che in Prussia e in Turingia, nell'ambito dei dipartimenti competenti in materia di scuola e istruzione, esprimendo giudizi fortemente negativi sull'atteggiamento conservatore e antidemocratico della burocrazia tedesca e soprattutto prussiana. Parallelamente Siemsen svolge l'attività di insegnante presso diverse scuole e licei del paese, e infine presso l'Università di Jena, grazie all'attribuzione di un insegnamento a titolo onorario da parte del governo socialdemocratico della Turingia. Dal 1928 al 1930 è deputata della SPD al *Reichstag*, senza che siano venuti meno i contrasti con la corrente maggioritaria: i nodi più problematici riguardano da un lato la formazione di un governo di coalizione – al cui voto di fiducia Siemsen non partecipa – con il partito centrista cattolico, ritenuto responsabile dei compromessi insoddisfacenti delle disposizioni costituzionali sulle confessioni religiose e con il quale sembra impossibile realizzare una riforma dell'istruzione che investa anche il tema della laicità. Dall'altro lato l'autrice lamenta, tra le incoerenze rispetto al programma socialdemocratico, il sostanziale appoggio offerto dalla SPD alla politica del riarmo, in contrasto con l'originaria opzione antimilitarista. Non è quindi solo per ragioni di salute che la deputata rimette anticipatamente il mandato, ma anche per le dispute all'interno del proprio partito, al quale rimprovera una scarsa democraticità. Nel

München, Beck, 1994, pp. 110 ss. Solo recentemente sono apparsi lavori monografici che indagano ad ampio spettro la sua visione culturale, politica e pedagogica: cfr. C. Sänger, *Anna Siemsen – Bildung und Literatur*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2011; Id., *Persönlichkeit, Humanität, Sozialismus. Eine Enführung in die Pädagogik Anna Siemsen*, Baltmannsweiler, Schneider, 2016; A. Bauer, *Das Leben der Sozialistin Anna Siemsen und ihr pädagogisch-politisches Wirken. Eine historisch-systematsche Studie zur Erziehungswissenschaft*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2012; M. Jungbluth, *Anna Siemsen – eine demokratisch-sozialistische Reformpädagogin*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2012. V. anche A.J. Schwitanski (hrsg.), *A. Siemsen. Aspekte eingreifenden Denkens*, Essen, Klartext-Archiv der Arbeiterjugendbewegung, 2016. Altri lavori si concentrano sulla sua visione dell'Europa: cfr., da prospettive diverse, M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit.; Ead., *Menschheitsgemeinschaft Europa*, in A.J. Schwitanski (hrsg.), *A. Siemsen. Aspekte eingreifenden Denkens*, cit., pp. 37 ss.; F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit.; Ead., *L'itinerario di una federalista*, cit., pp. 533 ss.; Ead., *Anna Siemsen im Kontext der föderalistischen europäischen Bewegung*, in A.J. Schwitanski (hrsg.), *A. Siemsen. Aspekte eingreifenden Denkens*, cit., pp. 83 ss.

ISSN 2279-7238

1931 lascia infine la SPD per la scelta di quest'ultimo di tollerare il gabinetto presidenziale di Heinrich Brüning, una scelta basata sulla convinzione, poi rivelatasi errata, che si potesse in tal modo frenare l'avanzata dei nazionalsocialisti. Siemsen confluisce così nella neonata ma scarsamente incisiva *Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands*-SAP, dalla quale tuttavia fuoriesce dopo pochi mesi. Privata dell'insegnamento universitario nel 1933 per aver aderito a un manifesto in favore di Emil Justus Gumbel e in un clima politico estremamente ostile, Siemsen emigra in Svizzera, dove si dedica alacremente all'attività pubblicistica e organizzativa al fine di combattere il nazifascismo e promuovere la pace. Si fa quindi promotrice di un progetto mirante all'edificazione di istituzioni economiche e politiche comuni, in uno spazio culturale condiviso ma rispettoso delle differenze tra le varie nazionalità[3060].

La concezione pedagogica di Anna Siemsen è strettamente intrecciata a quella della società: il suo obiettivo educativo non è tanto lo stimolo di energie individuali al fine di conseguire una specializzazione e un'occupazione (*Beruf*) in un contesto concorrenziale, quanto piuttosto la cura e la formazione della personalità individuale nella consapevolezza dei condizionamenti sociali e con il fine del perfezionamento di ciascuno nell'ambito di una comunità solidale [3061]. Se, per Siemsen, «ogni individuo è [anche] un punto di attraversamento delle forze sociali» e se l'«educazione è possibile solo dove vi è un gruppo sociale», tutto lo sforzo dell'autrice è volto a dimostrare come i due poli della libertà e della comunità non siano tra loro antitetici ma debbano trovare un equilibrio proprio grazie all'educazione, che si propone di agevolare l'inserimento dell'individuo nella comunità senza assoggettarlo completamente ad essa e quindi senza inaridirlo o trattarlo paternalisticamente, ma preservandone l'autonomia, lo spirito di iniziativa e l'originalità. Il fine ultimo, in altre parole, è «educare alla libertà nella comunità» in un percorso di interazione reciproca tra uomo e ambiente circostante[3062].

La società, a sua volta, è intesa non come un ente statico ma come un corpo in divenire, un processo il cui punto di arrivo è una comunità universale capace di accogliere e integrare la differenza. L'educazione è il principale strumento per far maturare la società in comunità: nel mondo novecentesco, questo richiede che lo stato si assuma un compito educativo, che la scuola entri nell'orbita dell'azione politica e che i membri della società possano riconoscersi gli uni con gli altri facendo esperienze di vita (*Erlebnisse*) condivise, in quanto singoli e in quanto gruppi, soprattutto attraverso l'apprendimento e il lavoro[3063].

Le parole-chiave del concetto educativo di Siemsen sono personalità e umanità: se il concetto di personalità rappresenta l'eredità del modello educativo classico e borghese, in

[3060] Su questi aspetti v. più ampiamente M. Jungbluth, *Anna Siemsen – eine demokratisch-sozialistische Reformpädagogin*, cit., pp. 127 ss.; M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 157 ss.

[3061] Tra gli scritti principali in questo ambito v. A. Siemsen, *Erziehung im Gemeinschaftsgeist*, Stuttgart, Moritz, 1921; Ead., *Die gesellschaftlichen Grundlagen der Erziehung*, Hamburg, Verlag Freidrich Oettinger, 1948 [ma l'opera è già terminata negli anni 1934-1935].

[3062] Ead., *Erziehung im Gemeinschaftsgeist*, cit., pp. 9 ss. (9, 11); Ead., *Die gesellschaftlichen Grundlagen der Erziehung*, cit., pp. 5 ss. (15, 6). Sull'individuo come *Durchgangspunkt gesellschaftlicher Kräfte* v. ivi, pp. 15 e 140.

[3063] Ead., *Erziehung im Gemeinschaftsgeist*, cit., pp. 38 ss.; Ead., *Die gesellschaftlichen Grundlagen der Erziehung*, cit., 8 ss.

ISSN 2279-7238

cui si valorizzano la virtù, il genio e l'originalità, quello di umanità riguarda l'unione e l'integrazione di società culturalmente diverse. Esso

presuppone non tanto l'eguaglianza meccanica degli indistinti, ma l'eguaglianza del diritto e della dignità in una molteplicità variamente differenziata e articolata, l'unità di una comunità i cui membri – i gruppi così come gli individui – tanto più dipendono gli uni dagli altri quanto più fortemente sviluppano ciascuno la propria specificità, così che è proprio la progredita integrazione dei gruppi a rendere possibile la loro differenziazione; una unità che – laddove sia raggiunta – è tale da assicurare la più ampia molteplicità e la più ampia ricchezza[3064].

Ma il pluralismo e la diversità rappresentano un contributo positivo anche per lo sviluppo della personalità di ciascuno in una società di massa: il carattere, la coscienza e il senso di responsabilità di ogni uomo e di ogni donna sono tanto più solidi quanto più sono esposti a influenze molteplici e quanto più essi sono in grado di rielaborare autonomamente gli stimoli che provengono dall'esterno. Riconoscere a questi aspetti la dovuta importanza può porre rimedio alle ricadute negative del modello capitalistico[3065]. L'autrice finisce così per allineare diverse prospettive: personalità e umanità, individualismo e cura della comunità «non sono solo fini educativi ma anche obiettivi dello sviluppo sociale e dunque della lotta politica», in un contesto caratterizzato da un forte pluralismo e in cui i gruppi sociali, economici, culturali, religiosi e politici sono sollecitati ad agire secondo logiche non competitive e distruttive ma cooperative e integratrici[3066].

Queste considerazioni di Siemsen toccano evidentemente il rapporto tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*: prendendo le distanze da Ferdinand Tönnies e proseguendo una tradizione – non cancellata dagli studi ottocenteschi di critica sociale – nella quale i due termini erano complementari[3067], la pedagogista non considera i due concetti come antitetici (dove il primo ha una connotazione positiva e il secondo negativa) ma come un *continuum*, essendo la *Gemeinschaft* il risultato di una *werdende Gesellschaft* perfezionatasi attraverso l'educazione[3068]. Le riflessioni di Siemsen investono pure il rapporto tra *Kultur* e *Zivilisation*: anche su questo fronte viene meno la contrapposizione tra i due termini, diffusa come si è visto presso molti intellettuali tedeschi dell'epoca. La *Zivilisation* rappresenta piuttosto l'unione di *Kultur*, ossia l'applicazione dell'attività dell'uomo all'ambiente circostante e alle relazioni umane in senso ampio, ed *Erziehung*, cioè il processo di adeguamento dell'uomo

[3064] Ivi, p. 160. Cfr. anche ivi, pp. 36 ss.
[3065] Ivi, pp. 160-161.
[3066] Ibidem. V. anche Ead., *Erziehung im Gemeinschaftsgeist*, cit., pp. 39-40.
[3067] Sull'evoluzione del significato di *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* in ambito filosofico, politico e sociolologico v. M. Riedel, *Gesellschaft, Gemeinschaft*, in O. Brunner, W. Conze, R. Coselleck (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, v. II, Stuttgart, Klett, 1972, pp. 801 ss. Per l'opera di Tönnies v. *supra*, n. 17.
[3068] Sul punto cfr. A. Bauer, *Das Leben der Sozialistin Anna Siemsen und ihr pädagogisch-politisches Wirken*, cit., pp. 157 ss.; M. Jungbluth, *Anna Siemsen – eine demokratisch-sozialistische Reformpädagogin*, cit., pp. 281 ss.; C. Sänger, *Anna Siemsen – Bildung und Literatur*, cit., pp. 116 ss.; M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 79 ss.

ISSN 2279-7238

all'ambiente sociale, un processo distinto dalla *Bildung*, più focalizzata quest'ultima sulla crescita interna dell'individuo e storicamente espressione dell'universo borghese[3069].

Nel complesso si coglie nella visione pedagogica dell'autrice l'influenza del *Kultursozialismus* austromarxista, e in particolare di figure come Otto Bauer, Max Adler, Otto Felix Kanitz, Josef Luitpold Stern e Otto Neurath. Ci sono anzitutto molte assonanze tra la concezione siemseniana della *Gemeinschaft* con quella di Bauer: una comunione dinamica formata grazie alle azioni reciproche degli uni con gli altri e dei gruppi tra loro, secondo l'idea kantiana di *commercium*, laddove tali interazioni costituiscono la comunità di destino e impregnano il carattere degli individui che ne sono membri. Anche per Bauer la *Gesellschaft* non è contrapposta alla *Gemeinschaft* ma è ad essa integrata: se la seconda è appunto l'insieme dei cittadini che agiscono reciprocamente raggiungendo una pienezza di rapporti, la prima è formata da individui che cooperano sotto una normazione esteriore. Bauer e gli altri austromarxisti hanno inoltre insistito sulla formazione del *neuer Mensch* attraverso l'educazione dei lavoratori e delle lavoratrici alla libertà, alla responsabilità e alla solidarietà, nonché all'esercizio del senso critico, al controllo delle proprie passioni e alla capacità di assumere iniziative autonome, facoltà intese quali presupposti per la presa di coscienza della condizione di classe, per la realizzazione di trasformazioni sociali e quindi per il pieno successo della socialdemocrazia. Tale approccio valorizzava, anche tramite la prospettiva psicanalitica, le interazioni tra l'individuo e il mondo, differenziandosi così dal modello bolscevico, per lo più economicistico e incline a sfociare in una dittatura[3070].

L'idea tipicamente siemseniana della comunità affiora anche nelle altre opere, tra cui i "*Literarische Streifzüge*/Lineamenti di letteratura", il cui sottotitolo indica un cammino «attraverso lo sviluppo della società europea»[3071]. Si tratta di una storia della letteratura destinata a un pubblico non accademico, ma non per questo meno penetrante, una storia che si muove consapevolmente nella sfera europea e che intende mostrare a livello continentale le corrispondenze tra i mutamenti della società e quelli che hanno investito la poesia e la narrazione[3072]. Il volume è uscito in prima edizione nel 1925, è stato ripubblicato nel 1929 e poi ancora, con alcune aggiunte, nel 1948, ma l'impianto originario è rimasto inalterato. La struttura del testo è divisa per epoche storiche, dal Medioevo fino alla prima metà del Novecento, delle quali si colgono le caratteristiche sul piano dei rapporti

[3069] A. Siemsen, *Die gesellschaftlichen Grundlagen der Erziehung*, cit., p. 16. Che l'antitesi fra *Kultur* e *Zivilisation* fosse contestata da alcuni circoli di intellettuali pacifisti e di sinistra frequentati da Anna Siemsen è ricordato anche da F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., p. 22.

[3070] Sul concetto di comunità in Bauer v. A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo*, Bologna, il Mulino, 1969, pp. 134 ss. Sui tratti pedagogici dell'austromarxismo e sull'impatto nella Germania weimariana v. A. Brock, *Wege zum "Neuen Menschen". Der Einfluß des Austromarxismus auf deutsche Arbeiterbewegung und Arbeiterbildung*, in U. Apitzch (hrsg.), *Neurath, Gramsci, Willams: Theorien der Arbeiterkultur und ihre Wirkung*, Hamburg, Argument-Verlag, 1993, pp. 52 ss. Per una ricostruzione dei meriti e delle criticità dell'austromarxismo come *Kulturbewegung* cfr. A. Pfoser, *Literatur und Austromarxismus*, Wien, Löcker Verlag, 1980, *passim*. Sui legami di Siemsen con questa corrente v. A. Bauer, *Das Leben der Sozialistin Anna Siemsen und ihr pädagogisch-politisches Wirken*, cit., pp. 164 ss.; M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 124-125; F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., pp. 31 ss.

[3071] A. Siemsen, *Literarische Streifzüge*, cit., su cui v. C. Sänger, *Anna Siemsen – Bildung und Literatur*, cit., pp. 171 ss.; M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 125 ss.

[3072] A. Siemsen, *Literarische Streifzüge*, cit., pp. 7-8 e *passim*.

ISSN 2279-7238

economici, sociali e politici; per ciascun periodo si esaminano alcuni scrittori rappresentativi.

Il volume ha un evidente fine educativo: particolarmente apprezzati sono gli autori che si concentrano su questioni sociali e politiche, sollecitando nel lettore ideale – che per Siemsen è il lavoratore o la lavoratrice – un processo di identificazione e un impulso verso la riflessione e l'azione. L'autrice procede nel descrivere il movimento che porta dalla società alla comunità: dai piccoli insediamenti del Medioevo tedesco per approdare alla comunità umana che unisce popoli diversi nel perseguimento degli ideali di libertà, eguaglianza e giustizia. Guarda favorevolmente al romanzo di critica sociale – francese ma anche russo – e a un gruppo di scrittori, per lo più contemporanei, di cui tratta nell'ultimo capitolo all'interno della categoria dei «proletari e rivoluzionari»[3073]. Questi sono per i lavoratori e le lavoratrici un modello e uno sprone al fine di instaurare una democrazia sociale. Tra essi troviamo, accanto ad autori francesi, russi e scandinavi, anche scrittori americani (Walt Whitman, Jack London e Upton Sinclair). La civiltà europea si nutre dunque dei valori di autonomia e solidarietà, che hanno un'aspirazione universalistica, tanto che di essi si fanno interpreti anche scrittori provenienti da paesi esterni ai confini geografici dell'Europa. Per quanto concerne ciò che avviene all'interno di tali confini, la cultura è caratterizzata per Siemsen da scambi ancora più fitti di idee filosofiche e politiche tra i vari paesi e soprattutto tra Francia e Germania, scambi che accompagnano i processi di urbanizzazione e industrializzazione e la formazione di movimenti sociali di portata continentale. Quanto alla letteratura propriamente tedesca, Siemsen formula un giudizio duplice: per un verso è riconosciuta la grandiosità di alcune figure, vere e proprie *Persönlichkeiten*, che possono considerarsi autenticamente espressioni di una cultura europea di cui incarnano i valori, vuoi per il razionalismo e la tolleranza (Lessing), vuoi per lo sviluppo e la redenzione dell'individuo e la sua fusione con la natura e il mondo (Goethe), vuoi per la dignità umana, la libertà dei popoli e l'idealismo estetico (Schiller). Per l'altro verso si sottolinea come esse siano rimaste isolate, non siano riuscite né a creare una «coscienza pubblica» né a incidere effettivamente sulla realtà politica, dal momento che è mancato il soggetto storico trainante della rivoluzione, e cioè una borghesia moderna[3074]. Le eccezioni sono relativamente poche, rappresentate da autori come Heinrich Heine, Alfred Döblin e Heinrich Mann[3075], mentre come si è accennato Thomas Mann è considerato un interprete delle contraddizioni della società borghese, seppure dotato di grande sensibilità nel cogliere l'avvento dei tempi nuovi[3076].

È chiara l'influenza esercitata anche in questo ambito dall'austromarxismo, per l'importanza attribuita alla letteratura nell'educazione del popolo e per il collegamento di

[3073] Ivi, pp. 187 ss. L'opera esamina solo autori uomini; essa sarà integrata nel 1943 da un volume di analoga impostazione dedicato ad autrici donne: cfr. A. Siemsen, *Der Weg ins Freie*, Zürich, Büchergilde Gutenberg, 1943, al quale si è poi aggiunto il lavoro dal taglio storico-antropologico *Frauenleben in drei Jahrtausenden. Märchen der Wirklichkeit*, Düsseldorf, Komet Verlag, 1948.

[3074] A. Siemsen, *Literarische Streifzüge*, cit., pp. 61 ss., 78 ss.

[3075] Ivi, pp. 188 ss., 206 ss., 149 ss.

[3076] V. *supra*, n. 57 e C. Sänger, *Anna Siemsen – Bildung und Literatur*, cit., p. 274.

ISSN 2279-7238

essa con i temi politici e sociali[3077]. La visione di Siemsen, come quella degli austromarxisti, non è schiacciata su una considerazione della letteratura e della cultura come una sovrastruttura dei rapporti economici, ma entrambe sono ritenute parte imprescindibile del «divenire» complessivo della comunità. La letteratura, come ogni altra attività umana, prende corpo attraverso l'interazione di due componenti – «la legge interna della personalità che si sviluppa [attraverso un impulso] vitale e l'influenza esterna della società» – la cui messa a fuoco può aiutare l'uomo a orientarsi in un mondo complesso. Ancora, la conoscenza della letteratura, specie se proveniente da periodi lontani come il Medioevo, aiuta a riappropriarsi di una memoria sommersa in cui era vivo il senso della comunità popolare, e a farlo rivivere attraverso nuove narrazioni: di qui la particolare attenzione di Siemsen per la *Volksdichtung*[3078].

La prospettiva culturale ed educativa rimane un tratto costante dell'idea di Europa anche quando Siemsen affronta temi politico-istituzionali. Il primo riferimento dell'autrice agli Stati Uniti d'Europa si trova proprio nei "*Literarische Streifzüge*" quando, a proposito di Heinrich Heine, ricorda come il liberalismo critico di questi sia stato contaminato a Parigi dal nascente movimento operaio, e come il poeta tedesco sia stato il promotore di una riconciliazione con la Francia, riconciliazione che secondo Anna Siemsen è un passaggio obbligato per approdare un giorno agli «Stati Uniti di una *nuova* Europa»[3079]. L'approccio culturale risalta anche in un articolo del 1927 per la "*Frankfurter Zeitung*" dal titolo "*Ich suche Europa*/Cerco l'Europa". Riprendendo temi della *Lebensphilosophie*, Siemsen ritiene che il concetto di Europa debba rinvenirsi nell'esperienza (*Erlebnis*) che di esso si è vissuta nella storia, un'esperienza che assume un orizzonte oggettivo: l'unità cristiana durante il Medioevo, poi il crollo e la rinascita, con l'emersione e il rafforzamento della coscienza individuale, dell'autoaffermazione collettiva e della lotta per la democrazia. Tra i tratti tipici dell'europeo per Siemsen vi sono da un lato la valorizzazione della ragione, dall'altro la capacità di scherzare e di non prendersi troppo sul serio, una qualità, quest'ultima, che rende l'essere umano consapevole dei propri limiti e che predispone alla formazione di uno spirito critico contro ogni autorità e contro consuetudini obsolete. Se qui affiora una convergenza con l'ironia manniana, Siemsen non nasconde però un apprezzamento particolare per il lascito della cultura illuministico-rivoluzionaria. L'autrice evidenzia inoltre come l'esperienza determinante per coltivare una coscienza europea non si riduca a un accumulo di vicende vissute nel passato ma si riconnetta nel presente alla convinzione e alla volontà umana che interrogano quel passato e lo assumono come orientamento per il futuro[3080].

La ricerca e la ridefinizione delle radici culturali dell'Europa prosegue con la pubblicazione, l'anno successivo, del volume "*Daheim Europa*/A casa in Europa". Si tratta

[3077] A. Pfoser, *Literatur und Austromarxismus*, cit., pp. 57 ss., 115 ss. Per l'influenza su Anna Siemsen v. C. Sänger, *Anna Siemsen – Bildung und Literatur*, cit., pp. 265 ss.
[3078] A. Siemsen, *Literarische Streifzüge*, cit., pp. 8, 9 ss. (10).
[3079] Ivi, p. 192 (corsivo mio).
[3080] Ead., *Ich suche Europa*, in *Frankfurter Zeitung und Handelsblatt*, n. 564, del 1 agosto 1937, p. 4. Su questo articolo v. M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 143 ss.; F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., pp. 54 ss.; Ead., *L'itinerario di una federalista*, cit., pp. 553 ss.

ISSN 2279-7238

di un libro in cui l'esperienza dell'Europa si fa più diretta e prende la forma di resoconti di viaggio. Il testo si colloca quindi del canone umanistico della *ars apodemica*, ma lo fa con la specifica prospettiva di Siemsen, autrice socialista e pedagogista: dato che il suo lettore-tipo appartiene alla classe lavoratrice, accanto alle informazioni più tradizionali compaiono ampi riferimenti alla storia politica ed economico-sociale: il messaggio di fondo del testo è rivolto a stimolare e ad approfondire la conoscenza e la solidarietà tra i lavoratori appartenenti a paesi diversi. In questo contesto, Siemsen compie un'interessante operazione semantica intorno al concetto di *Heimat* (patria): per un verso la scrittrice condivide l'uso del termine per indicare un rapporto più intimo tra l'uomo e l'ambiente circostante, rapporto che sembrava essersi perso con l'impatto alienante dell'industrializzazione e dell'urbanizzazione. Per l'altro verso il suo significato si distingue rispetto al filone dominante, che vede nella *Heimat* la cellula primigenia del nazionalismo: non solo Siemsen proietta il concetto di patria su scala europea, ma valorizza le interdipendenze e le comunicazioni tra i territori e le rispettive culture[3081].

In questa fase i progetti istituzionali di unificazione del continente restano ancora sullo sfondo: Siemsen conosce bene la *Paneuropa* di Coudenhove-Kalergi, della quale approva il disegno sovranazionale ma critica l'impronta neo-aristocratica. Partecipa inoltre alla redazione dei *Sozialstische Monatshefte*, una rivista diretta da Joseph Bloch e sulle cui colonne si tematizzava una versione della teoria degli imperi nella prospettiva del realismo politico: l'Europa avrebbe dovuto unirsi per fronteggiare imperi potenzialmente concorrenti, segnatamente quelli guidati dal Regno Unito, dagli Stati Uniti d'America e dalla Russia[3082]. Una visione siffatta si riscontra anche negli scritti successivi dell'autrice, che tenderanno a escludere una convergenza di interessi del continente europeo con quelli dell'Inghilterra (salva una possibile alleanza con i lavoratori inglesi), ma altresì a ridimensionare le ansie rispetto alle apparenti minacce provenienti dalla Russia bolscevica.

Anche nei lavori di Siemsen la dimensione politico-istituzionale e quella economico-sociale divengono predominanti negli anni trenta. In un contributo all'elaborazione del programma della SAP, l'autrice addita come obiettivi prioritari il raggiungimento di una democrazia non solo formale ma anche e soprattutto «sociale», insieme alla creazione di una «federazione europea». Quanto alla democrazia, Siemsen critica la convinzione, diffusa presso molti socialdemocratici, che questa si fosse di per sé compiuta con la repubblica weimariana, dal momento che i «fattori di potere» (amministrazione, giustizia, polizia, esercito) e i «mezzi di propaganda» (stampa, letteratura, arte, scienza, educazione) erano ancora in buona parte nelle mani di una borghesia reazionaria. Obiettivo della classe operaia era dunque insediarsi in quelle posizioni e appropriarsi di quei mezzi non attraverso l'improbabile instaurazione di una dittatura del proletariato ma tramite gli strumenti della democrazia pluralista (libertà sindacale, libertà di espressione, diritto di voto). In relazione

[3081] Cfr. M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 165 ss.; C. Sänger, *Anna Siemsen – Bildung und Literatur*, cit., pp. 192 ss.

[3082] M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 102 ss., 140 ss.; F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., pp. 36 ss.

ISSN 2279-7238

ai rapporti tra gli stati Siemsen condivide l'analisi, diffusa presso le sinistre, che l'espansione internazionale del capitalismo richiederebbe un'affermazione coestensiva delle lotte del proletariato, poiché «i successi economici o sociali dei lavoratori potranno essere mantenuti, nel lungo periodo, solo se [essi verranno] riconquistati in ambito internazionale». Prefigura dunque una cooperazione e un più stretto coordinamento tra i sindacati dei diversi paesi e tra i partiti che rappresentano le istanze dei lavoratori, al fine di tematizzare a livello internazionale questioni come la moneta, la concessione del credito, l'eliminazione dei dazi, l'abbassamento dei prezzi, l'orario di lavoro, il livello salariale, l'assistenza e la previdenza sociale. Pur non rinunciando a un impegno politico volto a unificare i movimenti dei lavoratori in tutto il globo, Siemsen si dice favorevole all'edificazione di un primo nucleo federale in ambito europeo, alla luce dell'omogeneità del sistema economico e della maturità della classe operaia già raggiunta in quest'area geografica[3083].

Il richiamo agli Stati Uniti d'Europa si fa più insistente a partire dal 1933 e poi ancora dal 1938, con l'*Anschluß* dell'Austria e gli accordi di Monaco. Nei lavori di questo periodo si avverte una forte urgenza politica, derivante dal bisogno di sconfiggere i totalitarismi – gli «stati dinamici», come li definisce l'autrice, con una formula simile alle «leggi di movimento» di Hannah Arendt[3084]. Anna Siemsen condivide la lettura del nazionalsocialismo data in quegli anni dal fratello August: una conseguenza del *Sonderweg* tedesco, il prodotto infausto del prussianesimo e delle sue principali componenti, il militarismo e la burocrazia conservatrice. Ma sottolinea altresì, facendo propria l'interpretazione marxista, che la guerra, l'imperialismo e l'autoritarismo politico sono una conseguenza del sistema capitalistico, e che quindi per eliminare quelli occorre superare questo. In Svizzera Siemsen partecipa alacremente alla resistenza e al fronte popolare: scrive su diversi periodici locali, è un membro di spicco di alcune associazioni internazionaliste ed europeiste (*Internationale Frauenliga für Frieden und Freiheit*, *Union deutscher Sozialisten in der Schweiz*, *Europa-Union*) ed è in contatto sia con l'*Internationaler sozialistischer Kampfbund-ISK* sia con il movimento federalista europeo. In questo contesto, proseguendo un'attività già impostata durante la repubblica di Weimar, Siemsen cerca di coinvolgere anche le donne, in quanto ritenute, insieme ai giovani e ai lavoratori, le forze più innovative del processo storico. Le incoraggia dunque a prendere coscienza dei propri bisogni, ad appropriarsi di uno spazio politico e a far valere – partendo dalla premessa di una differenza tra i sessi – la loro attitudine spiccatamente pacifista e solidarista[3085].

[3083] A. Siemsen, *Auf dem Wege zum Sozialismus. Kritik der sozialdemokratischen Programme von Heidelberg bis Erfurt*, Berlin-Tempelhof, Freie Verlagsgesellschaft, [1931], pp. 73 ss., 79 ss., 88 ss., 145 ss. (79, 84).

[3084] A. Siemsen, *Dittature – o democrazia europea?*, ed. orig. *Diktaturen – oder europäische Demokratie?* (1937), in F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., pp. 116-119. Cfr. H. Arendt, *La natura del totalitarismo: un tentativo di comprensione*, in Ead., *Antologia. Pensiero, azione e critica nell'epoca dei totalitarismi*, ed. orig. *Essays in Understanding* (1930-1954), tr. it. a cura di P. Costa, Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 140 ss. [la prima edizione del saggio è del 1954].

[3085] M. von Bargen, *Anna Siemsen (1882-1951) und die Zukunft Europas*, cit., pp. 181 ss., 279 ss., ma anche F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., pp. 34 ss.; Ead., *L'itinerario di una federalista*, cit., pp. 557 ss. Tra gli scritti successivi di Siemsen si segnala *Die Frau im neuen Europa*, in H. Bauer, H.G. Ritzel (hrsg.), *Kampf um Europa. Von der Schweiz aus gesehen*, Zürich New York, Europa Verlag, 1945, pp. 189 ss. Sulla ricerca da parte delle donne, nella prima metà del Novecento, di uno spazio politico a livello internazionale e sull'appropriazione del concetto di autodeterminazione,

ISSN 2279-7238

Tutti gli elementi fin qui messi in luce vanno a integrare un progetto europeo che poggia su tre elementi: l'unità economica, l'unità politica e la diversità culturale. La creazione di uno spazio economico comune è ispirata a principi socialisti: essa consente sia di contrastare le spinte capitalistiche tese alla massimizzazione dei profitti sia di neutralizzare le tendenze imperialistiche e lo sfruttamento delle popolazioni coloniali nelle aree extraeuropee, assecondando così i movimenti di liberazione nazionale. Ciò presuppone che i lavoratori e le lavoratrici siano in grado di organizzarsi attraverso cooperative e sindacati, muovendo dal basso fino a raggiungere il livello sovranazionale, e che tale coordinamento sia agevolato da una pianificazione economica adeguata. L'unità politica prende così la forma di una federazione di repubbliche democratiche, una federazione che presuppone il forte ridimensionamento – se non il radicale abbattimento – della sovranità nazionale, responsabile quest'ultima di una miope politica del non intervento che ha consentito l'ascesa del fascismo in Italia e del nazionalsocialismo in Germania. La federazione implica l'esistenza di un diritto sovranazionale e di tribunali idonei a risolvere le controversie tra gli stati, nonché l'elaborazione di un diritto civile comune e la garanzia della libertà di circolazione, non solo per le merci ma anche e soprattutto per i lavoratori e le lavoratrici. La certezza di un diritto siffatto, per Siemsen, può essere assicurata solo se accompagnata da un idoneo livello di controllo democratico. Del resto, tutto il progetto europeo non può essere lasciato ai governi e richiede invece un coinvolgimento diretto dei popoli. L'instaurazione su scala europea della democrazia sociale è dunque vista come la sola via di uscita rispetto all'avanzata dei totalitarismi. Non è un caso che il saggio forse più completo di Siemsen in materia si intitoli, riecheggiando uno scritto di Hermann Heller, *Diktaturen – oder europäische Demokratie?* [3086]. La confederazione svizzera, con la sua unione di diverse comunità etniche, linguistiche e religiose, rappresenta il principale modello istituzionale di riferimento. Ciò vale anche e soprattutto per il terzo aspetto qualificante dell'idea siemseniana, ossia la previsione per gli stati di un ampio statuto di autonomia, relativamente alla materia culturale[3087]:

Il compito che noi europei abbiamo ora davanti è lo stesso che gli elvetici hanno compiuto in seicento anni: unire entità politiche disperse, eterogenee e litigiose, con costituzoni diverse, con lingue diverse, confessioni diverse e appartenenti a tre aree culturali diverse, nella fiducia, nella libertà, nel diritto democratico. Il punto d'arrivo è chiaro: è l'unità economica, la federazione politica, l'autonomia culturale[3088].

utilizzato orignariamente con rifermento alle nazioni, v. G. Sluga, *Female and National Self-Determination: a Gender Re-Reading of "the Apogee of Nationalism"*, in *Nations and Nationalism*, 2000, pp. 495 ss.

[3086] A. Siemsen, *Dittature – o democrazia europea?*, cit., pp. 93 ss. Per il confronto v. H. Heller, *Stato di diritto o dittatura?*, ed. orig. *Rechtsstaat oder Diktatur?* (1929-1930), in Id., *L'Europa e il fascismo*, tr. it. a cura di C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 207 ss.

[3087] A. Siemsen, *Dittature – o democrazia europea?*, cit.; Ead., *Una nuova europa?*, ed. orig. *Ein neues Europa?* (1939), ivi, p. 136; Ead. [Friedrich Mark], *La pace europea*, ed. orig. *Europäischer Frieden* (1940), ivi, pp. 137 ss.

[3088] Ead., *Una nuova europa?*, cit., p. 136.

ISSN 2279-7238

Ancora una volta le posizioni dell'autrice appaiono fortemente influenzate dall'austromarxismo, con riguardo sia al tema della federazione sovranazionale sia a quello della democrazia sociale. Negli anni a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, alla luce dell'esperienza dell'impero multinazionale asburgico, Karl Renner e Otto Bauer avevano portato avanti un'originale riflessione sull'intreccio tra questione sociale e questione nazionale, sulla non sovrapponibilità di nazione e stato e quindi sulla preferibilità di uno stato federale plurinazionale. Mentre Renner aveva adottato un approccio prevalentemente giuridico-costituzionale, volto ad affermare la personalità giuridica della nazione e il suo doppio *status* (quello *negativus* di libertà culturale fuori dallo stato e quello *activus* di partecipazione all'organizzazione statale), Bauer aveva insistito sull'importanza di storicizzare e contestualizzare lo sviluppo delle singole nazioni, sulla comprensione della nazione in termini di trasmissione di "beni culturali" (mostrando assonanze significative con il *Kulturstaat* fichtiano) e sul ruolo decisivo del proletariato nei conflitti per il riconoscimento politico e giuridico della nazione. L'insistenza sulla storicizzazione e sugli specifici percorsi nazionali di adattamento di idee e lotte potenzialmente universali ha condotto Bauer ha porre l'attenzione – in via generale e non solo per l'Europa centro-orientale – sul pluralismo delle nazionalità e sulla ricerca di una cornice istituzionale e di principi comuni che ne favorissero la coesistenza. Le differenze tra i due autori si sarebbero accentuate con la caduta dell'impero austro-ungarico, poiché Renner avrebbe continuato a vedere in esso un modello da imitare, mentre Bauer avrebbe valorizzato il principio di autodeterminazione dei popoli come base per la costituzione di nuovi stati, da unire in un secondo momento attraverso un nuovo legame di tipo federativo [3089]. Quanto alla democrazia sociale e all'unione dei lavoratori sul piano internazionale, anche questi temi erano stati ampiamente esplorati dagli austromarxisti, soprattutto da Bauer, nell'ambito di un pensiero attento a indagare più che a occultare i nessi tra profili strutturali e sovrastrutturali, dinamiche sociali e assetti istituzionali. Ciò vale per la riflessione del socialista austriaco in merito a molte questioni: la conquista del potere da parte dei lavoratori attraverso una via democratica; il giudizio parzialmente positivo sull'esperienza sovietica che tuttavia – a causa delle profonde differenze storiche, economiche e sociali – non poteva assumere un carattere paradigmatico nel resto d'Europa; lo sforzo di delineare un «socialismo integrale» capace di superare la frattura tra socialismo riformista e socialismo rivoluzionario; i tentatativi di riavvicinare le due componenti dell'Internazionale (l'ala marxista della socialdemocrazia e quella comunista bolscevica) al fine di ritrovarne – anche se con scarso successo nella pratica – le basi comuni[3090].

[3089] Cfr. A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo*, cit., *passim*; G. Sandner, *Nations without Nationalism. The Austro-Marxist Discourse on Multiculturalism*, in *J. Language and Politics*, 2005, pp. 273 ss. Sui rapporti con Anna Siemsen in quest'ambito v. F. Lacaita, *Anna Siemsen. Per una nuova Europa*, cit., pp. 30 ss.

[3090] Su cui v. per tutti, e con ulteriori approfondimenti bibliografici, E. Collotti, *Introduzione*, in O. Bauer, *Tra due guerre mondiali? La crisi dell'economia mondiale, della democrazia e del socialismo*, Torino, Einaudi, 1979, pp. VII ss.

ISSN 2279-7238

4. Carlo Rosselli e gli autori del "Manifesto di Ventotene": Stati Uniti d'Europa e socialismo liberale

Carlo Rosselli è uno dei principali esponenti dell'antifascismo italiano e fondatore del movimento Giustizia e Libertà. Catturato e inviato al confino di Lipari, fugge e trova riparo in Francia, dove viene ucciso assieme al fratello Nello nel 1937. Studioso del sindacalismo e del gildismo, ragiona criticamente intorno all'eredità teorica e pratica del marxismo, proponendone un superamento attraverso il liberalsocialismo. Tra i suoi maestri occorre ricordare almeno Alessandro Levi e Claudio Treves, che lo introducono al socialismo turatiano; Gaetano Salvemini, che lo accosta al radicalismo, al ruralismo e al federalismo di Carlo Cattaneo; Attilio Cabiati, che lo avvia alla docenza in economia politica. È fedele all'eredità del risorgimento e si lascia ispirare dal solidarismo di Giuseppe Mazzini, ma è altresì convinto, all'inizio del XX secolo, della necessità di mobilitare le masse mediante un'organizzazione guidata da una *élite* intellettuale[3091].

Una più consapevole proiezione europea della sua riflessione si manifesta solo nel 1933 quando, divenuto Hitler cancelliere del *Reich*, Rosselli si accorge che il fascismo ha raggiunto una dimensione continentale e che la battaglia per sconfiggerlo dovrà avere il medesimo raggio di azione. L'ascesa dei nazionalsocialisti gli fa inoltre presagire l'incombenza di una nuova guerra europea e mondiale: in un articolo che suscita non poche polemiche, egli afferma che tale guerra non si può scongiurare con la retorica del non intervento e con un pacifismo sentimentale ma soltanto tramite un'azione rivoluzionaria e preventiva di segno contrario, democratica e socialista[3092]. Nell'articolo "Italia e Europa", pubblicato pochi mesi dopo, un passaggio sintetizza emblematicamente la sua posizione:

> Con Hitler il fascismo diventa una cosa seria […]. Esso è veramente l'antieuropa. Negando il libero esame, la tolleranza religiosa, l'autonomia della persona, l'eguaglianza giuridica, attacca l'Europa al cuore […]. Antieuropa! Europa! Oggi più che mai la causa dell'antifascismo si confonde con la causa della civiltà e dell'Europa. […] Nella sua essenza, l'antifascismo è veramente uno, è problema umano, lotta per valori che non si legano a questa o a quella terra, ma all'umanità. Si tratta di sapere che cosa ci sta a fare l'uomo su questa terra; se è lui il fine della vita, o se ha da essere umiliato a strumento; se possiede una coscienza, una personalità, una libertà sue proprie sacre, inviolabili, oppure una coscienza,

[3091] Sulla biografia di Carlo Rosselli v. almeno A. Garosci, *Vita di Carlo Rosselli*, vv. I e II, Firenze, Vallecchi, 1973 [prima ed. 1945]; N. Tranfaglia, *Carlo Rosselli e il sogno di una democrazia sociale moderna*, Milano, Baldini Castoldi Dalai, 2010. Sui rapporti con il socialismo v. anche G. Arfè, *Carlo Rosselli nella storia del socialismo italiano*, in AA. VV., *Giustizia e libertà nella lotta antifascista e nella storia d'Italia. Attualità dei fratelli Rosselli a quaranta anni dal loro sacrificio*, Firenze, La Nuova Italia, 1978, pp. 23 ss. Sul suo contributo alla riflessione sull'Europa cfr. T. Visone, *L'idea d'Europa nell'età delle ideologie (1929-1939)*, cit., pp. 158 ss.; C. Malandrino, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone*, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 137 ss.; P. Graglia, *Europeismo e impegno antifascista nel pensiero di Carlo Rosselli*, in *Il Politico*, 1992, pp. 325 ss.; Id., *Unità europea e federalismo. Da "Giustizia e Libertà" ad Altiero Spinelli*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 21 ss.; A. Isoni, *Socialismo, federalismo, Stati Uniti d'Europa. Carlo Rosselli di fronte alla crisi della civiltà europea*, in *Itinerari di ricerca storica*, 2017, pp. 63 ss., ai quali rimado per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[3092] C. Rosselli, *La guerra che torna* (1933), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. I, Torino, Einaudi, 1988, pp. 250 ss.

ISSN 2279-7238

una personalità, una libertà d'accatto, la cui proprietà risiede in un padrone che si chiama stato[3093].

Diversi nuclei tematici sono qui intrecciati tra loro. Innanzi tutto un'interpretazione del fascismo come fenomeno non meramente nazionale: Rosselli aveva dapprima aderito alla lettura di Gobetti, secondo cui il fascismo era l'esito dell'autobiografia del popolo italiano, incline al conformismo, alla pigrizia morale e al servilismo politico, per poi considerarlo espressione di una tendenza più vasta in cui confluivano l'oppressione degli apparati statali, lo sfruttamento del sistema capitalistico, il nazionalismo e la violenza, una tendenza che coinvolgeva altri paesi e segnatamente la Germania nazionalsocialista[3094]. Questa più vasta contestualizzazione è agevolata dall'aver assimilato il dibattito – mediato dagli scritti di Andrea Caffi e di Libero Battistelli sui "Quaderni di Giustizia e Libertà" e arricchito dai contributi di Silvio Trentin – sulla decadenza della civiltà europea e sulla proposta di istituire un'organizzazione europea che fosse in grado di superare la Società delle Nazioni. Rosselli aveva mostrato di apprezzare in particolare il progetto presentato da Briand, ammettendo che fosse ispirato da interessi francesi ma al contempo suggerendo che tali interessi dovessero ricomporsi sul piano sovranazionale con quelli potenzialmente confliggenti di altri paesi[3095].

Venendo ai contenuti, il fascismo è visto come l'antitesi di alcuni valori qualificanti della cultura europea, radicatisi nel corso della storia: libertà di coscienza, tolleranza, autonomia, eguaglianza. Il significato di tali valori va apprezzato anche alla luce dello scritto sul "Socialismo liberale", redatto tra il 1928 e il 1929 a Lipari e pubblicato nel 1930 in Francia con alcune modifiche. In questo lavoro, che si colloca nell'ambito di una corrente di studi revisionistici sul marxismo cresciuta nei primi decenni del Novecento, Rosselli ritiene per un verso che il marxismo abbia raggiunto meriti innegabili e prodotto frutti divenuti parte del sapere comune (il materialismo storico e la lotta di classe come chiavi interpretative). Per l'altro verso, però, sottolinea come il marxismo si sia appiattito su una visione deterministica della storia ed economicistico-utilitaristica dei rapporti tra le diverse fasce della popolazione, trascurando gli aspetti morali ed etici della vita associata, nonché le questioni culturali ed educative che pure contribuiscono fortemente allo sviluppo individuale e sociale. In altre parole, il materialismo si focalizzerebbe sul mezzo della collettivizzazione degli strumenti di produzione trascurando il fine di realizzare una concreta società di persone libere ed eguali, proiettando astrattamente questa condizione, perfetta e priva di contrasti, in un periodo successivo a quello dell'instaurazione della dittatura del proletariato. Il socialismo revisionista rileggerebbe bensì la dottrina marxista

[3093] C. Rosselli, *Italia e Europa* (1933), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. I, Torino, Einaudi, 1988, pp. 209-210.
[3094] Cfr. Id., *Socialismo liberale* (1930, 1973), a cura di J. Rosselli, Torino, Einaudi, 2009, p. 117; Id., *Risposta a Giorgio Amendola* (1932), ivi, p. 63. Sul punto v. tra gli altri N. Tranfaglia, *Carlo Rosselli e il sogno di una democrazia sociale moderna*, cit., pp. 350 ss.
[3095] Cfr. C. Rosselli, *Il problema dei rapporti italo-francesi* (1933), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. I, p. 184. Sulla riflessione intorno all'Europa nell'ambito di Giustizia e Libertà v. T. Visone, *L'idea d'Europa nell'età delle ideologie (1929-1939)*, cit., pp. 154 ss., nonché P. Graglia, *Unità europea e federalismo*, cit., pp. 54 ss.

ISSN 2279-7238

attraverso elementi ideali, ma continuerebbe a innestarli sull'incrollabile tronco determinista: non sarebbe cioè in grado di eliminare da quella dottrina gli schematismi e i dogmatismi che l'hanno inaridita, e quindi di frenare il progressivo distacco da essa da parte dei movimenti sociali reali. Quanto all'esperienza bolscevica in Russia, pur salvando la rivoluzione che ha redistribuito la terra ai contadini Rosselli ne condanna con fermezza gli esiti statalistici e burocratici. L'alternativa da lui proposta è quella di un socialismo liberale che, sviluppando la linea di pensiero gobettiana e valorizzando Croce, riprende le riflessioni dell'inglese Leonard Hobhouse e del belga Henri de Man sulla contaminazione – in una formula solo apparentemente ossimorica – del socialismo con il liberalismo [3096]. Quest'ultimo rappresenta per Rosselli da un lato l'espressione teorica delle lotte storiche per la libertà e dall'altro la sintesi del metodo liberal-democratico, l'insieme delle «regole [del] giuoco che tutte le parti in lotta si impegnano a rispettare» e che consente una convivenza pacifica capace di sostenere il conflitto. Il socialismo è invece un fine, un ideale che corrisponde alla massima espansione della libertà (e quindi dell'autonomia, della dignità e della responsabilità) tramite la rimozione degli ostacoli economici e sociali che impediscono il soddisfacimento dei bisogni primari, la partecipazione all'organizzazione delle imprese e del lavoro e il perfezionamento morale e spirituale, un fine per il cui raggiungimento è necessaria un'attività pratica di mobilitazione della popolazione e soprattutto del proletariato e dei lavoratori agricoli. Per Rosselli, liberalismo e socialismo non sono quindi concetti opposti e contrari ma il socialismo, inteso come movimento di emancipazione della classe lavoratrice, è «lo sviluppo logico del principio di libertà», una «libertà che si fa tra la povera gente»[3097].

L'autore immette una forte carica volontaristica, illuministica e libertaria in un progetto teso a realizzare la più ampia giustizia sociale. Tale impostazione, che sottolinea il valore della libertà individuale, dell'autogoverno e dei legami spontanei tra i gruppi e le formazioni intermedie, implica una significativa apertura verso le autonomie sociali e territoriali, il sindacalismo e il federalismo, un ambito nel quale si avverte l'influenza del socialismo organico di Pierre-Joseph Proudhon e del pensiero sociologico di Georges Gurvitch. Sul versante dei rapporti economici il modello preferibile, sul quale agiscono le suggestioni di Werner Sombart, è quello di un'economia mista, con uno spazio lasciato all'impresa privata e familiare accanto a forme di intervento e controllo pubblico, con una preferenza per le nazionalizzazioni delle imprese a carattere monopolistico e di quelle operanti nel settore dei servizi essenziali così come per una riforma agraria che restituisca la terra ai lavoratori. Ma tale intervento pubblico non degenera né nella pianificazione staliniana né nel corporativismo fascista. Dal punto di vista della strategia politica, Rosselli punta a

[3096] C. Rosselli, *Socialismo liberale*, cit., su cui cfr. N. Bobbio, *Introduzione*, ivi, pp. XXI ss., Id., *Attualità del socialismo liberale* (1997), ivi, pp. V ss.; Id., *Tradizione ed eredità del liberalsocialismo* (1994), ivi, pp. 145 ss.; A. Garosci, *Vita di Carlo Rosselli*, v. I, cit., pp. 115 ss.; N. Tranfaglia, *Carlo Rosselli e il sogno di una democrazia sociale moderna*, cit., pp. 320 ss.; Id., *Sul socialismo liberale di Carlo Rosselli*, in M. Bovero, V. Mura, F. Sbarberi (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo*, Roma, NIS, 1994, pp. 85 ss.; S. Suppa, *Note su Carlo Rosselli: temi per due tradizioni*, ivi, pp. 189 ss.

[3097] C. Rosselli, *Socialismo liberale*, cit., pp. 73 ss., 87 ss., 125 ss. (90, 100).

ISSN 2279-7238

un'alleanza tra il proletariato e le classi medie (intellettuali, artigiani, borghesia industriale e agraria progressista) al fine di rinnovare dall'interno il movimento socialista, anche se la sua impostazione pragmatica, unita alla critica corrosiva a cui assoggetta la tradizione, non agevola l'unitarietà dell'azione politica[3098].

Le tesi di "Socialismo liberale" rappresentano per Giustizia e Libertà, fin dalla sua fondazione nel 1929, dei punti di riferimento programmatici[3099], mentre a partire dal 1934 e fino al 1937 Rosselli sottolinea con più vigore il ruolo risolutivo del proletariato nella lotta antifascista, avvicinandosi al partito comunista, specie alle sue correnti anarchiche, al fine di condurre un fronte unitario contro il regime[3100]. Non stupisce, quindi, che alcuni dei motivi polemici che Rosselli sviluppa nello scritto del confino vengano rielaborati negli anni dell'esilio francese. Il tema della riscoperta di un «nuovo umanesimo» [3101] e della riaffermazione dei valori di libertà e dignità dell'uomo è non solo una reazione nei confronti del fascismo che avanza su scala continentale e una rielaborazione del dibattito sull'*humanisme* a sfondo personalista che si stava svolgendo in Francia, ma è anche il frutto della maturazione delle idee coltivate in precedenza sulla centralità del principio libertà e sulla necessità di integrare l'interpretazione marxista della storia con la dimensione etica e con l'apertura verso il pluralismo sociale e le autonomie. In un capitolo di "Socialismo liberale" dedicato alla «lotta per la libertà» e mirante a sconfiggere il fascismo italiano, l'autore aveva invero affermato:

> Se gli uomini non hanno radicato né il senso della dignità né quello della responsabilità, se non sentono la fierezza della loro autonomia, se non si sono emancipati nel loro mondo interiore, non si fa il socialismo[3102].

Così, il *Menschenbild* immaginato da Rosselli non è né l'uomo massificato, assoggettato dallo stato autoritario e fatto oggetto di propaganda, né l'uomo astratto del liberalismo, ma nemmeno l'uomo – per lui altrettanto astratto e massificato – del determinismo marxista e della società senza classi, quanto piuttosto «l'uomo concreto nella realtà dei suoi rapporti, così come vive effettivamente nella fabbrica, nella famiglia, nella città». Un uomo siffatto sviluppa al meglio la sua persona in un contesto in cui sia assicurato il più ampio pluralismo sociale, con la libertà di sindacati, partiti, cooperative e altri gruppi associativi, e in cui siano garantite effettivamente le libertà di stampa, di riunione, di lingua e di cultura[3103]. La solida concezione autonomistica di Rosselli, che cresce alla luce del confronto sui "Quaderni" tra Emilio Lussu, Riccardo Levi e Leone Ginzburg, è più vicina alla posizione di quest'ultimo,

[3098] *Supra*, n. 96 e G. Arfè, *Carlo Rosselli nella storia del socialismo italiano*, cit., p. 35.
[3099] Cfr. Id., *Schema di programma* (1932), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. I, cit., pp. 301 ss.
[3100] N. Tranfaglia, *Carlo Rosselli e il sogno di una democrazia sociale moderna*, cit., pp. 99 ss.
[3101] C. Rosselli, *L'azione antifascista internazionale* (1933), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. I, cit., p. 246. Cfr. T. Visone, *L'idea d'Europa nell'età delle ideologie (1929-1939)*, cit., nn. 1 e 3 p. 163, pp. 185 ss., 214 ss.
[3102] C. Rosselli, *Socialismo liberale*, cit., p. 116.
[3103] Id., *Socialismo e fascismo* (1935), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. II, *Dallo scioglimento della concentrazione antifascista alla guerra di Spagna*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 103 ss. (104); Id., *Discussione sul federalismo e l'autonomia* (1935), ivi, pp. 261 ss.

ISSN 2279-7238

che coniuga il versante sociale, comprensivo dei consigli di fabbrica, con quello territoriale, sfociando in un «socialismo federalista liberale»[3104].

Se l'attenzione per il recupero di determinati valori a livello europeo è molto marcata, meno definito è il progetto istituzionale rosselliano, anche se non mancano spunti interessanti. Occorre anzitutto rilevare l'attenzione mostrata in "Socialismo liberale" per le articolazioni nazionali del movimento socialista, un atteggiamento realistico che prende atto della persistenza dei legami territoriali e dell'attaccamento alla patria come comunità e destino, elementi che non vengono spazzati via da un solidarismo universalistico e astratto. La comunità universale, per Rosselli, presuppone popoli individuabili con una storia specifica e ne costituisce l'unione, poiché «solo una sintesi organica delle varie comunità nazionali porterà un giorno alla federazione delle nazioni»[3105]. Nel corso degli anni la visione federalista dell'autore si colora di un più netto antistatalismo, laddove lo stato è visto – con un richiamo a Proudhon e Bakunin e un altro non del tutto pertinente a Marx – come la sintesi di sfruttamento capitalistico, oppressione burocratica e distruzione bellica[3106]. Si tratta però di una tesi contestata all'interno di Giustizia e Libertà da chi – come Renzo Giua e Aldo Garosci – ritiene lo stato un ente politico indispensabile per coordinare le molteplici attività che si svolgono al suo interno, inducendo lo stesso Rosselli a un ripensamento[3107].

La federazione degli stati europei appare comunque come l'assetto più idoneo per correggere i difetti dello stato nazionale. Il giellista insiste sull'esigenza di democratizzare la federazione fin dalla sua nascita, tramite l'affermazione a livello sovranazionale di un movimento rivoluzionario socialista, ricalcato sulla *Giovine Europa* di Mazzini e capace di riconciliare i resti della II Internazionale socialista con l'Internazionale comunista. Per «fare l'Europa» propone dunque la convocazione di un'assemblea costituente, rappresentativa dei popoli europei, con il compito di scrivere una costituzione federale:

> La sinistra europea dovrebbe impadronirsi di questo tema sinora abbandonato ai diplomatici e ai Coudenhove-Kalergi. Popolarizzarlo tra le masse. Prospettare loro sin d'ora la convocazione di una *assemblea europea*, composta di delegati eletti *dai popoli*, che in assolutà parità di diritti e di doveri elabori la prima costituzione federale europea, nomini il primo governo europeo, fissi i principi fondamentali della convivenza europea, svalorizzi frontiere e dogane, organizzi una forza al servizio del nuovo diritto europeo, e dia vita agli Stati Uniti d'Europa[3108].

La riflessione giellista sull'Europa è una delle fonti di ispirazione degli autori del "Manifesto di Ventotene", Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, ai quali occorre aggiungere

[3104] Ivi, pp. 261, 264. Sul punto cfr. anche P. Graglia, *Unità europea e federalismo*, cit., pp. 34 ss.; T. Visone, *L'idea d'Europa nell'età delle ideologie (1929-1939)*, cit., 165-166.
[3105] C. Rosselli, *Socialismo liberale*, cit., p. 134.
[3106] Id., *Contro lo stato* (1934), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. II, cit., pp. 42 ss.
[3107] A. Garosci, *Vita di Carlo Rosselli*, v. II, cit., pp. 315 ss.
[3108] C. Rosselli, *Europeismo o fascismo* (1935), in Id., *Scritti dell'esilio*, v. II, cit., pp. 165 (169-170), corsivo in originale. Cfr. P. Graglia, *Europeismo e impegno antifascista nel pensiero di Carlo Rosselli*, cit., pp. 338-339; Id., *Unità europea e federalismo*, cit., pp. 70 ss.; T. Visone, *L'idea d'Europa nell'età delle ideologie (1929-1939)*, cit., pp. 169-171.

ISSN 2279-7238

Eugenio Colorni, che con i primi due discusse il testo e ne scrisse la prefazione[3109]. Un'altra corrente che influisce sul contenuto dell'opera è il liberalismo di autori inglesi come Lionel Robbins e Lord Lothian – e in Italia di Luigi Einaudi, Giovanni Agnelli e Cabiati – per i quali la federazione europea era la cornice istituzionale di una zona di libero scambio che avrebbe neutralizzato il protezionismo e l'imperialismo degli stati nazionali. Un ulteriore tassello è infine costituito dal socialismo dei riformatori come Turati, Treves, Levi e Ugo Guido Mondolfo, i quali erano parimenti portati, benché da una prospettiva rovesciata, a collegare l'economia e le istituzioni a livello sovranazionale, ragionando in termini di struttura-sovrastruttura[3110].

Spinelli e Rossi si incontrano al confino di Ventotene ma hanno un retroterra culturale e politico diverso. Il primo è stato comunista ma, incarcerato molto giovane e in seguito a un lungo travaglio interiore si è distaccato dalle dottrine del partito. La sua svolta è dovuta sia agli esiti della rivoluzione russa, sfociata nel collettivismo burocratico, nello statalismo e nella repressione politica, sia alla rigidità dogmatica del marxismo nel trattare la questione sociale. Anche Spinelli, come Rosselli, ritiene che impostare il problema solo in termini di lotta di classe e affidare esclusivamente agli operai le redini che condurranno alla loro redenzione potrebbe rivelarsi limitante. All'approccio deterministico della vulgata marxista contrappone il valore della libertà – apprezzato grazie alle letture crociane – e la *Persönlichkeitszivilisation*. E, tuttavia, Spinelli mostra di avere assimilato in profondità la critica marxista all'ideologia, se è vero che proprio attraverso le lenti di quest'ultima egli analizza l'idea di nazione. I liberali inglesi richiamano invece la sua attenzione sulle distorsioni al mercato provocate dal *sectionalism*, il comportamento degli agglomerati di interessi economici che difendono posizioni privilegiate, impedendo la concorrenza e l'eguaglianza delle opportunità[3111].

Rossi proviene invece da un ambiente più simile a quello di Rosselli, con il quale condivide sia i primi slanci per il risorgimento, il mazzinianesimo e l'interventismo, sia maestri come Salvemini e grandi economisti liberali pur molto diversi tra loro (Cabiati ed Einaudi), sia l'approccio volontaristico alla lotta politica. Ha un abito mentale meno filosofico e idealistico e più razionalistico, empirico e incline al positivismo. È membro di Giustizia e Libertà e partecipa ai dibattiti che si tengono sulla stampa clandestina riconducibile al

[3109] A. Spinelli, E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene* (1944), Milano, Mondadori, 2006, su cui v., oltre agli autori indicati *infra* e se si vuole, A. Di Martino, *Ventotene. Un progetto politico per l'unità federale europea*, in A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Roma, Carocci, 2010, pp. 68 ss.

[3110] Cfr. F. Rossolillo, *La scuola federalista inglese*, in S. Pistone (a cura di), *L'idea dell'unificazione europea dalla prima alla seconda guerra mondiale*, cit., pp. 59 ss.; S. Pistone, *Le critiche di Einaudi e di Agnelli e Cabiati alla Società delle Nazioni nel 1918*, ivi, pp. 171 ss.; D. Cofrancesco, *Il contributo della resistenza italiana al dibattito teorico sull'unificazione europea*, ivi, pp. 123 ss.; C. Malandrino, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone*, cit., pp. 41 ss.

[3111] A. Spinelli, *Come ho tentato di diventare saggio* (1984), Bologna, il Mulino, 1999; P. Graglia, *Altiero Spinelli*, Bologna, il Mulino, 2008; D. Cofrancesco, *Il contributo della resistenza italiana al dibattito teorico sull'unificazione europea*, cit., pp. 156 ss.; L. Zanzi, *Il federalismo di Altiero Spinelli: un pensiero politico maturato nell'isolamento del confino*, in C. Rognoni Vercelli, P.G. Fontana, D. Preda (a cura di), *Altiero Spinelli, il federalismo europeo e la resistenza*, cit., pp. 579 ss. Tra gli altri scritti di Spinelli rilevanti per l'interpretazione del Manifesto ventoteniano v. Id., *Politica marxista e politica federalista*, in Id., Rossi, *Il Manifesto di Ventotene*, cit., pp. 97 ss.; Id., *Gli Stati Uniti d'Europa*, ivi, pp. 39 ss.; Id., *Machiavelli nel secolo XX. Scritti del confino e della clandestinità*, a cura di P. Graglia, Bologna, il Mulino, 1993.

ISSN 2279-7238

gruppo. Nonostante la diversa formazione, il percorso intellettuale di Rossi si intreccia a Ventotene con quello di Spinelli per la centralità che entrambi attribuiscono al tema dell'unificazione europea (Rossi, prima incarcerato a Roma al *Regina Coeli*, aveva redatto un progetto di Stati Uniti d'Europa in una lettera inviata alla madre) e per un progressivo ravvicinamento delle rispettive visioni economiche, dato che Rossi tempera l'impostazione liberista con il favore per la democrazia rurale e il miglioramento delle condizioni di vita dei ceti più disagiati[3112]. Ma Spinelli e Rossi hanno in comune anche una concezione della politica vicina alle teorie elitiste di Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto, laddove Spinelli è più influenzato dai teorici della ragion di stato e dalla costruzione leninista del partito, mentre Rossi appare più attratto dal giacobinismo rivoluzionario: sono comunque entrambi convinti che solo una *élite* capace di inquadrare chiaramente i problemi e porsi precisi obiettivi politici possa efficacemente condurre le masse a compiere un rovesciamento completo degli assetti di potere[3113].

A Ventotene, tra il 1941 e il 1942, Spinelli e Rossi redigono il "Manifesto", che viene portato clandestinamente sulla terraferma e stampato nel 1944 grazie all'intraprendenza di Ursula Hirschmann, allora moglie di Colorni e poi, dopo la morte di questi, dello stesso Spinelli[3114]. L'opera si compone di tre capitoli: il primo sulla «crisi della civiltà moderna», gli altri due sui «compiti del dopoguerra», individuati rispettivamente «[nel]l'unità europea» e «[nel]la riforma della società». La prima parte esordisce con queste parole:

> La civiltà moderna ha posto come proprio fondamento il principio della libertà, secondo il quale l'uomo non deve essere un mero strumento altrui, ma un autonomo centro di vita[3115].

È un tema, quello del ruolo del principio libertà nella cultura europea, che come si è visto era stato indagato nella discussione sull'idea di Europa tra le due guerre, venendo ripreso poi dai fautori del liberalismo di varie tendenze, tra cui quella sociale rosselliana. L'argomentazione prende un andamento dialettico, nel senso che alla fase iniziale di affermazione di tale principio (la "tesi"), caratterizzata dalla supremazia dello spirito critico sul dogmatismo autoritario, dalla formazione di stati indipendenti, dalla conquista della sovranità popolare e dall'adozione di misure economiche e sociali a tutela dei più poveri è fatta seguire l'"antitesi" del totalitarismo, connotato da uno stato oppressivo, sostenuto dai ceti privilegiati, negatore di ogni libertà e fonte di guerre. Il contrasto è risolto hegelianamente attraverso la "sintesi", ravvisata nella rinnovata manifestazione del

---

[3112] A. Braga, *Un federalista giacobino: Ernesto Rossi pioniere degli Stati Uniti d'Europa*, Bologna, il Mulino, 2007; G. Armani, *La forza di non mollare. Ernesto Rossi dalla grande guerra a Giustizia e Libertà*, Milano, Franco Angeli, 2004. I carteggi di Rossi con Salvemini ed Einaudi sono pubblicati rispettivamente in E. Rossi, G. Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica. Lettere 1944-1957*, a cura di M. Franzinelli, Torino, Bollati Boringhieri, 2004; L. Einaudi, E. Rossi, *Carteggio (1925-1961)*, a cura di G. Busino e S. Martinotti Dorigo, Torino, Fondazione Luigi Einaudi, 1988.

[3113] V. per tutti P. Graglia, *Introduzione*, in A. Spinelli, *Machiavelli nel secolo XX*, cit., pp. 61-62; A. Braga, *Un federalista giacobino*, cit., pp. 131 ss., 87 ss.

[3114] Sull'attività culturale e politica di Ursula Hirschmann v. M.T.A. Morelli, *Senza Patria. Ursula Hirschmann, dal Manifesto di Ventotene a* Femmes pour l'Europe, in A. Buratti, M. Fioravanti (a cura di), *Costituenti ombra*, cit., pp. 80 ss.

[3115] A. Spinelli, E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene*, cit., p. 11.

ISSN 2279-7238

principio libertà a un livello più elevato, quello del superamento degli stati nazionali nella federazione europea[3116].

Quest'ultima è additata nel secondo capitolo come l'obiettivo più urgente da raggiungere, anteponendolo a tutti gli altri, per non far ricadere gli straordinari fermenti messi in moto durante la resistenza nel «vecchio stampo» dello stato nazionale. L'Unione europea, per Spinelli e Rossi, non si costituisce spontaneamente a partire dall'evoluzione delle singole società nazionali, ancorché ispirate a principi politici simili, liberal-democratici o socialisti. Ma con la seconda guerra mondiale e la probabile sconfitta dei totalitarismi si sono create le condizioni eccezionali (i «gravissimi eventi») affinché vengano abbattute le ostilità interne agli stati, provenienti dalle burocrazie civili e militari e dalle classi privilegiate, e affinché la nuova casa costituzionale possa essere costruita direttamente su una base europea e non nazionale[3117]. Proprio qui risiede la particolarità della visione degli autori del "Manifesto", chiaramente influenzata dalla concezione del partito rivoluzionario guidato dalle *élites*, di cui si è detto poco sopra:

La linea di divisione fra partiti progressisti e partiti reazionari cade perciò ormai non lungo la linea formale della maggiore o minore democrazia, del maggiore o minore socialismo da istituire, ma lungo la sostanziale nuovissima linea che separa quelli che concepiscono come fine essenziale della lotta quello antico, cioè la conquista del potere politico nazionale […] e quelli che vedranno come compito centrale la creazione di un solido stato internazionale, che indirizzeranno verso questo scopo le forze popolari e, anche conquistato il potere nazionale, lo adopreranno in primissima linea come strumento per realizzare l'unità internazionale[3118].

Dal punto di vista degli assetti costituzionali il "Manifesto" non si spinge oltre le enunciazioni relative alla creazione di un «saldo stato federale», con organi di carattere rappresentativo ai quali spetta la funzione legislativa e una magistratura indipendente, da conciliare con una forte autonomia degli stati membri, che consenta loro di conservare le caratteristiche storiche, politiche e culturali dei singoli popoli[3119]. Ma leggendo il "Manifesto" si nota come le competenze della nuova federazione siano ampie e tocchino, tra l'altro, la politica estera e di difesa nonché la politica economica. A tale proposito, il terzo capitolo traccia i lineamenti di una «rivoluzione europea [e] socialista», volta a un controllo delle forze economiche in modo che le classi lavoratrici possano emanciparsi ma capace anche di valorizzare le energie individuali suscettibili di contribuire al progresso complessivo della società. Il programma economico tracciato nell'opera, che mostra diversi punti di contatto con quello giellista, non è dogmatico ma differenziato a seconda delle aree e dei soggetti interessati: non generale abolizione della proprietà privata ma

[3116] Cfr. T. Visone, *La civiltà moderna nel "Manifesto di Ventotene". Caratteristiche e rilevanza di una figura sui generis*, in *Storia del pensiero politico*, 2016, pp. 425 ss.
[3117] A. Spinelli, E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene*, cit., pp. 19 ss. (28); A. Spinelli, *Gli Stati Uniti d'Europa*, cit., p. 88.
[3118] A. Spinelli, E. Rossi, *Il Manifesto di Ventotene*, cit., p. 28
[3119] Ivi, pp. 29, 33-34.

ISSN 2279-7238

nazionalizzazione delle sole imprese a carattere monopolistico e di quelle che presentano un interesse collettivo o che potrebbero esercitare pressione sullo stato per ottenere condizioni di favore (dalle industrie elettriche a quelle minerarie, dalla siderurgia alle grandi banche e alle imprese di armamenti). A ciò si affiancano una serie di misure per rendere più equa e proporzionale la tassazione, approvare la riforma agraria e quella industriale, aumentare il numero dei piccoli proprietari, agevolare la formazione di cooperative e l'azionariato operaio, potenziare l'istruzione pubblica e l'assistenza, assicurare la mobilità sociale e condizioni di vita dignitose per tutti, promuovere la liberalizzazione dei sindacati, abolire i concordati e svelare le ambiguità del corporativismo. Tutto ciò con l'esplicita finalità di «dare alla vita politica una consolidata impronta di libertà, impregnata di un forte senso di solidarietà sociale»[3120].

5. Verso una conclusione: utopie per l'Europa?

Le visioni di Europa fin qui considerate presentano alcune diversità ma sono anche percorse da tendenze convergenti. Queste ultime attengono alla formulazione, da parte di figure ascrivibili a vario titolo all'ambiente intellettuale e politico della sinistra non comunista, di un'idea di Europa federale, democratica e sociale con salde radici culturali, un'idea sulla quale si è edificata l'identità costituzionale europea. Quanto alle divergenze tra le diverse prospettive, esse consentono di apprezzare le ragioni alla base del carattere controverso e non del tutto risolto di tale identità. Il nodo più problematico riguarda forse il modo di concepire la democrazia sociale in Europa: per Mann, che approda a quest'orizzonte da una messa in discussione delle precedenti posizioni conservatrici e da una meditazione critica sui destini della borghesia tedesca, la democrazia e il socialismo vanno intesi come uno dei risvolti dei concetti di cultura e di umanità (il socialismo, in particolare, orbita nell'area semantica della vita). Il suo approccio è dunque più culturale-spirituale che politico-economico. Per Siemsen la democrazia sociale risente fortemente dell'esperienza costituzionale weimariana, soprattutto di quegli orientamenti insoddisfatti di una concezione formale della democrazia e volti invece a realizzare effettivamente la partecipazione e il controllo delle istituzioni politiche e sociali da parte della classe lavoratrice. Con riguardo agli italiani, il loro sforzo si caratterizza nel conciliare il socialismo marxista con i principi liberali: ciò è palese nel liberalsocialismo di Rosselli ma è rivendicato anche da Spinelli e da Rossi, vista l'insistenza sul superamento del sezionalismo e sull'importanza della concorrenza e della parità delle *chances*. Non stupisce pertanto che proprio intorno al modo di interpretare l'economia mista tratteggiata nel "Manifesto" vi siano stati contrasti tra Spinelli e alcuni esponenti tedeschi della resistenza.

[3120] Ivi, pp. 29 ss. (29, 33). Sulla consapevolezza della diversità delle economie nazionali e sulla discussione tra Spinelli e alcuni esponenti dell'ISK in ordine al tipo di mercato compatibile con l'economia mista prefigurata dal "Manifesto" v. A. Wilkens, *Per un'altra Germania in una nuova Europa. I dibattiti dei socialisti tedeschi in esilio sull'Europa del dopoguerra*, in C. Rognoni Vercelli, P.G. Fontana, D. Preda (a cura di), *Altiero Spinelli, il federalismo europeo e la resistenza*, cit., pp. 486 ss.

ISSN 2279-7238

Un'altra questione trasversale è la riflessione sulla cultura e sull'immagine dell'essere umano e del suo rapporto con la comunità: un tema ampiamente presente nella tradizione tedesca, al cui interno si collocano anche Mann e Siemsen. Thomas Mann, dopo un intenso travaglio intellettuale, arriva a pensare che la cultura europea sia una sintesi di *Kultur* e *Zivilisation*, e che la Germania costituisca fisicamente e metaforicamente il paese della mediazione. Il concetto di *Humanität* conferisce all'armonizzazione tra interiorità e statualità una proiezione cosmopolitica che non rinnega il legame con una idea relativamente organica della comunità, seppur aperta a feconde interazioni e contaminazioni pluralistiche, emerse anche attraverso la prospettiva mitologica.

Siemsen, per parte sua, beneficia dell'eredità culturale borghese, nella misura in cui pone nei suoi scritti l'accento sullo sviluppo di una personalità libera, ma integra tale eredità con elementi tipici della dimensione sociale che le derivano dalla formazione pedagogica e dall'esperienza politica, anche all'interno di formazioni pacifiste e femministe. Ne risulta una visione non agonistica né competitiva ma cooperativa e dinamica della comunità, positivamente influenzata dalle correnti austromarxiste. Ne discende altresì una forte sottolineatura della diversità culturale, tanto che l'autonomia culturale rappresenta un elemento qualificante e originale della sua visione di federazione europea. *Humanität* è un concetto rinvenibile anche nel suo lessico, dove assume un significato universalistico e al contempo connotato da un marcato pluralismo.

Negli autori italiani il tema culturale è presente ma tende a rimanere sullo sfondo – si tratta del resto di pensatori il cui impegno principale tende ad essere quello della lotta antifascista e della connessa progettualità politica. Essi condividono, anche se in modo diverso, il motivo crociano della centralità del principio libertà nella storia europea: Spinelli lo utilizza, insieme alla *Persönlichkeitszivilisation*, come un antidoto per correggere i dogmatismi e le rigidità del marxismo; lo stesso vale per Rosselli, meno attratto dalla cultura tedesca e più invece da quella francese, dalla quale riprende alcuni temi del socialismo organico e dell'*humanisme*; Rossi immerge invece le tesi crociane in un tessuto più empirico e positivista. La fede nel principio libertà convive comunque – in tutti e tre e non senza tensioni – con una concezione realista ed elitista della politica.

Pur nella loro diversità, le idee di Europa fin qui analizzate si sforzano di coniugare la complessità dei processi culturali (una risorsa di umanità alla quale attingere contro il nichilismo dei totalitarismi), con le istanze democratiche e sociali e con la costruzione di una federazione europea. A mio avviso esse possono considersi alla stregua di utopie concrete, progetti politici che plasmano il contenuto generale dell'utopia alla luce di circostanze storiche definite[3121]. Parlo di utopie concrete per distinguerle da quell'idea astratta di utopia che secondo il senso comune non può mai realizzarsi – e peraltro, la stessa definizione dell'utopia come qualcosa di irrealizzabile è dovuta alla sua formulazione da parte dei gruppi dominanti in un contesto dato. Ma se si concepisce l'utopia in un senso

[3121] Riferimenti al concetto di utopia si rinvengono del resto sia nelle opere degli autori esaminati sia nella letteratura secondaria che li riguarda.

ISSN 2279-7238

concreto e relativo, «intendendo per [essa] soltanto ciò che sembra inattuabile dal punto di vista di un determinato ordine sociale già affermato», allora non le si può negare l'aspirazione a divenire reale. All'utopia è del resto connaturato un legame con le forze sociali che si fanno portatrici della trasformazione prefigurata dall'utopia stessa. In ogni caso permane nel discorso utopico una tensione latente tra presente e futuro, realtà e idealità, dialettica dell'organizzazione sociale ed escatologia secolarizzata[3122].

Alcuni elementi delle utopie europee della resistenza corrispondono a quelli delle utopie della prima modernità, a cominciare dagli ideali umanistici di pace e tolleranza, proseguendo con l'afflato educativo-pedagogico, per arrivare alla corrispondenza tra lavoro produttivo e forma politica e all'alleanza tra ceti intellettuali e forze sociali progressive. Ma diversamente dalle utopie moderne, che collocavano la risoluzione del rapporto tra sapere e potere all'interno dello stato, le utopie degli anni trenta e quaranta la proiettano al di là dei confini statali e di ciò fanno anzi la loro specificità. Qui risiede anche il maggior limite degli scritti esaminati: l'idea che si debba accantonare per sempre la sovranità statale perché considerata colpevole dei peggiori mali del Novecento. La diagnosi non è del tutto corretta, e l'indagine sulle cause della crisi della civiltà europea sembra colpire in maniera indiscriminata sia la soggettività moderna – come in certe correnti personalistiche – sia quell'istituzione, lo stato moderno, la cui nascita ha contribuito a garantire i processi di secolarizzazione e le libertà individuali, a cominciare da quella religiosa. Diversamente dai fermenti che sul finire del Settecento hanno dato origine alla federazione americana, gli stati nazionali europei hanno radici storicamente molto salde ed è stato forse ingenuo – anche se comprensibile alla luce degli orrori della seconda guerra mondiale – dare per scontato l'abbandono della sovranità a favore di un corpo politico più assorbente. Non a caso sarà contro questo scoglio che si infrangeranno i progetti sia liberali che social-democratici volti alla costruzione degli Stati Uniti d'Europa, a cominciare proprio dal "Manifesto di Ventotene", come mostra la freddezza – se non l'ostilità – riservata ai suoi autori dagli altri partiti e movimenti resistenziali nella penisola (compresi alcuni esponenti del Partito d'Azione, al quale Spinelli e Rossi appartenevano), partiti e movimenti che ritenevano prioritario l'obiettivo di ricostruire la democrazia a livello nazionale. Più conscio della realtà degli stati nazionali e della loro riluttanza a rinunciare alla sovranità è stato invece Willy Brandt all'interno della SAP. Diversi protagonisti italiani hanno inoltre formulato un'analisi errata del problema

[3122] Sui caratteri della mentalità utopica e sulla sua distinzione rispetto a quella ideologica cfr. K. Mannheim, *Ideologia e utopia*, ed. orig. *Ideology and Utopia* (1929), Bologna, il Mulino, 1957, pp. 194 ss. (198); M. Cacciari, *Grandezza e tramonto dell'utopia*, in Id., P. Prodi, *Occidente senza utopie*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 63 ss. Per un'efficace ricostruzione del pensiero utopico e dei suoi critici v. V.I. Comparato, *Utopia*, Bologna, il Mulino, 2005, al quale rinvio per ulteriori approfondimenti, e sinteticamente L. Bazzicalupo, *Utopia*, in R. Esposito, C. Galli (a cura di), *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 884-885. Cfr. altresì sull'utopia rivoluzionaria G. Schiavone, *Democrazia e modernità. L'apporto dell'utopia*, Torino, Utet, 2001 e sulle utopie socialiste M. Buber, *Sentieri in utopia*, ed. orig. *Pfade in Utopia* (1950), Milano, ed. di Comunità, 1981. Per una lettura novecentesca del marxismo alla luce delle categorie utopiche v. E. Bloch, *Spirito dell'utopia*, ed. orig. *Geist der Utopie* (1918, 1923, 1964), nuova ed. rielaborata dalla seconda stesura del 1923, tr. it. a cura di V. Bertolino e F. Coppellotti, Firenze, La Nuova Italia, 1980, pp. 269 ss.

ISSN 2279-7238

della ricostruzione della Germania come stato, vista da essi con sfavore ma ritenuta invece necessaria – e giustamente – dagli esiliati tedeschi[3123].

Cosa può dunque insegnare oggi a un costituzionalista o a un costituzional-comparatista la lettura di Mann, Siemsen, Rosselli, Spinelli e Rossi? In un periodo di evidente crisi dell'Europa, dilaniata da pulsioni populiste e sovraniste, restia a favorire politiche sociali e solidali, paralizzata nelle istituzioni da veti incrociati o dominata dagli interessi degli stati più forti, riappropriarsi delle utopie come espressioni di pensiero critico ma al contempo paradigmi effettuali ed orizzonti di azione può aiutare i cittadini e le forze politiche a trovare una profondità di senso, una chiarezza di intenzione e una direzione di movimento[3124]. In questa prospettiva, le utopie di un'Europa democratica e sociale, fondata sulla diversità culturale e rispettosa del principio libertà, non si sono dissolte dopo la seconda guerra mondiale[3125] ma sono ancora capaci di prospettare nuove alternative e di rappresentare un vettore di trasformazione politica e sociale. Si tratta peraltro di utopie non incompatibili con la prospettiva del realismo politico[3126], nella misura in cui quest'ultimo svolge il compito – altrettanto importante – di indicare all'utopia i limiti della realizzabilità del suo progetto, non per abbandonarlo ma per trovare vie di attuazione concretamente percorribili.

[3123] V. rispettivamente, tra gli altri, D. Pasquinucci, *Inventare il futuro per non restaurare il passato. Altiero Spinelli nella resistenza*, in C. Rognoni Vercelli, P.G. Fontana, D. Preda (a cura di), *Altiero Spinelli, il federalismo europeo e la resistenza*, cit., pp. 59 ss.; A. Wilkens, *Per un'altra Germania in una nuova Europa. I dibattiti dei socialisti tedeschi in esilio sull'Europa del dopoguerra*, cit., 481 ss.

[3124] Cfr. M. Cacciari, *Grandezza e tramonto dell'utopia*, cit., pp. 64, 128.

[3125] K. Mannheim, *Ideologia e utopia*, cit., pp. 250 ss.

[3126] Su cui v. F. Lanchester, *Il profumo del costituzionalismo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018, pp. 5 ss.

ISSN 2279-7238

ABSTRACT

Questo saggio affronta il tema dell'identità europea tra le due guerre mondiali e la resistenza, mettendo in luce la presenza di un filone di pensiero democratico e sociale che appare di particolare interesse alla luce dell'attuale discussione sulla crisi e sul significato dell'identità costituzionale europea. Si esaminano quindi alcune figure rappresentative in Germania e in Italia: Thomas Mann, Anna Siemsen, Carlo Rosselli e gli autori del "Manifesto di Ventotene". Maggiore attenzione è dedicata ai due autori tedeschi poiché la bibliografia italiana sulle radici dell'idea di Europa ha dedicato finora ad essi minori approfondimenti. Nelle conclusioni le diverse posizioni vengono confrontate e i rispettivi progetti vengono riletti attraverso la categoria dell'utopia.

This essay deals with the development of a democratic and social European identity in the interwar period and the resistance. This perspective is particularly interesting in the light of the current debate on the European crisis and the meaning of a European constitutional identity. Some German and Italian representative figures are examined, such as Thomas Mann, Anna Siemsen, Carlo Rosselli and the authors of the "Ventotene Manifesto". More attention is given to the two German authors because they have been relatively less investigated by the Italian scholarship on the idea of Europe. In the final part the different projects are compared and they are interpreted through the category of utopia.

Parole chiave

Identità costituzionale europea; Thomas Mann; Anna Siemsen; Carlo Rosselli, Manifesto di Ventotene; utopia

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Pietro Nenni e le iniziative del Ministero per la Costituente per la formazione di una "coscienza costituente" *

di Ludovica Durst** ***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1. L'avvio dell'"età costituente" e l'istituzione del Ministero per la Costituente. – 2. L'attività di divulgazione: il Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente. – 3. Le Commissioni di studio nei resoconti pubblicati sul BIDMC e i lavori della Commissione Forti sulla riorganizzazione dello Stato. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Esiste per gli esponenti socialisti all'indomani della guerra, e in particolare per Pietro Nenni che li guida in prima fila, una chiara linea di continuità che salda la lotta per la Liberazione alla di poco successiva fase costituente. Non solo per i Socialisti, in effetti, ma per tutti i partiti ormai definibili di massa, riunitisi nel CLN, la Costituente rappresenta la possibilità di un momento rivoluzionario e di potenziale rottura con il recente passato fascista e non solo. La duplice lettura, anzi, dell'esperienza della Costituente e della fondazione della Repubblica, nel segno della continuità o meno con la tradizione prefascista dello Stato, di matrice liberale, è questione ancor oggi aperta e densamente argomentata per entrambe le prospettive[3127]. L'Italia del secondo dopoguerra, scrive anche Paladin, sia per gli storici che per i giuristi è una sorta di "Giano bifronte", in parte con lo sguardo alla continuità con il passato (per gli alleati e i liberali, oltre che lo stesso De Gasperi, soprattutto) in parte alla rottura (non solo con il regime fascista, ma anche con lo stato liberale dell'ultimo periodo statutario)[3128].
Discusso è inoltre il ruolo che abbiano realmente svolto le nuove generazioni di giuristi

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
** Dottore di Ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate.
*** Il presente contributo costituisce una parziale anticipazione dei risultati della ricerca intitolata "L'apporto dei socialisti all'Assemblea Costituente, attraverso gli interventi di Pietro Nenni, all'elaborazione della Carta costituzionale: un approccio di tipo storico-costituzionalistico", condotta dall'Autrice grazie a una borsa di studio bandita dalla Fondazione Nenni sul tema "Nenni e i Socialisti in Assemblea Costituente", e finanziata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

3127 Cfr. E. CHELI, (a cura di) *La fondazione della Repubblica: dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea costituente* Bologna, Il Mulino, 1979, in particolare il contributo di A. PIZZORUSSO, L. VIOLANTE, *Dal Regno d'Italia alla Repubblica italiana: il ruolo dell'Assemblea Costituente*, ove emerge la distinzione, pur sempre problematica, tra continuità politica e continuità tecnico-giuridica; E. CHELI, *I giuristi alla Costituente. Divergenze nella storiografia e linee di una possibile ricerca*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Istituto Treccani, Roma, 2012; ID. *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973.

3128 L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004.

ISSN 2279-7238

(Giannini, Jemolo, Crisafulli, Mortati), e quanto siano stati permeabili ai programmi innovativi da questi presentati i deputati seduti in Assemblea Costituente. Varie sono in particolare le valutazioni elaborate dagli studi storiografici successivi sull'emarginazione della scienza giuridica dal dibattito costituente; deve ad ogni modo rilevarsi che circa il 40% degli eletti in Assemblea costituente poteva essere ricondotto alla categoria dei giuristi, fra magistrati, avvocati, laureati in giurisprudenza[3129].

Il giudizio stesso sull'opera della Costituente non è unanime neanche fra coloro che parteciparono, direttamente o indirettamente, ai suoi lavori. Sconta in particolare giudizi opposti quel carattere di "compromesso" che certamente va riconosciuto alla Costituzione repubblicana, fra le tre maggiori anime che ne disegnarono l'architrave (democratico-cristiana, marxista, liberale), e il cui senso più nobile era ad esempio richiamato da Saragat: "è molto facile – vedete! – fare delle costituzioni quando le minoranze non hanno voce in capitolo" (intervento in A.C., 6 e 11 marzo '47)[3130].

Se è vero infatti, come scrive Scoppola, che con la Costituente si marca il momento di contrapposizione e passaggio dalla fase dei partiti elitari a quella dei partiti di massa, non stupisce che i giuristi di vecchia scuola, insieme ai liberali e agli azionisti (Orlando, Calamandrei, Croce, Salvemini), convergessero nella valutazione sostanzialmente negativa del compromesso, che assumevano nel senso deteriore. Diversa era la valenza positiva assegnatagli dai rappresentanti dei partiti di massa, quale segno del raggiungimento di un'intesa comune poggiante su una larga base di consenso popolare[3131]. Sono note ad esempio le parole di Calamandrei a giudizio dell'opera costituente: "per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere una rivoluzione promessa", così come è risaputa la prevalenza della valutazione fallimentare nella corrente storiografica successiva (sino almeno alla riscoperta di un'analisi più oggettiva e acritica di quel periodo, maturata negli anni Settanta), che identificava negli anni della Costituente la caduta delle speranze di una democrazia nuova e il segno della "Resistenza tradita"[3132]. Ma deluso era anche un giurista impegnato nelle file socialiste come Giannini, che giudicava a posteriori ridotto, in definitiva, il contributo che poterono dare i cosiddetti esperti a una Costituzione a suo parere "splendida per la prima parte (diritti-doveri) banale per la seconda (struttura dello Stato), che in effetti è una cattiva applicazione di un modello

[3129] Ne danno conto in particolare F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente: una comparazione con il caso tedesco*, Quaderni costituzionali - 18 (1998), n. 2; P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente fra politica e storia***,** Bologna, Il Mulino, 1980; A. BURATTI e M. FIORAVANTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi ed altre figure della cultura politica italiana (1943-48),* Roma, Carocci – Fondazione Olivetti, 2010. V. anche U. DE SIERVO, *Il ruolo dei giuristi alla Costituente*, e più ampiamente gli interventi al Convegno *I 'Costituenti' de 'La Sapienza'*, svoltosi il giorno 30 novembre 2017, presso il Rettorato – Aula degli Organi Collegiali, Università La Sapienza di Roma, pubblicati in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2017.

[3130] Cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana,* cit.

[3131] V. P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente fra politica e storia*, *op. cit.*

[3132] P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori* in Commentario sistematico alla Costituzione italiana diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze, Barbera, 1950.

ISSN 2279-7238

(lo Stato parlamentare) già noto e ampiamente criticato"[3133].
E tuttavia, non può negarsi come la Costituente rimase una "zona franca", in cui resistette un clima di collaborazione nonostante le crescenti divergenze fra le forze politiche, fino alla definitiva rottura nel 1947 fra i partiti del CLN che indicò il punto di non ritorno. Nel breve volgere di tre anni, dal 1945 al 1948, le premesse da cui la fase costituente aveva preso avvio mutarono sensibilmente, relegando tale esperienza a lungo, per taluni, a una sorta di "momento di grazia" o "iperuranio" avulso dalla realtà storico-politica che vi fece seguito[3134].
È dunque in virtù di questi presupposti che la nuova costituzione mostra la capacità di agire come strumento per il recupero di un'identità collettiva, costruita su un terreno comune di valori in cui è possibile integrare e far convivere correnti ideologiche e politiche diverse, assumendo una funzione che rappresenta un profilo centrale nelle elaborazioni teoriche sulle Costituzioni delle democrazie pluralistiche[3135].
Il tempo ha mostrato la sostanziale capacità di tenuta della Costituzione repubblicana, di cui è appena trascorso il settantesimo anniversario, grazie anche all'opera di interpretazione della Carta – forse difficilmente preconizzabile ai tempi – elaborata dalla Corte costituzionale; sono frattanto cresciuti anche gli studi volti alla riscoperta di elementi che mettano in luce il suo essere non solo l'espressione della "cultura dei costituenti" ma di una vera e propria "cultura costituente" diffusa e partecipata dall'intero paese[3136].
In questo contesto si inserisce il presente contributo che, rivolgendo l'attenzione all'"età costituente" in senso lato, ha l'obiettivo di offrire una breve disamina delle attività preparatorie messe in atto dal Ministero per la Costituente, nel biennio 1945-1946, così come documentate in particolare dal Bollettino di Informazione e Documentazione pubblicato per iniziativa del Ministero stesso (su cui v. *infra*), e che si intrecciano con quelle battaglie per la Repubblica e per la Costituente che tendono a coincidere totalmente, in quel momento, con il programma dei Socialisti e di Pietro Nenni, secondo l'allora parola d'ordine del Partito Socialista: "votate repubblica prima di votare socialista"[3137].

1. L'avvio dell'"età costituente" e l'istituzione del Ministero per la Costituente

L'idea di convocare un'Assemblea costituente in seguito al crollo del regime fascista e agli eventi bellici del 1943 fu com'è noto ufficialmente formalizzata dai sei partiti membri del CLN (Pli, Democrazia del Lavoro, Dc, PdA, Psiup, Pci) nel congresso di Bari del gennaio

[3133] M.S. GIANNINI, *Il Ministero per la Costituente*, in *Il Ministero per la Costituente: l'elaborazione dei principi della Carta costituzionale*, a cura di Fondazione Pietro Nenni, Scandicci, La nuova Italia, 1995.
[3134] Così ad esempio P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente fra politica e storia*, *op. cit.*
[3135] P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio,* in *Quaderni costituzionali* - 18 (1998), n. 2.
[3136] A. BURATTI - M. FIORAVANTI, *Introduzione*, cit.
[3137] Come ricorda R. FORMICA, nel discorso in occasione della consegna del Premio Nenni 2017 (6 dicembre 2017) https://www.fondazionenenni.it/primo-piano/il-discorso-di-rino-formica.

ISSN 2279-7238

1944, affiancandosi alla questione istituzionale del mantenimento della monarchia rispetto all'esigenza propugnata da più parti di giungere a rotture emblematiche con il precedente stato fascista.

Per Nenni e i socialisti, riforma dello stato – anche politico-economica – e Repubblica venivano a coincidere, e "instancabile" fu infatti l'impegno del segretario socialista a sostegno della battaglia sia per la Costituente che per la Repubblica, come mostrano anche i numerosi appelli lanciati sull'*Avanti!*. Contemporaneamente si avviava la ricostituzione del partito socialista come PSIUP nell'agosto 1943, con la convergenza in esso di gruppi diversi e distinti, fra componenti vecchie (Romita) e nuove (Movimento di Unità Proletaria, Mup, di Basso), fra socialisti rimasti in patria e quelli costretti all'esilio e ora rientrati (fra cui lo stesso Nenni), fra la pluralità di "anime" ideologiche, riformiste (Saragat), massimaliste, fusioniste[3138].

In questa prospettiva è da considerarsi come il più importante atto legislativo emanato dai governi Bonomi la cosiddetta "prima costituzione provvisoria" (decreto legislativo luogotenenziale n. 25 giugno 1944, n. 151), con cui si avviava la transizione e si stabiliva che fosse il popolo italiano a scegliere, al termine della guerra, le forme istituzionali, tramite l'elezione (a suffragio universale e diretto) di un'Assemblea Costituente, con pieni poteri, cui spettasse deliberare la nuova costituzione dello Stato e la scelta fra monarchia e repubblica[3139]. Di quanto stabilito con il decreto 151, due questioni in particolare sarebbero state riprese per divenire oggetto di diverso accordo fra i partiti: la proposta del referendum e il tema dei poteri ordinari della Costituente, che dovevano consentire di provvedere alle riforme di struttura[3140].

È poi nota, nell'ulteriore avanzarsi della campagna elettorale e dei dibattiti coinvolgenti l'opinione pubblica in vista della Costituente, la decisione di non dotare la Costituente di poteri legislativi (mantenendo invece la potestà legislativa in capo al governo ad eccezione delle norme in materia costituzionale, delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali), mentre la crescente centralità della questione istituzionale e la ricerca di nuovi equilibri per le forze politiche in campo lasciò traccia nella scelta, con la cosiddetta seconda costituzione provvisoria (decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98) di trasferire alla decisione popolare tramite *referendum* – in luogo di lasciarla all'Assemblea

[3138] Per una ricostruzione delle dinamiche e delle componenti interne al partito, v. S. COLARIZI, *Storia dei partiti nell'Italia repubblicana* Roma, Bari, Laterza, 1994, nonché sugli obiettivi politici dei socialisti A. BRUNETTI (a cura di), *I Socialisti e la Costituente,* E.S.S.M.O.I. – Ente per la storia del socialismo e del movimento operaio italiano Fondazione Giuseppe Emanuele e Vera Modigliani, Roma 2005.

[3139] Ricorda in proposito Pinelli quanto fosse ricca di significato la richiesta allora formulata da Nenni, e recepita nel decreto, che i ministri giurassero non più fedeltà alla monarchia ma di esercitare le proprie funzioni nell'interesse della Nazione e senza fare nulla per pregiudicare la soluzione della questione istituzionale. C. PINELLI, *Nenni e la Costituente*, intervento al Convegno *O la Repubblica o il caos. Pietro Nenni e la fondazione della Repubblica italiana*, Roma 17 febbraio 2016, http://www.radioradicale.it/scheda/466872/o-la-repubblica-o-il-caos-pietro-nenni-e-la-fondazione-della-repubblica-italiana.

[3140] V. anche C. DE CARO *Le due costituzioni provvisorie (1943-1948)* in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, Milano, Nuova CEI informatica, 1988. - Vol. 14.

ISSN 2279-7238

Costituente – l'opzione fra monarchia e repubblica[3141].
Su proposta – anzi, su condizione – di Nenni, furono infine accorpate contestualmente, nel medesimo giorno, le votazioni per il referendum istituzionale e per i rappresentanti all'Assemblea costituente, in modo da ovviare alle criticità e ai condizionamenti che i risultati dell'uno si temeva potessero ingenerare sull'altro. L'importanza di tale deliberazione è espressa da Nenni, che in proposito, il 28 febbraio 1946 sui suoi Diari annotava: "da stasera la battaglia per la Costituente si può dire vinta!"[3142].
La delicatezza di questa fase, e la sua centralità per il programma socialista, si cristallizzarono nella formula nenniana "o la Costituente o il Caos", riflettendosi, a liberazione avvenuta (aprile 1945), e con la spinta al rinnovamento portata da quello che sempre Nenni chiamò il "vento del Nord", nell'uscita del PSIUP dalla solidarietà con il CLN, a vantaggio della *politique d'abord*, rappresentata da un progetto in grado di svolgere un ruolo unitario non tanto grazie ad un "generico" carattere antifascista, ma perché volto alla formazione di un "Fronte del Progresso e del Lavoro" che fosse espressione di una nuova "coalizione repubblicana". Lo stesso Nenni fu candidato alla presidenza del Consiglio per un governo concentrato su alcuni punti qualificanti e urgenti, quali la Repubblica, la riforma agraria, la socializzazione dell'industria monopolistica e l'articolazione dello Stato tramite un innovativo "sistema di Comitati", composto dai CLN periferici funzionanti come organismi di partecipazione e di potere decentrato[3143].
È noto come, allora, fra il tentativo di mantenere l'accordo fra i sei partiti (esarchia) e la progressiva tendenza verso la c.d. politica del tripartito – con la convergenza, pur per opposte motivazioni, fra PCI e DC – logoranti trattative portarono al naufragio della candidatura di Nenni, cui si contrapponeva quella di De Gasperi, e alla formazione del governo dell'azionista Parri, che – ricorda la Taddei – rappresentò per i socialisti il "governo della Costituente".
Non sorprende forse, in tale quadro, che la preparazione del momento costituente venisse affrontata dal governo Parri – nel quale Nenni ricoprì inoltre la carica di vicepresidente del Consiglio e l'Alto Commissariato per l'epurazione – tramite la predisposizione di un Ministero *ad hoc*, alla cui guida fu designato il leader socialista: ovvero, come ebbe a commentare sull'*Avanti!* Nenni stesso, "proprio il dirigente del partito che nei termini più risoluti ha posto il problema della Costituente come problema di oggi e che di fronte alla

[3141] Come scrive Caretti, si trattò di un punto di arrivo di mutamenti avviati nella fase transitoria precedente – dagli accordi di Salerno –, in primo luogo al fine di "ridimensionare profondamente la potenziale carica rivoluzionaria della decisione costituente". In tal senso il referendum istituzionale, promosso nel segno della valorizzazione del principio di sovranità popolare dai liberali, con consistenti appoggi nella democrazia cristiana, non solo rispondeva anche a pressioni internazionali (americane) ma avrebbe dovuto svolgere una funzione dilatoria per la convocazione dell'Assemblea costituente, di cui si temeva la "prevedibile composizione". Cfr. P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica, op. cit.*

[3142] P. NENNI, *Tempo di Guerra Fredda. Diari: 1943-1956* a cura di G. NENNI e D. ZUCARO, Milano, Sugarco Edizioni, 1981.

[3143] Per i passaggi storici riportati in connessione con l'azione politica socialista, v. in particolare F. TADDEI, *La Costituente nella politica del PSI* in R. RUFFILLI (a cura di) *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente. Vol. II – L'area socialista*, Bologna, Il Mulino, 1979.

ISSN 2279-7238

Costituente si è impegnato ad assumere una posizione nettamente repubblicana".
Vero è che l'attenzione posta nei preparativi trova ulteriore sostegno se si considera che si trattava della prima esperienza concreta di Assemblea Costituente nella storia italiana (eccezion fatta, volendo, per la fugace Repubblica romana del 1849), pur non essendo quello della Costituente un tema estraneo alla cultura giuridico-politica del Paese, ma già particolarmente vivo e agitato nel dibattito risorgimentale e inaspettatamente ravvivato dallo scoppio della rivoluzione russa nel 1917, nel primo dopoguerra. In quel momento, le rivendicazioni, come sintetizzate da Turati, furono per la repubblica, il sistema monocamerale (abolizione del senato), la ripartizione proporzionale dei voti in elezioni con scrutinio di lista. Non stupisce, dunque, che sia stata sottolineata una certa impreparazione giuridica ma non politica con cui si arrivò alla Costituente, data la ricchezza del bagaglio di riflessioni teoriche dispiegate sul tema in più di un secolo[3144].
L'idea di istituire un Ministero per la Costituente[3145], uno dei punti qualificanti il governo Parri, può considerarsi "davvero una novità rispetto alla formazione di altre Costituzioni sorte da un'Assemblea costituente"[3146], e ciò nonostante alcune delle attribuzioni legate allo studio e alla predisposizione dei materiali fossero state già affrontate da una precedente Commissione per la riforma dell'amministrazione – istituita già nell'ottobre del 1944 – sotto la guida del giurista Ugo Forti, professore di diritto amministrativo nell'Università di Napoli.
L'istituzione del Ministero in se', e il modo in cui Nenni ne interpretò la guida, con equilibrio e imparzialità, e indicandone gli obiettivi e i metodi al servizio della formazione di una vera "coscienza costituente", così come la scelta dei collaboratori – a partire dalla decisione di avvalersi, come Capo di Gabinetto, di un giurista quale Massimo Severo Giannini –, ne determinarono l'originalità dell'apporto e l'importanza dei risultati.
Come scrive Giannuzzi, che al Ministero per la Costituente ha dedicato uno studio approfondito, l'istituzione del ministero non fu infatti esente da critiche e contestazioni circa la sua opportunità, sia di tipo politico (mosse ad esempio dal timore che potesse condizionare le determinazioni della futura Assemblea costituente) sia tecnico (circa la effettiva natura ministeriale degli uffici creati, l'articolazione in soli due uffici senza direzioni generali, e con riguardo alla preminente funzione di studio ad essi assegnata), tanto da essere

[3144] V. P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016.

[3145] Numerose risorse relative al Ministero per la Costituente sono ora disponibili a livello informatico, a partire dal numero n. 3 (Nuova serie) - giugno 2011, Il Ministero per la Costituente, di Minerva Web, Bimestrale della Biblioteca 'Giovanni Spadolini', a cura del Settore orientamento e informazioni bibliografiche, https://www.senato.it/3182?newsletter_item=1404&newsletter_numero=132.

La documentazione prodotta dalle attività del Ministero è reperibile invece sul portale storico della Camera dei Deputati, dedicato all'Assemblea costituente, a partire dal link: http://legislature.camera.it.

Un ricordo dello stesso Nenni sui lavori svolti si trova in P. NENNI, *Il Ministero per la Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, (Vol. 1) Firenze, Vallecchi, 1969, a cura del Comitato esecutivo presieduto da Gaspare Ambrosini, che chiosa: "Se il Ministero per la Costituente fornì col lavoro di tanti eminenti studiosi, giuristi, economisti, un prezioso contributo alla elaborazione della Costituzione, pur tuttavia la battaglia politica per la Costituente e quella per la Repubblica venne combattuta e vinta nel Paese".

[3146] Così si esprime G. RIZZO, *I lavori preparatori della Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, op. cit.*, la cui ricca relazione sull'attività delle commissioni di studio, in quanto partecipante di persona in particolare alla sottocommissione per il problema della regione, si raccomanda.

ISSN 2279-7238

sollevata, nella stessa riunione del Consiglio dei Ministri del 12 luglio 1945, che poi ne deliberò l'istituzione, l'obiezione che fosse "sufficiente la presenza di un Ministro con un semplice incarico *ad hoc*"[3147].

Forse su suggerimento dello stesso Giannini e di Giuliano Vassalli, anch'egli da subito coinvolto nel nuovo incarico, Nenni premette per l'approvazione di un Ministero vero e proprio, pur con carattere *sui generis*, ma ne dettò da subito le linee guida nel senso di "predisporre i materiali, spiegare, semplificare", anche per dissipare i timori (rivoluzionari e giacobini) che soprattutto per i ceti medi evocava la Costituente; mentre, come ricorda Giannini, la sua presenza al Ministero fu sempre "costante e impegnata", partecipe di tutte le scelte e decisioni[3148]. Segno peraltro di continuità fu la conferma di Nenni alla guida del dicastero anche dopo la crisi del governo Parri e la formazione del governo De Gasperi, nel novembre 1945.

I compiti specifici assegnati al Ministero, indicati nel decreto luogotenenziale 31 luglio 1945, n. 435, erano dunque la preparazione della legge elettorale e degli atti per la convocazione dell'Assemblea Costituente, e la predisposizione degli elementi per lo studio della nuova Costituzione, che avrebbe dovuto determinare l'assetto politico dello Stato e le linee direttive della sua azione economica e sociale.

A tal fine, si prevedevano una Commissione per l'elaborazione della legge politica (presieduta da Nenni, vice-presidente Selvaggi), e tre Commissioni di studio, che furono popolate da personalità eminenti, esperti e studiosi di livello nel panorama nazionale, alcune su designazione dei partiti, le cui direzioni furono assegnate a un liberale, a un cattolico e a un comunista: il professor Demaria, il professor Forti e il professor Pesenti.

La legge elettorale e per la Costituente

Quanto alla prima Commissione, sulla legge elettorale, data l'urgenza e la priorità del suo compito fu immediatamente attivata e lavorò dal 1 settembre del 1945 al 27 ottobre dello stesso anno, per produrre un progetto di legge elettorale politica basata su due principi fondamentali, il "suffragio *effettivamente* universale" e la definizione del sistema elettorale a base proporzionale ("con voto diretto, libero e segreto mediante scrutinio di liste di candidati liberamente concorrenti, da chiunque presentate, con ordine di precedenza prestabilito, modificabile dagli elettori per effetto dei voti di preferenza espressione di volontà numericamente efficienti"). A questa seconda determinazione la commissione giunse dopo un ampio dibattito in cui i suoi illustri membri (fra cui Agrò, Astuti, Battaglia, Cosentino, Fuschini, Jemolo, Mortati, Schepis, Strano, Terracini), si confrontarono sui temi delle circoscrizioni elettorali (criteri regionali), della formula elettorale, dei voti di preferenza e delle liste bloccate, del diritto o dell'obbligatorietà del voto[3149].

[3147] C. GIANNUZZI, *L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente* in *Il Ministero per la Costituente: l'elaborazione dei principi della Carta costituzionale*, *op. cit.*

[3148] M.S. GIANNINI, *Nenni e il Ministero per la Costituente*, in *Nenni dieci anni dopo,* presentazione di Giuseppe Tamburrano, a cura della Fondazione Pietro Nenni, Roma, Lucarini, 1990.

[3149] Cfr. quanto riportato sul Bollettino del Ministero per la Costituente, BIDMC, a.1 n.1, 20 novembre 1945.

ISSN 2279-7238

Fu principalmente compito della Consulta nazionale, istituita nell'aprile del 1945 dal governo Bonomi (ed effettivamente attiva fra il settembre del 1945 e la primavera del 1946) giungere alla deliberazione della legge elettorale: il progetto della Commissione di studio ricevette dunque prima l'assenso della Commissione Alleata di controllo, salvo il suggerimento di modifiche marginali, poi l'approvazione del Consiglio dei ministri il 31 ottobre e, infine, il parere positivo della Consulta nazionale (la discussione della legge elettorale alla Consulta cominciava l'11 febbraio 1946), per essere poi emanato con il decreto legislativo luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74[3150].

Il significato della scelta proporzionale, con un sistema considerato fra i più proiettivi della storia costituzionale italiana[3151], fu illustrato da Nenni stesso nella riunione di insediamento della Commissione per la legge elettorale nel settembre 1945. Nenni era dell'opinione infatti che "si può discutere se la proporzionale sia un buon sistema in tempi normali, ma mi pare che sia indiscutibile quando si tratta della Costituente", una posizione sostenuta sulla scorta della constatazione che non esisteva più, nella fase costituente, un unico soggetto detentore della sovranità, e che pertanto occorreva piuttosto, prioritariamente, imprimere alla nuova Costituzione uno spirito di mutua convergenza e controllo reciproco, quale in particolare sperimentato nell'attività ciellenista[3152].

Il dibattito sulla legge per la Costituente prese avvio, sempre alla Consulta nazionale, il 7 marzo '46: data l'eccezionale importanza della legge, è a Nenni, Vicepresidente del Consiglio e Ministro per la Costituente, che fu affidato il discorso di presentazione del progetto, "che esula dal campo della normale vita politica e della cronaca politica per inserirsi in quello della storia"[3153]. Nel discorso che ebbe modo di pronunciare, Nenni affermava che "la Costituente, che è stata la bandiera del Gabinetto Parri, come del Gabinetto De Gasperi, non è una bandiera di partito, ne' di una forza determinata dello Stato, o della forma di Stato che taluni preannunciano coi loro voti, ma è la bandiera della libertà; è il diritto del nostro popolo di trarre dal disastro nazionale, dal quale sta penosamente risollevandosi, tutti gli insegnamenti di ordine politico, costituzionale, sociale, che esso comporta".

La legge giunse certamente in ritardo rispetto a quanto auspicato, ma non può non tenersi

---

[3150] Cfr. con particolare riguardo alla Consulta nazionale anche F. BONINI, *La Consulta e l'Assemblea costituente* in L. VIOLANTE (a cura di) *Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001; *I socialisti alla Consulta* (con un saggio introduttivo di Enzo Piscitelli) Roma, ESMOI, 1974. Per la documentazione si veda anche, Camera dei Deputati *50° anniversario della Repubblica italiana: dalla Consulta alla Costituente: documenti del periodo di transizione costituzionale tratti dai fondi dell'Archivio storico della Camera* Roma, Camera dei deputati, 1996. V. anche N. TRANFAGLIA, *Dalla Consulta all'Assemblea Costituente: la cultura del Ministero per la Costituente*, in M. FIORAVANTI e S. GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana,* Roma, Carocci 1999, che mette in luce il rapporto tra la fase preparatoria della Consulta (sulla legge elettorale per la Costituente) e l'attività del Ministero per la Costituente, nonché il ruolo del "Bollettino" come "indubbiamente il maggior strumento di comunicazione scelto allora dal ministero per la Costituente", in grado di restituire in particolar modo l'atmosfera e la condizione culturale del periodo.

[3151] Così osserva P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico,* cit.

[3152] Cfr. quanto riportato da F. BIONDI, *Pietro Nenni e la nascita della Repubblica Italiana*, in *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, n. 6 (noviembre 2013) http://www.eumed.net/rev/rehipip/06/fb.html#_ftn7. V. anche P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico,* cit.

[3153] Il discorso fu pubblicato sul BIDMC, a. II, n. 8, 20 marzo 1946.

ISSN 2279-7238

conto delle difficoltà internazionali e interne che caratterizzarono le contingenze storico-politiche avvicendatesi dal 1943, fino all'emanazione del decreto-legge luogotenenziale 151. Era questo peraltro un punto di snodo fondamentale, da cui si era generata la situazione di contrasto cui lo schema di legge presentato da Nenni poneva soluzione, conciliando fra loro, come si è visto, le due tesi antagonistiche di Salerno, *referendum* o Assemblea costituente, tramite la proposta appunto di associarle, e stabilendo con l'articolo primo della legge la contemporaneità del voto per le elezioni per l'Assemblea Costituente e del referendum sulla forma istituzionale dello Stato (mentre l'articolo 3 restringeva alla sola materia costituzionale la potestà dell'assemblea).

Con riferimento al coinvolgimento popolare rispetto alla soluzione prospettata, osservava nel discorso Nenni: "Vale a dire che la paura, che è un poco esistita nel nostro Paese, del salto nel buio, l'evocazione dei fantasmi della Convenzione, del Terrore, si dileguano in quest'atto contestuale, per cui il cittadino che sceglie un nuovo regime, sceglie anche gli uomini che pensa possano dare a questo nuovo regime un contenuto di democrazia e di libertà e che possano evitare al Paese – come tutti vogliono evitare – le prove inutili di nuove lotte terroristiche, dalle quali il nuovo regime uscirebbe moralmente diminuito e in ogni caso insanguinato". L'appello conclusivo non poteva dunque essere che alla responsabilità del popolo tutto: "noi vorremmo poter suscitare, in questo popolo, prima di tutto, il senso che il nemico peggiore della democrazia è l'indifferenza, quando si tratta di decidere quella che sarà la forma dello Stato di domani, quella che sarà la struttura della Costituzione italiana dopodomani. E il sentimento che noi vorremmo affermare in queste settimane e in questi mesi che ci separano dall'atto più solenne della nostra storia è che noi possiamo dissentire su molte cose, anche fondamentali, ma che se noi ci accordiamo sul riconoscimento della sovranità popolare, niente di irreparabile avverrà fra di noi; e la sera del 26 maggio ognuno di noi saprà che deve fare, e chi deve sparire sparirà, e chi deve avanzare avanzerà".

Come si è già avuto modo di evidenziare, la proposta di svolgimento in contemporanea delle due votazioni risultò decisiva per risolvere la situazione di stallo, evitare un ulteriore slittamento dei tempi per la convocazione della Costituente – di cui Nenni in particolare sentiva l'urgenza – e superare i possibili condizionamenti reciproci dei risultati dell'uno sull'altro. Anche se, in seguito, vi è chi ha ritenuto che proprio la rinuncia a un'Assemblea costituente dotata di pieni poteri, sia con riguardo alla scelta istituzionale che all'ordinaria funzione legislativa, che rappresentava la linea originaria dei socialisti, abbia rappresentato il primo segno di indebolimento delle forze di sinistra[3154]. Ad ogni modo, il progetto presentato da Nenni fu approvato dalla Consulta con 172 voti contro 50, e il 23 marzo furono promulgati il decreto luogotenenziale n. 98 e n. 99, per l'indizione del referendum, che fissava la data per il suo svolgimento al 2 giugno 1946.

[3154] Cfr. S. COLARIZI, *Storia politica della Repubblica: partiti, movimenti e istituzioni, 1943- 2006,* Roma, Bari, Laterza, 2007 e ID., *Il voto socialista: 1946* in: *Il triplice voto del 1946: agli esordi della storia elettorale dell'Italia repubblicana,* Napoli, Liguori, 1989; nonché F. TADDEI, *La Costituente nella politica del PSI, op. cit.*

ISSN 2279-7238

Le Commissioni di studio e altre iniziative

Le commissioni di studio furono questione delicata. Convinto dell'importanza dei problemi legati al riassetto dell'economia, oltre che della Costituzione, Nenni promosse innanzitutto la formazione di una Commissione di Studio economica, presieduta da Giovanni De Maria (Rettore dell'Università Bocconi di Milano), organizzata in cinque sottocommissioni: Agricoltura, Industria, Credito e Assicurazioni, Problemi monetari e commercio estero, Finanza. Seguì (il 21 novembre) una Commissione per lo Studio della riorganizzazione dello Stato, presieduta (nuovamente) da Ugo Forti, ove sedettero fra i maggiori giuspubblicisti dello Stato (molti dei quali "tecnici" provenienti dalla precedente Commissione per la riforma dell'Amministrazione, e altrettanti successivamente eletti in Assemblea costituente), e articolata anch'essa in una pluralità di sottocommissioni: problemi costituzionali, organizzazione dello Stato, autonomie locali, enti pubblici non territoriali e organizzazione sanitaria[3155]. Infine, una Commissione per lo studio sui problemi del lavoro, costituita nel gennaio 1946 e presieduta dall'economista Antonio Pesenti, che nonostante la ristrettezza dei tempi portò avanti le proprie attività attraverso quattro sottocommissioni, per i problemi economici, per i problemi sindacali, per la protezione sociale e per i problemi giuridici e di coordinamento.

La Commissione economica e quella per i problemi del lavoro operarono, come ebbe a spiegare Giannini[3156], come commissioni d'inchiesta: una novità per l'Italia, con cui si introduceva il metodo di raccogliere l'opinione di tutti i soggetti competenti in materia sull'intero piano nazionale, cosicché gli studi elaborati non si riducessero a rispecchiare la sola opinione dei propri componenti. La commissione di studi per la riorganizzazione dello Stato lavorò invece principalmente con sottocommissioni di studi, secondo il sistema delle tesi.

Le Relazioni predisposte da ciascuna Commissione di studio per l'Assemblea costituente costituiscono una mole documentale notevole (si pensi solo ai 12 volumi elaborati dalla Commissione economica), con un impegno protratto fino a ridosso del 2 giugno 1946 (ad esempio la Commissione Forti consegnò la documentazione alla Costituente il 30 maggio 1946), e finirono per lo più per raccogliere insieme le diverse relazioni delle varie sottocommissioni senza che si potesse giungere a documenti unitari coordinati o di sintesi.

[3155] È stato in proposito rilevato come, nonostante la scarsa percezione che si ritenne ebbero i costituenti della questione amministrativa (in particolare dei nuovi temi della burocratizzazione e degli enti pubblici autonomi), testimoniata in parte anche dall'assenza degli uomini della Amministrazione alla Costituente, "la cultura propriamente amministrativa aveva trovato un suo specifico canale di comunicazione" proprio tramite la partecipazione di suoi esponenti alle due commissioni Forti del 1944 e del 1946, il cui contributo però non poté che manifestarsi nel segno del "totale rispristino del modello organizzativo tradizionale in chiave di conservazione dell'esistente". M. GIANNETTO, G. MELIS, G. TOSATTI, *Percorsi dei costituenti: la pubblica amministrazione*, in M. FIORAVANTI – S. GUERRIERI (a cura di) *La Costituzione italiana*, cit. Sulle vicende della I Commissione Forti, alle dipendenze della Presidenza del Consiglio, dedicata al problema dell'amministrazione, e sciolta nel maggio 1947, v. nel capitolo dedicato al Ministero per la Costituente, G. FOCARDI, *Storia dei progetti di riforma della pubblica amministrazione: Francia e Italia 1943-1948*, Bologna, Bononia University Press 2004.

[3156] Nel programma "alla radio", di cui dava notizia il Bollettino di Informazione e documentazione del Ministero per la Costituente, v. *infra*.

ISSN 2279-7238

Dell'impostazione data da Nenni, circa la struttura neutrale e il carattere di ausilio tecnico che dovevano contraddistinguere l'apporto del suo Ministero, con l'espressa indicazione di non perseguire l'obiettivo politico di influire sui contenuti della Costituzione o di condizionare la composizione dell'Assemblea (tanto più che il nodo istituzionale non era ancora sciolto), si trova traccia in particolare sin dalla prima riunione della Commissione Forti. È quasi d'obbligo citare la lettera (allegata ai verbali della riunione), con cui – di fronte a un momento di stallo e di acceso dibattito sul tipo di lavoro da impostare – Nenni intervenne affermando che quanto agli scopi della commissione non si trattava di predisporre alcuno schema di Costituzione, ma solo della raccolta e dello studio degli elementi attinenti alla riorganizzazione dello Stato. Diversamente, infatti, la scelta tra istituti costituzionali presupponeva "l'adozione di criteri politici e quindi il dibattito di quelle questioni squisitamente politiche, sottratte alla competenza tanto della Commissione che del Ministero, e riservate esclusivamente all'Assemblea Costituente".
Allo stesso modo, "su un piano di assoluta onestà politica", "in linea con le ragioni di imparzialità politica che hanno caratterizzato il governo della tregua istituzionale", e pur in un clima politicamente pronunciato, furono concepite le iniziative orientate a divulgare la conoscenza e alimentare il dibattito pubblico sulle principali questioni, non solo giuridiche, che sarebbero divenute di lì a poco centrali, una volta eletta l'Assemblea costituente, e che ruotarono in particolare intorno alla pubblicazione di un Bollettino di informazione e documentazione predisposto dal Ministero stesso per tutta la durata della sue funzioni (BIDMC).
L'impulso dato da Nenni all'attività del Ministero, tanto con riferimento agli obiettivi di studio che a quelli di divulgazione, nonché l'originalità del compito perseguito e la ricchezza delle tematiche – anticipatorie in massima parte delle principali questioni costituzionali affrontate nella successiva sede costituente – rendono particolarmente interessante e illuminante il pur sintetico approfondimento di tali aspetti: sia delle attività di divulgazione, che ruotano intorno al Bollettino, che dei risultati delle Commissioni di studio a supporto dei futuri lavori costituenti. Entrambe le attività danno chiara dimostrazione del modo in cui Nenni concepiva l'impegno democratico, in attuazione della "battaglia per la Costituente", quale elemento cardine della politica socialista del tempo.

2. L'attività di divulgazione: il Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente

Come si sottolineava poc'anzi, il "Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente" (BIDMC) va certamente annoverato fra i materiali di maggior spicco e pregio prodotti dal Ministero per la Costituente, per l'originalità dell'intento, per la ricchezza dei contenuti e per lo spaccato che i suoi 23 numeri, usciti nel volgere di poco più di sei mesi, sono in grado di offrire tanto sulle tappe di maggior riguardo del dibattito pubblico che degli eventi politici più incisivi avvenuti durante il periodo della pubblicazione,

ISSN 2279-7238

in attesa della formazione dell'Assemblea Costituente. Vi si trova inoltre traccia e aggiornamento minuzioso dell'attività svolta dal Ministero della Costituente, e in particolare dalle commissioni di studio, cosicché percorrendo i numeri in uscita ogni dieci giorni, dal 20 novembre 1945 al 25 giugno 1946, stupisce la completezza del quadro che si ricava di quanto si andava discutendo e proponendo in quei mesi. Nenni ne lodò l'esempio di "autodisciplina democratica", e la dimostrazione della "possibilità di una pubblicazione statale rivolta ad un vasto pubblico e capace di giungere, con i mezzi più penetranti, che offre l'organizzazione dello Stato, là dove le varie iniziative culturali non potevano giungere"; quasi dispiace pertanto che l'auspicio, formulato nell'ultimo numero di congedo, a referendum ed elezioni ormai avvenute, sia rimasto disatteso: "la speranza che le pubblicazioni non cessassero, ma proseguissero al di là della vita del Ministero per la Costituente, il cui destino è invece di essere inghiottito dalla sua creatura: l'Assemblea costituente"[3157].

D'altronde, era nota la priorità assegnata da Nenni alla formazione di una coscienza costituente e l'impegno in tal senso indicato nella sua *politique d'abord*: "la Costituente presuppone la coscienza nel Paese della insopprimibile esigenza di una rivoluzione democratica, presuppone la denuncia quotidiana di ogni deviazione opportunistica, presuppone un clima nel quale la coscienza dei problemi non sia sacrificata a situazioni di emergenza"; "il Paese ha bisogno di essere illuminato su una serie di problemi la cui conoscenza è fino ad oggi ristretta a pochi specialisti"[3158].

Le attività di divulgazione predisposte dal ministero per la Costituente, e di cui grande impulso e merito Nenni riconobbe a Giannini, erano perfettamente coerenti dunque con la promozione della visione democratica di cui Nenni era fautore, e la pubblicazione del Bollettino fu affiancata da numerose e altrettanto rilevanti iniziative, che trovarono nel Bollettino stesso adeguata diffusione: si pensi agli opuscoli gratuiti, intitolati "Guide alla Costituente", ideate "allo scopo di illustrare e di diffondere la conoscenza dei principali problemi che si propongono al paese e che l'Assemblea Costituente dovrà affrontare e risolvere", e alle collane di studi dedicate a "Testi e documenti costituzionali", diretta dal prof. Perticone, e agli "Studi storici", diretta dal prof. Ghisalberti, entrambe pubblicate dall'editore Sansoni.

La prima collana, come tratteggia il Bollettino, comprendeva oltre 30 volumetti, dedicati alle leggi elettorali dei principali Paesi, presentati con il duplice scopo di "portare alla conoscenza di un pubblico di lettori non specializzati le leggi fondamentali dei maggiori Stati, e quello di orientare l'opinione pubblica italiana in questa fase decisiva della nostra vita politica", a partire dalle Costituzioni italiane del periodo della Rivoluzione francese e del '48 e dallo Statuto Albertino, che costituivano la premessa dell'attuale sistema

[3157] *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, Roma, U.E.S.I.S.A, 1945 a. 1, n. 1 (20 novembre 1945)-a. 2, n. 18 (luglio 1946).

[3158] P. NENNI, *Politique d'abord*, in "*Avanti!*", 11 luglio 1945.

ISSN 2279-7238

politico[3159].

In armonia con questa, la collana di studi storici "non pretende di offrire ne' un quadro completo di tutte le Costituenti che si sono attuate nel mondo, ne' di tutto lo sviluppo dottrinale che ha preceduto la formazione di tali assemblee", ma "mira a chiarire idee e problemi" attraverso due serie di volumi: una dedicata alla Costituente nordamericana e alla sua influenza (nella Francia repubblicana, nella Svizzera, nella Spagna e nel Sudamerica, nella Germania quarantottesca, nella Russia sovietica e nei minori Paesi europei dopo l'altra guerra mondiale), e una alle idee di Costituente dei maggiori pensatori politici italiani (e "alle realizzazioni originali che di quella istituzione si attuarono nelle repubbliche italiane del triennio rivoluzionario, nell'assemblea bolognese del 1831, in quella siciliana del '48, nella romana del '49")[3160].

Fra le Guide alla Costituente possono segnalarsi, per il lustro degli autori e la puntualità dei temi affrontati, nel tentativo di renderli chiari e comprensibili nella loro portata e nelle loro implicazioni a tutti i cittadini, *Che cosa è la Costituzione*, del prof. Arturo Carlo Jemolo e *La Costituente e la Costituzione*, del prof. Giuseppe d'Eufemia[3161].

[3159] L'ampiezza dell'orizzonte considerato si può agevolmente ricavare leggendo i titoli dei volumi pubblicati, in cui gli addetti ai lavori non stenteranno a riconoscere importanti nomi di giuspubblicisti e comparatisti della nostra tradizione giuridica: 1. Giovanni De Vergottini – La costituzione della repubblica cispadana. 2. Bruno Gatta – La costituzione della repubblica romana del '49. 3. A.C. Jemolo e M.S. Giannini - Lo Statuto Albertino. 4. Vittore Bonfigli – La legge elettorale italiana del 1919. 5. Luigi R. Lettieri – La costituzione inglese. 6. Giacomo Perticone j. – Il sistema elettorale inglese. 7. Paolo Biscaretti – La costituzione irlandese. 8. Gaspare Ambrosini – La Legge elettorale irlandese. 9. Armando Saitta – La costituzione francese del '75. 10. Mario Battaglini – Il sistema elettorale francese. 11. Franco Pierandrei – La costituzione spagnola. 12. Danilo De' Cocci – Il sistema elettorale belga. 13. Guido Astuti – Le costituzioni della Svezia e della Norvegia. 14. Giorgio Tupini – La Legge elettorale danese. 15. Costantino Mortati – La costituzione di Weimar. 16. Ottorino Barin – La Legge elettorale tedesca. 17. Vincenzo Gueli – La costituzione svizzera. 18. Carlo Lavagna – La costituzione e il sistema elettorale finlandesi. 19. Francesco Agro – L'esperienza costituzionale estone. 20. Francesco Giulietti – Le costituzioni polacche. 21. Giovanni Salemi – La costituzione ceco-slovacca. 22. Costantino Mortati – La Legge elettorale ceco-slovacca. 23. Antonio Traversa – La costituzione austriaca. 24. Vincenzo Mazzei – La costituzione rumena. 25. Terenzio Marfori – La costituzione della repubblica turca. 26. Gaspare Ambrosini – La costituzione dell'U.R.S.S. 27. Tommaso Napolitano – II sistema elettorale dell'U R.S.S. 28. Romolo Astraldi – La costituzione degli Stati Uniti d'America. 29. G.D. Ferri – Il sistema elettorale degli Stati Uniti d'America. 30. Paolo Biscaretti – La costituzione dell'Unione Sud Africana. 31. Ubaldo Prosperetti – La costituzione della Nuova Zelanda. 32. Francesco Valori – L'ordinamento costituzionale giapponese. 33. Massimo Annesi – La costituzione argentina.

[3160] Furono qui pubblicati: 1. Gennaro Mondaini – La Costituente e le costituzioni americane del 1787. 2a. Armando Saitta – Le costituzioni francesi del periodo rivoluzionario (1789-1795). 2b. Achille Corona – La Francia della Restaurazione e del '48. 2c. Riccardo Orestano – La costituente francese del '71. 3. Giulio Bergmann – Costituenti e Costituzioni svizzere. 4. Nino Cortese – La costituente spagnola del 1812. 5. Gino Boria – Le Costituenti Sudamericane. 6. Ernesto Sestan – La costituente di Francoforte del 1848-49. 7. Ruggero Minerbi – La costituente russa. 8. Mario Toscano – Costituenti postbelliche. 9. Leopoldo Marchetti – Le assemblee costituzionali italiane durante la rivoluzione francese. 10. Emilia Morelli – L'Assemblea delle prov. unite italiane (1831). 11. Giorgio Falco – Giuseppe Mazzini e la Costituente. 12. Piero Zama – La Costituente nel pensiero di Gioberti 13. Alberto M. Ghisalberti – Giuseppe Montanelli e la Costituente. 14. Francesco Brancolo – L'Assemblea siciliana del 1848-49. 15. Bruno Gatta – L'Assemblea romana del 1849. 16. Ruggero Moscati – La diplomazia europea e il problema italiano del '48-'49. 17. Massimo Petrocchi – Riflessi europei sul '48 italiano. 18. Domenico Demarco – Idee di costituente in Italia dopo il 1859. 19. Giacomo Perticone – Il problema della Costituente in Italia dopo la seconda guerra mondiale.

[3161] L'opuscolo di Jemolo, in particolare, introducendo il tema della nuova Costituzione, spiegava che, "poiché nei novantotto anni che sono ormai trascorsi dall'emanazione dello Statuto è sorto tutto un nuovo mondo, politico, sociale, economico, e particolarmente negli anni 1919-20 sono state formate costituzioni assai più perfette e più rispondenti ai problemi della nostra epoca, ben si comprende come, in Italia, nessuna voce autorevole si sia levata a sostenere che una nuova costituzione sia superflua, e come l'idea di una nuova costituzione sia stata in se' accettata quasi senza contrasti", e concludeva tuttavia, pedagogicamente, con l'esortazione e il richiamo, al di là della fiducia nell'opera

ISSN 2279-7238

Come ebbe infatti a premettere Nenni nel primo numero in uscita del Bollettino, il 20 novembre 1945, per spiegarne le ragioni, il Bollettino "vuol essere una documentazione della preparazione del Paese alla imminente Assemblea Costituente"[3162].

Due erano gli obiettivi principali. Il primo, "far sì che i suggerimenti, le indicazioni di rotta, le proposte di via, vengano conosciuti dal maggior numero possibile di cittadini", in modo che ognuno fosse messo in grado conoscere, di criticare e accettare le critiche: pertanto, il Bollettino conteneva, "accanto agli atti ufficiali, larghe indicazioni degli studi che si compiono e larghe esposizioni di ciò che si viene pubblicando, in periodici o in volumi, attinente ai problemi del nostro futuro". Il secondo motivo, realizzato tramite l'ultima parte del Bollettino, era l'esperimento di "aprire un contatto diretto tra i cittadini e il Ministero", dando notizia delle proposte e suggerimenti che venivano inviati: "con ciò, non diciamo che si instaura un dialogo tra i cittadini e i pubblici poteri; ma certamente si stabilisce una circolazione di idee e di propositi che può ritenersi non infeconda". E infatti, entrambi i propositi furono perseguiti con "sforzo di imparzialità" e con la "massima obiettività" accettando tutte le idee e tutte le voci, da qualunque parte provenissero, "senza tener conto della loro origine o del loro colore politico", e agevolando la diffusione del Bollettino attraverso la costituzione di un servizio di "corrispondenti" nelle principali città italiane (per ovviare alle difficoltà di comunicazione postale), il cui elenco si trovava nel BIDMC.

La struttura stessa del Bollettino mostra una corrispondenza con gli obiettivi dichiarati da Nenni, a partire dalla sezione intitolata "voti-proposte-opinioni" che chiudeva ogni numero, "rubrica aperta a tutte le voci, individuali e collettive, illustri ed anonime, che comunque apportino un contributo ai problemi dell'Assemblea costituente e della rinascente democrazia italiana. Si prega di essere brevi e chiari. Non sarà riportata alcuna lettera sprovvista di completa indicazione del mittente". Comparvero qui proposte di vario genere, ad esempio relative all'istituzione di collegi elettorali universitari, al problema del voto degli italiani all'estero prima del loro ritorno in Patria, all'istituzione nel nuovo ordinamento di Regioni quali il Sannio, o il Molise, o questioni relative all'autonomia regionale, al sistema elettorale, al sistema economico, fino alle preoccupazioni in tema di libertà religiosa sollevate dagli evangelici d'Italia.

---

dell'Assemblea Costituente, che la libertà, "come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averla conquistata una volta per sempre, ma occorre conservarla con uno sforzo di ogni giorno, rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fosse in pericolo".

Le altre Guide alla Costituente riguardavano: II problema industriale, del prof. Gaetano Stammati; Le autonomie locali, curato dalla redazione del Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente; il problema agrario, del dott. Gian Giacomo dell'Angelo, e il problema bancario del dott. Giancarlo Trovamala.

[3162] Basta scorrere l'indice delle annate per avere idea della varietà di tematiche setacciate dalla pubblicazione in un arco di tempo poco più che semestrale: le relazioni delle attività delle commissioni di studio presso il Ministero per la Costituente, gli scritti storici, testi e ordinamenti costituzionali, problemi costituzionali, leggi elettorali, problemi e provvedimenti elettorali, problemi sociali, economici e finanziari, esperienze come l'Assemblea costituente francese, la "rassegna dei libri", la "rassegna politica", "varie" (fra cui una missione di giuristi italiani in Gran Bretagna, composta fra gli altri da alcuni membri designati dal Ministero della Costituente) e tavole grafiche che chiarivano e illustravano i meccanismi istituzionali o elettorali, italiani o stranieri, di cui si parlava (ad esempio, lo schema dei rapporti fra gli organi costituzionali italiani secondo lo Statuto del 1848, nella forma parlamentare fino al 1925 e durante il fascismo; la "geografia del referendum", con indicazione sulla mappa dell'Italia delle percentuali di voto per monarchia o repubblica nelle principali città; ecc.).

ISSN 2279-7238

Apriva il Bollettino un sintetico "notiziario" internazionale e nazionale, di informazione sui principali eventi di carattere costituzionalistico, ad esempio sulle elezioni che in quel lasso di tempo si andavano via via svolgendo in tutti i Paesi usciti dalla guerra (un panorama elettorale che include Inghilterra, Jugoslavia, Danimarca, Austria, Ungheria, Norvegia, Belgio, Olanda, Francia, Germania, Cecoslovacchia, Polonia, Grecia, Romania, Urss) e la formazione dei nuovi governi; le posizioni degli Alleati; le dichiarazioni del Presidente del Consiglio e, il 9 maggio 1946, l'abdicazione di Vittorio Emanuele III in favore di Umberto II.

La rubrica "alla Radio" dava conto del doppio ciclo di radioconversazioni promosso dall'Associazione Nazionale per gli studi politici e costituzionali, uno dedicato ai sistemi elettorali, l'altro all'Assemblea Costituente. Sul primo tema si riportano progressivamente, ad esempio, gli interventi di Gaspare Ambrosini (panorama dei sistemi elettorali), Crisafulli (la rappresentanza proporzionale), Ingrosso e De Cocci (sul collegio uninominale), Curci (sulla rappresentanza professionale), Mortati e Mazzei (sul voto obbligatorio), Carcaterra (sul voto plurimo). Sul secondo, notevoli sono i nomi dei giuristi del panorama costituzionalistico italiano che intervennero sui principali profili di tipo storico-costituzionalistico o maggiormente tecnici che potevano riguardare la futura Assemblea: da Bonomi, sulla vigente Costituzione provvisoria italiana, a Jemolo (sulle varie esperienze costituenti del 1946), da Lavagna sul potere costituente, a La Torre (sulle Costituenti nella storia) e Ferri (sui precedenti storici della Costituente italiana), da Giannini, sui compiti del governo per la formazione della Costituente, a Zuccarini (sul voto per la Costituente), da Nigro (sui rapporti dell'Assemblea con la Costituzione provvisoria) a Gueli (su plebiscito e referendum), da Paresce e Agrò (sui limiti formali e sostanziali della Costituente) a Resta (sulla redazione della Carta).

Ne fu infine introdotto un terzo, nell'aprile 1946, dedicato a dibattiti sui problemi della futura Costituzione, che aveva per programma: *I compiti dell'Assemblea Costituente; I diritti e i doveri dei cittadini; Separazione o accentramento dei poteri; Funzioni e prerogative del Capo dello Stato; Parlamento unicamerale o bicamerale; Autonomia regionale o federalismo.*

È anche da segnalarsi, ancora, la diversa iniziativa del notiziario radio, a cura del Ministero per la Costituente, diffuso ogni domenica dopo il radiogiornale, sempre concepito al fine di dare contezza e diffusione dei problemi riguardanti la futura Assemblea, delle attività del Ministero e dei lavori delle Commissioni tecniche di studio.

La "Rassegna dei libri" avrebbe recensito, con l'uscita dell'ultimo numero del Bollettino, 45 titoli fra italiani e stranieri, da aggiungersi – a completare gli studi e i dibattiti sulle questioni storiche, politiche, giuridiche, sociali che animavano la transizione – a quelli la cui pubblicazione era stata curata dal Ministero per la Costituente. Fra gli autori, solo per citarne alcuni, comparivano Ambrosini, Barile, Lucifero, Mortati, Perassi, Ruini per i temi giuridici, Guido Carli, Luigi Einaudi, Adriano Olivetti, per quelli economici.

Nella "Rassegna stampa", spesso anche retrospettiva (e in alcuni casi anche estera, in particolare per il commento degli eventi più a ridosso del 2 giugno), venivano riproposte le

ISSN 2279-7238

principali posizioni rappresentate sui quotidiani dagli esponenti dei partiti su questioni rilevanti, restituendo in tal modo il senso dei problemi aperti e dei dibattiti del tempo: dalle caratteristiche della Costituzione alla questione della legittimità e dei poteri dell'Assemblea costituente, dalla polemica su referendum o plebiscito alle garanzie costituzionali, dal potere legislativo e la questione monocamerale alla forma di governo, dal Capo dello Stato ai rapporti fra Stato e Chiesa, nonché questioni economiche e problemi industriali[3163].

Fra le notizie riportate dalla stampa estera, vale la pena richiamare il commento sulle elezioni amministrative italiane del *Journal de Genève*, che evidenziava, anche in vista delle elezioni politiche, l'esistenza di tre gruppi politici: blocco social-comunista, blocco borghese, partito democristiano. Il successo del primo, si diceva, era dovuto alla collaborazione fra Togliatti e Nenni, che avevano presentato liste comuni: una circostanza, osservava il giornalista, difficile da riproporre per la Costituente, prefigurando così il problema della discussione circa la fusione dei due partiti di sinistra, favorita da Nenni ma avversata dalla maggioranza dei socialisti, sotto la guida di Saragat e Silone. Chiosava l'articolo infine sostenendo che una fusione fra i due partiti di sinistra e la loro vittoria sarebbe stata considerata dagli inglesi, per la loro posizione nel Mediterraneo, più pericolosa dell'avvento del fascismo nel '22 (BIDMC, 20 aprile 1946, a. II n. 11).

Caratteristici di ogni numero erano poi gli approfondimenti riservati a una pluralità di tematiche, dai sistemi elettorali e i partiti politici in Italia, alle Costituzioni degli Stati stranieri (di Stati Untiti, Inghilterra e Francia in particolare, ma anche Unione Sovietica, Jugoslavia, Giappone, Cina, e altri) e con specifica attenzione alla parallela vicenda costituente francese (cui veniva dedicato anche un supplemento), dai modelli organizzativi adottati in altri paesi (ad esempio, l'organizzazione dell'attività sociale in Svezia, o del sistema giudiziario dell'Urss, o il riordinamento scolastico in Gran Bretagna o negli Stati Uniti) alle nazionalizzazioni e ristrutturazioni economiche, industriali e amministrative (la vicenda della nazionalizzazione della Banca d'Inghilterra, le riforme agrarie, e così via).

Nella Rassegna politica ampio spazio ricevevano i temi legati alla vita dei partiti, e in particolare le posizioni espresse nei Congressi che indicavano le linee delle future lotte politiche in vista della Costituente. Si ha così notizia del I Congresso nazionale del Partito d'Azione (Roma, 4-8 febbraio 1946), con una mozione per il "socialismo liberale" e per un'Assemblea pienamente sovrana; del XVIII Congresso del Partito Repubblicano (Roma, 9-13 febbraio 1946), volto a uscire dal vago termine di "Repubblica democratica" e darne realizzazione effettiva tramite la definizione delle forme esatte e dei principi necessari per la trasformazione costituzionale dello Stato, fra cui quello che la sovranità risiede nel popolo

[3163] Ad esempio, nel numero 3 del dicembre 1945 veniva ripreso l'intervento di Nenni su *l'Avanti*! del 30 giugno precedente, in tema di decentramento e autonomia, in cui si era dichiarato contrario a un autonomismo estremo per il rischio che potesse sconfinare in un federalismo tanto più pericoloso per il Paese, in quanto le disuguaglianze economiche e sociali fra le varie Regioni erano tali da necessitare, al contrario, uno sforzo del legislatore volto a colmarle. Piuttosto, sosteneva, per i socialisti la soluzione andava ricercata in un nuovo organismo di diritto pubblico, in rappresentanza del lavoro, secondo il sistema dei consigli: sia tramite la Camera dei Consigli delle Regioni, eletta dai consigli locali per coordinare la vita economica della Regione, sia la Camera Nazionale dei Consigli, quale parlamento economico della Nazione, da far sussistere accanto a quello politico, in un sistema bicamerale.

ISSN 2279-7238

degli italiani; del I Congresso Nazionale del Fronte dell'Uomo Qualunque (Roma, 16-19 febbraio), con mozioni per la realizzazione della pace sociale, della religione cattolica quale religione di Stato, della gratuità della scuola di Stato; del XXIV Congresso del Partito Socialista Italiano (Firenze, 11-17 aprile), in cui ampio risalto veniva dato alla relazione del Segretario di Partito Nenni e alle due mozioni, una di Giannini sullo Stato repubblicano, l'altra di Amaduzzi sulla politica economica, approvate come programma del partito per la Costituente; del I Congresso Nazionale della Democrazia Cristiana (Roma, 24-28 aprile), in cui oltre a De Gasperi intervennero Gonella, sul tema dei principi fondamentali della nuova Costituzione (a presidio di quattro fondamentali libertà: religiose, morali, politiche, ed economiche, da garantirsi tramite la rigidità della Costituzione e l'esistenza di una Corte suprema costituzionale, il sistema bicamerale con la seconda camera di rappresentanza territoriale e professionale, l'indipendenza della magistratura, il decentramento), e Piccioni sulla questione istituzionale, con la preferenza per la soluzione repubblicana.
Furono anche pubblicati, oltre ai principali statuti costituzionali stranieri (attuali o storici, tradotti e commentati), testi normativi di particolare importanza o recente approvazione, come l'ordinamento amministrativo della Valle d'Aosta (d.l. lgt. 7 settembre 1945, n. 545) quale "primo esperimento di autonomia regionale" e "primo atto legislativo della rinascente democrazia italiana", o il progetto di statuto della Regione siciliana e di quella tridentina, con cui si dava conto dei problemi regionali dell'Italia.
Ovviamente, fra i contenuti principali del Bollettino, erano riportati i dibattiti, i resoconti sommari e le relazioni relative alle principali vicende istituzionali e alle attività delle Commissioni istituite nell'ambito del Ministero, a partire dalla legge elettorale politica per la Costituente, della cui Commissione, ad esempio, già dal n. 1 del 1945 si ripercorrevano i lavori.

3. L'attività delle Commissioni di studio nei resoconti pubblicati sul BIDMC e i lavori della Commissione Forti sulla riorganizzazione dello Stato

Effettivamente, data l'ampiezza dei risultati prodotti, a chi volesse oggi conoscere i contenuti e l'attività delle Commissioni di studio potrebbe suggerirsi di cominciare proprio con i resoconti e le sintesi descritte nel Bollettino del Ministero per la Costituente.
La *Commissione economica*, istituita il 29 ottobre 1945, al fine di "predisporre gli strumenti per lo studio della nuova costituzione che dovrà determinare l'assetto politico dello Stato e le nuove direttive della sua azione economica e sociale" fu presentata nel BIDMC, n. 3, a. I (10 dicembre 1945), innanzitutto come commissione di indagine, con un compito vasto rispetto all'estensione della materia ma circoscritto quanto agli obiettivi concreti da raggiungere e al tempo entro il quale portarli a termine. Vi sedevano, a tal fine, esperti designati dai partiti, dai ministeri e dal Ministero per la costituente, i quali potevano fruire di strumenti non limitati solamente agli studi – condotti da loro stessi o da esperti esterni

ISSN 2279-7238

alla commissione –, ma anche di risposte a questionari inviati a organizzazioni, enti, istituti culturali e scientifici, aziende, uomini d'affari, personalità politiche, nonché di interrogatori e di inchieste dirette, in modo tale da prospettare alla Assemblea costituente il punto di vista del paese sui temi generali oggetto delle indagini. Di tali questionari, ampia notizia fu data sui numeri del Bollettino, ove furono pubblicati integralmente[3164].

La *Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato* fece la sua comparsa nel numero successivo del Bollettino (a. I, n. 4, 20 dicembre 1945) sia come commissione di inchiesta che di studio, seguendo la fruttuosa formula con cui operava già la commissione economica.

La consapevolezza espressa per bocca del Presidente Forti sulla gravità e importanza del compito assegnato alla Commissione, così come della necessità di astenersi dai temi di natura squisitamente politica, spettanti alla sola Assemblea Costituente, provocò tuttavia la necessità dell'ulteriore intervento del Ministro, come si è detto, per ribadire la natura non legislativa della Commissione, e di non procedere pertanto a elaborazioni di schemi di costituzione. Piuttosto, furono sollecitate a funzionare esclusivamente come commissioni di inchiesta le due sottocommissioni per le autonomie locali e per gli enti non territoriali, e prevalentemente come commissioni di studio le altre due (sui problemi costituzionali e sull'organizzazione dello Stato). Emergeva ancora una volta per Nenni la delicatezza e la difficoltà del compito affidato agli studiosi appartenenti a diverse correnti politiche, "di fornire al Paese una coscienza criticamente elaborata dei problemi che si pongono per sistemare il nostro futuro in uno Stato tecnicamente ben costruito e democraticamente ordinato" (lettera allegata al verbale n. 2, 24 Novembre 1945, dei lavori della Commissione).

Infine, nel numero pubblicato il 10 febbraio 1946 (a. II, n. 4) fu annunciata la costituzione della *Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, composta da esperti, studiosi e rappresentanti delle organizzazioni sindacali, oltre a due rappresentanti per ogni partito del CLN. Anch'essa operava parallelamente sia per studio che inchiesta, per la predisposizione del materiale relativo non solo agli ordinamenti economici, sociali e giuridici esistenti in Italia e nei principali Paesi, ma anche per raccogliere l'opinione di enti, organizzazione, persone nel paese – qualificate e non, con cui occuparsi dei problemi del lavoro intesi nel senso più largo. Come riportato nell'ultimo numero del Bollettino, la relazione della Commissione era distinta in quattro parti: la prima, dovuta alla presidenza, illustrativa dei problemi generali e fondamentali del lavoro, particolarmente quelli connessi alla riforma dello stato. Seguivano le relazioni delle singole sottocommissioni, in cui erano considerati i

[3164] In uno degli ultimi numeri del Bollettino, a conclusione dei lavori della Commissione e a pochi giorni di distanza dalla convocazione dell'Assemblea Costituente, l'operato veniva riassunto nei seguenti termini: la commissione ha "1) elaborato 58 questionari che sono stati diramati in parecchie migliaia di copie a privati ed Enti; 2) commissionato un centinaio di monografie su argomenti di carattere particolare ad esperti qualificati; 3) eseguito circa 300 interrogatori di personalità note per esperienza e dottrina, nel campo dell'industria, dell'agricoltura, della finanza, del mondo bancario, della borsa e dell'assicurazione. Per compiere i colloqui, la Commissione (…) ha inviato i propri esperti nelle principali città del nord, del centro e del sud, in modo da avere un panorama completo delle esigenze e delle prospettive locali". Le relazioni parziali delle singole sottocommissioni e tutto il materiale elaborato verranno in tal modo resi disponibili per l'Assemblea costituente.

ISSN 2279-7238

problemi più noti ed essenziali dell'ordinamento del lavoro (l'organizzazione della azienda con il problema dei consigli di gestione, il problema della disoccupazione, la riforma del sistema delle assicurazioni sociali, il salario, i contratti collettivi e ogni forma di assistenza alle classi lavoratrici) e due serie di monografie, sia di carattere economico, di approfondimento dei temi affrontati dalla commissione, che di carattere giuridico, per offrire un quadro della legislazione comparata del lavoro.

Le questioni costituzionali dibattute dalla Commissione Forti

Le tematiche affrontate dalla Commissione Forti meritano che si indugi poco di più nella descrizione dei lavori ivi condotti, per la particolare rilevanza rivestita dalle stesse tematiche nel dibattito costituente, ove non stentarono a palesarsi nuovamente. Se, infatti, non è pacifico quanto effettivamente si siano serviti i Costituenti della mole di studi e materiali messi loro a disposizione, vero è che molti di coloro che alacremente contribuirono alle attività del Ministero per la Costituente trasferirono la loro esperienza nei banchi della Assemblea Costituente, o mantennero con i suoi esponenti un costante dialogo, o sono in ogni caso da annoverarsi fra i grandi maestri della tradizione giuridica italiana, con un'influenza destinata a incidere ben oltre il periodo di transizione[3165]. Ad esempio, come ricorda Macchia, "la prima sottocommissione, chiamata a trattare i problemi costituzionali, contava tra i suoi componenti docenti affermati quali Roberto Ago, Guido Astuti, Piero Calamandrei, Vezio Crisafulli, Arturo Carlo Jemolo, Costantino Mortati, Gaetano Morelli, Ciro Vitta, Guido Zanobini, Massimo Saverio Giannini, e magistrati delle giurisdizioni ordinarie e amministrative quali Gaetano Azzariti, Leopoldo Piccardi, Emanuele Piga, Antonio Sorrentino, Andrea Torrente"[3166].

Pur tenendo conto, inoltre, che il compito della commissione era volto all'indicazione, per le varie questioni, dei possibili orientamenti e delle soluzioni più adatte, sia la prima sottocommissione, che quella presieduta da Piga sull'organizzazione dello Stato, si trovarono spesso a votare, adottando il criterio della maggioranza, risoluzioni con cui

[3165] La ricognizione delle tematiche affrontate dalla Commissione Forti può essere letta, come fa Lanchester, anche nel segno della continuità o novità rispetto alla tradizione giuridica del passato: ad esempio, la relazione di Giannini su Potere costituente – Costituzione rigida o flessibile, richiama il concetto di elasticità della costituzione introdotto pochi anni prima sotto il regime fascista, la Relazione di Mortati sui diritti pubblici subiettivi si incentra sul ruolo della dichiarazione dei diritti fondamentali per la predeterminazione del tipo di Stato e dell'assetto costituzionale, nei Cenni sui lavori di Azzariti emerge la diffidenza verso il controllo di costituzionalità della legge, che rischierebbe di indebolire tanto il parlamento quanto la magistratura. F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente, op. cit.* V. sui lavori della Commissione anche G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana: i lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato (1945-1946)*, Bologna, Il Mulino, 1979, che sottolinea fra l'altro, a fronte della mancanza di riferimenti espliciti ai lavori della Commissione in sede costituente, le pur numerose coincidenze fra le soluzioni adottate dalla Commissione e le scelte del Costituente stesso.

[3166] M. MACCHIA, *Massimo Severo Giannini nell'età costituente,* in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 3/2017.

ISSN 2279-7238

indicare scelte precise per la futura Costituzione[3167]. E infatti, esprimendo un giudizio generale sull'attività svolta, il Segretario generale della Commissione Ambrosino, nella *Introduzione* alla Relazione all'Assemblea Costituente, concludeva che, "se non altro, si potrà riconoscere alla Commissione il merito di aver raggiunto quello scopo che il ministro Nenni, inaugurando i lavori, sintetizzava efficacemente: «Un'assemblea (Costituente) come quella che si riunirà in Italia sarà certamente dominata da passioni politiche, che qualche volta potranno oscurare la nozione dei problemi tecnici, e sarà necessario che essa trovi a sua disposizione una mole di materiale tale che sia richiamata a questa esigenza, che è contemporanea a un'esigenza politica: tener conto dei problemi tecnici e dei problemi costituzionali»"[3168]. Emerge qui forse la consapevolezza o la precognizione di un aspetto considerato da alcuni la "questione principale del costituzionalismo del Novecento", ossia il rapporto politica-Costituzione (concretizzatosi in seguito nel problema della Costituzione come norma giuridica piena e della natura delle norme programmatiche), che impone di tener presente, quale "dato storico-culturale di base" comune a tutti i costituenti, il primato della politica[3169].

Come puntualmente ricostruito da Giannuzzi, quanto ai lavori della *prima Sottocommissione,* presieduta da Boeri, le varie conclusioni in tema di "*problemi costituzionali*" furono articolate appunto in una serie di relazioni settoriali riassunte da Azzariti in un documento intitolato "Cenni sui lavori della Sottocommissione", che ne ripercorre e illustra le posizioni[3170].

Come indicato nella "relazione Azzariti"[3171] sul tema della flessibilità o rigidità della Costituzione (sviluppato nella relazione di Giannini, "Potere costituente. Costituzione rigida o flessibile"), si affermò, in primo luogo, la preferenza per una Costituzione rigida, così da non essere soggetta a frequenti modificazioni (in particolare tramite un procedimento in duplice lettura) e la necessità di formulare norme giuridiche di contenuto piuttosto ampio, pur dotate nettamente di carattere giuridico, cioè di diretta applicazione – lasciando invece le norme particolari a leggi successive.

Si collegava, in secondo luogo, al carattere rigido della Costituzione, il problema del controllo di costituzionalità delle leggi (relazione di Giordano, "Sindacato di costituzionalità delle leggi"), concepito come un sistema di controllo diretto a garantire che il potere legislativo ordinario non invadesse il campo del potere costituente. In tale ottica, la sottocommissione proponeva la possibilità che chiunque, indipendentemente dal fatto che avesse subito una lesione effettiva o potenziale dei suoi diritti, potesse nell'interesse generale impugnare una legge per incostituzionalità, entro un arco di tempo limitato (sei mesi o un anno), concependo dunque l'impugnazione come "una vera e propria azione popolare, diretta a porre nel nulla con effetti *erga omnes* la legge ritenuta incostituzionale".

[3167] Cfr. G. BENVENUTO, in *Il Ministero per la Costituente: l'elaborazione dei principi della Carta costituzionale*, *cit.*

[3168] V. l'introduzione di R. AMBROSINO, "Relazione all'Assemblea Costituente", http://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p8_Vol1_2.pdf.

[3169] Cfr. M. FIORAVANTI, S. GUERRIERI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La Costituzione italiana*, cit.

[3170] C. GIANNUZZI, *L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente, op. cit.*

[3171] Il testo della relazione è disponibile sul sito della Camera dei Deputati: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p8_Vol1_3.pdf.

ISSN 2279-7238

L'organo competente a conoscere dell'azione popolare di annullamento era indicato in una Corte costituzionale, connotata come organo tecnico giuridico (composto da membri eletti in gradazione diversa nelle supreme corti: Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti e dai Consigli degli Avvocati). A un diverso organo era da attribuirsi la competenza a giudicare sulla responsabilità dei Ministri, mentre si optava per lasciare la tutela dei diritti dei cittadini agli organi giurisdizionali già dotati di tali attribuzioni.

In tema di rapporti internazionali (relazione dei proff. Ago e Morelli, "I rapporti internazionali dello Stato nella nuova Costituzione italiana") al di là di alcuni dubbi sul trasferire principi di diritto internazionale in formulazioni di diritto costituzionale, si conveniva che la rappresentanza dello Stato nei rapporti internazionali spettasse al Capo dello Stato, che la dichiarazione di guerra fosse invece di esclusiva competenza del Parlamento, e che solo per alcune categorie di trattati internazionali (di pace, di collaborazione politica e militare, di variazioni del territorio dello Stato…) fosse necessaria l'autorizzazione parlamentare alla ratifica (producendosi l'adattamento automatico dell'ordinamento interno alle norme contenute nei trattati nonché agli obblighi e ai diritti derivanti dalle norme di diritto internazionale generale).

In campo di diritti, la cui proclamazione è sempre stata al posto d'onore delle Costituzioni, si richiamava innanzitutto la "Relazione sui diritti pubblici subiettivi" di Mortati, con il riconoscimento dei diritti individuali, distinti nei classici diritti di libertà, diritti del cittadino verso la pubblica amministrazione e diritti subbiettivi politici[3172].

Si esaminavano poi i "diritti sociali" ("La dichiarazione costituzionale dei diritti derivanti dal principio di eguaglianza e di solidarietà" del prof. Luzzatto), caratterizzanti in modo crescente le costituzioni moderne, come rapporti complessi fra cittadini e Stato, attinenti all'eguaglianza e alla solidarietà, e con cui si faceva rientrare nei fini propri dello Stato un programma sociale. A questi, raggruppati secondo il loro oggetto (la persona, la famiglia, il lavoro e la proprietà o organizzazione patrimoniale) erano da collegarsi sia un dovere generale dello Stato di tutela legislativa dell'esistenza umana, ovvero dell'integrità fisica e morale della persona, che compiti specifici in relazione a un minimo necessario per l'esistenza (alimenti, indumenti, abitazione, assistenza sanitaria, sostegno per incapaci e invalidi al lavoro). Allo stesso modo, particolare attenzione fra i compiti dello Stato ricevevano il lavoro, come dovere sociale e per i diritti fondamentali collegati (assistenza,

[3172] Fra i diritti politici di libertà da inserire in Costituzione si elencavano: diritto di eguaglianza di fronte alla legge, diritto alla libertà personale e garanzie contro le arbitrarie privazioni della libertà personale, libertà di domicilio (inviolabile), diritto di circolazione e di residenza, al quale si connettono il diritto di emigrazione e il divieto di espulsione del cittadino, diritto di cittadinanza e la perdita di questa, escludendo la possibilità che sia tolta la cittadinanza per motivi politici, libertà di corrispondenza e segreto delle comunicazioni, diritto di libertà di espressione e di pensiero ed esclusione di autorizzazioni e censura e limitazione della possibilità di sequestro per la stampa periodica, libertà di coscienza e di opinione e libertà di culto e di appartenenza a chiese o confessioni in relazione a particolari applicazioni concrete (giuramento, esercizio di culto pubblico, proselitismo, propaganda e assistenza religiosa), diritto di riunione in luogo pubblico con preavviso all'autorità, che ha facoltà di divieto esclusivamente per comprovata ragione di ordine pubblico, inviolabilità del debito pubblico. I diritti del cittadino verso la pubblica amministrazione riguardavano l'indennizzo e l'ordinaria tutela giurisdizionale accordata in generale dalla legge. I diritti pubblici subiettivi comprendevano in modo particolare il diritto elettorale, l'accesso alle cariche pubbliche, la disciplina delle associazioni in genere e in particolare delle associazioni professionali e dei partiti.

ISSN 2279-7238

previdenza, organizzazione sindacale, sciopero), l'istruzione (gratuita e a sostegno dei non abbienti forniti però di particolari attitudini), la famiglia (protezione delle madri, dei fanciulli, della condizione giuridica della donna). Quanto al diritto di proprietà, la questione dei limiti entro i quali il diritto di proprietà doveva essere garantito era necessariamente rimessa ad altra sede, limitandosi a riconoscere la Sottocommissione il principio dell'indennizzo per espropriazione e il dovere di adeguata utilizzazione produttiva, in particolare della coltivazione dei fondi. Il rapporto fra prestazioni allo Stato e dello Stato, che caratterizza i diritti sociali, fu chiaramente collegato al principio di eguaglianza.

In tema di tutela delle minoranze (relazione "Le minoranze etniche" di Luzzatto), veniva considerato che le aree territoriali multilingue formassero unità territoriali distinte e ordinate in modo da garantire, in armonia con le istituzioni democratiche dello Stato, l'uso della lingua e lo sviluppo dei costumi, delle tradizioni ambientali e degli interessi locali.

Alla questione che costituisce materia costituzionale per eccellenza, ovvero l'organizzazione e il funzionamento del potere legislativo, era dedicata la relazione di Boeri e Rizzo, "Organi e funzioni governative e amministrative". Sia consentito richiamarne solo alcuni punti: si stabiliva innanzitutto l'esigenza di affermare principi fondamentali riguardo l'elezione dei deputati (suffragio universale, voto diretto, eguale e segreto, e così via), mentre la sottocommissione pronunciava la netta preferenza per il sistema bicamerale, con uguali poteri, pur con la differenziazione della composizione della seconda Camera dalla prima, sulla base di un sistema regionale oppure di elezione entro particolari categorie secondo l'esperienza politica, amministrativa o sindacale. Si ipotizzava inoltre, come strumento di risoluzione dei contrasti eventuali fra le due camere, la nomina di una Commissione permanente, a questo compito dedicata, composta dallo stesso numero di membri per entrambe le camere, scelti con un sistema proporzionale che riflettesse le maggiori correnti politiche del parlamento.

La questione dell'iniziativa legislativa era risolta a favore di un sistema misto, riconosciuto (solamente) al governo e al parlamento, mentre per la questione della facoltà di veto alla legge del Capo dello stato, si proponeva la restituzione alle camere con dovere di sanzione in caso di ulteriore approvazione delle Camere con maggioranza qualificata. Si affermava la limitazione delle iniziative legislative comportanti conseguenze finanziarie, secondo il principio della copertura di spesa. Attenzione specifica veniva riservata alla facoltà del potere esecutivo di emanare norme aventi forza di legge: sia alle leggi di delega, da prevedersi espressamente in costituzione, con gli opportuni limiti anche di materia, e da conferirsi al Governo, mai a singoli ministri; che ai decreti-legge, strumento che aveva consentito abusi durante il fascismo e che si intendeva pertanto limitare solo ai casi di necessità e urgenza (il tempo per la conversione veniva ridotto a un anno, rispetto ai due vigenti, con effetti *ex nunc* per il decreto non convertito e il divieto di riprodurre il medesimo provvedimento alla scadenza); che alle ordinanze di urgenza.

In termini di forma di governo ("Organi e funzioni governative e amministrative", prof. Vitta), a parte la condivisa esclusione del regime presidenziale, si notava la necessità del

ISSN 2279-7238

procedimento consuetudinario di consultazioni preliminari; si indicava l'indirizzo politico in capo all'intero Governo e non al solo Ministro, e la conseguente questione della responsabilità ministeriale, considerando l'eventualità della responsabilità del singolo ministro, lasciata comunque a principi non scritti. Il primo ministro era definito come *primus inter pares*.

Sull'ordinamento giudiziario ("La posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana", relazione redatta da Giordano e Torrente) si affermavano oltre ai principi generali della funzione giurisdizionale (carattere statuale, immutabilità del giudicato, "giudice naturale", obbligo della motivazione delle sentenze, …) il principio dell'indipendenza del giudice nell'esercizio delle sue funzioni e dell'autogoverno della magistratura, attraverso un Consiglio Superiore della Magistratura (la commissione era contraria a un CSM a composizione mista, con personalità esterne che non fossero magistrati, ma era a favore di un organo interno responsabile verso il Parlamento). In termini di organizzazione, la relazione si pronunciava per un sistema di nomina e reclutamento basato su concorso, per l'inamovibilità della sede e il divieto di giurisdizioni speciali (da trasformarsi in sezioni specializzate).

Anche la *seconda sottocommissione*, per *l'organizzazione dello Stato*, produsse un certo numero di relazioni parziali, che danno idea dell'ampiezza degli argomenti oggetto dei suoi lavori: dalla disciplina normativa dell'organizzazione e del funzionamento delle amministrazioni dello Stato (Matteucci), all'ammissione ai pubblici impieghi; dai doveri degli impiegati (Frasca) e i loro diritti, alla responsabilità dei funzionari (Gueli); dal limite alla responsabilità penale, costituito dall'istituto della garanzia amministrativa (Angelucci), alla partecipazione diretta dei cittadini alle funzioni amministrative (Gueli-Jaccarino); dai controlli esterni della pubblica amministrazione (Medugno) alle Guarentigie giurisdizionali dei diritti dei cittadini verso la autorità amministrativa (A.D. Giannini); dalla Corte dei Conti e il Consiglio di Stato (De Martino) alla rappresentanza del governo nelle circoscrizioni territoriali (Lugo).

Deve peraltro qui essere ricordata per la sua particolare innovatività, pur se non condivisa dagli altri Commissari, la proposta "Giannini-Barbara" (era Barbara Tolstoi a sedere per i socialisti nella sottocommissione) sul riordinamento amministrativo. La riorganizzazione statale veniva incentrata, in luogo della (statica) ripartizione in ministeri, sull'aggregazione dinamica dei servizi (servizio dell'amministrazione civile dei culti, della protezione dagli incendi, delle carceri, delle professioni legali, della protezione dei minorenni e così via), secondo l'esperienza anglosassone, e con la possibilità, lasciata all'esecutivo (grazie anche all'istituzione di un Gabinetto) di raggruppare di volta in volta i vari servizi in unità organizzative più ampie. In tal modo si affermava per un verso la discrezionalità dell'esecutivo, soprattutto si separavano, dall'altro, la funzione amministrativa dalle ingerenze della politica, secondo un carattere tipicamente riconducibile alla generale concezione di Giannini, preoccupato della stabilità del sistema rispetto alle "pressioni del

ISSN 2279-7238

corporativismo", agli "eccessi del partitismo" e ai "rischi del parlamentarismo"[3173].
Altri elementi riferiti alla disciplina costituzionale del pubblico impiego presentati nelle relazioni della sottocommissione riguardavano: l'equiparazione della donna all'uomo nella partecipazione alla vita pubblica (anticipazione dell'art. 51 Cost.); la questione del dovere di fedeltà degli impiegati pubblici alle istituzioni dello Stato e il giuramento dei funzionari amministrativi; le attribuzioni del prefetto; il riferimento in Costituzione a Consiglio di Stato e Corte dei Conti nell'ambito dell'attività consultiva e dei controlli esterni sulla pubblica amministrazione; il tema delle guarentigie giurisdizionali dei cittadini nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.
Le osservazioni prodotte dalla *Sottocommissione sull'assetto delle autonomie locali*, presieduta da Jemolo (e per i socialisti vantava la partecipazione di Adriano Olivetti), che aveva lavorato attraverso l'elaborazione di un questionario, investivano questioni quali l'opportunità o meno di un assetto federale dello Stato e quesiti connessi alla sua costituzione; rapporti tra Stato ed enti locali e rispettiva distribuzione di mansioni; costituzione dell'ente regione e sue attribuzioni; creazione di un organo di collegamento fra Stato e regione; opportunità di creare consorzi di provincie e funzioni che a essi competerebbero; provincia e sue funzioni; funzioni e finanze comunali; assunzione di servizi pubblici da parte dei comuni; struttura degli organi comunali e provinciali; controlli amministrativi e giurisdizionali sui comuni e sulle province; organizzazione amministrativa dei territori popolati da gruppi etnici minoritari[3174].
Ad esempio, in tema di decentramento e dei suoi limiti nel rapporto con lo Stato centrale si affermavano l'esclusione di trattati separati dello Stato con singole Regioni, la garanzia uniforme dei diritti dei cittadini, la necessaria "statualità" degli organi giurisdizionali. La sottocommissione, rilevando anche dai questionari distribuiti un orientamento generale a sfavore di un assetto federale, si pronunciò comunque con lieve maggioranza a favore dell'istituzione delle Regioni (che avrebbero dovuto implicare l'eliminazione delle province), dotate di potere regolamentare ma non legislativo, segno comunque di una diffidenza nei confronti della Regione sostanzialmente riproposta anche nel dibattito costituente.
Al di là dei dubbi che la materia *enti pubblici non territoriali* potesse essere effettivamente di rilevanza costituzionale, salvo per una possibile particolare categoria di "enti di diritto pubblico", la quarta Sottocommissione, presieduta dal prof. Piccardi (per i socialisti vi partecipava Luigi Angeletti), elaborò oltre alla relazione generale delle relazioni particolari su: stabilimenti pubblici di pubblica utilità (Vetrano); consorzi di bonifica integrale (Petrocchi); consorzi tra enti pubblici e in particolare sui Consorzi fra Comuni (Dueceschi); gli enti pubblici, gli enti o società di interesse nazionale o sovvenzionate dallo Stato, e gli

[3173] Per una ricostruzione di tale concezione, v. M. PASTORELLI, *Massimo Severo Giannini. Il nuovo ordine democratico tra pluralismo, giustizia sociale e dirigismo economico*, in A. BURATTI - M. FIORAVANTI (a cura di) *Costituenti ombra, op. cit.*
[3174] Inoltre, confluirono in essa i resoconti dei lavori delle Sottocommissioni per il problema della Regione e per l'Amministrazione locale, dipendenti dalla Commissione per la riforma dell'Amministrazione in precedenza istituita.

ISSN 2279-7238

organi, enti, società e controlli con i quali lo Stato interviene nel campo economico (Cataldi). Nonostante il breve tempo a disposizione per i lavori della *quinta sottocommissione*, sull'*Organizzazione sanitaria,* presieduta da Perotti, essa si concentrò su due profili, le Costituzioni e la sanità pubblica e i principi generali dell'organizzazione sanitaria, giungendo alla formulazione di cinque proposizioni i cui echi non risultano affatto estranei alla successiva elaborazione costituzionale: a partire dalla salute come diritto essenziale e fondamentale di ogni essere umano e della collettività, ai compiti sia dello Stato (promuovere la coscienza igienica, provvedere alla difesa dalle malattie sociali e assicurare l'assistenza a ogni cittadino) che del cittadino per la conservazione della salute pubblica, dalle leggi per l'esplicazione coattiva di pratiche sanitarie ai limiti imposti dal rispetto della persona umana, fino al rapporto di fiducia fra medico e paziente.

4. Osservazioni conclusive

Insomma, alla luce di quanto si è cercato in queste pagine sinteticamente di illustrare, per la qualità, varietà e vastità dei temi e dei documenti, i materiali predisposti dal Ministero per la Costituente costituirono uno "straordinario lavoro di mobilitazione culturale e tessitura di ponti tra rappresentanza politica e società civile", certamente in linea di profonda continuità con l'impostazione data dal partito socialista all'esperienza costituente come prosecuzione della lotta di liberazione[3175]. Testimoniano inoltre, come sottolinea Ridola, del "grande clima di mobilitazione degli intellettuali nei dibattiti che accompagnarono il dibattito costituente", contribuendo ad "arricchire il carattere spiccatamente pluralistico del processo costituente e ad alimentare i "contesti culturali" del testo costituzionale" [3176] (anche in parziale smentita di quelle correnti storiografiche che hanno descritto l'elaborazione della Costituzione come momento elitario e di monopolio esclusivo dei partiti di massa).
Diversi sono i giudizi e le valutazioni su quanto questo sforzo materiale e intellettuale fu di effettivo supporto e utilizzo da parte dei deputati costituenti, fondamentale per taluni (Calamandrei), in virtù soprattutto dell'elezione all'Assemblea costituente di molti di coloro che parteciparono alle commissioni di studio del ministero[3177], modesto secondo altri[3178], tanto da apparire sorprendente il disinteresse dell'Assemblea costituente per il lavori preparatori del ministero di Nenni, se non una "vera e propria occasione mancata per il costituzionalismo italiano" agli occhi degli studiosi di oggi[3179].

[3175] Così per A. BURATTI- M. FIORAVANTI, *Introduzione,* cit.
[3176] P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico, op. cit.*
[3177] Cita Rizzo, fra questi, gli on. Bozzi, Calamandrei, Donati, Fanfani, Fischini, Grieco, Mortati, Piccioni, Terracini, Tosato, Zuccarini. G. RIZZO, *I lavori preparatori della Costituente*, *op. cit.*
[3178] Ad esempio per P. POMBENI, *La Costituente, op. cit.*

[3179] Così per A. BURATTI – M. FIORAVANTI, *Introduzione*, *op. cit.*

ISSN 2279-7238

D'altronde, proprio nel ricordo di alcuni di coloro che direttamente parteciparono alle commissioni del Ministero o dell'Assemblea, si osserva che la mancanza di espliciti richiami ai lavori preparatori non significò per questo, necessariamente, il loro totale inutilizzo o dimenticanza. Ne sono una riprova sia in alcuni casi gli accenni al proposito di riconvocare esperti che avevano lavorato nelle varie commissioni (ad esempio della Commissione economica per il problema della finanza regionale)[3180], sia la constatazione che "benché il lavoro della Commissione ministeriale non volesse e non potesse influire sulla volontà e sulla determinazione dei futuri Costituenti, tuttavia l'autorità e la dottrina dei membri della Commissione di studi fu tale che difficilmente il loro parere non sarebbe stato presente, più o meno chiaramente evocato, a coloro che dovevano redigere il progetto di Costituzione"[3181].

Vero è, come ha cercato di mostrare la seppur sommaria rassegna qui tratteggiata, che le iniziative e gli studi intrapresi sotto l'ombrello del Ministero per la Costituente posero sul tavolo o anticiparono – offrendole al dibattito pubblico e ragionando sulle possibili soluzioni in funzione dei futuri costituenti – molte delle questioni che si rivelarono cruciali durante i lavori della Costituente (sol che si pensi alle soluzioni tecniche proposte per la forma di governo), concorrendo quanto meno a creare quell'atmosfera di cautela e prudenza caratteristica anche dell'Assemblea, soprattutto se confrontata con le accese proposte presenti nello stesso momento nei programmi e nei dibattiti interni dei partiti[3182]. Persino, secondo altri, proprio le indicative anticipazioni del testo costituzionale e del dibattito repubblicano che possono rinvenirsi nei materiali del Ministero, rendono "del tutto inaccettabile rinchiudere i lavori della commissione tra i cataloghi della documentazione", negando loro la qualità di "dati pre-costituzionali politicamente definibili come testi per l'assemblea costituente", mentre contribuiscono a ricostruire in tal modo anche l'apporto socialista alla Costituente[3183].

È stato anzi sottolineato – e ne danno indubbiamente conferma i contenuti del "Bollettino" – come la fase precostituente parve giovarsi di un livello di studio e dibattito del costituzionalismo occidentale particolarmente ampio, con soluzioni nuove e diverse rispetto alla tradizione nazionale[3184]. Queste finirono però per risultare tutto sommato

[3180] G. RIZZO, *I lavori preparatori della Costituente*, *op. cit.*

[3181] Così M. FEDERICI, *La donna alla Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, *op. cit.* (vol. 2).

[3182] G. AMATO e F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, in *Quad. cost.*, 1981.

[3183] S. LABRIOLA, *I rapporti etico-sociali nel processo costituente repubblicano. La posizione dei socialisti: dal CLN all'Assemblea costituente* in V. MARCO (a cura di) *Il dibattito all'Assemblea costituente sui rapporti etico-sociali: atti del convegno, Roma, 27 novembre 1997*, Fondazione Pietro Nenni, Roma, Gangemi, 1998.

[3184] Con particolare riguardo all'attività di divulgazione svolta dal Bollettino e al tema della riforma amministrativa, lapidario è il giudizio di Focardi: "Dunque dopo il 1946, è difficile considerare il ceto politico incapace di riformare l'apparato pubblico perché sprovvisto delle adeguate e necessarie conoscenze dei termini della questione: è più corretto dire che la classe politica, consapevolmente, non volle fare quanto era possibile in tale settore. Infatti i nuovi partiti politici di massa preferirono rafforzare la loro legittimità, al *centro* come in *periferia*, piuttosto che ristabilire quella dell'amministrazione dello Stato che, debole e immutata, avrebbe in quegli anni ceduto il passo ai nuovi protagonisti". G. FOCARDI, cit.

ISSN 2279-7238

recessive nelle formulazioni e nei dibattiti della Costituente (soprattutto in relazione alla seconda parte della Costituzione), rispetto a una cultura costituzionale comunque tendente a ricorrere alle tradizionali categorie giuridiche (in quest'ottica, ad esempio – al di là degli esiti successivi – si proponeva la correzione, non tanto il superamento, della tradizionale concezione della sovranità dello Stato e del Parlamento)[3185], e fortemente incisa dal ruolo dei partiti politici nella costruzione del nuovo Stato, compressi tra tendenze egemoniche e necessità di compromesso e proiettati in un contesto internazionale ormai prossimo all'emersione delle nuove potenze e alla divisione in blocchi della guerra fredda.

ABSTRACT

Rivolgendo l'attenzione all'esperienza costituente in senso lato, il presente contributo ha l'obiettivo di offrire una breve disamina delle attività preparatorie messe in atto nel biennio 1945-1946 dal Ministero per la Costituente, costituito sotto la guida di Pietro Nenni, così come documentate in particolare dal Bollettino di Informazione e Documentazione pubblicato per iniziativa del Ministero stesso. Ne emerge un quadro particolarmente ricco, tanto con riferimento ai temi oggetto di studio e approfondimento da parte delle Commissioni, con incarico di tipo tecnico, appositamente istituite allo scopo di predisporre i materiali ad uso dei futuri membri della Costituente, quanto della più ampia opera di informazione e diffusione di una "cultura costituente" a vantaggio del dibattito pubblico fra i cittadini. Non stupisce l'impulso dato a tali iniziative da Nenni, per il quale esse si intrecciavano con quelle battaglie per la Repubblica e per la Costituente che tesero a coincidere totalmente, in quel momento, con il programma dei Socialisti. Rimane però aperta la questione su quanto questo prezioso sforzo di documentazione fu effettivamente recepito dal Costituente, pur apparendone evidente il valore oggettivo ben oltre la qualità di "dati pre-costituzionali"; ne' appare meno attuale il problema della formazione di una "coscienza costituente".

Turning attention to the constituent experience in a broad sense, the present contribution aims to offer a brief examination of the preparatory activities carried-out in the two-year period 1945-1946 by the Ministry for the Constituent Assembly, established under the guidance of Pietro Nenni, so as documented in particular by the Information and Documentation Bulletin published by the Ministry itself. What emerges is a particularly rich picture, both with reference to the subjects to be studied and analyzed by the Commissions, with a mandate of a technical nature, set up specifically for the purpose of preparing the

[3185] Cfr. N. TRANFAGLIA, cit., e M. FIORAVANTI, *Sovranità e forma di governo, op. cit.,* per le specifiche considerazioni in merito alla rielaborazione del principio della sovranità popolare e alla sua capacità di andare oltre, in qualche modo, le stesse intenzioni dei costituenti nella correzione delle disfunzioni del parlamentarismo. V. anche C. MORTATI, *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, Darsena 1945.

ISSN 2279-7238

materials for the future members of the Constituent Assembly, as well as the broader work of information and dissemination of a "constituent culture" for the benefit of public debate among citizens. No wonder the impulse given to such initiatives by Nenni, as they intertwined with those battles for the Republic and for the Constituent Assembly that tended to coincide totally, at that moment, with the Socialists program. However, the question remains as to how much this precious effort of documentation was actually implemented by the Constituent, even though the objective value is evident beyond the quality of "pre-constitutional data", while at the same time the struggle for a "constituent consciousness" has not lost its relevance.

PAROLE CHIAVE: età costituente - Pietro Nenni - Ministero per la Costituente - Bollettino di Informazione e documentazione - Commissione Forti - fondazione della Repubblica.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

L'istruzione in epoca liberale e i "condizionamenti" del suo finanziamento in relazione al diritto di voto. Studio introduttivo*

di Giuseppe Eduardo Polizzi**

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. - 1.1. La "variabile finanziaria": accenni. - 2. La "scala gerarchica" di interesse nel finanziamento dei diversi gradi dell'istruzione alla luce della legge "Casati. - 3. Gli strumenti: il sussidio. - 3.1. (segue) il "mutuo" per via amministrativa. - 4. L'approccio gradualistico alla luce della legge "Coppino". - 5. La surroga, i sussidi e i mutui agevolati. - 6. Il periodo giolittiano. Le linee di evoluzione della normativa scolastica. - 6.1. Le novità sui mutui agevolati e i sussidi nella prima fase dell'età giolittiana: la qualità degli edifici scolastici. - 6.2. I nuovi oneri finanziari, per superare il divario fra nord e sud del Regno e per aumentare i tassi di alfabetizzazione della popolazione. - 6.3. (segue) lo strumento della legislazione "speciale" e l'abbandono del principio di uniformità negli interventi statali. La statizzazione delle scuole superiori della Basilicata. - 7. La legge "Daneo-Credaro" e la statizzazione dell'istruzione elementare. - 7.1. La scuola "di Stato". - 8. La riforma "Gentile" e il ritorno "Casati". - 9. Appunti conclusivi.

1. Introduzione al tema.

All'itinerario normativo dell'istruzione italiana in epoca liberale è dedicata la presente indagine che, dal "silenzio" dello Statuto albertino sul tema, intende analizzare le riforme del sistema scolastico, seguendo la pista del finanziamento pubblico dell'istruzione. Le scelte operate dal legislatore su come distribuire le risorse finanziarie fra i diversi livelli e tipologie di scuola esprimono, infatti, i valori, le priorità, la concezione stessa dell'istruzione, che per quanto priva della dimensione costituzionale (che aquisirà solamente con la Costituzione repubblicana del 1948) fu oggetto di molteplici interventi nel corso di sessant'anni di monarchia costituzionale. In particolare, nel periodo liberale, s'intervenne sulla struttura e l'organizzazione del sistema scolastico italiano, e in particolare sull'istruzione primaria, segmento scolastico ad appannaggio delle classi povere.

L'obiettivo dell'indagine è riflettere sulla correlazione fra l'assenza nella costituzione carloalbertina di una enucleazione espressa dell'istruzione e la concezione elitaria del diritto di voto, ciò nell'ambito di un impegno (costituzionale) limitatato all'eguaglianza formale, ad espressione di una concezione "monoclasse" dello Stato. Il finanziamento dell'istruzione è dunque la "cartina torna sole" che consente di indagare, più ampiamente, sui rapporti fra la dimensione giuridico formale dell'istruzione e il diritto di partecipazione del cittadino alla vita politica del Regno.

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale

ISSN 2279-7238

1.1. La "variabile finanziaria": accenni.

Giusto per accenni in sede introduttiva e prima di approfondire i temi testé indicati, occorre rilevare come da una rapida lettura dei dati statistici emerge che a una maggiore disponibilità di risorse finanziare corrispose, di regola, una maggiore disponibilità dello Stato liberale di farsi carico degli oneri dell'istruzione. Lo vediamo, ad esempio, negli anni a cavallo dell'Unificazione. Fra il 1861 e il 1870 l'istruzione non godette di grandi investimenti giacché gravava sul bilancio centrale il debito pubblico degli Stati pre-unitari[3186]. In tale quadro economico, le scarse risorse finanziarie furono concentrate per lo più in spese militari e infrastrutturali, settori quest'ultimi considerati "strategici" per l'Unificazione, e non nell'istruzione perché ad essa (con una certa "miopia" da parte del legislatore dell'epoca) non fu riconosciuta tale funzione[3187]. Ciò si riflesse coerentemente sulle scelte optate circa l'individuazione del centro di imputazione della responsabilità riguardo al riparto degli oneri, normativi e finanziari, fra Stato e comuni, operata dalla prima legge "Casati" del 1859.

A inizio Novecento, dagli anni del governo "Giolitti", la situazione economica del Regno migliorò e le spese a carico del bilancio statale per l'istruzione beneficiarono di un importante aumento[3188]. Sicché vi fu un immediato effetto migliorativo sui tassi di

---

[3186] L'ammontare totale del debito passò da 3.107 a 8.148 milioni di lire mentre rapporto fra debito pubblico e prodotto interno lordo passò dal 35,8% del 1861 all'80,8% del 1870. Su tali profili cfr. G. DE LUCA – A. MONIOLI, *Debito pubblico e mercati finanziari in Italia: secoli XIII-XX*, Milano, Francoangeli, 2007, 480-481. Più in generale si veda: V. ZAMAGNI, *Il debito pubblico italiano, 1861-1946: ricostruzione della serie storica*, Bologna, Il Mulino, 1998, 226.

[3187] Diversamente a quanto accadde in altri ordinamenti giuridici liberali i quali elevarono l'istruzione a diritto costituzionale, per quanto individuale e non sociale, giacché considerarono l'istruzione uno strumento in grado di unire in un unico Stato federale popolazioni assoggettate al dominio straniero. Il riferimento è al caso argentino, ove l'istruzione fu elevata a diritto costituzionale e individuale dalla costituzione storica del 1853 (vd. art. 14). L'evoluzione del diritto all'istruzione da diritto individuale a diritto sociale fu consacrata nella Costituzione peronista del 1949. Sul tal punto si veda M. A. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordata*. Terzera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2006, 72 ss., vedi nello specifico del diritto all'istruzione 72 e 146 ss.

[3188] Di seguito si farà più volte richiamo, come "guida" per la disamina della normativa di epoca liberale sull'istruzione e per le indicazioni bibliografiche, all'opera di G. F. FERRARI, S*tato ed enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati alla vigilia della riforma Gentile*, Padova, Cedam, 1979, 97, nota 76: «Le spese statali per l'istruzione passarono infatti da 54 milioni nel 1900-01 a 112,1 nel 1909-10 e da 59,4 a 117,8 in lire costanti, passando da 3,48 al 5,74% delle spese statali complessive e dallo 0,43 allo 0,65% del prodotto interno lordo […]. Ancora più significativo è che la spesa statale per l'istruzione elementare aumentasse da 4,3 a 26,2 milioni di lire correnti, rappresentando, mentre il servizio continuava ad essere comunale, oltre il 26% del totale del bilancio del ministero della pubblica istruzione […]. Le spese dei Comuni per l'istruzione nello stesso arco di tempo crebbero da 95,2 a 137,1 milioni di lire correnti (da 80,1 a 128,2 in lire costanti), segnando però un modesto aumento in percentuale rispetto al totale delle spese effettive (dal 17,12 al 19,52)». La situazione di "crisi" perdurò sino a quando, nella seduta della Camera dei deputati del 16 marzo 1876, in occasione dell'esposizione della situazione finanziaria dell'anno e della presentazione della situazione del Tesoro al dicembre 1875, il ministro per le finanze Minghetti annunciò alla Camera dei deputati il raggiungimento del pareggio di bilancio. Nella lunga relazione non vi fu accenno agli investimenti riguardanti l'istruzione, se non in riferimento a talune alienazioni di immobili, e ciò probabilmente a riflesso del lieve impatto della spesa per l'istruzione nel bilancio statale, cfr. M. MINGHETTI, Camera dei deputati, Atti parlamentari, tornata del 16 marzo 1876, 144.

ISSN 2279-7238

analfabetismo che in dieci anni, dal 1901 al 1911, diminuirono di dieci punti percentuali, con profondi squilibri però fra le regioni del nord e quelle del sud Italia e fra i comuni urbani e quelli rurali[3189].

In tale mutato quadro finanziario e prima della riforma "Gentile" del 1923 maturò la convinzione che l'istruzione fosse un importante strumento di sviluppo economico e ne fu concepita nella legislazione di quegli anni, seppur in forma estremamente embrionale, la sua funzione sociale. Importanti interventi normativi segnarono tale passaggio. Alla rigidità della legge "Casati" del 1859, nel riparto degli oneri finanziari e delle responsabilità di governo, fu sostituita la flessibilità della legge "Orlando" del 1904. Lo Stato si diresse allora verso una diretta ingerenza nel servizio: fu abbandonato il principio di uniformità nella distribuzione delle risorse finanziare a favore di una legislazione speciale, giacché fu chiaro che occorresse sostenere quei comuni dell'Italia meridionale e rurale i cui bilanci versassero in difficoltà economica. Il processo giunse a coerente compimento con la legge "Daneo-Credaro" del 1911, con la quale lo Stato avocò a sé l'istruzione elementare[3190]. La situazione finanziaria tornò a peggiorare profondamente nel primo dopoguerra, per cui si diede avvio a una energica politica di contenimento della spesa pubblica volta al pareggio di bilancio, come annunciò alla Camera dei deputati il neo primo ministro Mussolini il 16 novembre 1922, nel famoso "Discorso del bivacco". Ciò comportò, sul versante dell'istruzione, il ritorno alla legge "Casati", per cui gli oneri finanziari sarebbero stati posti per lo più sul bilancio comunale. D'altronde il regime fascista ebbe l'obiettivo, ben più ambizioso, non di istruire ma di educare il popolo al fascio, al fine di realizzare un controllo di stampo "totalitario".

2. La "scala gerarchica" di interesse nel finanziamento dei diversi gradi dell'istruzione alla luce della legge "Casati".

Venendo ai temi, con la legge "Casati" del 1859[3191] la distribuzione degli oneri finanziari dell'istruzione venne informata al criterio di proporzionalità, ove la gradazione degli interventi del bilancio statale rispose all'interesse unicamente per taluni settori dell'istruzione[3192].

[3189] Si veda ancora l'importante contributo di G. F. FERRARI, S*tato ed enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati alla vigilia della riforma Gentile*, cit., 97, nota 77.

[3190] E. CORBINO, *Annali dell'economia italiana*, V, 1901-1914, Città di Castello, Ipsoa, 1937, 33-36.

[3191] La legge "Casati" fu emanata durante il governo "Lamarmora", per Atto del Governo il 25 aprile 1859 e confluì nel regio decreto legislativo 13 novembre 1859, n. 3725, cfr. F. DE VIVO, *Linee di storia della scuola italiana*, Brescia, La Scuola, 1983; D. RAGAZZINI, *Storia della scuola italiana. Linee generali e problemi di ricerca*, Firenze, Le Monnier, 1983, 14 ss.; per quanto riguarda i regolamenti attuativi della legge Casati cfr. G. CIVES (a cura di), *La scuola italiana dall'Unità ai nostri giorni*, Firenze, La Nuova Italia, 1990, 427.

[3192] La legge "Casati" è la prima riforma dell'ordinamento scolastico dell'Italia unita e rimase in vigore, almeno nelle sue linee essenziali, sino alla riforma Gentile del 1922-1923. Cfr. G. TALAMO, *La scuola dalla legge Casati all'inchiesta del 1864*, Milano, Giuffrè, 1960, 23 ss. Per un approfondimento sullo stato della normativa scolastica degli stati pre-unitari, si vedano: C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in V. E.

ISSN 2279-7238

In una immaginaria scala gerarchica alla cui base v'è un interesse residuale, l'Università si collocò al vertice. Infatti, una serie di spese, dagli edifici alle attrezzature sino al personale, vennero posti a carico del bilancio statale[3193].

In posizione subordinata fu posta l'istruzione secondaria classica e i regii ginnasi, considerati, ai sensi dell'art. 188, le uniche vie di accesso all'Università[3194]. Le spese per i licei, ai sensi dell'art. 201: «per tutto ciò che concerne gli stipendi e le indennità da assegnarsi alle persone che vi sono addette alla direzione od all'insegnamento, o che appartengono al servizio nei medesimi, non che pel materiale scientifico, sono a carico dello Stato»[3195].

Al livello intermedio v'era l'istruzione tecnica, superiore e inferiore[3196]. Quella inferiore godette di un concorso di responsabilità fra Stato e comuni: spettava allo Stato corrispondere una parte degli stipendi degli insegnanti, ai comuni far fronte a tutte le altre spese. L'istruzione superiore tecnica, invece, fu destinataria di un concorso fra comuni, province e Stato, a riflesso di esigenze produttive sovracomunali, tant'è che fra i criteri per lo stabilimento di tali scuole v'era «il bisogno» per quelle città che fossero state interessate da un «notevole» movimento «industriale e commerciale»[3197].

Al grado più basso si collocava l'istruzione elementare[3198], la cui spesa fu posta a carico del comune, con la fissazione da parte dello Stato dei minimi retributivi per gli insegnanti, onde evitare che gli obblighi di legge fossero elusi da condizioni stipendiali

---

ORLANDO (A CURA DI), *Organizzazione amministrativa degli Stati italiani avanti l'unificazione legislativa. Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, 1900, 1089 ss.; G. TALAMO, *La scuola dalla legge Casati all'inchiesta del 1864*, cit., pp. 3-14; I. Picco, *I precedenti italiani, storici e legislativi, della legge Casati*, in *I problemi della pedagogia*, 15 ss. Tale bibliografia è richiamata dall'opera di G. F. FERRARI, *Stato ed Enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati, alla vigilia della riforma Gentile*, cit., 7, nota 1.

[3193] Cfr. sul tal punto G. M. DE FRANCESCO, *Rapporti fra Stato, Comune ed altri enti locali in materia di istruzione*, Athenaeum, Roma, 1912, 281-296.

[3194] Il collegamento fra Università e ramo classico emerge anche dalla lettura dell'art. 74 della legge Casati, per cui fu conferita la possibilità ai docenti universitari di essere chiamati «a dare, ciascuno nell'ordine de' suoi studi, corsi regolari negli stabilimenti superiori dell'istruzione secondaria».

[3195] I licei furono allocati in "stabilimenti" distinti rispetto ai ginnasi; i ginnasi invece furono insediati uno per ogni provincia; se riconosciuti «regii ginnasi», ai sensi degli artt. 194, 195 e 196 legge Casati, sarebbero stati posti a carico del bilancio statale. I licei furono finanziati dai Comuni per i locali e il materiale non scientifico, e dallo Stato per il materiale scientifico e la retribuzione del personale sia docente sia non docente. Peraltro ai comuni ove era stabilito un ginnasio, ai sensi del successivo art. 239, fu data la facoltà di aprire un convitto per ospitare gli studenti, su modello di quelli nazionali.

[3196] Le scuole tecniche furono istituite nel capoluogo di provincia, oppure in subordine in uno dei principali centri cittadini della provincia stessa e, ai sensi dell'art. 283, a «misura che il bisogno se ne farà sentire, nella città che sono centro di un più notevole movimento industriale e commerciale». Sicché l'istruzione professionale si sarebbe collegata alle esigenze produttive del territorio, difatti non aveva fra i suoi obiettivi quello di impartire una cultura generale.

[3197] Cfr. artt. 279-282, 283-284 della legge "Casati", e il r. d. 19 settembre 1860, n. 4315.

[3198] L'istruzione elementare fu organizzata in due gradi: la scuola elementare inferiore, istituita in comuni con almeno 50 bambini, e la scuola elementare superiore, per i comuni con oltre 4.000 abitanti. L'obbligatorietà riguardava le prime tre classi, però la violazione dell'obbligo scolastico non fu sanzionata.

ISSN 2279-7238

inaccettabili e che la qualità delle prestazioni offerte fosse pregiudicata[3199]. Per tale grado d'istruzione v'era qualche norma che, in via residuale, segnò una ridotta apertura statuale alle esigenze delle classi meno agiate. Ai sensi dell'art. 345, con stanziamenti annuali, lo Stato avrebbe potuto intervenire con dei sussidi economici, a favore di quei comuni che «per l'angustia delle loro entrate, o per la poca agiatezza dei loro abitanti» non sarebbero stati in grado di adempiere agli oneri finanziari per l'istruzione elementare. Per analoghe ragioni a favore delle province venne stanziato, ai sensi del successivo art. 346, un sussidio per gli stipendi degli insegnanti.

Dalla rapida lettura delle norme citate, si può osservare che la gradazione dell'impegno finanziario svela il maggiore favore dello Stato nei confronti dell'istruzione classica e universitaria, considerata il mezzo per la selezione della classe dirigente e quindi valutata come opportunità di investimento in "capitale umano"; il minor investimento nei gradi più bassi dell'istruzione, invece, fu il riflesso del valore di "bene di consumo" attribuito all'istruzione elementare. Il popolo andava istruito nella misura "del bisogno" della classe dirigente del Regno, riguardante la domanda di manovalanza per le industrie e i campi, e non per farlo emancipare dalla situazione economica e sociale di partenza. Coerentemente l'obbligo scolastico per quanto previsto sul piano normativo non fu affatto garantito[3200]. Sicché, sul versante del bilancio statale l'allocazione delle risorse scontò la visione elitaria, classista e borghese dell'istruzione; coerentemente a livello di bilancio locale priorità venne data a quegli istituti scolastici ritenuti più prestigiosi, come i licei o i ginnasi, a discapito dell'istruzione elementare primaria e secondaria e della retribuzione del corpo docente[3201].

[3199] Sotto il profilo finanziario, ai sensi dell'art. 317: «l'istruzione elementare fu data gratuitamente in tutti i Comuni», sebbene (al pari di quanto constatato per le scuole tecniche), «questi vi provvedono in proporzione delle loro facoltà e secondo i bisogni dei loro abitanti». Sicché la legge Casati nell'ottica dell'eguaglianza formale pose pari diritti di accesso alla scuola a tutte le classi sociali, questo in quanto l'istruzione elementare sarebbe stata offerta «gratuitamente», però gli oneri erano posti ancora una volta a carico dei singoli comuni, che vi avrebbero provveduto nei limiti del bilancio. Autorevole dottrina peraltro ha osservato che l'affermazione legislativa della gratuità della scuola era posta non tanto a presidio di un diritto dell'utente quanto piuttosto per rimarcare l'obbligo dell'ente locale di istituire scuole. Ciò non avrebbe però impedito all'ente locale di imporre contributi o tasse per l'istituzione di scuole elementari. Sicché nella prassi la norma fu interpretata nel senso che i comuni potessero istituire scuole facoltative a pagamento per gli studenti appartenenti alle classi sociali più ricche solamente dopo aver provveduto all'obbligo di legge di istituire scuole elementari, cfr. U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 99. Peraltro, ai sensi del successivo art. 334, erano posti a carico del bilancio anche «gli stipendi dei maestri e delle maestre» nonché «le altre spese occorrenti per lo stabilimento e la conservazione delle altre scuole» per tramite di «entrate proprie» e dell' «imposta comunale ordinaria». Sugli stipendi, le cui soglie erano fissate per legge dello Stato, si rifletteva ancora una volta la concezione classista dello Stato liberale, ed infatti v'era una netta preferenza per le scuole di grado elementare superiore, maschili, urbane a discapito delle scuole elementari inferiori, rurali, miste o femminili. Si consideri, ad esempio, che il minimo di un maestro di una scuola urbana del grado inferiore era di 1.200 lire annue, quello di una maestra di scuola rurale inferiore di 333,33 lire annue. I sotto-maestri (a cui era affidata la scuola elementare inferiore) percepivano la metà di quanto previsto per una scuola elementare urbana.

[3200] Si veda ad esempio l'intervento di A. INCAGNOLI, Camera dei deputati, seduta del 6 marzo 1877, 1817 ss.

[3201] L'impostazione elitaria della scuola casatiana emerge anche dalla disamina dei fini attribuiti ai diversi gradi e tipologie dell'istruzione. Ed invero, ai sensi dell'art. 188, la scuola secondaria classica era rivolta alla classe della ricca borghesia del Regno: «ha per fine di ammaestrare i giovani in quegli studi mediante i quali si acquista

ISSN 2279-7238

Ciò si accordò sul piano elettorale col diritto di voto. Invero, v'era un'unica classe sociale rappresentata, ossia la borghesia, alla quale fu riconosciuto il diritto all'elettorato attivo e passivo[3202]. Gli interessi delle classi meno agiate non erano rappresentati, e l'istruzione avrebbe potuto semmai allargare il malcontento, l'odio sociale, avrebbe «sottratto braccia al lavoro con il conseguente accrescersi della miseria dei popoli»[3203].

Insomma, il quadro come descritto segna un marcato "immobilismo sociale", ed esprime la tendenza della classe borghese a conservare lo stato di cose esistente, non soltanto opponendosi ma prevenendo ogni possibile cambiamento che con una maggiore e più diffusa istruzione si sarebbe potuto avere. D'altronde, l'istruzione era una dei requisiti previsti dalla legge (dato il rinvio operato ex art. 40 Statuto albertino) per poter godere del diritto al voto. Infatti, con leggi elettorali del 1848 e del 1859 «saper leggere e scrivere» fu una condizione necessaria, insieme al censo e al sesso maschile[3204]; con la legge elettorale del 1882 aver completato il corso elementare obbligatorio fu una condizione alternativa al censo[3205]; invece, con dalla legge del 1912 (che ampliò il suffragio maschile) e sino alle legge elettorale del 1918[3206] l'età del diritto elettorale attivo fu fissata a trenta anni, ventuno per coloro che avessero superato con successo l'esame del corso elementare inferiore[3207].

3. Gli strumenti: il sussidio.

Con la circolare del 23 dicembre 1859 il ministro dell'istruzione ricordò alle amministrazioni locali l'opportunità di avvalersi di sussidi statali previsti dall'art. 346 della legge "Casati": uno strumento inedito alla legislazione scolastica pre-unitaria

una cultura letteraria e filosofica che apre l'adito agli studi speciali che menano al conseguimento dei gradi accademici nelle Università dello Stato». L'istruzione tecnica era invece destinata alla classe meno agiata: «ha per fine di dare ai giovani che intendono dedicarsi a determinate carriere del pubblico servizio, alle industrie, ai commerci ed alla condotta delle cose agrarie, la conveniente cultura generale e speciale». Sulla funzione della scuola secondaria si veda L. AMBROSOLI, *La scuola secondaria* (voce), in A. MARTINAZZOLI, L. CREDARO (a cura di), *Dizionario illustrato di pedagogia*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1894, 111.

[3202] Ciò almeno fino all'introduzione del ("quasi") suffragio universale maschile, per opera della legge del 30 giugno 1912, n. 666.

[3203] G. GENOVESI, *Storia della Scuola in Italia dal Settecento a oggi*, Bari-Roma, Laterza, 2007, 78.

[3204] Il possesso di un titolo accademico o l'appartenenza a determinati uffici "prestigiosi" della pubblica amministrazione non avrebbero richiesto il possesso dei requisiti di censo e la "prova" di saper leggere e scrivere. Cfr. art. 1, comma 3, del regio decreto 17 marzo 1848, n. 680; art. 1 comma 3, legge elettorale 20 marzo 1859 (Atto del governo n. 3778); art. 1 comma 3, regio decreto 1882, n. 999; art. 1, comma 3, regio decreto 28 marzo 1895, n. 83.

[3205] Cfr. art. 2, comma 1, del regio decreto n. 999 del 1882; art. 2, comma 1, regio decreto n. 83 del 1885.

[3206] L'art. 2, comma 1, della legge elettorale 16 dicembre 1918, n. 1985 modificò l'art. 2 della legge elettorale 26 giugno 1913, n. 821 (il Testo unico ove fu trasfuso l'art. 2 della legge elettorale n. 666 del 1912) come segue: «Sono elettori tutti i cittadini che abbiano compiuto il 21° anno di età o lo compiano non più tardi del 31 maggio dell'anno in cui ha luogo la revisione delle liste». Al successivo comma 3 abrogò la norma di cui all'art. 3 della legge elettorale n. 666 del 1912 per cui chi avesse superato l'esame del corso elementare inferiore avrebbe goduto del diritto elettorale attivo al compimento del ventunesimo anno d'età.

[3207] Cfr. art. 3 legge n. 666 del 1912.

ISSN 2279-7238

tramite cui lo Stato supportava finanziariamente gli enti locali nella predisposizione dei servizi afferenti all'istruzione.

Il sussidio statale assunse una funzione differente a seconda che fosse erogato a favore del ramo tecnico e classico di secondo grado, o di quello elementare. Nei confronti di quest'ultimo fu un contributo a un servizio proprio del comune; per il ramo tecnico e classico fu erogato a titolo di onere accessorio a un servizio di competenza sovra-comunale, la cui titolarità era in capo ad altri soggetti pubblici (provincia e Stato)[3208]. Sicché i comuni avrebbero fornito prestazioni reali per un servizio proprio (per l'istruzione elementare), o prestazioni reali e strumentali per un servizio altrui (per il ramo classico e tecnico secondario). La distinzione fra "servizio proprio" e "servizio altrui" spiega la ragione per cui la legge "Casati" destinò i sussidi a favore dell'istruzione elementare, giacché la responsabilità finanziaria era di esclusiva spettanza del comune, a differenza del ramo classico e tecnico secondario, la cui responsabilità finanziaria era posta in capo al bilancio statale.

Peraltro i sussidi furono spesi anzitutto per far fronte agli oneri edilizi, e su tale piano avrebbero dovuto assumere una funzione perequativa, volta cioè a redistribuire le risorse fra i comuni dell'Italia versanti in situazione finanziaria assai diversa, a seconda che fossero comuni urbani o rurali, di piccole o grandi dimensioni, settentrionali o meridionali. Sebbene questa fosse l'intenzione, il risultato fu diverso, nel senso che i sussidi finirono per agevolare quei comuni che già si trovavano nella condizione di far fronte agli oneri finanziari per l'istruzione elementare. Ciò dipendeva dal fatto che i sussidi furono erogati in relazione ai fondi stanziati, sicché sarebbero dipesi dalla capacità finanziaria di impegnare delle somme di denaro in sede di bilancio preventivo.

3.1. (segue) il "mutuo" per via amministrativa.

Si tentò di rimediare agli squilibri creati dal sistema dei sussidi mediante un ulteriore strumento volto all'erogazione di fondi statali per il sostegno all'istruzione: il mutuo, introdotto per via amministrativa e "sperimentale", per far fronte agli oneri edilizi, previsto dalla circolare del ministro dell'istruzione n. 441 del 1° luglio 1875. Il mutuo si affiancò al sussidio, senza sostituirlo, e, a differenza del sussidio, non sarebbe dipeso dallo stanziamento di fondi in sede di bilancio preventivo. Alla base della decisione di adottare questo nuovo strumento di erogazione di fondi statali vi fu la constatazione, come osservato nella relazione del ministro dell'istruzione per il 1874[3209], che il sussidio non fosse riuscito nel suo intento originario, a redistribuire in ottica perequativa le risorse economiche a favore dei comuni più bisognosi. Essendo, come detto, il sussidio agganciato alle risorse allocate in sede di bilancio preventivo, la sua

[3208] Cfr. a tal proposito bibliografia richiamata da G. F. FERRARI, *Stato ed Enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati, alla vigilia della riforma Gentile,* cit., 26, nota 67.

[3209] Bollettino ufficiale, 1875, vol. I, 15 aprile, VI, 366 ss.

ISSN 2279-7238

erogazione (pari a circa un terzo della somma preventivata) sarebbe dipesa dalla capacità finanziaria dell'ente comunale di impegnare risorse già individuate. Ciò provocò una sorta di eterogenesi dei fini giacché anziché essere a supporto dei comuni con capacità finanziaria ridotta, andò a vantaggio dei comuni meno bisognosi.

Il mutuo ebbe un grande successo. Di tale successo v'è menzione in un passaggio del dibattito alla Camera dei deputati del 27 marzo 1877, laddove il ministro per l'istruzione pubblica ricordò che nel corso dell'anno 1876: «[…] 254 comuni [ricorsero] subito al Ministero per il prestito e il sussidio insieme. In numero di 254 erano al tempo che la Commissione scriveva al ministro queste lettere che ho sott'occhio, le quali sono appunto del 29 novembre e del 1° dicembre; ma si accrebbero in seguito di altre 22»[3210].

Per tale ragione, la Commissione ministeriale incaricata di erogare tali mutui «non potè a meno di preoccuparsi di questa cosa». Le eccessive richieste risultarono insostenibili per il bilancio statale, così da indurre la stessa Commissione a rappresentare al Ministro le sue preoccupazioni: «Nelle adunanze del 1° novembre e del 1° dicembre la Commissione deputata allo sparimento dei sussidi si accinse a riesaminare le *norme* [ndr: il corsivo è nel testo] che erano state proposte dalla Commissione precedente. […] Con voto unanime deliberò […] [di] voler abbandonare il sistema del prestito e delle anticipazioni offerte ai comuni colla circolare 1° luglio 1875, n. 411, avendo l'esperienza dimostrato non potersi più a lungo mantenere. Di fatti delle moltissime domande di sussidi e prestiti finora pervenute (254), solo 19 poterono essere soddisfatte, nel passato anno colla somma di 260,000 lire, destinate in bilancio pei fabbricati scolastici. Se tutti si fossero dovuti aiutare, la somma occorrente salirebbe a lire 4.18.184 e 52 centesimi In conseguenza di ciò converrà ritornare all'antico sistema dal solo sussidio»[3211].

4. L'approccio gradualistico alla luce della la legge Coppino.

Con l'avvento al potere della Sinistra storica guidata da Depretis, qualche passo nella direzione della garanzia dell'istruzione fu compiuto, seppur con estrema prudenza rispetto agli oneri che sarebbero derivati per il bilancio statale. In particolare uno dei punti qualificanti del programma presentato da Depretis fu proprio l'approvazione nel 1877 di una nuova legge sulla scuola, la n. 3961, che prese il nome del ministro alla pubblica istruzione Michele Coppino. Per la prima volta dopo l'Unità, il governo rivolse l'attenzione al primo ordine degli studi, quello elementare[3212]. Successivamente fu promulgata la legge n. 3250 del 1877, sullo *status* giuridico degli insegnanti, e la n.

[3210] M. COPPINO, Camera dei deputati, seduta del 27 marzo 1877, 2315. Occorre precisare che nel dibattito è utililizzata impropriamente la parola «prestito» per intendere mutuo.
[3211] Cfr. ancora M. COPPINO, ult. cit.
[3212] Legge 15 luglio 1877, n. 3961, *approvata dal Senato del Regno nella seduta del 1 giugno 1877 e ripresentato alla Camera il 4 giugno.*

ISSN 2279-7238

4460 del 1878, sull'edilizia scolastica. L'insieme di questi interventi normativi costituì la cornice legislativa volta, da un lato, a dettagliare in modo più specifico i compiti comunali nell'istruzione elementare e, da altro lato, a definire con maggior specificità l'intervento statale in ambiti quali l'edilizia e la retribuzione degli insegnanti.

Limitatamente ai profili del finanziamento, l'approccio fu gradualistico, e venne realizzato tramite la "deroga", la modulazione degli effetti temporali delle norme o il loro condizionamento a seconda della tipologia degli enti destinatari dei nuovi oneri finanziari. L'insieme di tali strumenti perseguì l'intento di non cagionare eccessivi e comunque immediati pesi sui bilanci comunali, così da consentire una programmazione graduale degli interventi.

Si pensi ad esempio che l'entrata in vigore della legge "Coppino", ai sensi dell'art. 9, comma 2, sarebbe stata condizionata da due elementi fra loro collegati: la popolosità del comune e il numero di insegnanti in rapporto al numero di abitanti (probabilmente questi criteri furono ispirati da un atteggiamento di prudenza del legislatore, il quale volle evitare che i comuni che non avessero raggiunto almeno questi "parametri minimi" fossero onerati eccessivamente dall'adempimento degli obblighi introdotti dalla legge "Coppino"): «a) Nei comuni di popolazione al disotto di 5000 abitanti, quando per ogni mille abbiano almeno un insegnante di grado inferiore; b) Nei comuni di popolazione da 5000 a 20.000, quando ne abbiano uno almeno per ogni 1.200; c) nei comuni maggiori quando abbiano almeno un insegnante per 1500 abitanti». In via residuale, per tutti gli altri comuni, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 9, fu previsto che: «la legge verrà applicata gradatamente secondoché le scuole raggiungeranno le condizioni sopra indicate». Peraltro, ai sensi del successivo art. 11, il Consiglio scolastico avrebbe dovuto fare «ogni anno, e al più tardi un mese prima dell'apertura delle scuole, la classificazione dei comuni nei quali si riscontrano le condizioni volute per l'applicazione di questa legge, e ne pubblicherà i nomi nei modi in uso per le altre pubblicazioni ufficiali».

Similmente si dispose in materia di obbligo scolastico. Con la legge "Coppino" l'obbligo scolastico fu ampliato a tre anni e fu assistito da un apparato di sanzioni amministrative e penali. In particolare, in caso di inadempimento i genitori dell'alunno avrebbero dovuto presentarsi davanti al sindaco, per giustificare le assenze dei figli, pena una contravvenzione e in caso di reiterazione il deferimento al pretore; tuttavia il regio decreto legge 19 ottobre 1877, n. 4101, all'art. 21, mitigò l'apparato sanzionatorio, rendendolo incoerente rispetto agli obiettivi che il legislatore si era prefissato. Infatti furono esentati dalle sanzioni coloro che avrebbero opposto «impedimenti gravi», quali «le malattie, la distanza dalla scuola, la difficoltà delle strade» e, si noti per i profili d'interesse della ricerca, «la povertà assoluta». Ancora, per effetto dell'art. 10, fu stabilito un regime transitorio per l'applicazione dell'obbligo scolastico nei confronti de: «I padri di famiglia, o coloro che ne tengono le veci nel senso e per gli effetti voluti dall'art. 1, e che al giorno dell'attuazione della presente

ISSN 2279-7238

legge hanno figliuoli della età compresa di 8 e 10 anni, saranno obbligati a giustificare l'istruzione di questi quando abbiano raggiunto l'età di 12 anni: e soltanto allora se non vi avranno provveduto saranno passibili delle pene sancite dagli articoli 3 e 4».[3213]

Sul versante dello *status* giudico-economico degli insegnanti, con la legge n. 3250 del 1877 la retribuzione fu aumentata di un decimo rispetto ai valori minimi stabiliti dalla legge "Casati": e ciò s'inquadrò in una più ampia politica del governo Depretis volta a migliorare le condizioni economiche dei pubblici impiegati; a tal proposito si optò per lo strumento del sussidio governativo per i piccoli comuni, con meno di 1.000 abitanti. Ciò però a favore di quei comuni ove fosse stato già applicato il massimo dell'imposta fondiaria, perché in caso contrario gli aumenti stipendiali sarebbero dovuti essere finanziati per tramite della fiscalità comunale.

L'insieme di tali interventi fu coerente, sul piano elettorale, alle condizioni poste per il godimento del diritto di voto. Invero, durante il IV Governo Depretis fu approvata la legge elettorale del 1882 che all'art. 1, comma 3 e 2 pose nel «saper leggere e scrivere» una condizione necessaria ma non sufficiente per il godimento del diritto di voto, essendo in alternativa necessario il possesso di taluni requisiti di censo o il possesso del titolo di studio della licenza elementare inferiore.

5. La surroga, i sussidi e i mutui agevolati.

[3213] Cfr. art. 1: «I fanciulli e le fanciulle che abbiano compiuta l'età di sei anni, e ai quali i genitori o quelli che ne tengono il luogo non procaccino la necessaria istruzione, o per mezzo di scuole private ai termini degli articoli 355 e 356 della legge 13 novembre 1859, o coll'insegnamento in famiglia, dovranno essere inviati alla scuola elementare del comune. L'istruzione privata si prova davanti all'autorità municipale, colla presentazione al sindaco del registro della scuola, e la paterna colle dichiarazioni dei genitori o di chi ne tiene il luogo, colle quali si giustifichino i mezzi dell'insegnamento. L'obbligo di provvedere all'istruzione degli esposti, degli orfani, e degli altri fanciulli senza famiglia, accolti negli Istituti di beneficienza, spetta ai direttori degli istituti medesimi: quando questi fanciulli siano affidati alle cure di private persone, l'obbligo passerà al capo di famiglia che riceve il fanciullo dall'istituto»; art. 3: «Il sindaco dovrà far compilare d'anno in anno, e almeno un mese prima della riapertura delle scuole, l'elenco dei fanciulli per ragione di età obbligati a frequentarle, aggiungendovi l'indicazione dei genitori o di chi ne tiene il luogo. Questo elenco riscontrato poscia col registro dei fanciulli iscritti nelle scuole, servirà a constatare i mancanti. I genitori o coloro che hanno l'obbligo, di cui all'articolo 1, se non abbiano adempiuto spontaneamente la prescrizione della presente legge saranno ammoniti dal sindaco ed eccitati a compierle. Se non compariscano all'ufficio municipale, o non giustifichino coll'istruzione procacciata diversamente, con motivi di salute o con altri impedimenti gravi, l'assenza dei fanciulli dalla scuola pubblica, o non ve li presentino entro una settimana dall'ammonizione, incorreranno nella pena dell'ammenda stabilita nel successivo articolo 4. Le persone, di cui all'articolo 1, fino a che dura l'inosservanza dell'obbligo loro imposto dalla presente legge, non potranno ottenere sussidi o stipendi, né sui bilanci dei comuni, né su quelli delle provincie e dello Stato, eccezione fatta soltanto per quanto ha riguardato all'assistenza sanitaria, né potranno ottenere il porto d'armi»; art. 4: «L'ammenda è di centesimi 50, ma dopo di essere stata applicata inutilmente due volte, può elevarsi a lire 3, e da lire 3 a 6 fino al massimo di lire 10, a seconda della continuata renitenza. L'ammenda potrà essere applicata in tutti i suoi gradi nel corso di un anno; potrà ripetersi nel seguente, ma cominciando di nuovo dal primo grado. Accertata dal sindaco la contravvenzione, il contravventore è sempre ammesso a fare l'oblazione, ai termini degli articoli 148 e 149 della legge comunale vigente. In caso diverso, la contravvenzione è denunciata al pretore che procede nelle vie ordinarie. E dovere delle autorità scolastiche promuovere le ammonizioni e le ammende. Un regolamento stabilirà le norme per l'applicazione e la riscossione dell'ammenda».

ISSN 2279-7238

Novità di rilievo sul punto del finanziamento dell'istruzione elementare, che si è detto essere di competenza comunale nella prima fase di vigenza dello Statuto albertino e per i primi anni dopo l'Unificazione, e ancora lo sarà alla luce della legge "Coppino", è il riconoscimento del potere in capo alle autorità preposte di impostare la spesa necessaria per l'istruzione nei bilanci comunali, al fine di ottenere e rendere per tale via effettivo l'obbligo di istruzione elementare. Una sorta di surroga statale nell'allocazione delle risorse in sede di bilancio comunale. Ai sensi dell'art. 12 della legge "Coppino", il Consiglio scolastico «richiamerà i municipi allo adempimento di quanto è prescritto dalle leggi vigenti circa l'obbligo di istituire e di mantenere le scuole». In caso di ulteriore inadempimento la deputazione provinciale, dopo un ennesimo richiamo, sarebbe potuta intervenire direttamente sul bilancio comunale tramite due strumenti. Da un lato attraverso lo "storno", e cioè mediante il trasferimento di somme di denaro da fondi destinati alle spese facoltative a fondi dedicati all'istituzione e alla organizzazione delle scuole elementari (considerate per effetto della legge "Casati" e "Coppino" spese obbligatorie); da altro lato mediante l'aumento delle entrate (con maggiorazioni delle imposte di competenza comunale). Sempreché, però, a sottolineatura della necessità di rendere "sostenibile" l'adempimento degli obblighi della legge Coppino «la economia del bilancio possa conservarsi». Non stupisce che, a fronte di tale quadro, lo stesso ministro Coppino giudicò la sua legge come cauta rispetto agli obiettivi che si era preposta: «se considerando la molta prudenza, i temperamenti, le transazioni di questa legge c'è chi non mi accusa di poco animo, gli sarò grato, e mi contenterò di soggiungergli, che desidererei io pure lasciarli da parte per proceder più lesto, ma chiedo pochissimo, purché quel poco si faccia»[3214].

Ritroviamo nella legge "Coppino", all'art. 13, lo strumento casatiano del sussidio (per un servizio ritenuto di competenza comunale), al fine di incrementare il numero delle scuole, ampliare e migliorare i locali, fornire gli arredi necessari e aumentare la dotazione organica dei maestri. Peraltro, alla formazione dei maestri, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 13, sarebbero stati assegnati ulteriori fondi con l'obiettivo di aprire nuove scuole magistrali, nei capoluoghi di provincia o nei circondari «dove si manifesti il bisogno».

Durante la tornata del 13 giugno 1878 fu presentato alla Camera uno studio sul patrimonio edilizio scolastico, che condusse alla presentazione di un disegno di legge di iniziativa del ministro della pubblica istruzione Francesco De Sanctis, volto a reintrodurre -questa volta per via legislativa- lo strumento del mutuo, di durata trentennale, gratuito o a interesse ridotto, a favore dei comuni che non fossero stati in possesso di «buoni locali scolastici» per l'istruzione elementare. Per rendere

[3214] Cfr. E. DE FORT, *La scuola elementare dall'Unità alla caduta del fascismo*, Bologna, Il Mulino, 1996, 120.

ISSN 2279-7238

sostenibile tale strumento, che sarebbe gravato sul bilancio statale, era previsto un massimale annuo di erogazione, fissato per l'anno 1878 in lire 50.000.

Il dibattito su tale disegno di legge avvenne in un clima di generale favore da parte di tutte le forze politiche, e si svolse in particolare nella tornata del 25 giugno 1878. Emersero due principali temi. Da un lato, per rispondere a chi temeva che i prestiti potessero essere insostenibili per l'ente erogatore, il ministro delle finanze chiarì che il prestito erogato dalla Cassa depositi e prestiti sarebbe stato finanziato da depositi obbligatori, che in quanto tali «non possono venir richiesti a un tratto, né quindi mettere in pericolo la Cassa»[3215]. Da altro lato, siccome sotto la vigenza della circolare n. 411 del 1875 non furono tracciate le restituzioni frazionate dei mutui accordati[3216], si optò per un sistema per cui annualmente sul bilancio del ministro dell'istruzione sarebbero state iscritte le restituzioni frazionate per anno e per comune. Fu esclusa, su richiesta dei deputati Griffini e Pissavini, la concessione di mutui gratuiti, perché troppo gravosa per le casse statali, e poi si considerò che per via del mutuo oneroso si sarebbe ampliata la platea degli enti beneficiari[3217].

6. Il periodo giolittiano. Le linee di evoluzione della normativa scolastica.

L'età giolittiana segnò l'avvio di una fase di riforma profonda della scuola volta a ridefinire i compiti dello Stato liberale nella garanzia dell'istruzione. In particolare, grazie alle migliorate condizioni economiche di inizio Novecento, vi fu un rinnovato dibattito, animato soprattutto da cattolici e socialisti, sui problemi della scuola, con attenzione particolare allo statuto giuridico degli insegnanti, al reclutamento, e ai rapporti fra scuola pubblica e scuola privata. Peraltro tale fase segnò l'emergere delle associazioni di settore, fra queste due in particolare, l'Unione magistrale nazionale (UMI, 1901) e la Federazione nazionale degli insegnanti scuola media (FNISM, 1902), dalle quali pervennero istanze sia sul piano strettamente pedagogico, sia sul piano politico-sindacale, al fine di migliorare le condizioni economiche e giuridiche degli insegnanti e della scuola.

In tale quadro, alcuni interventi normativi, sotto il profilo finanziario, segnarono un cambio di passo verso un crescente intervento dello Stato nell'organizzazione del servizio istruzione: la legge del 15 luglio 1900, n. 260 sull'edilizia scolastica; la legge dell'8 luglio 1904, n. 407 (c.d. legge "Orlando"), sul prolungamento dell'obbligo scolastico sino ai 12 anni di età; la legge del 15 luglio 1906, n. 383[3218], sull'istituzione della Commissione centrale per il Mezzogiorno per la lotta contro l'analfabetismo.

[3215] F. SEISMIT-DODA, Camera dei deputati, seduta del 25 giugno 1878, 2161.

[3216] R. BONGHI, Camera dei deputati, seduta del 25 giugno 1878, 2163-2164.

[3217] L. GRIFFINI - L. PISSAVINI, Camera dei deputati, seduta del 25 giugno 1878, 2163 e 2166-2168.

[3218] L. GABBIOLI, *Le leggi 15 luglio 1906, n. 383, provvedimenti per le provincie meridionali, per la Sicilia e la Sardegna, 24 marzo 1907, n. 116, avocazione allo Stato di spese dei comuni e delle provincie, 7 marzo 1907, n. 62, riforme della giustizia amministrativa: appendice prima al Commento della legge comunale e provinciale di Giuseppe Saredo*, Torino, 1908.

ISSN 2279-7238

Tali interventi culminarono nella legge Daneo-Credaro del 4 giugno 1911, n. 487, la quale sancì, come si dirà con maggiore approfondimento nel prosieguo, il principio per cui la scuola pubblica è un servizio di competenza statuale.

Peraltro è interessante rilevare che sempre in quegli anni, in materia elettorale, con le leggi 30 giugno 1912, n. 665, e 22 giugno 1913, n. 648, poi raccolte e coordinate nel Testo unico 26 giugno 1913, n. 821, che ampliò il suffragio maschile. Senza rinnegare il principio, tipico del liberalismo classico, che legava il diritto di voto alla capacità finanziaria del suddito, il suffragio fu esteso ai cittadini maschi di oltre 30 anni, anche se analfabeti, e ai cittadini di età compresa tra 21 e 30 anni sempre che, questi ultimi, ai sensi dell'art. 3 della legge elettorale del 30 giugno 1912, n. 666[3219], avessero «superato l'esame di compimento del corso elementare inferiore». Occorre non dimenticare le novità apportate della legge elettorale n. 999 del 1882, la quale stabilì che fossero elettori i cittadini italiani che avessero compiuto il ventunesimo anno d'età, sapessero leggere e scrivere e che, alternativamente, avessero sostenuto con buon esito l'esperimento sulle materie comprese nel corso elementare obbligatorio (e cioè aver conseguito la seconda elementare) o che avessero annualmente corrisposto all'erario imposte per almeno lire 19,80 all'anno (somma inferiore rispetto alla legge elettorale precedente, che fissava in lire 40 la condizione di godimento del diritto elettorale attivo).

Giolitti pose al centro del dibattito politico il tema dell'istruzione come mezzo dello sviluppo sociale del Regno[3220]. Da un lato, almeno in una prima fase, la divisione delle responsabilità finanziarie fra bilancio statale e bilancio comunale (e provinciale) rimase pressoché inalterata rispetto al previgente regime, con alcune interessanti novità in materia di concessione di mutui agevolati per l'edilizia scolastica e di sussidi, nell'ottica di una più equa distribuzione e con funzione perequativa; su altro piano, con maggiore novità, fu superato il principio di uniformità a favore di una legislazione speciale per la aree più svantaggiate del Regno (l'attenzione fu rivolta in particolare ai comuni del Regno meridionale). Sicché fu adottata una discriminazione positiva a favore dei comuni versanti in una fase economica di difficoltà, nella consapevolezza che situazioni di bilancio diverse non potevano essere trattate in modo uguale, in ossequio al principio di ispirazione liberale di eguaglianza formale, pena un effetto distorsivo rispetto ai fini perseguiti dalle norme sull'istruzione[3221].

6.1. Le novità sui mutui agevolati e i sussidi nella prima fase dell'età giolittiana: la qualità degli edifici scolastici.

[3219] Legge elettorale 30 giugno 1912, n. 666, *concernente il nuovo testo unico della legge elettorale politica.*

[3220] G. GIOLITTI, *Discorsi extraparlamentari*, in N. Valeri (a cura di), Torino, Einaudi, 1952, 105 e 106; G. CARROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana*, Torino, Einaudi, 1962; A. ASOR ROSA, *La cultura della Storia d'Italia*, vol. IV, 2, Torino, Einaudi, 1957, 1099 ss.; G. MELIS, *Istituzioni liberali e sistema giolittiano*, in *Studi storici*, 1978, 131-174.

[3221] G. F FERRARI, *Stati ed enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da casati alla vigilia della riforma gentile*, cit., 97, nota 76.

ISSN 2279-7238

In materia di mutui per l'edilizia scolastica (alternativi rispetto allo strumento del sussidio) con la legge 15 luglio 1900, n. 260[3222], ai sensi dell'art. 1, fu introdotto un limite massimo all'ammontare dei prestiti da erogare al Comune, con ciò perseguendo l'obiettivo di ampliare la classe dei destinatari ed evitare che i fondi messi a bilancio fossero utilizzati da pochi Enti. Sul lato dei mutui, invece, ai sensi dell'art. 4, fu inserito un criterio di preferenza per quei comuni che non avessero beneficiato di tale misura; altresì il tasso di interesse fu fissato per legge nella misura del 2% annuo e il periodo massimo di estinzione in 35 anni.

Sotto il profilo della qualità (e non soltanto dunque della quantità degli interventi a favore degli edifici scolastici) si pervenne, col regolamento di esecuzione della legge 260 del 1900, il regio decreto 484 del 1900, a porre diverse norme riguardanti la scelta delle aree, la distribuzione e le caratteristiche dei locali sino a prevedere, ai sensi dell'art. 7, la fornitura di «tipi planimetrici che soddisfino ai bisogni scolastici cui s'intende provvedere».

In materia di sussidi, invece, il regolamento del 14 ottobre 1901, n. 505, agli articoli 4 e 7, sancì la possibilità per i comuni di chiedere, per un servizio proprio e in alternativa al mutuo (art. 2), e per l'istruzione elementare, un sussidio pari a un terzo della somma stanziata a bilancio per la costruzione, l'ampliamento e il restauro di edifici scolastici.

6.2. I nuovi oneri finanziari, per superare il divario fra nord e sud del Regno e per aumentare i tassi di alfabetizzazione della popolazione.

La legge "Orlando", oltre che prolungare l'obbligo scolastico stabilito dall'art. 2 della legge Coppino a dodici anni d'età, volse l'attenzione nei confronti delle persone analfabete, e al divario sussistente fra comuni del nord e comuni del sud del Regno. In effetti, da un'inchiesta del 1911, condotta sotto la direzione dall'ispettore Corradini, emerse che gli analfabeti erano la metà della popolazione italiana e che i tassi più alti di analfabetismo si concentravano soprattutto nel meridione. Lombardo Radice avrebbe infatti osservato: «il cinquantenario [dall'Unificazione del Regno d'Italia] quasi ci costringe a una dolorosa constatazione: il dislivello di cultura fra le province del Nord e quelle del Sud è enormemente cresciuto. L'Italia è meno "una" che nel 1872, data del primo censimento di tutta la nazione»[3223].

A favore degli analfabeti vennero potenziate strutture e apparati di sostegno, in primo luogo mediante l'istituzione di scuole serali e festive. Ai sensi dell'art. 4 della legge "Orlando" del 1904 fu data «facoltà» ai comuni di iscrivere al proprio bilancio

[3222] Successivamente modificata dalle leggi 26 dicembre 1909, n. 812 e 17 luglio 1910, n. 501.

[3223] E. DE FORT, *Scuola e analfabetismo nell'Italia del '900*, Bologna, Il Mulino, 1995, 39 richiamato in nota 6, da A. Marciano, *I libri di testo nell'Italia post-risorgimentale*, Milano, Francoangeli, 2004, 70.

ISSN 2279-7238

un fondo per sostenere il diritto allo studio dei più poveri sia tramite la refezione scolastica sia per tramite della distribuzione degli indumenti, dei libri di testo e di altro che sarebbe occorso. Tale sussidio economico venne subordinato a quello erogato dagli enti di pubblica beneficenza. Ciò in una sorta di sussidiarietà orizzontale per cui in prima battuta l'obbligato sarebbe stato l'Ente di beneficenza, residuando poi la facoltà in capo al comune di intervenire nel caso in cui lo stanziamento fosse stato insufficiente.

Peraltro i comuni avrebbero potuto provvedere alle spese di istruzione in eccesso rispetto ai limiti di cui all'art. 284 del Testo unico del 4 maggio 1898, n. 164. Un *favor* per l'istruzione, in deroga alla regola per cui la sovraimposta sui terreni e sui fabbricati sarebbe stata limitata in via ordinaria «a centesimi cinquanta per ogni lira d'imposta principale risultante dal ruoli»[3224].

Ai fini dell'ammissione agli esami di maturità (per quegli alunni della scuola primaria che avessero voluto proseguire gli studi in una scuola superiore dopo il quarto anno) fu prevista una tassa di «L. 15». Gli alunni meritevoli «di famiglia povera», «che nella promozione dalla terza alla quarta elementare avranno ottenuto una media di otto decimi e non meno di sette in ciascuna materia», sarebbero stati esentati dal pagamento anticipato della tassa di iscrizione. La tassazione per l'iscrizione alle scuole per gli studi classici o tecnici, rispettivamente di lire 8 e 6, non fu sottoposta a regime di esenzione per gli alunni di famiglia povera.

Che l'obiettivo fosse a livello statale la lotta all'analfabetismo in tutte le fasce di età è particolarmente sottolineato nell'art. 12 della legge Orlando, che inserì a carico del bilancio del ministro della pubblica istruzione degli incentivi economici per gli insegnanti che fossero stati applicati alle scuole serali o festive per adulti analfabeti, per quanto sarebbe rimasto a carico del comune decidere di istituire le scuole «festive» e «serali», laddove gli alti tassi di analfabetismo, dedotti dagli elenchi predisposti annualmente dai comuni ai sensi dell'art. 15, lo avessero reso necessario. L'istruzione però non fu affatto garantita, neanche quando fu resa obbligatoria, e lo si evince dalla lettura dell'art. 17, secondo cui i comuni inadempienti all'obbligo di istituire nuovi corsi elementari superiori e obbligatori, per incapacità finanziaria, avrebbero potuto ottenere dal ministero della pubblica istruzione «in seguito al parere favorevole del Consiglio provinciale scolastico, e della Giunta provinciale amministrativa» che fosse dichiarata «sospesa in tutto o in parte l'attualità dell'obbligo dell'istruzione elementare superiore» proclamata dall'art. 1 della legge "Orlando". Sicché l'obbligo di istruzione esteso sino al dodicesimo anno di età fu limitato al corso elementare inferiore in quei comuni ove non v'era il corso elementare superiore. Ancora sotto la vigenza della

[3224] Testo unico del 4 maggio 1898, n. 164 in *Nuovo testo unico della legge comunale e provinciale andata in vigore con r decreto del 4 maggio 1898 pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 23 maggio 1898, n. 119. Con un breve commento articolo per articolo per l'esatta interpretazione ed applicazione della legge stessa*, Roma, 1898.

ISSN 2279-7238

legge Orlando gli stipendi degli insegnanti furono posti a carico dei comuni per quanto degli aumenti, ex art. 24, si sarebbe fatto carico il bilancio statale. Vi fu peraltro una distinzione fra quanto sarebbe spettato ai maestri di scuole maschili e quanto invece sarebbe spettato ricevere ai maestri di scuole femminili: i primi sarebbero stati destinatari di maggiori aumenti stipendiali rispetto ai secondi. Ciò ancora una volta a corollario del regime di voto, precluso alle donne, riconosciuto a favore degli uomini che avessero posseduto le condizioni finanziarie e culturali previste dalla legislazione elettorale. Ancora una volta il finanziamento dell'istruzione era condizionato dalla possibilità di partecipare alla vita politica del Regno, e siccome le donne non avevano alcun diritto elettorale, la discriminazione dei maestri delle scuole femminili sul piano della retribuzione doveva apparire ragionevole con tale impostazione[3225].

6.3. (segue) lo strumento della legislazione "speciale" e l'abbandono del principio di uniformità negli interventi statali. La statizzazione delle scuole superiori della Basilicata.

Sino alla legge n. 407 del 1904, il criterio utilizzato dal legislatore statale in materia di riparto degli oneri finanziari fu tendenzialmente informato al principio di uniformità, per cui la legislazione si rivolse indistintamente ai comuni pressoché "senza discriminazioni", nell'ottica di una eguaglianza formale, con scarsa considerazione delle peculiarità derivanti dalle diverse situazioni socio-economiche del Regno.

Tale criterio fu superato già con la legge "Orlando" e con la legislazione coeva, la quale introdusse una disciplina speciale da un lato volta a discriminare positivamente i comuni a seconda della capacità economica e, da altro lato, destinata a talune regioni del Regno, versanti in una situazione di forte arretratezza sul piano dell'istruzione.

Riguardo al primo profilo, l'art. 17 della legge "Orlando", come si accennava, prescrisse a favore di quei «comuni, i quali si trovino in condizioni finanziarie tanto deficienti da non potere […] sostenere l'onere di nuovi corsi elementari superiori obbligatori per tutti i chiamati alla scuola pubblica», previo «parere favorevole del Consiglio provinciale scolastico, e della Giunta provinciale amministrativa», il diritto di «ottenere dal Ministero dell'Istruzione che nel loro territorio sia dichiarata sospesa in tutto o in parte l'attualità dell'obbligo dell'istruzione elementare superiore proclamato coll'art. 1». Similmente si dispose a favore dei comuni rurali, ai sensi

[3225] Si ricordi che a livello costituzionale l'art. 40 dello Statuto albertino imponeva delle condizioni di ordine generale per essere eletti alla Camera dei deputati e, al contempo, rinviava alla legge la determinazione di ulteriori requisiti. Per essere eletti deputati occorreva avere compiuto trent'anni e godere dei diritti civili e politici. Il sesso maschile era una condizione implicita, la cui menzione espressa era ritenuta inutile perché, da un lato, pacifica e, dall'altro lato, derivabile per via interpretativa (dal presupposto che le donne non godevano di alcun diritto civile e politico), cfr. A. PIRONTI, G. SPANO, *Codice elettorale italiano*, *Elettorato politico*, Torino, 1912, 915. Sulla vicenda giudiziaria di un gruppo di "suffragette" vedi N. SBANO (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortati del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, Il Mulino, 2004.

ISSN 2279-7238

dell'art. 19: «Nei comuni rurali e nelle frazioni dove gli scolari, per bisogni economici, abitualmente abbandonano la scuola per una parte dell'anno, è data facoltà ai Consigli comunali di ridurre i mesi di scuola a sei, a condizione che si aumentino, ove occorra e con le norme che verranno stabilite per regolamento, il numero delle scuole classificate. Gli stipendi delle scuole classificate aperte per sei mesi soltanto saranno inferiori di un quarto agli stipendi normali stabiliti con la presente legge; ma i contributi al Monte pensioni, nonché le pensioni e gli altri diritti degli insegnanti saranno uguali a quelli delle scuole annuali […]».

Riguardo, invece, la normativa speciale dedicata alle regioni più bisognose, fu disposta per le scuole della Basilicata la statizzazione. Infatti, ai sensi dell'art. 86 della legge 31 maggio 1904, n. 140[3226]: «A quei Comuni della Provincia, che per l'abolizione della tassa di cui all'art. 70, siano nell'impossibilità di mantenere le scuole per l'istruzione elementare obbligatoria, sarà corrisposto, sul bilancio del Ministero di pubblica istruzione, dall'esercizio 1905 –1906, un sussidio continuativo, entro il limite massimo del reddito già ricavato dalla tassa che si abolisce»[3227]. Altresì, ai sensi dell'art. 84, le scuole afferenti all'istruzione secondaria, sia del ramo tecnico che di quello classico: «A cominciare dall'anno scolastico 1904 – 1905 i Comuni e la Provincia saranno esonerati dal contributo che, in virtù di convenzioni vigenti o di disposizioni legislative, versano all'erario dello Stato per Istituiti di istruzione classica, tecnica e normale, i quali saranno a carico del bilancio del Ministero di pubblica istruzione», per quanto: «Resta fermo nei Comuni stessi e nella Provincia l'obbligo di provvedere agli edifici, per i detti Istituti, alla loro manutenzione e all'arredamento»[3228]. Sicché si inaugurò, per la Basilicata, e in via eccezionale, l'avocazione allo Stato dell'istruzione elementare e post-elementare, quest'ultima afferente al ramo tecnico paragonandola, con ciò, sul piano degli oneri finanziari, all'istruzione classica e universitaria (secondo la configurazione fatta propria dalla legge "Casati"). Mutava per tale segmento

[3226] Le misure speciali della legge 31 maggio 1904, n. 140 furono estese anche in Sardegna dal T. U. approvato con regio decreto 10 novembre 1907, n. 884. Sulle misure speciali per la Basilicata si veda U. ZANOTTI BIANCO, *Un esperimento di decentramento amministrativo. La legge per la Basilicata 31 marzo 1904*, in *La Basilicata*, Roma, senza data. Simili interventi si hanno anche per la Sicilia, cfr. legge 15 luglio 1906, n. 383, a commento si veda L. GABBIOLI, *Le leggi 15 luglio 1906, n. 383, provvedimenti per le provincie meridionali, per la Sicilia e la Sardegna, 24 marzo 1907, n. 116, avocazione allo Stato di spese dei comuni e delle provincie, 7 marzo 1907, n. 62, riforme della giustizia amministrativa: appendice*, Torino, Einaudi, 1908.

[3227] Art. 70: «A datare dal 1° gennaio 1905 sarà abolita nei Comuni della Provincia di Basilicata la tassa sul bestiame. Le perdite, che i bilanci comunali subiranno per effetto di tale abolizione, saranno compensate nel modo stabilito all'art. 86».

[3228] Il complesso degli interventi statali, l'avocazione "settoriale" allo Stato di alcune scuole delle regioni meridionali, comportò un aumento della spesa pubblica per l'istruzione sul bilancio statale: «Le spese statali per l'istruzione passarono infatti da 54 milioni nel 1900-01 a 112,1 nel 1909-10 e da 59,4 a 117,8 in lire costanti, passando da 3,48 al 5,74% delle spese statali complessive e dallo 0,43 allo 0,65 del prodotto interno lordo […]. Ancora più significativo è che la spesa statale per l'istruzione elementare aumentasse da 4,3 a 26,2 milioni di lire correnti, rappresentando, mentre il servizio continuava ad essere comunale, oltre il 26% del bilancio del ministero della pubblica istruzione […] segnando però un modesto aumento in percentuale rispetto al totale delle spese effettive», cfr. ancora una volta G. F. FERRARI, *Stati ed enti locali nella politica scolastica.: l'istituzione delle scuole da casati alla vigilia della riforma gentile*, cit., 97, nota 76.

ISSN 2279-7238

dell'istruzione il centro di imputazione della titolarità del servizio, che era avocato allo Stato, sicché gli enti locali da contitolari del servizio risultarono meri finanziatori di servizi accessori.

Le misure legislative introdotte con le leggi 407 del 1904 e 383 del 1906 produssero effetti positivi. Invero, secondo i dati offerti dall'inchiesta "Corradini", aumentarono i nuovi insediamenti di scuole elementari, al pari delle classi (soprattutto al sud e nelle isole), e di conseguenza furono ridotti i livelli di analfabetismo[3229].

7. La legge "Daneo-Credaro" e la statizzazione dell'istruzione elementare.

Si è ricordato che la legge "Casati" del 1859 sancì l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione elementare del grado inferiore, e pose a carico del bilancio del comune l'onere di provvedere all'istituzione e al mantenimento di scuole elementari, in proporzione del bilancio e limitatamente alle rendite destinate all'istruzione elementare, alle rendite proprie e all'imposta ordinaria comunale (non potendo attingere dunque, per il finanziamento dell'istruzione, al totale del bilancio). Con la successiva legge "Coppino" del 1877 la situazione rimase, sotto il profilo finanziario e ordinamentale, pressoché invariata. Con l'età giolittiana, e in particolare con la legge "Orlando" del 1904, vi fu una parziale rimodulazione nella distribuzione degli oneri per l'istituzione delle scuole elementari. L'obbligo di istituire e mantenere delle scuole fu temperato, l'apparato delle sanzioni per la violazione dell'obbligo scolastico fu reso più severo, l'assistenza scolastica per le famiglie più bisognose trovò espressa previsione in una legislazione speciale, che giunse in ottica innovativa ad avocare l'istruzione post-elementare non classica al bilancio dello Stato. Sicché, seppur in misura minima e non adeguata alle esigenze effettive della popolazione, si assistette a un cambio di paradigma nei rapporti fra Stato ed enti locali nel settore dell'istruzione.

Dalla legge "Casati" sino alla legge "Daneo-Credaro"[3230] v'è il passaggio da un sistema per cui lo Stato provvedeva per tramite dei sussidi, e poi anche dei mutui, ad un sistema per cui lo Stato co-finanziava l'istruzione mediante un concorso nelle spese combinando fra loro gli strumenti dei sussidi e dei mutui agevolati. Sino ad arrivare, con gli interventi del 1904 e 1906, per alcuni casi, a porre la spesa per l'istruzione pressoché totalmente a carico del bilancio statale per un servizio del quale però - il riferimento è all'istruzione elementare obbligatoria - rimaneva ancora titolare l'ente comunale.

L'assunzione di maggiori oneri sull'istruzione a carico del bilancio statale corrispose, come si diceva poc'anzi, ad una graduale presa di coscienza della funzione sociale

[3229] C. CORRADINI (Ministero della pubblica istruzione), *L'istruzione primaria e popolare, con Speciale riguardo all'anno scolastico 1907-908: Relazione presentata a s. E. Il Ministro della pubblica istruzione dal direttore generale per l'istruzione primaria e popolare dott. Camillo Corradini*, vol. III, 363-366.

[3230] Legge 4 giugno 1911, n. 487, *Riguardante provvedimenti per la istruzione elementare e popolare*.

ISSN 2279-7238

dell'istruzione: all'istruzione non poteva solamente provvedere l'ente locale. Compito dello Stato sarebbe dovuto essere quello di promuovere, mediante il diretto intervento, la lotta all'analfabetismo, almeno per raggiungere gli obiettivi dello Stato liberale e della classe "rappresentata", e cioè un popolo minimamente istruito per il progresso economico del Regno.

Sicché, limitatamente al piano finanziario, emerse un ruolo di promozione sociale dello Stato: tendenzialmente circoscritto a un oggetto (lotta all'analfabetismo) e definito nelle modalità (sistema di co-finanziamento). Il punto di approdo di tali interventi, come si ricordava poc'anzi, fu l'avocazione dell'istruzione elementare allo Stato, realizzata con l'approvazione della legge "Daneo-Credaro"[3231].

A riguardo, uno dei nuclei di maggiore discussione fu quello delle forti differenze fra i bilanci dei comuni dell'Italia settentrionale e di quella meridionale, ben presente nella consapevolezza del legislatore liberale che, come ricordato, intervenne fra il 1904 e il 1906. Il Mezzogiorno constava di comuni i cui bilanci erano meno solidi dei comuni settentrionali; ricevevano sussidi in misura minore, siccome questi dipendevano dalla capacità di allocare risorse in sede di bilancio preventivo, e ciò creò un effetto sperequativo dovuto alla diseguale distribuzione dei fondi statali. Medesime discriminazioni vennero osservate, peraltro, fra scuole rurali e urbane, giacché solamente queste ultime avrebbero potuto godere di bilanci comunali capienti in misura sufficiente ad assicurare l'assolvimento degli oneri previsti dalla legislazione scolastica. Sul punto della statizzazione dell'istruzione elementare si fronteggiarono diverse posizioni. Fra queste quella dei favorevoli all'avocazione, della quale faceva parte il blocco dei radicali, repubblicani e socialisti; i contrari rappresentati dai cattolici; e una terza posizione, quella dei moderati, che si divisero fra contrari e favorevoli.

I favorevoli legarono sì il tema dell'avocazione al ruolo dello Stato, e a una sensibilità verso le fasce più deboli della popolazione, che mediante l'istruzione avrebbero potuto emanciparsi dalla situazione di svantaggio, ma erano altresì animati da una marcata prospettiva laica e anticlericale. L'avocazione significava sottrarre le nuove generazioni all'influenza culturale del clero. I cattolici (del fronte contrario) tentarono di difendere la centralità della Chiesa mediante l'affermazione dell'autonomia dei comuni, considerati i diretti e più fedeli interpreti della volontà dei "padri di famiglia" nell'educazione dei giovani.

I moderati, invece, mantennero una posizione coerente con l'impostazione ideologica liberale fatta propria dalla legge "Casati". Fu espressa la preoccupazione per il bilancio dello Stato, che sarebbe stato onerato di tutta la spesa dell'istruzione, ed era peraltro la preoccupazione dello stesso Giolitti. Però il nucleo portante degli

[3231] Sul dibattito politico sulla legge Daneo-Credaro si veda D. BERTONI JOVINE, *Storia dell'educazione popolare in Italia*, Bari, Laterza, 1965, 241 ss.; G. PIVA, *Comuni e istruzione pubblica*, in *Riv. giur. scuola*, VI 1967, nn. 3-4, 319-384; S. Q. ANGELINI, *La scuola tra Comune e Stato. Il passaggio della legge Daneo-Credaro. Studio introduttivo di Dario Ragazzini*, Firenze, Le Lettere, 1998, 27 ss. e, in particolare, 61-71.

ISSN 2279-7238

interventi si fondò sulla impostazione, a ben vedere di stampo conservatrice, che l'istruzione elementare fosse da lasciare alla competenza (e ai bilanci) dei comuni, perché rivolta alla classe subalterna, mentre la scuola per le *élites* dovesse essere avocata allo Stato.

Nel ricco dibattito che si ebbe sul tema dell'avocazione della scuola elementare allo Stato, scaturito dalla presentazione nel giugno 1910 del disegno di legge "Daneo-Credaro", si affrontarono tali profili e si giunse, come già è stato ricordato, a sancire a livello legislativo che la scuola elementare dovesse essere statizzata, sicché fu affermato –con cesura netta rispetto al passato- che l'istruzione elementare fosse servizio pubblico dello Stato.

7.1. La scuola "di Stato".

L'importanza della legge "Daneo-Credaro" per l'istruzione fu notevole: per la prima volta nella storia del Regno d'Italia l'istruzione elementare sarebbe gravata direttamente sul bilancio statale. Pare utile, in ragione dell'impatto riformatore che tale legge ebbe nel settore considerato e per i profili di interesse della ricerca, ricordare con maggiore approfondimento i punti più qualificanti.

La legge "Daneo-Credaro", composta di 103 articoli, IX Titoli, è divisa essenzialmente in due nuclei tematici intrecciati fra loro. Un primo più prettamente "ordinamentale", sulla statizzazione della scuola, e una seconda parte più spiccatamente "finanziaria", dedicata alla distribuzione degli oneri finanziari e dunque al riparto di competenze fra Stato ed enti locali.

Sotto il profilo ordinamentale, all'art. 1, fu stabilito che l'istruzione elementare popolare era organizzata in un Consiglio scolastico, organo direttivo, presieduto dal provveditore di nomina governativa, che si sarebbe avvalso di un organo esecutivo, la deputazione provinciale, anch'essa presieduta dal provveditore. In ogni provincia sarebbe stata istituita una delegazione governativa per l'istruzione elementare e popolare.

In particolare, il Consiglio scolastico, composto di quindici membri di nomina pressoché governativa e da rappresentanti delle province, dei comuni e delle scuole, aveva il compito, ai sensi dell'art. 3, di deliberare il bilancio scolastico provinciale e, più in generale, ai sensi dell'art. 14, di amministrare le scuole elementari e popolari per i comuni non capoluoghi di provincia o capoluoghi di circondario. Di regola quest'ultimi avrebbero provveduto direttamente alla gestione delle scuole elementari, salvo la facoltà di rinuncia prevista all'art. 15, secondo cui tali comuni avrebbero potuto richiedere al ministro della pubblica istruzione che l'amministrazione delle scuole fosse assunta direttamente dal Consiglio scolastico. Peraltro, anche i comuni che per effetto della legge "Daneo-Credaro" non avessero avuto l'amministrazione diretta delle scuole, avrebbero potuto essere autorizzati, ai sensi dell'art. 16, entro tre

ISSN 2279-7238

anni dalla pubblicazione della stessa legge, ad amministrarle direttamente, conservando peraltro i benefici finanziari previsti dalla legge[3232]. Tale misura fu riservata solamente a quei comuni che, a giudizio del Consiglio scolastico, avessero adempiuto da almeno cinque anni consecutivi a tutte le prescrizioni della legge e dei regolamenti scolastici, sempre che il numero degli analfabeti dell'anno 1911 fosse risultato non superiore al 25 per cento della popolazione dai sei anni in su (fermo restando la possibilità per il Consiglio scolastico di riassumere l'amministrazione della scuola nelle ipotesi in cui l'amministrazione comunale avesse trascurato di rispettare l'adempimento della legge e dei regolamenti). Per le scuole direttamente amministrate dal Consiglio scolastico questi avrebbe dovuto provvedere, ai sensi dell'art. 6, alla gestione dei fondi e delle rendite dedicate all'istruzione elementare e popolare; alle assegnazioni fatte dallo Stato alla provincia, ai concorsi, ai sussidi e ai rimborsi destinati all'istruzione e all'educazione elementare e popolare; alle tasse scolastiche e degli eventuali contributi versati dagli alunni. Dunque di regola le scuole elementari dei capoluoghi di provincia e di circondario furono lasciate alla gestione comunale, mentre quelle degli altri comuni vennero avocate all'amministrazione scolastica provinciale, organo elettivo, presieduto dal provveditore agli studi, il quale diventò organo di tutta l'amministrazione scolastica provinciale, alle dirette dipendenze del ministro.

Inoltre, al Consiglio scolastico fu attribuito il compito di istituire insegnamenti facoltativi e scuole complementari e fu devoluta alla sua esclusiva competenza tutto quanto riguardava la carriera degli insegnanti (nomina, promozione, trasferimento, collocamento, al riposo, licenziamento degli insegnanti).

La Delegazione governativa, invece, ai sensi dell'art. 12, era composta da membri di nomina governativa (dal prefetto della provincia, due rappresentanti del ministro della pubblica istruzione e un rappresentante del ministro del tesoro entrambi residenti nella provincia, dal ragioniere capo della prefettura); ai sensi dell'art. 13, avrebbe approvato e reso esecutivo il bilancio provinciale deliberato dal Consiglio scolastico; autorizzato storni dall'una all'altra categoria degli stanziamenti deliberati dal Consiglio stesso e la destinazione dei fondi disponibili; proposto al ministro della pubblica istruzione le assegnazioni da concedersi allo Stato per l'arredamento delle scuole e l'acquisto di materiale scolastico nonché l'istituzione delle scuole elementari popolari e tutto quanto riguardasse la classificazione delle scuole esistenti, quando ciò avrebbe

[3232] I Comuni che si avvalsero della facoltà prevista dalla legge "Daneo-Credaro" di conservare l'amministrazione autonoma delle proprie scuole furono duecento: «È significativo che l'area geografica interessata a questa scelta sia limitata alle province del Nord ed è notevole che sia limitata soprattutto ad alcune province. In ordine alla quantità, si va da Torino e Genova (con circa 50 comuni per ciascuno) a Treviso (circa venti), Alessandria (una decina), Milano (meno di dieci); altre province interessate furono Como, Vicenza, Pavia, Porto Maurizio, Padova (tutte con una o con poche unità), Sassari (con la Maddalena) […] La distribuzione dei comuni che fece questa scelta è concentrata a Nord, per lo più in zone in cui il movimento cattolico si presentava ben organizzato, anche a livello di categoria magistrale», cfr. ancora S. Q. ANGELINI, *La scuola tra Comune e Stato. Il passaggio della legge Daneo-Credaro. Studio introduttivo di Dario Ragazzini*, cit., 105.

ISSN 2279-7238

prodotto aumenti nella spesa; proposto la costruzione, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli edifici scolastici, laddove i comuni non vi avessero provveduto direttamente e a tal uopo avrebbe approvato i progetti e i preventivi di spesa, nonché autorizzato il prefetto a decretare gli stanziamenti necessari, nei limiti della quota del bilancio annuale assegnato dallo Stato alla provincia.

Sicché se il controllo e la gestione delle scuole elementari furono attratte alla competenza statale, gli oneri finanziari rimasero però a carico dei comuni secondo un complesso sistema "a fasi", volto al consolidamento dei contributi comunali. In primo luogo, ai sensi dell'art. 17, occorreva verificare i bilanci comunali, preventivi e consuntivi, del 1910 e del 1911, con le eventuali variazioni e conseguente accertamento da parte degli uffici provinciali scolastici, della spesa da consolidare a carico del bilancio comunale; dopodiché si sarebbe passati a un ulteriore fase, stante nell'approvazione delle proposte di allocazione finanziaria delle risorse economiche, da parte del Consiglio comunale, fermo restando le voci obbligatorie di spesa previste dalla normativa scolastica; al tal punto, il Consiglio scolastico provinciale avrebbe dovuto definire le somme che il comune avrebbe poi versato allo Stato (riguardanti le spese obbligatorie e facoltative per gli stipendi, gli eventuali aumenti, e ulteriori elementi della retribuzione quali gratifiche, nonché l'ammontare delle quote dovute dai comuni al monte pensioni); così istruita la pratica sarebbe stata trasmessa al ministero che mediante gli uffici della ragioneria della Direzione per l'istruzione primaria avrebbe verificato la sua regolarità, per poi trasmetterla alla ragioneria centrale e, infine, al ministro del tesoro e alla Corte dei conti, i quali avrebbero dovuto controfirmare il decreto di passaggio delle somme di denaro.

Rimanevano peraltro a carico dei comuni una serie di oneri che indirettamente comportavano un costo a carico del bilancio locale. Ai sensi dell'art. 18, invero, sarebbe spettato ai comuni fornire i locali per l'istituzione delle scuole elementari sia diurne che serali; provvedere al riscaldamento, all'illuminazione, al servizio, alla custodia, al rinnovamento del materiale didattico, agli arredi scolastici, agli attrezzi della ginnastica e alle spese per la fornitura dei registri e degli stampati occorrenti in tutte le scuole elementari e popolari, non escluse le scuole festive e serali; infine, sempre a carico dei comuni, sarebbe spettato fornire gli alloggi gratuiti agli insegnanti a favore dei quali fu concesso tale beneficio. Rimaneva il concorso dello Stato per le spese di istruzione elementare, così come previste dalla legislazione "Orlando".

V'era un aiuto dello Stato per l'istituzione di nuove scuole elementari. Infatti, attraverso Cassa depositi e prestiti, lo Stato avrebbe potuto prestare a mutuo somme ai comuni che ne avessero fatto richiesta (per un totale di lire 240.000.000 a far data dal 1° gennaio 1911), con un contributo da parte dello Stato per il pagamento degli interessi del mutuo (nelle modalità previste dagli articoli 26 e 27). La durata massima del periodo di mutuo fu estesa a 50 anni, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 24, e per l'effetto del combinato disposto degli articoli 25, 29 e 30, si accolse il principio della

ISSN 2279-7238

totale gratuità dei mutui, con efficacia retroattiva (valeva dunque anche per i prestiti già accordati). Le somme disponibili sarebbero dovute essere accordate annualmente a favore delle singole province «tenuto conto della popolazione, delle particolari condizioni dei loro locali scolastici e del numero delle scuole da istituire per i bisogni dell'istruzione obbligatoria» ai sensi dell'art. 26. Peraltro, nell'ambito degli stanziamenti disponibili il consiglio scolastico provinciale avrebbe dovuto definire l'ordine di priorità da assegnare ai finanziamenti, ex art. 5, proponendo alla delegazione governativa quali fra gli interventi dovessero qualificarsi come urgenti.

Novità di rilievo che si ebbe con la legge "Daneo-Credaro" fu l'abrogazione del sistema dei sussidi statali. Una volta realizzata l'avocazione dell'istruzione elementare venne di conseguenza meno la condizione che aveva sin lì legittimato l'erogazione di somme di denaro per tramite di tale strumento finanziario. Però per i servizi poc'anzi citati rimanevano in capo al comune alcune spese, fra queste quelle di arredamento e di materiale didattico per le scuole elementari e popolari, per le quali si provvide, ai sensi dell'art. 24, con lo strumento del contributo statale. Sotto il profilo giuridico la differenza fra sussidio statale e contributo risiedeva nella considerazione che mentre il sussidio, come ricordato, venne introdotto a supporto di un servizio la cui titolarità era in capo al comune, il contributo interveniva in un servizio proprio dello Stato in specifici segmenti lasciati a carico del bilancio comunale.

Interessante notare, per i profili dell'inclusione, che per il servizio di assistenza scolastica a favore degli alunni iscritti nelle scuole elementari pubbliche, venne istituito un apposito patronato scolastico, volto ad assicurare agli alunni versanti in maggiori difficoltà economiche l'assolvimento dell'obbligo scolastico. Ai sensi dell'art. 71 tale patronato avrebbe dovuto provvedere alla refezione scolastica, alla concessione di sussidi per «vesti e calzature», con la distribuzione di libri, quaderni e altri oggetti scolastici. In tal senso, il patronato avrebbe dovuto, in ottica solidaristica e ispirato dal principio di sussidiarietà orizzontale, affiancare lo Stato onde contribuire all'istituzione di asili di infanzia, di biblioteche scolastiche e popolari, e così via.

8. La riforma "Gentile".

Pur non essendo inquadrabile nel periodo liberale, a completamento della disamina del finanziamento dell'istruzione, occorre fare brevemente cenno alla riforma Gentile, perché essa come vedremo segnò, per alcuni aspetti, una sorta di "ritorno" al sistema inaugurato con la legge Casati.

Nel campo dell'istruzione il fascismo esordì con la riforma della scuola promossa da Giovanni Gentile nel 1923, che Mussolini definì come la più fascista delle riforme. L'obiettivo di tale riforma era volto, in principal modo, ad assegnare alla scuola pubblica la funzione di forgiare le nuove generazioni al pensiero "fascista"; ma il dichiarato proposito era anche quello di contenere il numero della popolazione

ISSN 2279-7238

scolastica notevolmente cresciuta durante il periodo giolittiano i cui costi gravano sul bilancio statale.

Il dibattito sulla riforma gentiliana della scuola si svolse in due tempi, fra la fine della XXVI e l'inizio della XXVII Legislatura del Regno d'Italia. Lo si ritrova inserito in discussioni non mirate sul tema della scuola e ciò è dovuto all'impossibilità del Parlamento di discutere del merito della riforma[3233], in virtù dei pieni poteri concessi dal Parlamento al Governo, con legge del 3 dicembre 1922, n. 1601[3234]. In particolare, durante la fine della XXVI Legislatura si hanno alcuni momenti di confronto parlamentare che si concentrano nelle sedute del novembre del 1922, ove si trattò il tema sulla delega dei pieni poteri al Governo, e del maggio del 1923, dedicate all'autorizzazione dell'esercizio finanziario provvisorio.

La discussione si aprì alla Camera dei deputati nella tornata del 23 novembre 1922, ed ebbe a oggetto principale il ruolo del Parlamento in relazione dei pieni poteri che sarebbero stati con tale delega affidati all'organo esecutivo. Durante il dibattito il tema dell'istruzione fu affrontato in alcuni interventi e diversi ordini del giorno, principalmente riguardanti il rapporto fra scuola pubblica e privata, e vertenti sull'introduzione dell'esame di Stato a conclusione del primo ciclo di scuola elementare.

Per i profili indagati, ciò che interessa rilevare è che giunse a piena maturazione l'idea di fondo che ispirò la riforma "Daneo-Credaro", ovverosia che l'istruzione fosse l'insieme di «funzioni essenzialmente statali, di funzioni che rispondono alle prime necessità della vita civile e della vita normale dello Stato. I denari spesi […] per la scuola sono indubbiamente spesi bene […] perché preparano ed educano le generazioni future»[3235]. Sicché la scuola "tutta", fosse stata quella classica (che tradizionalmente si è detto essere l'oggetto di maggior interesse della classe borghese) o elementare o tecnica, avrebbe dovuto ricevere il sostegno economico dello Stato, senza discriminazioni sotto il profilo del finanziamento. Emerse chiaramente che tramite l'istruzione il suddito avrebbe potuto elevarsi dalla propria condizione di partenza, ciò in quanto la scuola: «ha valore in se stessa, ed è quanto di più angusto possa esprimere la vita e la finalità dello Stato […]»[3236].

[3233] La riforma "Gentile" si articolò in una serie di regi decreti, emanati fra il 1922 e il 1923, senza il preventivo controllo del Parlamento. Il riferimento è ai regi decreti legge 31 dicembre 1922, n. 1679 (delega); 6 maggio 1923, n. 1054 (scuola media di 1° e 2° grado); 16 luglio 1923, n. 1753 (amministrazione scolastica); 30 settembre 1923, n. 2102 (università); 1 ottobre 1923, n. 2185 (scuola elementare); 31 dicembre 1923, n. 3120 (obbligo scolastico).

[3234] Legge 3 dicembre 1922, n. 1601, *concernente la delegazione di pieni poteri al Governo del re per il riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione*.

[3235] M. ARTURO, Camera dei deputati, tornata del 22 novembre 1922, 8599.

[3236] G. CALÒ, Camera dei deputati, tornata del 22 novembre 1922, 8604.

ISSN 2279-7238

Per quanto riguarda i profili messi in luce dalla presente ricerca, si noti in primo luogo che a prescindere da come il fascismo volle strutturare il sistema scolastico[3237], ciò che emerse dal quadro complessivo della riforma "Gentile" è che la visione della scuola rimase ancorata all'idea classista dello Stato, legata a sua volta alla concezione autoritaria dello Stato. Anzi, pare esservi una sorta di "ritorno" allo schema della legge "Casati" del 1859 e a quell'impostazione fortemente differenziata fra istruzione "alta" e "popolare". Ripercussioni di tale impostazione si ebbero in alcuni provvedimenti volti a sopprimere ad esempio le «sezioni moderne»[3238] (licei moderni, sezioni matematico-fisiche degli istituti tecnici) coll'obiettivo di ristabilire la dicotomia fra istruzione classica e tecnica. Infatti, fu confermata l'impostazione della legge "Casati" per cui, ad esempio, per quel che riguarda il personale di segreterie, gli assistenti, i macchinisti, i bidelli, le spese per gli edifici scolastici e per l'arredamento, furono posti a carico del bilancio statale per il ramo classico e a carico del bilancio dei comuni e delle province per il ramo tecnico[3239]. Con il chiaro intento di diminuire la spesa pubblica, vennero fatte cessare al 30 settembre del 1923 tutte le convenzioni aventi ad oggetto sussidi accordati a favore dei comuni prima del 1921[3240]. Venne peraltro previsto che al mantenimento delle scuole medie fossero chiamati a concorrere, in diversa misura, Stato, comuni e province, ed eventualmente anche gli enti morali. In particolare, a carico del bilancio provinciale furono posti i contributi finanziari per gli istituti tecnici e i licei scientifici, a carico dei comuni quelli per ogni altro ordine di

[3237] L'ordinamento della scuola primaria e secondaria, di primo e secondo grado, risultò organizzato in primo luogo in una scuola elementare distinta in grado preparatorio infantile, della durata di tre anni, in grado inferiore, anch'esso della durata di tre anni, con cui iniziava l'obbligo scolastico, e in grado superiore della durata di due anni. Dopo la scuola elementare si poteva accedere alternativamente a un corso integrativo post-elementare ovvero alla VI, VII e VIII classe, che non dava ulteriori possibilità di istruzione (peraltro abolita pochi anni dopo, nel 1929). Fu altresì istituita una scuola complementare, in un primo tempo senza sbocchi, in seguito fu collegata alla possibilità di prosecuzione in alcune secondarie minori, come la scuola di metodo dell'educazione materna; un ginnasio inferiore di tre anni, con accesso al ginnasio superiore di due anni e poi al liceo classico; un istituto tecnico inferiore, di quattro anni, con successivo accesso all'istituto tecnico superiore; un istituto magistrale inferiore di quattro anni, con accesso all'istituto magistrale superiore; una scuola d'arte e il conservatorio di musica. Le scuole secondarie superiori erano un ginnasio superiore, di due anni, con accesso al liceo classico; un liceo classico della durata di tre anni, che dava accesso a tutte le facoltà universitarie. Altresì, dopo quattro anni di scuola media inferiore si sarebbe potuto accedere o a un liceo scientifico, della durata di quattro anni, che dava titolo per accedere a tutte le facoltà scientifiche o all'istituto magistrale superiore, della durata di quattro anni. Erano altresì previsti un liceo femminile e un liceo artistico, senza alcun sbocco universitario; e l'istituto tecnico superiore, che dava possibilità di accedere alle facoltà economiche, commerciali e statistiche.

[3238] Regio decreto 11 marzo 1923, n. 564 *che sopprime nei Regi licei e ginnasi, le sezioni moderne istituite con la legge 21 luglio 1911, n. 860*.

[3239] Cfr. ancora r.d. n. 564 del 1923 e, in particolare, il capo IX e X.

[3240] Regio decreto 11 gennaio 1923, n. 133 cfr. art. 1.

ISSN 2279-7238

scuole[3241]. Altresì, gli istituti superiori furono divisi in due categorie: nella prima, per cui fu previsto il sussidio obbligatorio dello Stato, rientrarono i ginnasi-licei e gli istituti tecnici dei grandi centri, per i quali poteva variare la sede ma non poteva aumentare il numero. Nella seconda categoria appartenevano tutte le altre scuole, per le quali fu previsto un sussidio facoltativo dello Stato[3242].

9. Appunti conclusivi.

Volendo ora trarre qualche conclusione sulla portata dell'istruzione nell'ordinamento costituzionale liberale, si è osservato che il Legislatore fu condizionato nel suo finanziamento dal riconoscimento dell'eguaglianza solamente su un piano formale e non sostanziale: ciò non attribuì un dovere in capo allo Stato di intervenire in settori qualificanti della dignità umana, quale era (ed è) l'istruzione.

Pur tuttavia, seppur gradualmente, la legislazione elettorale fece dipendere il diritto di voto anche dalla capacità del suddito di «saper leggere e scrivere» o dal possesso di un seppur minimo livello di studio. Da tale prospettiva si coglie il nesso fra il finanziamento dell'istruzione e la partecipazione alla vita politica del Regno: l'alfabetizzazione rimase sempre una condizione concorrente per l'esercizio dell'elettorato passivo, anche per chi possedeva gli altri requisiti di legge, mentre il possesso di un titolo di studio fu posta come condizione alternativa al censo e poi di favore per l'età del voto.

In particolare, le leggi elettorali del 1848 (art. 1, n. 3) e del 1859 (art. 1, n. 3) considerarono «saper leggere e scrivere» una condizione necessaria e concorrente, insieme al censo e al sesso maschile, per il godimento dell'elettorato attivo. La legge elettorale del 1882 mantenne fra requisiti «saper leggere e scrivere» (art. 1, n. 3) ma in alternativa al censo fece dipendere il diritto di voto dall'aver superato con «buon esito l'esperimento prescritto dalla legge e dal regolamento sulle materie comprese nel corso elementare obbligatorio»[3243], che significava aver conseguito la licenzia elementare inferiore il cui corso durava due anni (art. 2, comma 1). Con l'età del voto abbassata dai 25 ai 21 anni e la soglia di reddito ridotta da 40 lire a 19,80, il possesso della licenza elementare inferiore assunse un ruolo chiave nel modello di rappresentanza promosso dalla Sinistra storica, volto all'ampliamento della platea degli aventi diritto di voto. In effetti, all'elezione di ottobre, la prima sotto la vigenza della legge elettorale del 1882, i votanti passarono da 621.896, pari al 2,2% a 2.017, 829, pari al 6,9% della popolazione totale del Regno[3244]. Ciò comportò che una massa ampia di popolazione

[3241] Cfr. art. 1 regio decreto 11 marzo 1923, n. 685.
[3242] Cfr. art. 58 e 2, regio decreto 6 maggio 1923, n. 1054.
[3243] Cfr. art. 2, comma 1, del regio decreto n. 999 del 1882; art. 2, comma 1, regio decreto n. 83 del 1885.
[3244] I dati sono tratti dalla lettura di G. CANDEROLO, *Storia dell'Italia Moderna*, VI, 1871-1896, Milano, Feltrinelli, 1970.

ISSN 2279-7238

ottenne il diritto di voto ma, al contempo, porre nell'anafabetismo una condizione escludente avrebbe favorito i contesti urbani rispetto a quelli rurali, e i comuni dell'Italia settentrionale rispetto quelli meridionali. Infatti, in virtù della legge Casati del 1859 gli oneri dell'istruzione elementare inferiore furono posti in capo al bilancio comunale e alcuni strumenti adottati per "calmierare" gli effetti negativi di tale impostazione (si pensi al "sussidio") si rivelarono insufficienti a risolvere l'incapacità finanziaria dei comuni rurali e meridionali. In tale quadro, per colmare il divario, si sono ricordati alcuni interventi di inizio Novecento, che sotto il profilo finanziario segnarono un "cambio di passo" verso un crescente intervento dello Stato e che, al contempo, anticiparono la statizzazione della scuola elementare inferiore per opera della legge "Daneo – Credaro" del 1912. Ancora una volta è evidente il nesso fra istruzione e partecipazione: nel 1912, da un canto, l'istruzione elementare diventa un servizio dello Stato e, d'altro canto, fu ampliato il suffraggio maschile. Peraltro sia nella legge elettorale del 1912 sia la successiva del 1918 il possesso del titolo di studio venne considerata una condizione di miglior favore per l'età del voto, che da trenta si abbassava a ventuno anni[3245].

Pur tuttavia v'è da ipotizzare che l'alfabetizzazione, aver conseguito un titolo di studio seppur di livello inferiore, e il possesso di una capacità adeguata ai requisiti di censo, significasse rivolgersi alla stessa classe sociale, che poi era quella borghese. Da tale prospettiva, la scuola diventa lo strumento per garantire alla classe borghese il mantenimento dello *status quo*, per proiettare "i figli del popolo" nella dimensione produttiva. In tal senso, l'istruzione fu uno strumento per il mantenimento della scala di valori liberali, giacché fu finanziata nella misura in cui la classe rappresentata, che aveva ottenuto il diritto di voto e ancor prima una Camera elettiva ove far valere le proprie pretese, decideva di sostenere finanziaramente l'istruzione quanto fosse sufficiente a consentire alla classe borghese di mantenere i diritti conquistati. In tal ottica, la solidarietà fra generazioni è fra le generazioni appartenenti alla medesima classe sociale per cui la scuola venne finanziata in un regime in cui (a voler semplificare) il popolo doveva lavorare e la borghesia doveva guidare il popolo subalterno. L'istruzione è allora, per il ramo classico e universitario, un investimento in capitale umano[3246]. Al contempo, gli investimenti statali nei settori dell'istruzione rivolti al "popolo" sarebbero stati ispirati da una logica di utilità per lo Stato e per la classe dirigente: un investimento non in capitale umano, bensì in bene di consumo. In altre parole, eccezion fatta per il periodo giolittiano e in considerazione della importanza crescente dell'alfabetizzazione e del titolo di studio, l'istruzione nel

[3245] Cfr. art. 3 legge n. 666 del 1912.

[3246] Cfr. A. M. GIRELLI BOCCI, *L'investimento pubblico in capitale umano ieri e oggi in Italia*, in M. TEODORI - R. VACCARO (a cura di), *Studi in onore di Angela Maria Bocci Girelli*, Milano, Francoangeli, 2012. Si veda in generale: R. GIANNETTI, *L'istruzione e la formazione del capitale umano* in P. A. TONINELLI (a cura di), *Lo sviluppo economico moderno dalla rivoluzione industriale alla crisi energetica (1750-1973)*, Venezia, Marsilio, 1997.

ISSN 2279-7238

periodo liberale, dalla legge "Casati" (1859) alla riforma "Gentile" (1923), si sviluppa secondo una differenziazione (e contrapposizione) fra "cultura alta" (delle *élites*) e cultura popolare (dei ceti subalterni), e tale dicotomia tra scuole per diversi ceti sociali è espressa e rintracciabile nelle norme sul finanziamento dell'istruzione.

In definitiva, l'istruzione in epoca liberale fu condizionata dalla "partecipazione" dei sudditi allo Stato. Nel quadro così sommariamente indicato, istruire significava per lo Stato investire nella partecipazione del suddito alla vita politica. In tal senso allora che si può affermare che la dimensione costituzionale dell'istruzione, e di conseguenza il suo finanziamento, dipesero dalla volontà dello Stato di far partecipare tutti o solamente alcuni alla vita politica del Paese.

ABSTRACT

Il presente saggio affronta il tema del finanziamento dell'istruzione in Italia dall'epoca liberale sino alla riforma Gentile del 1923. Attraverso la ricostruzione dei principali strumenti di finanziamento e mediante lo studio del riparto di responsabilità fra Stato e comuni, sono analizzati alcuni profili di interesse costituzionale, fra questi particolare accento è posto sulla relazione fra il finanziamento dell'istruzione e il riconoscimento del diritto di voto.

The present essay addresses the topic of financing education in Italy from the liberal time up to the Gentile reform of 1923. Through the reconstruction of the main financing instruments and through the study of the division of responsibilities between the State and the municipalities, some profiles of constitutional interest are analyzed, among these, particular emphasis is placed on the relationship between the financing of education and the recognition of the right to vote.

PAROLE CHIAVE: scuola, diritto di istruzione, diritto di voto, finanziamento, Statuto albertino

KEYWORDS: school, right to education, right to vote, financing, Statuto albertino

ISSN 2279-7238

Sulla tardiva genesi costituzionale dei partiti politici*

di Salvatore Bonfiglio**

SOMMARIO: 1. La tardiva nascita dei partiti politici tra ostilità e agnosticismo. – 2. Le tendenze assembleari della forma di governo in contesti partiti frammentati, deboli e caratterizzati dalla presenza di forze politiche antisistema e anticostituzionali. – 3. Il dogma della sovranità dello Stato come collante ideologico a difesa dell'unità politica contro la minaccia dei partiti politici. – 4. Le critiche ai partiti politici negli Stati Uniti d'America nella fase storica pre-jacksoniana. – 5. Considerazioni conclusive

1.La tardiva nascita dei partiti politici tra ostilità e agnosticismo

La problematica costituzionale dei partiti nasce già con l'affermarsi dello Stato rappresentativo. Tuttavia, se si prende in esame la loro influenza sul concreto funzionamento del sistema di governo, è corretto sostenere che tale influenza si affermò pienamente soltanto dove – in assenza di forze politiche anti-sistema – i partiti *rispettabili* diventarono determinanti per il consolidamento del regime parlamentare (in particolare, nella versione del *Westminster Model*)[3247].

A differenza della esperienza costituzionale del Regno Unito, nel continente europeo prevalse una forte ostilità nei confronti dei partiti, come ad esempio in Francia, già a cominciare dalla Rivoluzione del 1789 sino all'inizio del XX secolo.

Se in una prima fase rivoluzionaria, dopo qualche mese dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, l'approvazione di una nuova legge[3248] aveva favorito il formarsi di numerosi circoli politici: questi, tuttavia, vennero ben presto proibiti e sciolti[3249], perché considerati potenzialmente sediziosi.

Secondo le correnti rivoluzionarie, ogni formazione partitica costituiva un potenziale problema di fronte all'interesse generale e ai superiori e unitari interessi della nazione. Di più: le posizioni più radicali (Robespierre e Saint-Just) consideravano il partito politico come una vera e propria minaccia "criminale" per la sovranità del popolo [3250]. E tali orientamenti avrebbero influenzato molti nuovi progetti di costituzione elaborati dalla «Convenzione Nazionale».

---

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
Questo scritto è parte di una più ampia trattazione sul tema "Stato rappresentativo e partiti politici" che l'autore sta curando con Roberto Luis Blanco Valdés per il *Trattato di diritto pubblico comparato* diretto da Giuseppe Franco Ferrari.

** Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre

[3247] H. C. Mansfield, *Statesmanship and Party Government: a Study of Burke and Bolingbroke*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1965 (reprint edition, February 18, 2013); F. Lanchester, *Dal "grande partito" al "piccolo", rispettabile e regolato,* in *Nomos - le attualità nel diritto*, n. 2/2014; e, più di recente, S. Bonfiglio, *Dall'«influenza» regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo*, in questa rivista, n. 2/ 2018.

[3248] Legge n. 14 del 18 dicembre 1789, si veda in particolare l'art. 63.

[3249] Legge n. 19 del 22 luglio 1790. Si veda anche la c.d. legge *Le Chapelier* del 14 giugno 1791, che vietava e scioglieva ogni forma di associazione.

[3250] M. A. Cattaneo, *Il partito politico nel pensiero dell'illuminismo e della Rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano 1964.

ISSN 2279-7238

A differenza dell'esperienza costituzionale britannica, non ci fu in Francia una evoluzione graduale e non traumatica dalla monarchia costituzionale alla monarchia parlamentare, basti pensare alla breve durata della forma di governo instaurata dalla Costituzione del 1791 e alla successiva Costituzione repubblicana mai applicata.

Dopo l'elezione di un'Assemblea straordinaria – ovverosia la «Convezione Nazionale» eletta nel 1792 – nell'anno I (1793) si approvò il progetto costituzionale presentato dal Comitato di Salute Pubblica. Si trattava, però, di una Costituzione che, sebbene sottoposta ad apposito referendum popolare e da esso approvata, non venne mai applicata, in quanto la Convenzione Nazionale decise di sospenderne l'applicazione. È interessante qui sottolineare che la persistente avversione nei confronti dei partiti politici nel pensiero della Rivoluzione francese conducesse ineluttabilmente verso un regime ispirato ai principi di democrazia diretta. La Costituzione prevedeva un corpo legislativo rinnovabile annualmente che, oltre ad approvare le leggi, aveva il compito di eleggere un Consiglio Esecutivo, composto da ventiquattro membri, cui era affidata la funzione esecutiva. La determinazione dell'indirizzo politico risultava affidata all'Assemblea, la quale concentrava in sé tutti i poteri.

In questa architettura costituzionale, che si ispirava alla teoria del Rousseau, non c'era posto per i partiti politici considerati una minaccia per il popolo inteso come sovrano "assoluto". Del resto, in applicazione di questo principio, la Costituzione prevedeva il suffragio universale (maschile) senza limitazioni di censo. Questa estensione era il segno evidente come tale costituzione rappresentasse il risultato della riscossa della piccola borghesia e del popolo; e, tuttavia, la sua importanza era attenuata dal fatto che venisse richiesto il voto palese, per far prevalere la «volontà generale» al di sopra di fazioni e partiti organizzati. La Convenzione elaborò una seconda Costituzione, quella del 5 fruttidoro anno III, la quale ristabilì, con qualche lieve modifica, il sistema elettorale del 1791, secondo cui il diritto fu accordato solamente ai cosiddetti cittadini attivi.

Con la Restaurazione francese, nel nascente Stato liberale fu avvertita soprattutto la necessità di consolidare le nuove istituzioni politiche grazie alla *classe moyenne*, la quale secondo Guizot[3251] doveva costituire la "nuova aristocrazia", dopo l'evidente fallimento della *noblesse* francese, che si era mostrata incapace di essere corpo aristocratico. La riflessione politica sul nuovo assetto costituzionale francese era certamente animata dal continuo confronto con l'esperienza inglese[3252], ma i "ministeriali", tra cui gli esponenti maggiori erano i cosiddetti "Dottrinari", erano fautori della monarchia costituzionale, mentre gli "Indipendenti", tra cui troviamo soprattutto liberali, ma anche repubblicani ed ex bonapartisti, erano fautori della monarchia parlamentare e della sovranità popolare[3253].

[3251] *Essais sur l'histoire de France* (1823).
[3252] J. A. W. Gunn, *When the French Tried to Be British. Party, Opposition, and the Quest for Civil Disagreement 1814-1848*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2009.
[3253] A destra infine si collocavano gli *ultras*, i monarchici reazionari, sostenitori delle idee controrivoluzionarie teorizzate negli anni dell'Impero da intellettuali come Joseph de Maistre, Louis de Bonald e François-René de Chateaubriand.

ISSN 2279-7238

Ora, tra gli indipendenti che si battevano per i diritti individuali, per la libertà di stampa e per quella religiosa, ricordiamo Benjamin Constant, il quale per lungo tempo è stato considerato un polemista minore, un semplice autore di scritti di circostanza, di *pamphlets* e opuscoli polemici privi di un'effettiva base teorica[3254]. Viceversa, il pensiero politico e costituzionale[3255] di Constant, che fu animato da un forte liberalismo empirico[3256] e da un tenace impegno politico, è stato molto rilevante per la sua dottrina costituzionale del potere neutro e per la sua riflessione favorevole alle istituzioni parlamentari.

Con la Restaurazione francese prevalsero, comunque, non i fautori della monarchia parlamentare ma quelli della monarchia costituzionale più favorevoli alla nascita di una "nuova aristocrazia" piuttosto che al riconoscimento dei partiti politici. Tuttavia, la *Charte Constitutionnelle* del 4 giugno 1814, che costituiva un compromesso tra il vecchio e il nuovo, affermava il carattere inviolabile e sacro della persona del Re e la responsabilità dei suoi ministri (art. 13), nonché il diritto dei francesi di pubblicare e di fare stampare le loro opinioni, conformandosi alle leggi che, però, dovevano reprimere gli abusi di questa libertà (art. 8).

In questo contesto costituzionale, dopo il ristabilimento in Francia dei Borbone e la sconfitta di Napoleone, Louis Hubert, autore di un saggio poco noto[3257], sottolineava la necessità dei partiti politici nel regime costituzionale ponendola in correlazione con l'affermarsi dell'opinione pubblica, intesa quest'ultima come il motore necessario di una nazione. Così, prendendo ad esempio l'Inghilterra sia per la libertà di manifestazione del pensiero, sia per l'affermazione dell'opinione pubblica e il riconoscimento dei partiti politici, Hubert evidenziava come per l'inglese fosse un onore e un dovere appartenere a un partito politico[3258]. Egli traeva dall'esperienza britannica un esempio illuminante per definire il *partito* in relazione al suo *agire legalmente*. Il partito doveva essere legato, innanzitutto, alla costituzione, perché questa, «qui comprend le prince, les lois, les droits individuels, la liberté pubblique, la patrie, est le point central, le point de convergence, le point d'union générale»[3259] In tal modo il partito si sarebbe potuto distinguere dalla *fazione*, che si caratterizza per la sua azione "criminale", perché il partito incostituzionale in quanto tale non può che essere *fazione* nemica dell'ordine e della patria. L'autore insiste molto su questa

[3254] A partire dagli anni sessanta è stato molto rivalutato (si veda P. Bastid, *Benjamin Constant et sa doctrine*, Paris, Armand Colin, 1966, 2 vol.)

[3255] Secondo Bastid, nella dottrina costituzionale di Constant la separazione fra potere reale e potere ministeriale altro non era che il perno della monarchia liberale» (P. Bastid, *Benjamin Constant et sa doctrine*, Librairie Armand Colin, Paris, tome II, 1966, cit. p. 923). Scrive Constant: «Il solo fatto che il monarca è inviolabile e che i ministri sono responsabili documenta questa separazione» (in *Princìpi di politica*, a cura di U. Cerroni, Editori Riuniti, Roma, 1979, p. 63).

[3256] M. Barberis, *Il liberalismo empirico di Benjamin Constant. Saggio di storiografia analitica*, Ecig, Genova, 1984 e, dello stesso a., *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, il Mulino, Bologna, 1988.

[3257] L. Hubert, *Nécessité des partis politiques sous un régime constitutionnel*, Paris, De L'Imprimerie de C.- F. Patris, 1817, in http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6115522k/f7.image. Secondo l'autore la libertà d'azione e di discussione «développe les moyens, lie les intérêts, corrige les abus, épure les doctrines, perfectionnes les systèmes, franchit l'espace, et réunit les matériaux épars» (p. viii); […] «où elle s'établit, les *Écrits* et le *Partis* l'accompagnent, et c'est par leur action, à couvert des volontés arbitraires, querelle peut subsister» (p. ix).

[3258] L. Hubert, *op. cit.*, p. 15.

[3259] L. Hubert, *op. cit.*, p. 16 ss.

ISSN 2279-7238

distinzione – che tanto ricorda Hume – tra *partito* e *fazione*, per ribadire quanto sia necessario che il partito possa liberamente agire, esprimere l'opinione adottata e tendere a fare prevalere legalmente le sue idee sul modo di governare per favorire la ricerca di ciò che esso reputata come interesse comune. Probabilmente, l'autore temeva già allora un forte restringimento delle libertà e, in particolare, della libertà di stampa. E, dopo non molto tempo, la politica assolutista di Carlo X avrebbe in effetti confermato questi timori.

I moti di Parigi del luglio 1830 portarono alla monarchia orleanista e alla nuova *Charte Constitutionnelle*, che era più avanzata rispetto a quella precedente. Essa, infatti, intendeva ristabilire un equilibrio tra i poteri, aboliva il principio della religione di Stato, eliminava la censura[3260] e allargava il diritto elettorale. Non a caso, qualche anno dopo, nel 1834[3261], presso la Facoltà di diritto di Parigi, si ebbe l'istituzione della prima cattedra di diritto costituzionale in Francia[3262], che aveva come scopo quello di spiegare le istituzioni politiche consacrate dalla nuova Carta costituzionale. Non vi è dubbio, dunque, sull'origine politica della dottrina costituzionalistica francese legata al consolidamento del principio monarchico affermato tanto nella Carta del 1814[3263] quanto in quella del 1830[3264].

Soprattutto con la monarchia orleanista vi fu una evoluzione più marcata verso il regime parlamentare, anche perché in questa "monarchia borghese" era, per l'appunto, la borghesia alta e media che deteneva la direzione politica; e, tuttavia, tale egemonia non riuscì a consolidare il regime parlamentare. Le ragioni di ciò sono molteplici, riconducibili a diversi aspetti, tutti senza dubbio molto rilevanti: la conflittualità tra il principio repubblicano e il principio monarchico; il riconoscimento costituzionale tardivo dei diritti di riunione e associazione (e, dunque, anche dei partiti politici); il limitato allargamento del suffragio; il grave disagio sociale delle classi meno abbienti; l'affermarsi del sindacalismo come movimento politico. Si trattava di fattori che avrebbero causato non soltanto una forte instabilità di governo, ma anche continui e, spesso, traumatici mutamenti costituzionali, che si sarebbero affermati anche attraverso forme di plebiscitarismo.

[3260] Secondo l'art. 7 della *Charte Constitutionnelle* del 14 agosto 1830: «Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions en se conformant aux lois – La censure ne pourra jamais être rétablie».

[3261] Ancor prima di questa data sul finire del Settecento erano state istituite nelle tre Università della Repubblica Cisalpina, Ferrara, Pavia, Bologna, delle cattedre per l'insegnamento della disciplina conferite rispettivamente a Compagnoni, Alpruni e Algerati. È merito di Attilio Morelli (vedi il suo saggio: *La prima cattedra di diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1898, fasc. 1, pp. 63-111) aver corretto, attraverso un accurato studio, l'opinione che la cattedra di Parigi sia stata la prima per ragioni di tempo.

[3262] A coprire tale cattedra fu chiamato Pellegrino Rossi. Si veda il suo *Cours de droit constitutionnel*, Parigi, 1866, in cui sono state raccolte da M.A. Porèe le lezioni tenute da Pellegrino Rossi nelle due sessioni 1835- 1836 e 1836-1837.

[3263] Madame de Staël, *Considérations sur la Révolution française*, ouvrage posthume publié en 1818, nouvelle édition, tome II, Charpentier, Libraire- Éditeur, Paris, 1862; si vedano, in particolare, pp. 248, 414 e p. 450.

[3264] A tal proposito vedi G. Jona, *Studi costituzionali. Diritto costituzionale e diritto amministrativo. Caratteri costituzionali dello Stato moderno*, A. Namias, Modena, 1889.

ISSN 2279-7238

2. Le tendenze assembleari della forma di governo in contesti partiti frammentati, deboli e caratterizzati dalla presenza di forze politiche antisistema e anticostituzionali

Questo ritardo, almeno sino alla fine del XIX secolo, da parte della dottrina francese – e non solo[3265] – nel riconoscere la rilevanza giuridica dei partiti ha molteplici spiegazioni teoriche, che si intrecciano inevitabilmente con la storia delle istituzioni politiche francesi. Basti pensare ai plebisciti di Napoleone III e alla evoluzione della forma di governo della Terza Repubblica in senso assembleare, in cui il sistema partitico era debole e frammentato e il sistema di governo si reggeva sul primato del Parlamento sul Governo, anche come conseguenza della prevalente affermazione della dottrina della sovranità nazionale[3266] sui fautori della sovranità popolare.

D'altra parte, nel corso della storia politica francese, anche i sostenitori del suffragio universale (le correnti repubblicane democratiche e socialiste) dovettero fare spesso i conti con risultati elettorali inattesi e, soprattutto, non auspicati, pur in presenza di un ampiamento del suffragio. Basti pensare all'esito delle votazioni in Francia, dopo la rivoluzione del 1848, per eleggere una Assemblea costituente a suffragio universale. Nella Costituente, i «repubblicani avanzati» allora furono soltanto 250 sui 900 membri che componevano tale organo. L'Assemblea ebbe così un'impronta conservatrice, così come fu prevalentemente conservatrice e monarchica la maggioranza parlamentare dopo il voto del 1850. Nello stesso anno, Luigi Napoleone fu eletto, a suffragio universale (maschile) e diretto, con una grandissima maggioranza di voti. Come noto, l'esperienza della II Repubblica avrebbe avuto una breve durata: il colpo di Stato del 2 dicembre 1851 e il plebiscito popolare del 22 dicembre avrebbe dato vita ad un nuovo corso che avrebbe consacrato Imperatore, dopo un nuovo plebiscito, Luigi Napoleone con il nome di Napoleone III.

Tutte queste vicende politiche e istituzionali rilevano la fragilità delle istituzioni parlamentari francesi e, in assenza di partiti costituzionali organizzati, la mancanza di una forma razionalizzata di democrazia partecipativa, con una inevitabile tendenza al plebiscitarismo. Il potere autoritario e personale di Luigi Filippo si sarebbe attenuato soltanto in una fase successiva, intorno al 1860, nel corso della quale egli avrebbe fatto alcune concessioni sia sul piano politico che su quello sociale.

[3265] Nei paragrafi successivi ci soffermeremo soprattutto sulla dottrina italiana e tedesca, ma il problema riguarda anche la Spagna. Si veda sul punto: J. A. Portero Molina, *La constitucionalización de los partidos políticos en la historia constitucional española*, in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 1, 1978, pp. 265-266; R. L. Blanco Valdés, *Los partidos políticos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 36 ss.

[3266] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la société Recueil Sirey, 1922, tome II, p. 85. Su Carré de Malberg si veda di Mario Galizia, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, n. 2, p. 336. In questo saggio Galizia evidenzia il notevole interesse per il particolare metodo del giurista di Strasburgo che accoglie nella cultura costituzionale francese la lezione giuspubblicistica tedesca, prendendo però le distanze dal formalismo germanico.

ISSN 2279-7238

Occorre ricordare, però, che pure nella fase liberale del Secondo Impero, il liberalismo francese accettò con molte riserve il suffragio universale (maschile), pur rendendosi conto che era ormai improponibile il ritorno alla discriminazione censitaria aperta. La scelta delle regole elettorali, dunque, doveva essere concepita per controbilanciare l'allargamento del suffragio. Per questa ragione le correnti liberali pensavano ad un sistema elettorale che potesse favorire la scelta dei notabili locali grazie al sistema uninominale e ai collegi di ridotte dimensioni, polemizzando nei confronti dello «scrutinio di lista» che, a loro avviso, avrebbe accresciuto l'influenza pericolosa dei partiti[3267].

In un'ottica diversa si colloca l'innovativo saggio *La démocratie et le droit de suffrage,* apparso il 1° aprile e il 15 aprile 1868 nella *Revue des deux mondes,* scritto da Ernest Duvergier de Hauranne, autore che fu certamente influenzato dall'esperienza dei partiti politici americani[3268] e inglesi. In esso l'autore affermava che soltanto grazie alla nascita di partiti in senso moderno e all'accettazione correlativa del suffragio universale la vita democratica avrebbe potuto trovare un ritmo calmo e regolare.

A differenza di Tocqueville che tratta i partiti nell'ambito delle sue considerazioni sulle «associazioni» in generale, Ernest Duvergier de Hauranne ritiene che il partito politico «doit être vu comme l'élément clé de la vie démocratique, une quasi-institution, et non comme une forme ou une espèce du *genre* associatif»[3269] . Questo saggio, che introduceva una prospettiva veramente nuova, non ebbe alcun impatto immediato e continuò a prevalere una forte ostilità nei confronti del riconoscimento giuridico delle organizzazioni partitiche.

Non a caso, la centralità del tema sulla relazione tra regime parlamentare e partiti politici fu riproposta pochi anni dopo in un altro saggio, apparso ancora una volta nella *Revue des deux mondes* nel 1871, scritto non da un autore francese ma da un promettente professore belga dell'Università di Liège: Émile de Laveleye. Il saggio[3270], particolarmente interessante per la sua prospettiva comparata[3271], aveva ad oggetto il problema della mancanza di veri

[3267] P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, 1992, p. 187.
[3268] Si veda il suo libro *Huit mois en Amérique* (1866).
[3269] L. Jaume, *Tocqueville face au thème de la «nouvelle aristocratie», op. cit.*, p. 978.
[3270] Dal titolo: *Le Régime parlementaire et les partis en Italie.* In questo scritto l'autore ricorda le posizioni espresse da Bonghi, Scialoja e Jacini sul problema della mancanza di veri partiti in Italia. Scrive Émile de Laveleye: «Il s'agit ici d'un cas nouveau, et il mérite de fixer l'attention des publicistes qui étudient la théorie du régime parlementaire. À notre avis, le mal n'est pas particulier à l'Italie, il sévit encore dans d'autres pays, notamment en Espagne et en Portugal; mais nous le trouvons si bien décrit par MM. Bonghi, Scialoja et Jacini, que nous croyons utile d'en faire connaître d'après eux les principaux symptômes».
[3271] Scrive l'autore: «En Angleterre, aux États-Unis, il en est autrement. Deux opinions rivales se disputent la prépondérance. Elles commencent d'abord par élaborer leur programme. En Amérique, cette opération préliminaire est presque la plus importante. Chaque parti nomme ce que l'on appelle une convention, c'est-à-dire des délégués qui, réunis en assemblée, délibèrent, et après de vives discussions arrêtent la platform, c'est-à-dire les principes que le parti adopte comme siens. En Belgique, le parti libéral avait également nommé un congrès en 1846 pour arrêter sa platform; puis arrive le choix des candidats, le cauvassing, la chasse aux voix des électeurs, enfin l'élection. En Angleterre, où fonctionne le vrai type du gouvernement parlementaire, le résultat de l'élection détermine la majorité, et la majorité porte au pouvoir les hommes qui représentent le mieux le programme qui a prévalu. Aussi longtemps que la majorité ne se modifie pas, on peut dire quels sont les hommes qui resteront au pouvoir, et quel est le programme qui sera mis à exécution. Un parti n'arrive au ministère que par la majorité, et il n'en sort que lorsque la majorité l'abandonne».

ISSN 2279-7238

partiti in Italia[3272], ma pubblicato in Francia in una fase politico-istituzionale molto delicata, sembrava essere rivolto principalmente all'opinione pubblica francese, al fine di favorire la nascita di uno stabile assetto parlamentare. Senza partiti organizzati seconde regole generali e sulla base di una piattaforma programmatica, scrive Émile de Laveleye, «Le premier symptôme du mal, c'est l'instabilité des ministères […] Un gouvernement de parti et de majorité est le seul qui donne au régime parlementaire force et efficacité».

Anche la Terza Repubblica però, com'è noto, si caratterizzò per la presenza di un sistema partitico frammentato e debole, dopo essere sorta sotto il segno delle prevalenti ma divise forze monarchiche. Certo, rispetto al parlamentarismo censitario del periodo della Restaurazione, le tre leggi costituzionali del 1875 e le due leggi «organiche» dello stesso anno sull'elezione dei senatori e dei deputati affermarono in Francia un regime parlamentare retto su basi più ampie di consenso. Ma gli equilibri costituzionali risentivano fortemente delle acute tensioni politiche e, soprattutto, della esistenza di forze politiche antirepubblicane e, dunque, anticostituzionali; tensioni che si acuirono dopo la prova di forza di Mac-Mahon, il quale sciolse, con il consenso del Senato di orientamento monarchico, l'Assemblea nazionale contro la volontà della maggioranza repubblicana. Questo scioglimento fu interpretato come un colpo di Stato e causò un declino dell'istituto stesso, favorendo una evoluzione in senso assembleare della forma di governo, in cui il legislativo dominava l'esecutivo. Tale evoluzione, dunque, non dipese tanto dalle disposizioni delle leggi costituzionali, quanto piuttosto dalla situazione politica e dagli errori commessi dai partiti e dagli uomini[3273]. Oltre all'uso del potere di scioglimento contro la maggioranza parlamentare da parte di Mac-Mahon, la ragione principale della netta prevalenza sul Governo da parte del Parlamento era dovuta soprattutto alla incapacità del Parlamento, diviso in numerosi partiti, di dar vita ad una maggioranza e a un governo stabili.

In effetti, come avevano colto esattamente alcuni studiosi già alla fine del XIX[3274], una condizione necessaria per il regolare funzionamento del regime parlamentare è l'esistenza di forti partiti organizzati, che sono d'accordo sull'assetto costituzionale, anche se divisi sui contenuti della direzione politica da imprimere al governo. In Francia, invece, a partire dall'Assemblea nazionale riunita a Bordeaux nel 1871, vi era sempre stata una situazione che si caratterizzava per la presenza di numerose formazioni politiche fra cui, fino al 1902, anche una destra antirepubblicana e anticostituzionale, che rendeva dunque impossibile l'evoluzione del regime verso il modello inglese fondato sui partiti[3275].

[3272] Già A. Scialoja aveva osservato l'importanza di «veri e grandi partiti politici» che si contendono, rimanendo nell'ambito costituzionale, l'indirizzo della cosa pubblica (A. Scialoja *Della mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere*, in *Nuova Antologia*, 13, 1870, 54-88).

[3273] L. Dupriez, *Les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, tome deuxième, Paris, 1893, p. 360.

[3274] L. Dupriez, *op. cit.*, p. 387; A. *Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1909, cinquième edition (la prima edizione è del 1896), p. 196; A. Lowell, *Government and parties in continental Europe*, London and Bombay, 1896; A. Brunialti, *Il Diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1896, volume primo, 405.

[3275] L. Dupriez, *op. cit.*, p. 387; A. Siegfried, *op. cit.*, pp. 20-21.

ISSN 2279-7238

3. Il dogma della sovranità dello Stato come collante ideologico a difesa dell'unità politica contro la minaccia dei partiti politici

In Italia e in Germania, l'ostilità e l'agnosticismo caratterizzarono per molto tempo le relazioni tra i partiti politici e lo Stato. In entrambi i paesi, le prime costituzioni si ispirarono alla Rivoluzione e alle Carte ottocentesche. Basti pensare allo Statuto albertino del 1848, che rimase formalmente in vigore fino al crollo del fascismo in Italia. Un altro esempio è dato dalla Costituzione di Francoforte del 1849, che però fu subito un clamoroso fallimento per il rifiuto sdegnoso di Federico Gugliemo IV dell'offerta da parte dell'assemblea della corona di Imperatore dei Tedeschi.

Fino al 1871[3276] in Germania, ad eccezione di alcuni Stati tedeschi meridionali in cui vigeva già il parlamentarismo, lo sviluppo dei partiti ristagnò per molto tempo nel "Landtag" della Prussia. E, in ogni caso, prevalse la loro delegittimazione politica e, soprattutto, giuridica (Laband), nonostante alcune posizioni apparentemente più favorevoli espresse da alcuni pensatori liberali negli anni precedenti la fondazione del Reich.

Gli hegeliani liberali considerarono il partito come strumento della dialettica, facendo derivare il concetto di partito dal concetto di Stato[3277]. Secondo Rosenkranz «L'origine del partito politico va desunta dal concetto di Stato. Lo Stato è la forma che contiene la libertà etica di un popolo come sistema, in sé progressivo di leggi e di ordinamenti. Soltanto questa forma conferisce determinatezza al contenuto». Vi è dunque una concezione del partito fondata su un'idea di Stato e un partito fondato su principi ideali.

Un altro importante pensatore liberale è Robert von Mohl. Nella sua concezione del partito come associazione vi sono diretti riferimenti al sistema di governo parlamentare basato su due soli "partiti statuali" e in grado di realizzare, a suo parere, la concezione liberale dello Stato di diritto. Tuttavia, Mohl non considerava trapiantabile sul suolo tedesco il modello parlamentare bipartitico inglese, a causa della "frammentazione" dei partiti e per la presenza di partiti anti-sistema non compatibile con lo Stato di diritto liberale[3278]. Si trattava di due criticità che non potevano certo agevolare la nascita di un sistema parlamentare. In effetti, dopo gli eventi del 1848, Mohl aveva lasciato cadere la proposta di governo parlamentare che egli stesso aveva avanzato nel 1846, unico tra i giuspubblicisti liberali tedeschi dell'epoca[3279]. In particolare, i partiti che per Mohl costituivano una duplice minaccia erano: da un lato, il partito cattolico, che non si basava su un fondamento *statale*, bensì religioso; e, dall'altro, il partito socialista che muoveva i suoi «primi passi minacciosi».

[3276] F. Neumann, *Nascita e sviluppo dei partiti politici*, in *Sociologia dei partiti politici*, a cura di G. Sivini, il Mulino, 1971, p. 47 e ss.

[3277] Cfr. K. Rosenkranz, *Sul concetto di partito politico*, in *Gli hegeliani liberali*, a cura di C. Cesa, Bari, Laterza, 1974, pp. 85-116.

[3278] R. von Mohl, *Die Parteien im Staate*, in in *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 2d., Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1872, pp. 648–56. Si veda la traduzione del testo in lingua inglese: *Parties in the State*, in S.E. Scarrow (ed.), *Perspectives on political parties*, *op. cit.*, pp. 83-90.

[3279] S. Amato, *Il problema del 'partito' negli scrittori politici tedeschi (1851-1914)*, Edizioni C.D.O. srl, Firenze, 1992, p. 18.

ISSN 2279-7238

Il contributo più significativo sui partiti politici – apparso nella seconda metà del XIX secolo e rimasto per molti anni sino agli anni Venti del XX secolo sicuramente quello più citato – è il volumetto dello studioso svizzero-tedesco Johan Caspar Bluntschli del 1869, poi rifuso nel suo grande manuale di teoria generale dello Stato[3280].

Bluntschli legava la nozione di partito strettamente allo Stato: se un partito si poneva contro lo Stato diveniva 'fazione', poiché faceva prevalere il *Sondergeist* (spirito particolare) sullo *Staatsgeist* (spirito dello Stato). La "forma di partito superiore" è quella dei partiti che vengono determinati *solamente* da principi politici e non da antitesi religiose, di ceto, di diritto pubblico, materiali. Questa forma più alta e pura della formazione politica dei partiti è quella dei partiti che accompagnano durevolmente in maniera libera la vita pubblica. A suo parere, i partiti devono essere esclusi dall'ambito costituzionale, perché «non sono un'istituzione di diritto pubblico, bensì un'istituzione politica […] non sono membri dell'organismo del corpo dello Stato»[3281]. I partiti "puramente politici" non devono mettere in discussione la sfera unitaria e imparziale del "giuridico", che deve dunque essere separata dalla sfera pluralistica e conflittuale del "politico". Si tratta di un'interpretazione della relazione tra Stato e partiti che sarebbe stata in seguito ampiamente sviluppata dalla dottrina giuspubblicistica labandiana dello Stato-persona e che avrebbe fornito da parte liberale un avallo ideologico-politico determinante alle assai poco 'liberali' misure eccezionali contro i cattolici e i socialisti[3282]

Fu Laband, infatti, a coniugare consapevolmente la propria scelta metodologica[3283], in senso integralmente formalista, con il suo orientamento politico di vero e proprio giurista della corona. Nel pensiero giuridico di Laband era prevalente lo scopo di rendere autonomo il diritto pubblico per affermare l'autorità del giovane Stato tedesco, liberando il diritto statuale dai vincoli della realtà sociale in trasformazione. Questa posizione di Laband si spiega con l'ideologia allora dominante nazional-liberale, che «si caratterizzava per il suo rifiuto congiuntamente del sistema parlamentare e del sistema dei partiti»[3284].

Come in Germania, anche in Italia l'influenza costituzionale dei partiti politici fu, come vedremo, osteggiata dalla prevalente dottrina giuridica liberale, per non compromettere prima la formazione e poi il consolidamento del giovane Stato italiano. A differenza della Germania però in Italia – grazie alla maggioranza parlamentare nata dal 'connubio' Cavour-Rattazzi – ci fu una trasformazione della forma di governo in senso parlamentare per via consuetudinaria, come era già avvenuto in Inghilterra. Questa evoluzione favorì una interpretazione di maggiore apertura e riconoscimento dell'importanza dei partiti politici

[3280] J.C. Bluntschli, *Charakter und Geist der politischen Parteien*, Nördlingen, Beckhschen Buchhandlung, 1869 (ristampa anastatica: Aalen, 1970). Nel suo manuale diventerà il capitolo XII del terzo volume della dottrina generale dello Stato, dal significativo titolo *Politik als Wissenschaft*, trad. it. a cura di F. Trono col titolo, *Dottrina dello Stato moderno*, Napoli, 1879. Le citazioni sono tratte da questa edizione.

[3281] J.C. Bluntschli, *Dottrina dello Stato moderno*, cit. 415.

[3282] S. Amato, *Il problema del 'partito' negli scrittori politici tedeschi (1851-1914)*, *op. cit.,* p. 3.

[3283] Sul rapporto che lega le dottrine metodiche alle posizioni politiche che vi stanno dietro si veda W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, trad. it., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, a cura di P.L. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1974.

[3284] I. Cervelli, *La Germania dell'Ottocento. Un caso di modernizzazione conservatrice*, Roma, 1988, p.171

ISSN 2279-7238

per la dinamica della forma di governo, come emergeva dallo studio, in particolare, dell'esperienza costituzionale inglese. Non si intendeva, come Laband, delegittimare i partiti parlamentari; anzi, si auspicava la formazione di veri partiti politici. Tuttavia, si riteneva estremamente pericolosa sia qualsiasi ipotesi di partito organizzato al di fuori del Parlamento, soprattutto per la presenza di orientamenti e organizzazioni repubblicane, cattoliche e socialiste, sia qualsiasi ipotesi di ingerenza dei partiti sulla organizzazione e il funzionamento dello Stato[3285].

La dottrina italiana prevalente, con alcune significative eccezioni [3286], nell'ultimo ventennio del XIX secolo, non guardava al governo parlamentare inglese come tratteggiato in *The English Constitution* da Bagehot, considerato non a caso dal fondatore della scuola giuridica italiana, Vittorio Emanuele Orlando, troppo radicale. In sostanza, secondo Orlando[3287], il Gabinetto non doveva essere il Comitato esecutivo della Camera bassa, esso non poteva non avere una «costituzionale dipendenza dalla Corona, l'istituto giuridico che è la esterna personificazione della sovranità dello Stato». Del resto, aggiungeva il giurista siciliano, «la sola origine parlamentare non ne farebbe che un governo di partito, la derivazione del regio potere ne fa un governo giuridico». Nel modello costituzionale orlandiano, dunque, la maggioranza a sostegno del governo non poteva essere maggioranza di partiti, perché l'esistenza di quest'ultima avrebbe causato, a suo parere, la rottura dell'equilibrio dualistico tra il Re e il Parlamento.

Vittorio Emanuele Orlando, a differenza di Gerber[3288] e, soprattutto, di Laband, negli anni della sua «svolta» metodologica difendeva la forma di governo italiana, conciliando *Rechtsstaat* e governo parlamentare[3289], ma, al tempo stesso, era impegnato a rafforzare l'immagine dello Stato come unità di fronte ad una società ancora non unificata e piena di contraddizioni. Ed è in questa prospettiva che è opportuno rimarcare la collocazione temporale della «svolta» metodologica di Orlando segnata dalle sue prolusioni del 1885, 1886 e del 1889, tenute rispettivamente a Modena, Messina e Palermo. Essa avviene dopo

[3285] R. Bonghi, *I partiti nel Parlamento italiano*, in *Nuova Antologia*, vol. VII, 1868, fasc. I, pp. 5-29, e fasc. II, pp. 243-83; A. Scialoja, *Della mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere*, in *Nuova Antologia*, vol. XIII, fasc. I, 1870, pp. 54-88; S. Jacini, *Sulle condizioni della cosa pubblica in Italia dopo il 1866. Lettera agli elettori di Terni del loro deputato demissionario Stefano Jacini*, 2 ed., G. Civelli, Firenze, 1870; M. Minghetti, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881; L. Palma, *Il governo parlamentare alla prova,* in *Rassegna di scienze sociali e politiche*, fasc. I, 1883, pp. 13-20.

[3286] In una diversa prospettiva storica e teorica si colloca l'opera di G. Arcoleo, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881 e dello stesso A., *Diritto costituzionale. Dottrina e Storia, terza edizione riveduta*, Napoli, 1907, in cui scrive a proposito dell'Inghilterra: «Il gabinetto è il vero organo del potere esecutivo; legato per tradizione gerarchica alla Corona, ma dipendente per efficienza di autorità dalla Camera dei Comuni» (cit. p. 186).

[3287] V.E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare (1886)*, citazioni tratte da *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954.

[3288] Il perfezionamento della dommatica scientifica del diritto pubblico che animò l'opera di Gerber nei suoi celebri *Grundzüge des deutschen Staatssrechts* era funzionale alla costruzione di un *sistema* ispirato ad un'idea unitaria, al fine di far conquistare al diritto pubblico tedesco la sua propria autonomia. Ma se in *Über öffentliche Rechte* vi è di fatto una coincidenza fra Stato e monarca, nei *Grundzüge* prende corpo invece una concezione liberale dello Stato.

[3289] V.E. Orlando*, Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Archivio giuridico*, vol. XXXVI (1886), pp. 521-586.

ISSN 2279-7238

la dissoluzione dei vecchi partiti e l'allargamento del suffragio elettorale del 1882[3290] e in assenza di partiti costituzionali organizzati. Orlando, come giurista e statista, «si sentì il continuatore dei patrioti e degli statisti del Risorgimento; ebbe il sentimento delle carenze costituzionali del nuovo Stato»[3291]. Per questa ragione, lo scopo principale della riflessione orlandiana era quello dell'affermazione del nuovo Stato, attraverso l'affermazione di una "nuova" scienza[3292].

Il problema è che il consolidamento del nuovo Stato non poteva certo dipendere dall'affermazione di una "nuova' scienza" [3293], ma semmai dal necessario supporto strumentale di partiti costituzionali organizzati; supporto che, se si fosse realizzato, avrebbe anche favorito l'evoluzione della forma di governo in senso pienamente parlamentare e l'apertura del liberalismo alla democrazia.

La "rivoluzione scientifica" di Orlando, orientata alla ricerca di un diritto nazionale, era certamente animata da un forte atteggiamento patriottico, ma ciò non fece venir meno la posizione agnostica e, alla fine dell'Ottocento, anche apertamente ostile nei confronti delle organizzazioni sindacali e partitiche di massa. In effetti, dal modello costituzionale orlandiano il partito esce completamente schiacciato[3294], pur volendo conciliare, come si è detto, *Rechtsstaat* e governo parlamentare. Eppure, nel Regno Unito – in cui già nella seconda metà del XVIII secolo si era affermata, come si è visto, l'esperienza del governo parlamentare – l'evoluzione della stessa forma di governo si caratterizzava proprio per l'importanza del *Premier* in seno al Gabinetto e per la presenza nella competizione elettorale di due partiti ormai organizzati su basi più stabili e più disciplinate[3295].

Visto il carattere debole e sostanzialmente oligarchico dello Stato monoclasse, il «dogma» della sovranità e dell'unità politica dello Stato poteva essere utilizzato anche come argomentazione giuridica, per collocare fuori dal campo teorico disciplinare della giuspubblicistica italiana i gruppi sociali e i partiti politici. Questi, infatti, erano visti come forze disgreganti l'unità dello Stato, soprattutto via via che si procedeva verso il progressivo allargamento del suffragio elettorale.

[3290] Nelle elezioni dell'ottobre 1882, che furono le prime svolte in base alla nuova legge elettorale adottata nello stesso anno, fu eletto il primo deputato di idee socialiste nel Parlamento italiano: Andrea Costa. In pratica una parte della classe operaia ottenne nel 1882 il diritto di voto.

[3291] S. Cassese, *«Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts». La «rivoluzione scientifica» di Vittorio Emanule Orlando*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, n. 2, p. 310.

[3292] G. Azzariti, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in *Democrazia e diritto*, 2011, n. 1-2, p. 123.

[3293] Anche se molto vitali rimasero le tendenze storico-politiche e storico-giuridiche: Brunialti, Arcoleo, Arangio-Ruiz (M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1963, fasc. 1-2; e dello stesso A., *Diritto costituzionale (profili storici)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, 1964.

[3294] Negli ultimi decenni, molti sono stati gli studiosi che hanno evidenziato l'agnosticismo e, perfino, una certa ostilità nei confronti del fenomeno partitico da parte di V.E. Orlando. Più di recente, si veda il ben documentato e interessante libro di M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito in Italia tra Otto e Novecento* (coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 101), Giuffrè, Milano, 2013, pp. 41 ss. Si veda anche: S. Bonfiglio, *Forme di governo e partiti politici nell'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Giuffrè, 1993.

[3295] J. V. Suanzes-Carpegna, *op. cit.,* p. 73 ss. Soprattutto dopo il *Reform Act* del 1832 viene meno la contrapposizione fra legislativo ed esecutivo e si consolida quel rapporto fiduciario fra Parlamento e Governo che costituisce la vera essenza del tipo di governo parlamentare (M. Galizia, *Fiducia parlamentare* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, vol. XVII, p. 388). M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 345.

ISSN 2279-7238

L'impostazione orlandiana influenzò gli sviluppi della dottrina costituzionalistica italiana, almeno fino al primo decennio del XX secolo. Tuttavia, molto vitali rimasero le tendenze storico-politiche e storico-giuridiche: Brunialti, Arcoleo, Arangio-Ruiz [3296].

Secondo Attilio Brunialti – il quale, non a caso, ricorda il saggio giovanile di Orlando del 1881, da cui successivamente il suo stesso autore prese le distanze[3297] – il tema dei partiti riguardava più di ogni altro la scienza del diritto costituzionale, che doveva richiamarsi al metodo dell'osservazione, della comparazione e dell'esperimento[3298].

Non soltanto per Brunialti ma anche secondo Racioppi, il governo parlamentare doveva essere inteso come "governo di partito". In quest'ottica, Racioppi guardava con favore all'esperienza inglese e a quella belga, osservando come il governo di Gabinetto si fosse consolidato per opera di due soli partiti omogenei e ben divisi sui programmi di governo[3299]. Meglio volgere lo sguardo, aggiungeva l'autore, verso queste due esperienze, dove vi era un «saldo ordinamento dei partiti», piuttosto che alle istituzioni parlamentari della Terza Repubblica, in cui «l'organizzazione dei partiti, difettosa anche là sebbene per altri motivi, [aveva] condotto anche la Francia [come l'Italia] dal regime parlamentare al parlamentarismo». Ed è proprio l'esperienza costituzionale della Terza Repubblica che, come si è detto, aveva indotto la più attenta dottrina francese a riflettere sul governo parlamentare, chiamato dagli inglesi "governo di partito", in quanto suppone l'esistenza di grandi partiti contrapposti che si succedono al potere[3300].

Del resto, questa interpretazione del governo parlamentare inglese emergeva chiaramente anche nella opera di Todd, *Parliamentary Government in England*, in particolare nell'edizione inglese aggiornata del 1892[3301], successiva dunque alla seconda e terza riforma elettorale inglese. In essa l'autore sottolineava che il sostegno dato ai ministri dalla maggioranza parlamentare era garantito dalle organizzazioni di partito. La rappresentanza parlamentare si configurava, in un certo senso, come rappresentanza partitica e la maggioranza parlamentare come maggioranza di partito. Il sistema partitico nel suo complesso assumeva, dunque, per Todd una grande rilevanza nel consolidamento del sistema parlamentare. Lo stesso si può dire per l'importante opera di Lowell, *Government and Parties in Continental Europe*, pubblicata nel 1896, in cui l'autore guardava alla realtà dei partiti per studiarne lo sviluppo in relazione al funzionamento dei governi nei vari paesi. E, non a caso, Racioppi faceva spesso riferimento all'opera di Lowell nel suo libro, *Forme di Stato e*

[3296] M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1963, fasc. 1-2; e dello stesso A., *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enc. dir., vol.* XII.

[3297] In questo saggio, scritto da Orlando prima della sua 'svolta' metodologica, dal titolo significativo *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer*, il giurista siciliano utilizza un approccio storico-sociologico per esaminare la problematica delle forme di governo, soffermandosi non sulle 'forme', ma sulle 'forze' che le costituiscono.

[3298] J. Luther, *Quel che la storia di Attilio Brunialti insegna al diritto costituzionale italiano*, in *Democrazia e diritto*, n. 1-2 2011, p. 61.

[3299] F. Racioppi, *Forme di Stato e forme di governo*, Roma, 1898.

[3300] L. Dupriez, *op. cit.,* p. 387; A. Esmein, *op. cit.,* p. 196.

[3301] La prima edizione inglese è del 1866. Importante è ricordare che Orlando nel suo già citato saggio del 1886, a sostegno della sua teoria giuridica del Governo di Gabinetto, ricordava anche l'opera di A. Todd, la cui traduzione italiana appariva nello stesso anno in cui veniva pubblicato il suo saggio.

ISSN 2279-7238

forme di governo, del 1898. Anche perché, proprio con riferimento all'esperienza italiana, pure Lowell ne aveva evidenziato la distanza rispetto al sistema parlamentare inglese. In Italia come in Francia, scrive Lowell, non vi erano due grandi partiti che si alternavano al governo e all'opposizione, ma così tanti gruppi, a volte uniti e a volte ostili gli uni contro gli altri, che era quasi impossibile seguire la loro evoluzione[3302].

Proprio questa difettosa organizzazione dei partiti in Italia avrebbe contribuito a determinare una forte crisi delle istituzioni parlamentari.

4. Le critiche ai partiti politici negli Stati Uniti d'America nella fase storica pre-jacksoniana

In *The Federalist* [3303] sono espresse – con differenti argomentazioni – posizioni di diffidenza, di critica e, in alcuni passaggi, di manifesta ostilità[3304] nei confronti dei partiti politici[3305]. Come ben noto, l'opera fu in gran parte scritta da Alexander Hamilton, che aveva 32 anni, e da James Madison, che ne aveva 36[3306]. Il più anziano dei tre, John Jay, che in seguito sarebbe diventato il primo presidente della Corte Suprema, contribuì al lavoro con cinque saggi.

Nel suo saggio più brillante (il numero 78) Hamilton difende il principio della separazione dei poteri, riproponendo testualmente la tesi di Montesquieu contenuta *nell'Esprit des lois* secondo cui «non esiste libertà se il potere giudiziario non sarà separato dai poteri legislativo ed esecutivo» [3307]. In questo saggio, insiste particolarmente sulla

[3302] A.L. Lowell, *Government and Parties in Continental Europe*, *op. cit.*, p. 204 ss.; e dello stesso Autore, *Il governo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, A. Brunialti, III serie, Torino, 1911, vol. VI, 621-851.

[3303] Le citazioni sono tratte da: Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Giappichelli, Torino, 1997.

[3304] B. Bailyn-G.S. Wood, *Le origini degli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 1987. Scrivono gli autori che i federalisti: «Disprezzavano i partiti politici e ciò nonostante i partiti si affermarono» (cit. p. 340).

[3305] R. Hofstadter, *The Idea of a Party System: The Rise of Legitimate Opposition in the United States, 1780-1840*, University of California Press, Berkeley, 1970; P. J. Pollock, *Is the Federalist Anti-Party?*, in *Political Science Reviewer*, 1982, pp. 79-97; G. Negri (a cura di), *Il Federalista 200 anni dopo*, il Mulino, Bologna, 1988; J. H. Aldrich, *Why Parties? The Origin and Transformation of Political Parties in America*, University of Chicago Press, Chicago, 1995; N. L. Rosenblum, *On the side of the Angels. An Appreciation of Parties and Partisanship*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2008.

[3306] S. Elkins – McKitricK E., *The Founding Fathers: Young Men of the Revolution*, in *Political Science Quarterly*, vol. 76, n. 2, pp. 181-216; J. Rakove, *Original Meaning: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Alfred A. Knopf, New York, 1996; G. Wills, *Explaining America: The Federalist*, Penguin Books, New York, 2001; G. S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press, 1998.

[3307] Ovviamente questa critica riguardava prevalentemente la confusione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario; confusione che nel Regno Unito era confermata dalla presenza dei *Law Lords* nella Camera altaegno Unito questa esigenza verrà messa luce nella seconda metà del XIX da Bagehot, che pur essendo critico nei confronti di una rigida separazione dei poteri, auspicava un tribunale supremo che «ought not to be hidden beneath the robes of a legislative assembly», in modo da favorire un'ulteriore e completa autonomizzazione delle alte funzioni giudiziarie (W. Bagehot, *The English Constitution*, (1867), Glasgow, Fontana Collins, 1963, XIV rist. (1ª ed.: 1867), p. 147). Questo orientamento bagehotiano è rimasto isolato. Come ben noto, soltanto con l'adozione del Constitutional Reform Act 2005 è stata introdotta nel Regno Unito una Corte Suprema.

ISSN 2279-7238

permanenza in carica dei giudici; «e poiché nulla, più del mandato a vita, può contribuire a garantirne la fermezza e l'indipendenza, questo aspetto dovrà essere considerato un elemento indispensabile del giudiziario, una sorta di cittadella della giustizia e della sicurezza comuni».

Questo testo è noto soprattutto perché in esso Hamilton non soltanto riconosce alle corti il compito precipuo dell'interpretazione delle leggi, ma anche quello di giudicarne la costituzionalità. Egli considera questo potere cruciale di *judicial review* come un contrappeso nei confronti del potere legislativo, in cui «il fiato pestilenziale delle fazioni» può «avvelenare le fontane della giustizia».

Una critica radicale nei confronti dei partiti politici è quella espressa da Madison nel saggio numero 10, animato dalla preoccupazione di spezzare e controllare la violenza delle "fazioni" - e con questo termine intendeva i "partiti politici". Questi, a suo parere, costituivano una potenziale minaccia per una repubblica, intesa come «una forma di governo in cui vige il sistema di rappresentanza». Questa posizione sicuramente rifletteva anche le maggiori cautele di Madison, rispetto a Hamilton e Jay, nei confronti di un'autorità centrale.

Madison, che condivideva i timori degli agricoltori della Virginia nei riguardi di un potere politico federale, temeva che la fazione più potente si potesse imporre a scapito del benessere generale. Egli voleva neutralizzare le passioni e gli interessi contrastanti, filtrando le opinioni popolari non attraverso i partiti ma attraverso lo strumento di un'assemblea composta da un «esiguo numero di cittadini eletti da tutti gli altri».

Eliminare del tutto la faziosità, però, scrive Madison, non è auspicabile, perché per fare questo si dovrebbe distruggere la libertà, «che ne è condizione indispensabile», ma così facendo il «rimedio» sarebbe «peggiore del male»; in alternativa si dovrebbe accomunare tutti i cittadini in unanimità di opinioni, di passioni e di interessi. Ma anche questo «secondo espediente è inattuabile, come il primo è insensato». Madison, dunque, con molto realismo pensa che per curare i mali della faziosità sia utile non tanto rimuoverne le cause latenti, che sono intessute nella natura stessa dell'uomo, quanto piuttosto nel trovare i rimedi che si possono riscontrare soltanto nei mezzi più adatti a limitarne gli *effetti*.

Il rimedio ai guai delle fazioni non è il ricorso alla «democrazia pura», che Madison intende come una società di pochi cittadini, che si riuniscono e si autogovernano direttamente. Contro ogni fazione autoritaria, sia essa di maggioranza o di minoranza, Madison sostiene una forma di governo repubblicana (o rappresentativa), intesa come vero proprio rimedio alle fazioni e ben distinta dalla democrazia. La repubblica è un sistema di rappresentanza, in cui attraverso la mediazione di un corpo scelto di cittadini di provata saggezza si afferma l'interesse effettivo del proprio paese. Madison ritiene che in un regime di questo genere la voce del popolo, espressa dai suoi rappresentanti, possa rispondere al bene di tutti meglio di quanto non avverrebbe se essa fosse espressa direttamente dal popolo riunito con questo specifico scopo. Il rimedio alla faziosità è dato dalla costituzione

ISSN 2279-7238

di una Repubblica di grandi dimensioni[3308] (come Unione federale di vari Stati che la compongono). Così i federalisti – in particolare Madison – ribaltavano la tesi secondo cui una repubblica doveva essere piccola e compatta[3309]. Viceversa, soltanto in una repubblica di grandi dimensioni è possibile scegliere i rappresentanti migliori, per «maggiore larghezza di scelta» e, inoltre, perché essendo il suffragio popolare più libero, esso si indirizzerà, molto probabilmente, verso uomini che abbiano riconosciuti meriti e che godano di una buona reputazione generale.

Il rimedio ai mali delle fazioni, dunque, secondo Madison stava nell'ampiezza e nella struttura dell'Unione repubblicana e federale e in una «legislazione moderna» in grado di operare una regolamentazione dei vari e contrastanti interessi nella società e delle loro reciproche interferenze. Madison, dunque, considera i partiti, pur diffidandone, un male necessario se non si vuole distruggere la libertà. Proprio per questa ragione, però, considera altrettanto necessaria la loro regolamentazione. Ed è significativo che lo stesso Madison con molto realismo fondò nel 1791, assieme a Thomas Jefferson, il Partito Democratico-Repubblicano, per opporsi al Partito Federalista fondato un anno prima da Alexander Hamilton.

Del resto, occorre evidenziare che negli Stati Uniti i candidati alla presidenza della Repubblica hanno corso le elezioni con il sostegno di uno dei due maggiori partiti, fin dal primo presidente appoggiato dai Federalisti: George Washington. Questi, comunque, riteneva che la creazione di partiti organizzati distraesse le assemblee dai loro compiti, danneggiasse profondamente l'unità della nazione, aprendo la strada all'influenza straniera. In questa posizione è palese la sua maggiore preoccupazione a difesa della Costituzione e dell'Unione repubblicana e federale e contro «the danger of parties in the State, with particular reference to the founding of them on geographical discriminations»[3310]. Egli nel suo messaggio al Congresso insiste anche su un aspetto più generale, rimarcando che nei

[3308] Non vi è dubbio che qui la riflessione di Madison deve molto all'opera di Hume. Sul punto: D. Adair, *"The Politics May Be Reduced to a Science": David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist*, Huntington Library Quarterly, vol. 20, n. 4, 1957. pp. 343-360. Adair considera Madison: «The most creative and philosophical disciple of the Scottish school of science and politics in the Philadelphia Convention was James Madison» (p. 348). In particolare, si veda di D. Hume: *Idea of a Perfect Commonwealth* (1752), in cui egli conclude con alcune osservazioni su «the falsehood of the common opinion, that no large state, such as France or Great Britain, could ever be modelled into a commonwealth, but that such a form of government can only take place in a city or small territory». Hume non nega in assoluto la validità di questa tesi; tuttavia, egli aggiunge che: «Though it is more difficult to form a republican government in an extensive country than in a city; there is more facility, when once it is formed, of preserving it steady and uniform, without tumult and faction» (in *Political discourses*, Essay XII, http://www.davidhume.org/texts/pd.html).
A proposito del saggio di Adair, sopra ricordato, Gilles Robel scrive: «Cependant il n'est pas impossible qu'Adair ait quelque peu exagéré l'influence directe de Hume sur Madison. Il est vrai que Hume était considéré avec méfiance en Amérique en raison de son scepticisme religieux, de son refus de condamner les Stuarts dans son *Histoire d'Angleterre* – refus qui lui valait la réputation de tory – et de sa défense du luxe et de la richesse, sources de corruption aux yeux des républicains classiques» (*op. cit.*, p. 13).

[3309] B. Bailyn-G.S. Wood, *Le origini degli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 1987, p. 338.

[3310] G. Washington, *Farewell Address to Congress (1796)*. Le citazioni qui riportate sono tratte da: S.E. Scarrow (ed.), *Perspectives on political parties*, *op. cit.*, p. 47.

ISSN 2279-7238

governi di «polular character, in governments purely elective» lo spirito di partito non deve essere incoraggiato»[3311].

Con l'elezione di Jefferson a Presidente, il Partito Democratico-Repubblicano interruppe l'egemonia del Partito Federalista, ponendo nel giro di pochi anni fine alla maggioranza parlamentare federalista.

Anche Jefferson, pur negando al partito ogni ruolo nella gestione del governo, dedicò gran parte della sua vita a crearne uno, compresi gli anni in cui occupò la massima carica esecutiva. Del resto, come Jefferson, anche Madison divenne presidente degli Stati Uniti dopo essere stato scelto nel 1808 alla presidenza del Partito Democratico-Repubblicano[3312]. Queste circostanze confermano quanto sopra detto sul necessario appoggio ai candidati alla presidenza da parte dei partiti politici, nonché quanto fosse rilevante la contrapposizione tra federalisti e antifederalisti nella dialettica politica e partitica non soltanto sui temi economici e sociali, ma anche sull'interpretazione della Costituzione e i suoi possibili sviluppi[3313].

Nonostante l'accesa critica nei confronti della fazione e del partito, quest'ultimo nella sua forma moderna sarebbe nato già a cominciare dagli anni della "democrazia jacksoniana", ovverosia ancor prima della sua legalizzazione, che avverrà nella seconda metà del XIX secolo.

Un forte impulso alla nascita della forma moderna di partito fu dato, infatti, proprio da Andrew Jackson[3314]. Questi nel 1824, pur avendo ottenuto la maggioranza dei voti popolari, non era riuscito ad ottenere la maggioranza assoluta dei voti dei Grandi elettori e, per tale

---

[3311] Scrive Washington: «There is an opinion that parties in free countries are useful checks upon the administration of the government and serve to keep alive the spirit of liberty. This within certain limits is probably true; and in governments of a monarchical cast, patriotism may look with indulgence, if not with favor, upon the spirit of party. But in those of the popular character, in governments purely elective, it is a spirit not to be encouraged. From their natural tendency, it is certain there will always be enough of that spirit for every salutary purpose. And there being constant danger of excess, the effort ought to be by force of public opinion, to mitigate and assuage it. A fire not to be quenched, it demands a uniform vigilance to prevent its bursting into a flame, lest, instead of warming, it should consume» (*Farewell Address to Congress (1796)*, in *op. cit.*, p. 48.

[3312] Quest'ultimo fu dominante nel sistema politico statunitense fino alla prima metà degli anni venti dell'Ottocento, quando si divise in alcune fazioni, una delle quali divenne nel 1828 l'attuale Partito Democratico (anche se tale denominazione fu adottata ufficialmente nel 1844) e l'altra, dopo una prima trasformazione intermedia, divenne nel 1854 il moderno Partito Repubblicano.

[3313] In questo contesto, in cui fu molto accesso lo scontro tra il Partito Democratico-Repubblicano e il Partito Federalista, va letta la nota sentenza del 1803 della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Marbury v. Madison*, in cui si ebbe il primo caso di giudizio di costituzionalità di una legge e si instaurò il sistema di *judicial review* esercitato dalle corti americane. John Marshall, all'epoca Presidente della Corte Suprema, era stato Segretario di Stato del presidente degli Stati Uniti John Adams, il quale, iscritto al partito federalista, prima di essere sostituito da Jefferson rinnovò molte cariche istituzionali, tra cui quella di *Justice of the peace* nel Distretto di Columbia, che fu affidata a Marbury, un esponente del suo stesso partito. La sentenza, però, all'unanimità, diede ragione a Madison, ponendo la Costituzione in una posizione gerarchica superiore rispetto alla legge; e così interpretando l'art. VI, par. 2 della Costituzione statunitense, seguendo un ragionamento che era stato già anticipato in *The Federalist* da Hamilton, il quale, come sopra detto, fu il fondatore del partito federalista. Una puntuale analisi critica di questa decisione è contenuta nel saggio del 1914 di E. S. Corwin, *The Doctrine Of Judicial Review: Its Legal And Historical Basis And Other Essays*, secondo cui «To speak quite frankly, this decision bears many of the eamarks of deliberate partisan *coup*» (cit. p. 9). Per la dottrina italiana si veda: B. Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2008.

[3314] A. M. Schlesinger, *jr.*, *The Age of Jackson*, Little, Brown and Company, Boston, 1945; M. Holt, *The Rise and Fall of the American Whig Party: Jacksonian Politics and the Onset of the Civil War*, Oxford University Press, New York, 1999.

ISSN 2279-7238

ragione, venne eletto un altro esponente e suo sfidante appartenente allo stesso Partito Democratico-Repubblicano: John Quincy Adams. Dopo questa sconfitta, nelle elezioni presidenziali del 1828 Jackson si presentò con un nuovo soggetto politico, il Partito Democratico. La nascita del primo vero partito americano si può far risalire proprio a queste elezioni presidenziali, in cui Jackson prevalse sul presidente uscente grazie alla campagna elettorale organizzata dal neocostituito partito.

5. Considerazioni conclusive

A cominciare dalla Rivoluzione francese, i partiti vennero considerati una vera e propria minaccia dai fautori della "sovranità del popolo", da un lato, e dai sostenitori della "sovranità nazionale", dall'altro.

In alcuni contesti caratterizzati dall'esistenza di Stati di giovane formazione – ad esempio, in Italia e Germania – i partiti furono visti perfino come una minaccia per l'unità dello Stato[3315]. In particolare, in Germania la delegittimazione giuridica (Laband) e politica (Treitschke) dei partiti nella *Staatslehre* della *Reichsgründungszeit* fu il risultato di un contesto costituzionale informato dal "principio monarchico" contrapposto al "principio parlamentare"[3316]. Il sistema monarchico-costituzionale sottraeva ampiamente all'influenza dei parlamenti gli esecutivi, nominati esclusivamente dal monarca. Soltanto il monarca, il governo e i funzionari, in quanto forze "neutrali" e "imparziali", potevano rappresentare l'unità dello Stato e realizzare il "bene comune".

Nel continente europeo, il graduale allargamento del suffragio e la crisi del parlamentarismo avrebbero indotto alcuni partiti ad organizzarsi *fuori* dalle istituzioni come *parte totale*, cioè come "grandi" partiti antisistema e anticostituzionali.

Negli Stati Uniti, invece, dopo i primi decenni di diffidenza e di ostilità nei confronti dei partiti politici – visti come una minaccia per l'unità della nazione[3317] – il loro sviluppo è riconducibile alle elezioni presidenziali. Ciò si verifica, in particolare, con la nascita del Partito democratico e con le *Conventions* per la formazione delle candidature presidenziali che, come scrive Tocqueville, è il sistema rappresentativo applicato ad un partito[3318].

[3315] Anche in Spagna, tra i più antichi stati del continente europeo, liberali e realisti nel 1812 sostenevano una forma di governo nazionale che conduceva alla negazione del partito all'interno del parlamento. Sul punto: I. Fernández Sarasola, *Los partidos políticos en el pensamiento español (De la ilutración a nuestras días)*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 46. Le idee reticenti o chiaramente contrarie ai partiti finirono per essere inserite nel Codice penale del 1822, approvato per impulso dei deputati costituzionali durante il Triennio Liberale (1820-1823). Si veda: R. L. Blanco Valdés, *La costruzione della libertà. Appunti per una storia del costituzionalismo europeo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, pp. 132 ss.

[3316] O. Hintze, *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, in *Stato e società*, a cura di P. Schiera, Zanichelli, Bologna, 1980, pp. 27-49.

[3317] N. L. Rosenblum, in *op. cit.*, scrive: «At their inception, American Federalists and Republicans each declared themselves defender of the Constitution. Each saw the opposition as intractably subversive, treasonously allied with foreign powers. Each anticipated uniting all parties for the general welfare— an end of parties» (cit. p. 28).

[3318] A. de Tocqueville, *Voyage en Amérique* (1831-1832), in *Oeuvres*, vol. I, Paris: Gallimard, 1991 (tr. it.: *Viaggio in America: 1831-1832*, Milano: Feltrinelli, 1990); N. Matteucci, *Alexis de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, Bologna: Il Mulino, 1990.

ISSN 2279-7238

Inoltre, come nel Regno Unito Pitt *The Younger* fu molto abile nel *patronage*[3319], così negli Stati Uniti Jackson fu un altrettanto abile sostenitore dello *spoils system*, di cui si servì per democratizzare le strutture politiche dominate dalle ristrette oligarchie terriere del Sud e di quelle finanziarie del Nord. Anche in questo modo egli stimolò la nascita di nuovi interessi e di nuove associazioni, una democratizzazione dei corpi intermedi e dello stesso Partito democratico, che si venne via via rafforzando pure dal punto di vista organizzativo, diventando il primo caso moderno di *Mass Party*[3320]. Nell'ambito della democrazia interna al partito, la nomina dei dirigenti fu affidata ad organi scelti democraticamente.

Durante gli anni della sua presidenza, Jackson operò una democratizzazione delle strutture politiche statunitensi, anche attraverso l'allargamento del suffragio e l'introduzione del voto segreto, l'elettività di molte cariche pubbliche, statali e locali, l'elezione degli elettori presidenziali affidata al voto popolare. Inoltre, già nel corso del suo primo mandato presidenziale, sorsero le prime associazioni sindacali di operai.

ABSTRACT

A differenza della esperienza costituzionale del Regno Unito, nel continente europeo la presenza di un sistema partitico debole, frammentato e, altresì, caratterizzato dalla presenza di forze politiche anticostituzionali è stato in passato e costituisce, ancora oggi, la principale causa di fragilità delle istituzioni parlamentari. Tuttavia, soltanto una parte della dottrina italiana e francese - certamente influenzata dall'esperienza dei partiti politici inglesi e americani - evidenziò nel XIX la centralità del tema per il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, proponendo il riconoscimento giuridico delle organizzazioni partitiche.

Unlike the constitutional experience of the United Kingdom, on the European continent the presence of a weak and fragmented party system has been - and still is - the main cause

[3319] S. Bonfiglio, *Dall'«influenza» regia a quella dei partiti politici*, *op. cit.*
[3320] J. H. Aldrich, *Why Parties?*, *op. cit.*

ISSN 2279-7238

of the fragility of institutions parliamentarians. Moreover, the presence of anti-constitutional political forces worsened the unstable situation. However, only part of the Italian and French doctrine, mostly influenced by the experience of British and American political parties, in the nineteenth century highlighted the centrality of this problem for the proper functioning of the parliamentary system. This led to the propose of legal recognition for political parties.

Keywords: political parties; parliamentary system; anti-constitutional political parties; legal recognition of political parties; American political parties.

ISSN 2279-7238

Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione Europea*

di Silvia Illari**

SOMMARIO: 1. Premessa storico-metodologica. – 2. L'elezione del Presidente della Commissione europea nel Trattato di Lisbona e nella recente esperienza. – 3. I primi effetti sugli equilibri istituzionali. – 4. Gli sviluppi rilevati in relazione alle prossime elezioni del Parlamento europeo nel maggio 2019 – 4.1. L'indirizzo condiviso dal Parlamento europeo e dalla Commissione a favore del rafforzamento della pratica degli *Spitzenkandidaten*. – 4.2. Rilievi critici di principio espressi dal Consiglio europeo a tutela delle sue prerogative istituzionali – 4.3. Aspetti problematici di particolare rilevanza da tenere in considerazione.

1. Premessa storico-metodologica

L'Unione europea è comunemente indicata come un'organizzazione interstatuale *sui generis* [3321]. Importa riconoscere la presenza di più organi stabili, distinti per attribuzioni di potestà sovrastatali, estesi quindi a tutti gli Stati aderenti[3322]. Di comune avviso l'adesione all'Unione comporta la conseguente limitazione di poteri sovrani degli Stati membri. In proposito è da considerare che l'Unione europea non origina da un modello teorico disegnato a priori, poiché, come è noto, nel secondo dopoguerra i governanti dei Paesi europei occidentali ritennero preferibile rimandare ogni progetto di instaurare un nuovo ordinamento politico comune e avviarono un'integrazione a "tappe", al fine di pervenire gradualmente a "una unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa" [3323]. Inoltre, il suo sviluppo nel tempo pare procedere gradualmente secondo

* Contributo sottoposto a double blind peer review.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Pavia.

[3321] Si ricorda la "Dichiarazione per il Millennio" del Consiglio europeo di Helsinky, in cui i Capi di Stato e di governo hanno riconosciuto che " l'Unione europea è una costruzione di carattere unico, senza modelli nella storia". come riportato in *Conclusioni della Presidenza*, Consiglio europeo di Helsinky, 10 e 11 dicembre 1999, Allegato I: "Dichiarazione per il Millennio", consultabile all'indirizzo Internet www.consilium.europa.eu.

[3322] L'assetto istituzionale si caratterizza fin dalle origini per tratti peculiari rispetto alla struttura interna delle organizzazioni internazionali, come già evidenziato da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1988, 684 s.

[3323] Nel testo si fa riferimento alle parole di apertura del Preambolo del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957. Tali parole sono ora inserite nell'articolo 1 delle "Disposizioni comuni" del Trattato sull'Unione europea (TUE). Solo *in limine* è da ricordare che già durante la seconda guerra mondiale alcuni movimenti si erano fatti portatori di proposte in sede ideale per l'unità europea. È noto il c.d. "Manifesto di Ventotene", scritto nell'agosto del 1941 da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi, allora sottoposti a confino di polizia. "Per un'Europa libera e unita", il Manifesto prefigurava l'istituzione immediata di un nuovo ordinamento politico federale sul modello degli Stati Uniti d'America (espressamente definito "Stati Uniti d'Europa"), dotato di un Parlamento e di un Governo democratici, con poteri effettivi in alcuni settori fondamentali come l'economia e la politica estera. Nel gennaio 1944 il testo del Manifesto fu pubblicato clandestinamente a Roma, insieme ad altri due saggi di Altiero Spinelli, nel volume "Problemi della federazione europea" curato da Eugenio Colorni che scrisse anche una Prefazione. Si veda la ristampa *Il Manifesto di Ventotene*, presentazione di T. Padoa Schioppa e con un saggio di L. Levi, Milano, Mondadori, 2006. Sul fecondo dibattito circa l'unificazione dell'Europa durante la seconda guerra mondiale si vedano W. LIPGENS – W. LOTH (a cura di), *Documents on the History of European Integration 1940-1950*, 4

ISSN 2279-7238

una visione costituzionale (piuttosto che di rapporti tra Stati indipendenti), attraverso un processo di costruzione di un ordinamento "chiuso", pur non pervenuto a pieno compimento istituzionale[3324]. Su questo punto indicativo si può ritenere il fatto della mancata adozione del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. In ogni modo, è da osservare che l'ordinamento comunitario è venuto gradualmente ad integrarsi con gli ordinamenti degli Stati membri. In correlazione risulta in uso l'espressione "sistema multilivello"[3325]. In dottrina si afferma anche che lo stesso sistema è comprensivo delle "sfere costituzionali" dei differenti Stati membri[3326].

Per vero, il processo di integrazione è ancora in corso e al presente non pare dato di intravederne una costruzione istituzionale compiuta[3327]. Lo Stato nazionale non è più quello che era e l'Unione europea non è diventata quello che si voleva che fosse (un'unione politica sul modello federale, in grado di soddisfare tutti gli interessi per la convivenza civile)[3328]. Forse non lo diventerà mai. Nel suo sviluppo l'integrazione comunitaria pare attraversare una perenne fase di transizione, con movimenti non sempre distinguibili, e talvolta senza una comune visione di mete future. Soprattutto alla luce della recente crisi dell'Eurozona, si affaccia anche il quesito se vi sia un'incapacità dei vecchi Stati membri dell'Unione ad evolversi verso un nuovo modello di ordinamento politico, adeguato al presente, tale da portare a compimento il processo di integrazione[3329].

La ricognizione dello sviluppo dell'Unione europea, come organizzazione internazionale *sui generis* in costante divenire, ha rispondenza nei caratteri dell'assetto più propriamente istituzionale. Esso si presenta in continua evoluzione, sviluppandosi sia in linea orizzontale, secondo uno svolgimento oltremodo complesso dei rapporti tra le molteplici istituzioni propriamente comunitarie[3330], sia in linea verticale, con un crescente "intreccio" tra le

---

vol., Berlin, New York, De Gruyter, 1985- 1991; D. PREDA (a cura di), *Altiero Spinelli e i movimenti per l'unità europea*, Padova, Cedam, 2010.

[3324] In proposito la letteratura (non solo italiana) è vastissima. Per tutti si veda R. BIN – P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2005.

[3325] I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *Columbia journal of European law,* 15(3)/2009, 349 ss.

[3326] L'espressione "sfere costituzionali" risulta in P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale,* in *DPCE*, 2/2002, 445 ss.

[3327] È da sottolineare che il periodo di sviluppo dell'integrazione comunitaria può essere considerato ancora troppo breve per intravederne una conclusione, specie in rapporto alla formazione di diversi Stati europei che ha richiesto secoli. In tal senso c.f.r. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007.

[3328] Sul tentativo di evoluzione verso la Comunità politica europea (progetto elaborato dai sei Stati membri della CECA tra il 1952 e il 1953) e in seguito verso l'Unione politica europea (progetto di Trattato approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984, su iniziativa dei Federalisti europei di Altiero Spinelli, ma non fatto proprio dal Consiglio dei Ministri) si veda J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2013, 55 ss.

[3329] Meritano attenzione le osservazioni circa l'"Europa delle patrie senza una visione comune" di D. SASSOON, *La crise actuelle de l'Europe et les crisis du passé*, in M. TELÒ, *La place de l'Europe dans le monde du 21e siècle*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2017, 1. Si tratta della *lectio* tenuta dallo storico del Queen Mary College di Londra in occasione del sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma e pubblicata nella traduzione italiana da "Il Sole 24 ore", 21 marzo 2017, reperibile all'indirizzo Internet www.ilsole24ore.com.

[3330] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1988, 684 s. Nel suo embrione originario la forma di governo comunitaria era costituita dalla Commissione e dal Consiglio dei ministri, organo formato dai

ISSN 2279-7238

istituzioni dell'organizzazione europea e gli organi costituzionali degli Stati membri[3331]. Come considerazione d'insieme è da evidenziare che, per parte notevole la forma di governo dell'Unione consegue da fatti e regole "informali", come la prassi e le convenzioni, oltre che dalla revisione dei Trattati[3332]. Si aggiunga che anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia rappresenta un elemento determinante nell'evoluzione dell'assetto istituzionale della stessa Unione[3333].

Per quanto concerne gli aspetti più specifici, è pur sempre da ricordare che i poteri e le responsabilità delle istituzioni sono sanciti nei Trattati[3334]. Al presente l'art. 13 del Trattato sull'Unione europea (TUE) disciplina un quadro istituzionale unitario, caratterizzato da una pluralità di organi: il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione europea, la Corte di giustizia, la Banca centrale europea e la Corte dei conti. In materia si può aggiungere che, nel complesso degli organi, è venuta a determinarsi anche una serie di figure monocratiche, le quali gradualmente paiono acquisire una propria rilevanza, anche per il fatto che nella pratica ha avuto attuazione un certo numero di rapporti interistituzionali, di cui sono parte essenziale le stesse figure monocratiche[3335]. Si ricordano, soprattutto, il Presidente del Consiglio europeo, il Presidente della Commissione, il Presidente del Parlamento europeo e l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza.

Qualche cenno finale può farsi seguire circa l'utilizzazione dell'espressione "forma di governo" per l'unione sovranazionale comprendente l'insieme degli Stati del Vecchio Continente[3336]. È quindi proposto il riferimento ad una nozione classica elaborata dalla

rappresentanti dei Governi degli Stati membri, e da un'Assemblea, con poteri molto limitati, composta da rappresentanti dei diversi Parlamenti e dal 1979 dei rispettivi popoli.

[3331] Un inscindibile "intreccio" è rilevato tra le istituzioni europee e gli organi costituzionali titolari dell'indirizzo politico degli Stati membri. In proposito risulta adoperata l'espressione "sistema parlamentare euro-nazionale". Di detto sistema si registrano studi di Andrea Manzella e Nicola Lupo. Gli stessi Autori affermano l'intento di mostrare che un tale "intreccio" implichi un'attenuazione del deficit di democrazia, per solito contestato all'Unione europea. Si veda A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2014. Da ultimo, seppur nella prospettiva interna allo Stato italiano, si veda N. LUPO, *La forma di governo italiana nella forma di governo dell'Unione europea*, in *il Politico*, 2-3/2018 (in corso di stampa), diffusamente.

[3332] C. PINELLI, *Il Parlamento europeo come agenzia di innovazione dell'assetto istituzionale dell'Unione europea. Le strategie per il futuro*, in G. BONVICINI, *Il Parlamento europeo per la nuova Unione,* Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2014, 57 s.

[3333] In tal senso si veda G. RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, traduzione italiana a cura di R. Miccù, Napoli, Guida, 1999, 74 ss.

[3334] Sull'evoluzione dell'assetto istituzionale si rimanda a P. CRAIG, *Institutions, power and institutional Balance*, in P. CRAIG – G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 41 ss.

[3335] O. COSTA, *The President of the European Parliament*, in *Il Filangeri,* 2012-2013, 143 ss.

[3336] Nella dottrina del diritto pubblico si riscontrano tentativi di applicare, sia pure con una certa prudenza, il concetto di forma di governo particolarmente per quanto concerne la struttura istituzionale dell'Unione europea. Si veda C. PINELLI, *Ipotesi sulla forma di governo dell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 315 ss.; A.A. CERVATI, *Elementi di indeterminatezza e conflittualità nella forma di governo europeo*, in *Annuario 1999. La Costituzione europea. Atti del XIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova, Cedam, 2000, 73 ss.; S. MANGIAMELI, *La forma di governo europea*, in G. GUZZETTA (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, Cedam, 2003, 67 ss.; L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa,* in *Diritto pubblico,* 2/3003, 757 ss.; G.G. FLORIDIA, *La forma di governo nel progetto della Convenzione,* in *Democrazia e diritto*, 2/2003, 141; W. VAN GEVEN, *Which form of government for Europe?,* capitolo del più ampio volume dello stesso Autore, *The European Union: a plurality of States and peoples*, Oxford, Hart, 2005, 309 ss.; M. PATRONO, *La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *DPCE*, 4/2008, 45 ss.; P. COSTANZO, *Oscillazioni della "forma di governo" dell'Unione europea nel "*Traité simplifié compliqué*"*, in *DPCE*, 1/2008, 45; G. DE VERGOTTINI, voce *Forma di governo dell'Unione europea*,

ISSN 2279-7238

dottrina costituzionalistica nel contesto teorico dello Stato nazionale, pure tenendo conto che nel tempo sono venute a differenziarsi più "forme" storiche. Per insegnamento comune, tale nozione indica i modi in cui le varie funzioni dello Stato sono distribuite e ordinate tra i diversi organi costituzionali, cui compete la decisione dell'indirizzo politico, e la reciproca posizione in cui gli stessi organi vengono a trovarsi[3337]. Si aggiunga che è ormai definita la classificazione delle forme di governo che si innestano sulla forma di Stato liberaldemocratica, tipica degli Stati del Vecchio Continente. Ciò comporta che ogni forma di governo si specifica nei suoi lineamenti in quanto contrapposta, per differenziazione dialettica, ad altre forme di governo nel contesto degli stessi ordinamenti liberaldemocratici.

Bisogna pure rilevare che una tale applicazione del concetto di forma di governo oltre lo Stato non è condivisa da tutti gli studiosi[3338]. Sia consentito accennare anche al recente diffondersi dell'uso del termine "governance", mutuato nel diritto pubblico dagli studi di diritto commerciale. Si tratta di un'espressione adoperata con molteplici significati[3339]. Problematico può riuscire equiparare tale termine del linguaggio anglosassone alla nozione "forma di governo"[3340]. È pur sempre significativa da rilevare una tendenza di estensione crescente nell'evoluzione ultima degli studi. La stessa espressione appare considerata, da un numero crescente di studiosi, più idonea ad esprimere i vari aspetti delle c.d. "dinamiche" della realtà delle istituzioni europee.

Nel presente contributo si considera la possibilità di utilizzare la concezione di forma di governo per la comprensione del complesso dei rapporti fra le istituzioni comunitarie nel loro insieme. Questa possibilità può riuscire giustificata in ragione del pluralismo

---

Roma, Istituto dell'enciclopedia Treccani, 2009, 319 ss., versione online pubblicata all'indirizzo Internet www.treccani.it; L. MEZZETTI, *Le istituzioni e la forma di governo dell'Unione*, in P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, 180 ss.; F.FABBRINI - E. HIRSCH BALLIN – H. SOMSEN (a cura di), *What form of government for the European Union and eurozone?,* Oxford, Hart, 2015; G. GUZZETTA – F.S. MARINI, *Cenni sulla forma di governo dell'Unione,* capitolo del più ampio manuale *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2017, 389; N. LUPO, *La forma di governo italiana nella forma di governo dell'Unione europea*, cit.

[3337] Per una trattazione rigorosa in proposito vanno ancora tenute presenti le classiche pagine di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* I, Padova, Cedam, 1975, 384 ss. Come è noto, invece, la nozione idealtipica "forma di Stato" attiene alla reciproca posizione degli elementi costitutivi dello Stato (popolo, territorio e sovranità) e riguarda l'insieme dei principi e dei valori cui lo Stato ispira la sua azione. È solo da accennare alla distinzione introdotta dalla dottrina costituzionalistica del secondo dopoguerra tra lo Stato di democrazia liberale e lo Stato socialista. In proposito si veda C. MORTATI*, ult. op. cit.*, 36 ss.

[3338] M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, Giuffré, 2011, 540, nota n. 15.

[3339] Si tratta di un concetto polisemico, impiegato in dottrina anche per definire i rapporti tra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali. In tal senso P. BILANCIA, *Il modello europeo di* multilevel governance, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, Giappichelli, 2016, 1 ss. Della stessa Autrice si veda anche *Governance,* in M. FIORES (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione,* Torino, UTET, 2007, 1.

[3340] In proposito Cesare Pinelli è massimamente critico sull'accezione del termine governance come impiegato dalla Commissione europea nel Libro bianco del 2001, poiché esso legittimerebbe quella "dispersione dei poteri di governo che rappresenta il massimo problema istituzionale dell'Unione", specie dopo la recente crisi dell'Eurozona. Sul punto si veda C. PINELLI, *Il Parlamento europeo come agenzia di innovazione dell'assetto istituzionale dell'Unione europea. Le strategie per il futuro*, cit., 67 s.

ISSN 2279-7238

istituzionale assunto dall'organizzazione dell'Unione considerata come ordinamento unitario. Si tratta di stabilire un assetto tra le stesse istituzioni, tenendo tuttavia conto delle diversità che le istituzioni comunitarie presentano rispetto agli organi "costituzionali" degli Stati.

Per vero, almeno sino ad oggi, l'impiego dell'espressione forma di governo per l'Unione europea può avere significato relativo e anche provvisorio, suscettibile di futuri ripensamenti. Probabilmente tale concetto può riuscire insufficiente a spiegare la realtà istituzionale dell'integrazione europea. Sta di fatto riconoscere l'incertezza in dottrina circa la definizione da accogliere per alcune istituzioni europee e la qualifica della stessa forma di governo dell'Unione, accostata talora a quella parlamentare e pure a quella presidenziale[3341]. Tutto ciò induce anche a ritenere possibile un'ulteriore analisi critica ed eventualmente la rielaborazione di concetti per inquadrare assetti in divenire di sfuggente inquadramento teoretico.

Naturalmente, nelle applicazioni di importanti insegnamenti elaborati nella scienza del diritto costituzionale (interno) all'organizzazione dell'Unione europea occorre procedere con avvertenze[3342]. Sempre vanno tenuti presenti, per quanto possibile, gli elementi di novità e forse anche di originalità dell'assetto istituzionale dell'Unione europea rispetto alle forme di governo degli Stati membri[3343]. Tali forme in genere appaiono stabilite in ragione al principio della separazione dei poteri. Sul punto occorre pure ricordare che lo stesso principio, connaturato con lo Stato di diritto, ha subito evoluzioni notevoli nella realtà politico-istituzionale degli stessi ordinamenti statali. In ogni modo rimane pur sempre da osservare che il principio della separazione dei poteri, per quanto carattere essenziale all'organizzazione degli Stati, non si direbbe sufficiente a spiegare l'assetto istituzionale dell'Unione. Per quest'ultima vi è pur sempre l'insegnamento secondo cui il principio informatore è dato dall'equilibrio delle istituzioni, considerato come di carattere diverso rispetto alla più tradizionale separazione dei poteri[3344]. Di conseguenza si può ritenere che

[3341] Per un'analisi critica sugli elementi dell'attuale forma di governo dell'Unione europea, che richiamano sia la forma di governo parlamentare che quella presidenziale si veda O. COSTA, *Réflexions sur le contrôle de la Commission par le Parlement européen,* Audition publique de la Commission des Affaires Constitutionelles du Parlement européen, Bruxelles, 10 ottobre 2018, 3 s., testo reperibile all'indirizzo Internet https://www.researchgate.net.

[3342] Sulle difficoltà di inquadrare l'Unione europea (che pare rimanere pur sempre "un oggetto misterioso") in rapporto all'impiego di alcune categorie e tecniche proprie del costituzionalismo si veda G. GUZZETTA, *La contaminazione costituzionale del diritto europeo. Interrogativi su un ordinamento in divenire*, Torino, Giappichelli, 2015.

[3343] Nelle comparazioni è necessario accertare quanto vi è di simile e quanto di diverso fra gli oggetti considerati. Tale insegnamento è comune nelle trattazioni di diritto costituzionale comparato. In tema almeno c.f.r. G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 1988, 14 ss; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo,* Torino, Giappichelli, 1994; IDEM, *L'oggetto e il metodo*, in P. CARROZZA – A. DI GIOVANE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 726 ss.

[3344] J.P. JACQUÉ, *The principle of institutional balance*, in *Common market law review*, 2004, 383. L'Autore distingue tra una "dimensione giuridica" del principio di equilibrio, che è stata sviluppata dagli orientamenti della Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Meroni* (Corte di Giust. 13 giugno 1958, *Meroni c. Alta Autorità*, causa C-9/56, in Racc. 1958, 00011) e una "dimensione politica", determinata dalle innovazioni istituzionali introdotte con le revisioni formali dei Trattati e dalla prassi. È da aggiungere che dalla riforma del Trattato di Lisbona sarebbe emersa la tendenza ad una più

ISSN 2279-7238

ogni istituzione dell'Unione sia chiamata ad esercitare le funzioni ad essa specificatamente attribuite dai Trattati, in modo da evitare di frapporre ostacoli al buon funzionamento delle altre istituzioni e all'esercizio, per parte loro, delle proprie attribuzioni. Come letteralmente stabilito dall'art. 13, par. 2 TUE, è prescritto di pervenire a una leale cooperazione tra le stesse istituzioni in modo da garantire anche l'operare di un sistema di *checks and balances*.

2. L'elezione del Presidente della Commissione europea nel Trattato di Lisbona e nella recente esperienza

La procedura per l'elezione del Presidente della Commissione europea, come innovata dal Trattato di Lisbona del 2009, si caratterizza per un certo grado di complessità dato dalla partecipazione del Consiglio europeo, ma anche del Parlamento, che, in origine escluso da tale processo decisionale, ha nel tempo acquisito un ruolo determinante in materia[3345]. In tal modo sono contemperate sia le esigenze dovute alla partecipazione intergovernativa sia le ragioni della legittimazione democratica, espressa con l'elezione diretta del Parlamento europeo, in accordo con l'articolo 10 del Trattato sull'Unione europea, nel quale è stabilito che il funzionamento della stessa Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa.

In termini più specifici, spetta al Parlamento europeo eleggere, a maggioranza dei suoi membri, il Presidente della Commissione europea su proposta del Consiglio europeo, che delibera a maggioranza qualificata, "tenendo conto dei risultati delle elezioni del Parlamento e dopo consultazioni appropriate" (art. 17, par. 7 TUE)[3346]. Al fine di votare sulla proposta

chiara ripartizione dei poteri nella forma di governo dell'Unione europea. Di tale avviso J. ZILLER, *Separation of powers in the European Union's intertwined system of government*, in *Il Politico*, 3/2008, 136 s.

[3345] Nel corso del tempo la procedura di designazione è cambiata profondamente attraverso un costante trend di modifiche introdotte dai Trattati europei: in origine il Presidente della Commissione europea (come l'intera Commissione) era nominato di comune accordo dai soli Governi nazionali (dunque con il potere di veto anche di un solo Stato membro) e in seguito (1976) dai Capi di Stato e di Governo partecipanti al Consiglio europeo, senza il coinvolgimento del Parlamento, che avrebbe iniziato ad avere un suo ruolo a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, anche attraverso il suo voto finale di approvazione dell'intera Commissione. Per un *excursus* ragionato sulle riforme introdotte dai Trattati per la designazione del Presidente della Commissione si veda C. CURTI GIALDINO, *Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla Presidenza della Commissione europea: i primi passi della procedura*, in *federalismi.it*, 2014. Molte sono le critiche al procedimento come stabilito in origine, paragonato al " commercio di cavalli", in cui gli Stati membri trattavano "a porte chiuse" e "al ribasso", scegliendo infine personalità di basso profilo. In tal senso N. PĒNALAVER GARCIA – J. PRIESTLEY (a cura di), *The making of a European President*, London, Palgrave Mac Millan, 2015, 12 ss.

[3346] Analogamente complesso è pure il procedimento di designazione dell'intera Commissione. È il Consiglio europeo che, di comune accordo con il Presidente neoeletto, adotta la lista dei Commissari da proporre al Parlamento, sulla base delle candidature predisposte dagli Stati nel rispetto dei criteri di competenza, impegno europeo e garanzie d'indipendenza richiesti dal Trattato. Segue poi il voto di approvazione parlamentare, cui sono sottoposti collettivamente il Presidente e i Commissari, previe "audizioni" dei candidati di fronte alle Commissioni parlamentari competenti per materia (con l'effetto di determinare il ritiro di una candidatura nel caso in cui essa sia stata oggetto di severe critiche in sede di audizione)[3346]. Ed infine, la Commissione è formalmente nominata dal Consiglio europeo, che delibera a maggioranza qualificata (art. 17, par. 2 TUE).)

ISSN 2279-7238

di candidatura, il Regolamento interno del Parlamento europeo prevede che il Presidente dell'Assemblea inviti il candidato "a fare una dichiarazione e a presentare i suoi orientamenti politici" al Parlamento stesso. Segue poi un dibattito al quale possono partecipare anche i membri del Consiglio europeo (art. 117). È da notare che nel caso in cui il candidato proposto non ottenga la maggioranza, il Consiglio europeo è tenuto a presentare una nuova candidatura (art. 17 par. 1 TUE).

Si aggiunga che tale disciplina è ancora integrata dalle indicazioni di metodo contenute nella Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Lisbona, dove è dichiarata la responsabilità di entrambe le istituzioni circa il buono svolgimento del processo che porta all'elezione del Presidente della Commissione europea. In tal senso è poi specificato che le due istituzioni sono chiamate a svolgere le preventive consultazioni "nel quadro ritenuto più appropriato" circa "il profilo dei candidati alla carica di presidente della Commissione, tenendo conto delle elezioni del Parlamento europeo". È pure indicata la possibilità di precisare "a tempo debito" e "di comune accordo" le modalità da seguire per tali consultazioni. In proposito è dato di notare che al presente non sono stati formalizzati accordi tra le due istituzioni né su questo aspetto né su altri circa la comune scelta della figura di vertice della Commissione. Infine, è da ricordare la necessità di tenere in conto il rispetto della "diversità geografica e demografica dell'Unione e dei suoi Stati membri" anche per l'elezione del Presidente della Commissione europea, come stabilito nella Dichiarazione n. 6[3347].

Con le diverse modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona pare di riconoscere significativo rilievo all'esito delle elezioni del Parlamento europeo, fissando un esplicito legame tra le elezioni di questo organo e la designazione del Presidente della Commissione[3348]. Tuttavia, la formulazione del Trattato pare "ambigua"[3349]. E in effetti, in occasione della prima applicazione della nuova procedura, il Parlamento europeo, quasi forzando la lettera del Trattato attraverso un'interpretazione "estensiva" *rectius* "creativa", è riuscito nel tentativo di consolidare ulteriormente il suo ruolo attraverso la pratica degli *Spitzenkandidaten* ("candidati principali"), che assegna la Presidenza della Commissione al candidato principale del partito politico europeo, che ha ottenuto il maggior numero di seggi al Parlamento[3350]. L'assetto istituzionale dell'Unione lascia spazio a questa possibilità,

[3347] Dichiarazione relativa agli articoli 15, paragrafi 5 e 6, 17, paragrafi 6 e 7, e 18 del Trattato dell'Unione europea.

[3348] Più in generale, i rapporti tra il Parlamento e il Consiglio europeo paiono oscillare verso forme di collaborazione come pure di rivalità, ovvero tra compromessi e scontri. Un recente studio sulle dinamiche interistituzionali tra i due organi è condotto da W. WESSELS – J. MÜLLER GOMEZ – J. WOLTERS, *The European Parliament and the European Council. A shift in the balance of power?,* in O. COSTA, *The European Parliament in times of EU crisis*, New York, Palgrave Macmillan, 2019, 53 ss.

[3349] S.B. HOBOLT, *A vote for the President? The role of* Spitzenkandidaten *in the 2014 European Parliament election*, in *Journal of European public policy*, 21(10)/2014, 1532.

[3350] Nella dottrina viene altresì fatto notare che la scelta del candidato del partito vincente alle elezioni europee come presidente per la Commissione europea trova significativi precedenti nella designazione di Barroso del 2004 e del 2009. Per conseguenza, la pratica degli *Spitzenkandidaten* apparirebbe come una sorta di istituzionalizzazione di una precedente prassi. Cosi M. SHACKLETON, *The Election of the Commission President in 2014: What does it tell us about democracy in the European Union*?, ISL Working Paper, 4/2014, reperibile online all'indirizzo Internet https://bradge.bibsys.no.

ISSN 2279-7238

poiché il mandato della Commissione come del suo Presidente ha una durata di cinque anni e coincide con il mandato del Parlamento (art. 17, par. 2 TUE).

Solo *in limine* sia consentito accennare che si tratta di una convenzione già tipica del diritto costituzionale tedesco, instauratasi per l'elezione del Cancelliere. Sintomatico pare il fatto che l'idea di introdurre tale meccanismo nella forma di governo dell'Unione emerse proprio in Germania, durante il Congresso generale dell'Unione Cristiano Democratica (CDU) del 1997 (e dunque ben prima dell'entrata in vigore il Trattato di Lisbona)[3351]. In tale convenzione del diritto costituzionale tedesco risulta che all'inizio della campagna elettorale per l'elezione del Bundestag, i maggiori partiti indichino il proprio candidato alla Cancelleria (lo *spitzenkandidat* appunto) nel caso di vittoria alle elezioni.[3352] Come stabilito nel Grundgesetz (art. 63), il Cancelliere è eletto dal Bundestag, a maggioranza dei suoi membri, su proposta del Presidente federale[3353]. Il Bundestag di fatto, almeno come è avvenuto sino ad ora, conferma la proposta del Presidente federale, che rispecchia indirettamente il responso del corpo elettorale. Per vero, la proposta del Presidente corrisponde all'intesa raggiunta sul nome di un candidato da parte dei partiti maggiormente rappresentati nella stessa Camera. Si ritiene che tale sistema di designazione abbia ben funzionato sino ad oggi per i caratteri della forma di governo parlamentare tedesca e pure dei partiti presenti nella stessa Repubblica federale[3354].

Al fine di attuare la pratica degli *Spitzenkandidaten* nell'ambito dell'Unione europea, su impulso dell'Europarlamento, i maggiori partiti politici europei avevano designato i rispettivi candidati per la presidenza della Commissione nell'imminenza delle elezioni del 2014[3355]. Generalmente i partiti erano addivenuti alla scelta del loro candidato attraverso

[3351] Va solo aggiunta *in limine* anche l'iniziativa dell'Istituto "Notre Europe", fondato da Jaques Delors, che nel 1998, per la selezione e la nomina del Presidente della Commissione, aveva proposto che i partiti politici europei dichiarassero prima delle elezioni il nome del loro candidato per tale incarico (J. DELORS – NOTRE EUROPE, *From a single currency to the single ballot-box,* reperibile all'indirizzo Internet http://institutdelors.eu). Sulle origini della pratica degli *Spitzenkandidaten* a livello europeo N. PĒNALAVER GARCIA – J. PRIESTLEY (a cura di), *op. cit.*, 38 ss.

[3352] Per approfondimenti sul tema del cancellierato tedesco si veda G. PARODI, *La Germania e l'Austria,* in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, cit., 154.

[3353] Nell'evenienza (ad oggi mai verificatasi) in cui la Camera politica respinga la proposta, ancora nella Legge fondamentale tedesca sono disciplinati più congegni di razionalizzazione, per i quali risultano determinate tre diverse possibilità di soluzione della crisi (art. 64).

[3354] In effetti, nell'ultima evoluzione il leader del partito di "maggioranza relativa" è eletto Cancelliere. Tale trend è stato confermato anche nella recente cronaca costituzionale (tra il settembre 2017 e il marzo 2018) per la rielezione di Angela Mekel. Tuttavia, come è noto, nonostante i partiti dell'Unione (partito cristiano democratico - CDU e partito cristiano sociale - CSU) avessero mantenuto la maggioranza relativa del Bundestag, per la consistente perdita di consensi da parte di quegli stessi partiti e pure per il pessimo risultato del partito socialdemocratico (SPD) era sorta una situazione di grave criticità. Si ebbe così un lungo periodo di consultazioni, caratterizzato da un insolito ruolo "attivo" svolto dal Presidente della Repubblica tedesca, Frank Walter Steinmeier, al fine di evitare un ritorno alle urne. Solo il 14 marzo 2018 si addivenne alla formazione della terza "grande coalizione" alla guida di Angela Merkel. In proposito si veda A. ZEI, *La lunga fase preparatoria nell'ambito del procedimenti di formazione del Governo*, in *Nomos*, 3/2017; S. BOLGHERINI, *Nel segno della discontinuità? La Germania dopo le elezioni federali del 2017*, in *Rivista di politica*, 2/2018, 71 ss.

[3355] Furono i partiti politici europei (e non l'Europarlamento) a designare i c.d. "candidati principali" alla carica di Presidente della Commissione europea. Sottolinea tale aspetto M. INCERTI, *Never Mind the Spitzenkandidaten: it's all*

ISSN 2279-7238

una selezione interna, più o meno complessa, conclusasi con la formalizzazione delle candidature nei Congressi interni svoltisi tra febbraio e marzo 2014. È da notare invece che il Partito dei Verdi europei aveva organizzato consultazioni primarie online, aperte ai cittadini europei[3356].

Per vero, fin dal novembre 2012 l'Europarlamento aveva esortato i partiti politici europei a nominare i candidati principali in congruo anticipo rispetto alle elezioni europee, con l'idea che essi avrebbero dovuto svolgere un ruolo "guida" nell'ambito della campagna elettorale, in particolare presentando il loro programma in tutti gli Stati membri dell'Unione[3357]. Massima importanza era data al rafforzamento della legittimità politica sia del Parlamento che della Commissione, attraverso un collegamento più diretto tra le rispettive elezioni e la scelta dei votanti. Si ricorda che lo stesso anno, durante il suo "Discorso sullo Stato dell'Unione", l'allora Presidente della Commissione José Manuel Durao Barroso aveva già chiesto ai partiti politici europei di indicare i candidati per la sua successione[3358]. L'anno seguente seguì l'invito formale della stessa Commissione, che, con la designazione degli *Spitzenkandidaten*, auspicava il rafforzamento della democrazia nell'elezione del Parlamento[3359].

È da dire che all'epoca ci fu un vivace dibattito interno alle istituzioni europee e pure in dottrina. L'impiego di tale prassi fu considerato un primo passo per superare il deficit democratico a livello europeo[3360]. Nel contempo si sarebbe favorita anche la trasparenza nella procedura di nomina del Presidente, incoraggiando una maggiore affluenza alle urne.

---

about Politics, in *CEPS Commentary*, 6 giugno 2014, pubblicato online all'indirizzo Internet https://www.ceps.eu. In particolare, il tedesco Martin Schulz in rappresentanza dell'Alleanza progressista dei Socialisti e dei Democratici (S&D); il lussemburghese Jean Claude Juncker in rappresentanza del Partito Popolare Europeo (PPE);; il belga Guy Verhofstadt per i liberaldemocratici (ALDE - Gruppo dell'alleanza dei Liberali e dei Democratici per l'Europa); il greco Alexis Tspiras per la sinistra; il "ticket" formato dal francese Josè Bové e dalla tedesca Franziska Keller per i verdi, allo scopo di garantire il principio della parità di genere. Si mosse per primo il Gruppo dell'Alleanza progressista dei Socialisti e dei Democratici, seguito da tutti gli altri partiti europei, ad eccezione dei Conservatori e Riformisti Europei e degli anti-europeisti di Europe for Freedom and Democracy.

[3356] B. MARINO, *Europarties' choices – Who are the candidates for the presidency of the European Commission and how have they been selected?,* in L. DE SIO – V. EMANUELE – N. MAGGINI (a cura di), *The European Parliament elections of 2014*, Roma, CISE, 2014, 43 ss., consultabile *online* sul sito Internet del CISE all'indirizzo https://cise.luiss.it; N. PĒNALAVER GARCIA – J. PRIESTLEY (a cura di), *op. cit.*, 75 ss.

[3357] Si ricorda in particolare la *Risoluzione del Parlamento europeo sulle elezioni del Parlamento europeo nel 2014*, 22 novembre 2012**, doc.** 2012/2829(RSP), cui fece seguito la *Risoluzione del Parlamento europeo sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014*, 4 luglio 2013, doc. 2013/2102 (INI).

[3358] J.M. DURÃO BARROSO, *Stato dell'Unione 2012*, 12 settembre 2012, pubblicato sul sito Internet https://www.consilium.europa.eu/it/, alla voce "Discorsi sullo Stato dell'Unione"

[3359] *Raccomandazione della Commissione sul rafforzare l'efficienza e la democrazia nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo*, 12 marzo 2013, doc. (2013/142/UE) e *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Prepararsi alle elezioni europee 2014: rafforzare la democrazia e l'efficienza"*, 12 marzo 2013, doc. 2013/142/UE.

[3360] Tra i molti, si soffermano su questo aspetto M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in forum *Quaderni costituzionali*, 25 luglio 2014, pubblicato sul sito Internet www.forumcostituzionale.it; S. B. HOBOLT, *A vote for the President? The role of* Spitzenkandidaten *in the 2014 European Parliament election*, cit, 1529 ss.

ISSN 2279-7238

Il Parlamento si fece promotore dello slogan "Questa volta è diverso" poiché "le regole del gioco sono cambiate", allo scopo di evidenziare un nuovo presunto ruolo decisionale degli elettori, che, votando alle elezioni europee, avrebbero non solo eletto il nuovo Parlamento europeo ma anche designato indirettamente il Presidente della Commissione [3361]. Si aggiunga che in tale scelta pareva insita l'intenzione di superare l'opinione diffusa tra i cittadini europei che le elezioni europee siano elezioni di second'ordine rispetto a quelle nazionali[3362]. In dottrina è comune l'opinione che le elezioni europee siano una sorta di test o di "midterm elections" in rapporto alle elezioni nazionali dei Paesi membri, quasi un referendum sull'azione dei Governi nazionali, con una particolare predominanza delle problematiche interne e nazionali su quelle europee. Vi è addirittura il caso emblematico di alcuni partiti che non avevano menzionato la loro affiliazione europea durante la passata campagna elettorale. In raffronto a queste importanti aspettative, i dati sull'affluenza alle elezioni del maggio 2014 furono abbastanza deludenti: solo il 42,5 degli aventi diritto al voto aveva partecipato alle elezioni e solo l'8% dei votanti aveva indicato il nome dello *spitzenkandidat* vincente [3363].

In ogni modo, più che nel voto significato particolare è da discernere nel reale cambiamento della procedura, ora "a porte aperte", di designazione del candidato[3364]. In effetti, in ossequio alla pratica degli *Spitzenkandidaten*, i più importanti gruppi politici europei supportarono Jean Claude Junker, lo *spitzenkandidat* del Partito popolare europeo che appunto aveva ottenuto più seggi al Parlamento, nel tentativo di aggregare intorno a sé una maggioranza parlamentare. In seguito, lo stesso Junker fu proposto dal Consiglio europeo quale candidato alla Presidenza della Commissione[3365]. Tale proposta fu deliberata con il

[3361] PARLAMENTO EUROPEO, *Il potere di decidere il futuro dell'Europa*, 10 settembre 2013, reperibile in "attualità" all'indirizzo Internet www.europarl.europa.eu.

[3362] In tal senso si veda J. MÜLLER GOMEZ - W. WESSELS, *The Spitzenkandidaten procedure: reflection on the future of an electoral experiment*, in *IAI*, marzo 2016. Per approfondimenti sulle elezioni europee come "elezioni di secondo grado" rispetto a quelle nazionali c.f.r. K. REIF – H. SCHMITT, *Nine second-order national elections: A conceptual framework for the analysis of the European elections results*, in *European journal of political research*, 8/1980, 3 ss; S. HIX – M. MARSH, *Second-order effects plus pan-European political swings: an analysis of the European Parliament elections across time*, in *Electoral studies*, 30(1)/2011, 4 ss.; D. SCHLEICHER, *What if Europe held an election and no one cared,* in *Harvard international law journal*, 52(1)/2011, 109, spec. 113 ss.

[3363] Si veda *Affluenza alle elezioni europee*, in *Parlamento europeo* www.europarl.europa.eu. Tra i molti che si sono soffermati ad analizzare le ragioni della scarsa partecipazione elettorale anche nel 2014 S. B. HOBOLT, *A vote for the President? The role of* Spitzenkandidaten *in the 2014 European Parliament election*, cit., diffusamente. Più ottimista parte della dottrina, che evidenzia come comunque non vi sia stato un ulteriore calo della partecipazione rispetto alle precedenti elezioni. Si veda M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso,* cit., 4. Su posizioni analoghe in seguito anche la Commissione europea, ad avviso della quale la presenza degli *spirtenkandidaten* avrebbe evitato che si verificasse un ulteriore calo nell'affluenza alle urne rispetto al passato. Si veda *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio: "Un'Europa dei risultati: opzioni istituzionali per rendere più efficace l'azione dell'Unione europea",* 13 febbraio 2018, doc. COM(2018) 5 final.

[3364] Di questo parere R. BALDOLI, S. GRANZLE, M. SHACLETON*, Overthrowing Secrecy. The* Spitzenkandidaten *experiment and a new chance for a European party system* in *CEPS Commentary*, 4 agosto 2014, pubblicato online all'indirizzo Internet https://www.ceps.eu.

[3365] Alle elezioni europee del 2014 il Partito popolare europeo ottenne la maggioranza relativa (29,43% dei voti pari a 221 seggi in Parlamento), seguito dai Socialisti e dai Democratici (25,43% dei suffragi pari a 191 seggi). Il Consiglio europeo del 26-27 giugno 2014, votando a maggioranza qualificata, propose Jean Claude Junker come candidato per la Presidenza della Commissione. In data 15 luglio 2014 seguì l'elezione formale da parte del Parlamento europeo (422 voti a favore, 250 contro e 47 astenuti). Per approfondimenti su quel primo esperimento si vedano S. FABBRINI, *The*

ISSN 2279-7238

voto contrario dei Governi di Regno Unito e Ungheria. In particolare, ci fu una radicale opposizione dell'allora primo ministro inglese David Cameron contro una pratica non negoziata tra le istituzioni europee e neppure ratificata dai Parlamenti nazionali[3366]. Una sorta di "colpo Stato organizzato in pieno giorno"[3367]. Egli ebbe a difendere "il diritto" dei rappresentanti degli Stati europei, eletti democraticamente nei rispettivi Stati membri, di decidere il Presidente della Commissione come "principio fondamentale" dell'Unione europea. In questa prospettiva l'elezione di Jean Claude Junker pareva al Primo Ministro inglese "un passo indietro", che faceva della Commissione europea "una creatura del Parlamento", con il rischio di farne un'istituzione politicizzata e in tal modo comprometterne l'imparzialità e l'indipendenza. Pertanto, l'impiego della nuova pratica degli *Spitzenkandidaten* rappresentava una perdita per tutti che, in violazione dei Trattati, avrebbe messo a repentaglio l'intera Unione[3368].

Tuttavia è dato di notare che il Partito Popolare Europeo, benchè primo partito, non aveva comunque la maggioranza necessaria ad eleggere il Presidente della Commissione (cioè 376 europarlamentari su 751) e dunque Jean Claude Juncker aveva necessariamente condotto trattative con altri partiti politici europei, tra cui socialisti (S&D) e liberali (ALDE), ciascuno con le proprie rivendicazioni. E' evidente che questa ampia compagine a sostegno del Presidente non esprimeva il prevalere di una corrente politica, ma in ogni modo era in armonia con l'esercizio delle prerogative del Parlamento stesso. Inoltre, è da rilevare che in Commissione erano stati eletti anche rappresentanti di partiti che avevano avuto pochi consensi alle elezioni europee, ma avevano basi politiche solide negli Stati nazionali. E pertanto le loro candidature erano state promosse dagli appartenenti ai Governi dei diversi Stati rappresentati in Consiglio europeo [3369]. Tale elemento sembra propendere per considerare la Commissione europea qualcosa di paragonabile a una "grande coalizione", pure se ancora lontana dal rapporto classico tra maggioranza e opposizione, tipico dei governi parlamentari.

3. I primi effetti sugli equilibri istituzionali

Sebbene con l'introduzione della convenzione degli *Spitzenkandidaten* nel procedimento per l'investitura del Presidente della Commissione l'architettura istituzionale dell'Unione

European Union and the Puzzle of Parliamentary Government, in *Journal of European Integration*, 5/2015, 571 ss; B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in forum *Quaderni costituzionali,* 10 ottobre, 2014, pubblicato sul sito Internet www.forumcostituzionale.it

[3366] Si veda D. CAMERON, *Presidency of the Commission*, 13 giugno 2014, pubblicato online all'indirizzo Internet http://www.gov.uk. È anche da notare che conseguente all'opposizione inglese vi fu il fatto che nel 2014 il Regno Unito fu l'unico Stato membro nel quale i candidati alla presidenza della Commissione europea non furono invitati a partecipare a dibatti o incontri conoscitivi con gli elettori.

[3367] N. PĒNALAVER GARCIA – J. PRIESTLEY (a cura di), *op. cit.*, 67.

[3368] *Ibidem.*

[3369] P.D. TORTOLA – L. VAI, *What Government for European Union? Five Themes for Reflection and Action*, in *Documenti IAI*, 15-17/2015, 13.

ISSN 2279-7238

non sia stata modificata, tuttavia l'impiego di tale pratica pare aver già prodotto alcuni effetti sugli equilibri istituzionali e politici della forma di governo. *In primis* è da notare che tale procedura pare rafforzare sia il Parlamento che la Commissione[3370]. Da un lato, il Parlamento europeo è riuscito ad assicurarsi una posizione centrale nell'elezione del Presidente. In ogni modo, si presume che tale rafforzamento possa persistere anche nelle prossime elezioni dei Presidenti della Commissione e, più in generale, anche nella vita politica dell'Unione[3371]. Come è noto, è diffusa l'opinione che si tratti un indirizzo generale stabilizzato[3372]. Da tempo molti ritengono che il Parlamento stia cercando di riequilibrare l'architettura istituzionale dell'UE, con l'accrescimento delle proprie prerogative[3373]. In particolare, per comune opinione si vuole che dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona sia divenuto manifesto il crescere dell'importanza del Parlamento europeo nella formazione del collegio dei Commissari e, in ultimo, nella elezione del Presidente. Inizialmente nei Trattati originari era prevista la censura della Commissione. È seguito il crescente intervento del Parlamento europeo per le nomine dei commissari, per le quali sono ritenute necessarie le c.d. audizioni dei candidati. Infine, si è avuta la partecipazione determinante alla scelta del Presidente della stessa Commissione[3374]. Sintomatica in proposito è da notare l'espressione "parlamentarizzazione" della forma di governo dell'Unione divenuta comune nella dottrina[3375]. Tale processo appare pure come "irreversibile"[3376].

Senza dubbio, indicativo delle ultime tendenze pare l'introduzione della pratica degli *Spitzenkandidaten*. In tal senso è dato di riscontrare una collaborazione "politica" più stretta

---

[3370] Si tratterebbe di un elemento di ambiguità. In tal senso O. COSTA, *Réflexions sur le contrôle de la Commission par le Parlement européen,* cit., 4. Si veda anche P.D. TORTOLA – L. VAI, *What Government for European Union? Five Themes for Reflection and Action*, cit., 4.

[3371] W. WESSELS, *The European Council*, London, Palgrave Macmillan, 2016, 187; S. FABBRINI, *Intergovernmentalism and Its Limits: Assessing the European Union's to the Euro Crisis*, in *Comparative Political Studies*, 9/2013, 1003 ss.

[3372] Sulla vastissima letteratura dottrina che si occupa di studiare l'evoluzione del Parlamento europeo si rimanda alla prima parte del saggio di O. COSTA, *The need for further research on the Europen Parliament*, in O. COSTA, *The European Parliament in times of EU crisis*, cit., 1.

[3373] Il Parlamento europeo è un'istituzione che è molto cambiata nel tempo. Le sue prerogative si sono estese ogniqualvolta sono stati riformati i Trattati e pure per una serie di evoluzioni informali e di "aggiustamenti" istituzionali talvolta imposti dal Parlamento stesso attraverso un'interpretazione estensiva dei suoi poteri. Su tale evoluzione si rimanda a S. ILLARI, *Sulla nozione di forma di governo e l'ordinamento dell'Unione europea*, in *Nomos*, 3/2008, spec. 249 ss. È però dato di notare che a questo punto della sua evoluzione, l'Europarlamento, pur avendo ampliato anche i suoi poteri legislativi e di bilancio, pare presentarsi ancora fondamentalmente come un organo di controllo. In tal senso O. COSTA, *Réflexions sur le contrôle de la Commission par le Parlement européen*, cit., diffusamente.

[3374] Sergio Fabbrini riconosce serie di "ambiguità parlamentari" formalizzate dal Trattato di Lisbona. Si veda S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, cit, 575 ss.

[3375] O. COSTA – O. ROZEMBERG, *Parlementarisme*, in C. BELLOT – P. MAGNETTE, S. SAURIGGER (a cura di), *Science Politique de l'Unione européenne*, Paris, Economica, 2008, 249 ss.; P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in IDEM, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 323 ss.

[3376] Cfr. M. WESTLAKE, *Possible future European union party political systems,* in O. COSTA, *The European Parliament in times of EU crisis,* cit., 321 ss.

ISSN 2279-7238

tra Commissione e Parlamento per una maggiore capacità di quest'ultimo di contribuire alla determinazione dell'azione propria della Commissione[3377]. Si registra così un crescere dell'influenza del Parlamento nel determinare il programma della Commissione, elaborato per ottenere il sostegno dei gruppi parlamentari di maggioranza[3378].

Dall'altro lato, specie in una prospettiva di lungo periodo, anche l'autonomia della Commissione europea nei confronti del Parlamento pare destinata ad accrescere, poiché il suo Presidente può avvalersi anche di una certa legittimità democratica, oltre alla sua legittimità tecnico-giuridica disegnata dai Trattati[3379]. Tale legittimità democratica e lo stretto legame con le forze politiche della maggioranza parlamentare rendono in teoria meno probabili che in passato contrasti tra la Commissione e il Parlamento. Lo stesso Parlamento, stando alle opinioni più diffuse, non sarebbe propenso a colpire con sanzioni la Commissione o a negare il suo sostegno alle iniziative della medesima Commissione. In effetti, guardando all'esperienza della Commissione Junker, il Presidente della Commissione è sembrato più preoccupato delle sue relazioni con il Consiglio europeo che non con il Parlamento[3380].

Il rafforzamento del ruolo del Parlamento nell'elezione del Presidente della Commissione pare avvenuto a discapito del Consiglio europeo, qualificato, a tutti gli effetti, come istituzione dell'Unione in forza del Trattato di Lisbona (art. 15). Di fatto, i leader europei si trovano sostanzialmente a proporre, in modo quasi automatico, il capolista del partito vincente alle elezioni del Parlamento europeo, anche non vi è alcun vincolo giuridico imposto dai Trattati. Ne consegue che sarà necessario attendere l'esito delle prossime elezioni politiche del maggio 2019 per comprendere se il Consiglio europeo vorrà giocare un ruolo più significativo o se addirittura dovrà giocarlo per mancanza di una coalizione parlamentare forte. In ogni modo, più in generale lo stesso Consiglio ha ormai acquisito un ruolo decisivo, se non primario, nella forma di governo dell'Unione europea, dando forma al policy-making dell'Unione; fornendo impulso e linee guida. Il Trattato di Lisbona lo ha formalmente riconosciuto come un organo esecutivo dell'Unione[3381]. All'occorrenza il Consiglio europeo può anche limitare l'agenda della Commissione e intervenire nel processo decisionale del Parlamento europeo[3382]. In particolare, è stato avvertito che in

[3377] Si sofferma particolamente su questo aspetto T. CHRISTIANSEN*, After the* Spitzenkandidaten*: fundamental change in the EU's political system?*, in *West european politics*, 39(5)/2016, 1003 ss.

[3378] O. COSTA, *Réflexions sur le contrôle de la Commission par le Parlament européen*, cit., 4.

[3379] *Ibidem.*

[3380] *Ibidem.*

[3381] In questa prospettiva si potrebbe pensare che nell'Unione europea il Re abbia due teste (il Presidente del Consiglio europeo e quello della Commissione). Di quest'avviso anche S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, in *Journal of European Integration*, cit., 577.

[3382] In tal senso già C. PINELLI, *Il Parlamento europeo come agenzia di innovazione dell'assetto istituzionale dell'Unione europea. Le strategie per il futuro*, in G. BONVICINI, *op. cit*., 56. Tuttavia, più in generale l'Autore illustra la tesi secondo cui il rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo non pare corrispondere al rafforzamento del circuito democratico a scapito di quello intergovernativo. L'impiego della pratica degli *Spitzenkandidaten* rischierebbe addirittura di dare più potere ai Governi nazionali, che potrebbero far uso delle prerogative indicate nel più sopra testo, secondo A. KOCHAROV, *This Time It's Different? Constitutional Complexities of the Spitzenkandidaten Arrangement*, Berlin e-Working Papers on European Law, 95, 2014, 13, reperibile online all'indirizzo Internet https://cadmus.eui.eu.

ISSN 2279-7238

ragione del recente periodo di crisi il Consiglio europeo ha esercitato la propria iniziativa politica a scapito delle altre istituzioni della forma di governo[3383]. Per vero, proprio l'introduzione della pratica degli *Spitzenkandidaten* potrebbe essere vista come espressione di reazione del Parlamento europeo come pure della Commissione all'espansione sinora seguita dal Consiglio europeo[3384].

Infine, è da aggiungere che al presente né la natura del Parlamento né quella della Commissione paiono sostanzialmente cambiate, tuttavia molti studiosi hanno rilevato il rischio di una certa politicizzazione della Commissione come risultato della nuova pratica[3385]. Certamente durante l'attuale presidenza Junker all'interno della Commissione è da notarsi un maggior attivismo[3386]. Ad esempio, vi è stato il tentativo della Commissione di riguadagnare e promuovere la propria posizione fra le istituzioni dell'Unione europea attraverso alcune iniziative di carattere politico. Si pensi al piano per gli investimenti e al meccanismo di riallocazione dei rifugiati. E anche il Presidente sembra avere assunto un più pronunciato ruolo di guida entro la Commissione stessa. Tuttavia, al momento non è chiaro se le iniziative di Junker siano dovute al suo personale impegno o alla nuova base di legittimità della Commissione.

È noto che per la Commissione è richiesta la neutralità tecnocratica. I commissari devono essere personalità di provata competenza ed esercitare le proprie funzioni "in piena indipendenza", sottraendosi ad ogni sollecitazione o istruzione da parte di qualsiasi organo o governo nazionale (art. 17, par. 3 TUE). E dunque la politicizzazione potrebbe mettere a repentaglio l'originale ragione d'essere della Commissione come organo neutrale. Anche questa questione è in divenire[3387]. Tale rischio di politicizzazione pare possibile nel lungo periodo, anche perché un rapporto di genere politico risulta auspicato negli orientamenti sia del Parlamento europeo che della Commissione stessa[3388].

[3383] T. CHRISTIANSEN, *After the* Spitzenkandidaten*: fundamental change in the EU's political system?*, cit., 1001s; S. FABBRINI, *Intergovernmentalism and Its Limits: Assessing the European Union's to the Euro Crisis*, cit., 1003 ss.; G.L. TOSATO, *L'impatto della crisi finanziaria sulle istituzioni dell'Unione*, in Gruppo CSF-IAI, Torino, 4 maggio 2012, in www.astridonline.eu.

[3384] P.D. TORTOLA – L. VAI, *What Government for European Union? Five Themes for Refletion nd Action*, cit., 4.

[3385] Attenti alla perdita della neutralità politica della Commissione come conseguenza della pratica degli *Spitzenkandidaten* A. KOCHAROV, *This Time It's Different? Constitutional Complexities of the Spitzenkandidaten Arrangement*, cit., 1; H. GRABBE – S. LEHNE, *The 2014 European elections, why a partisan Commission president would be bad for the EU*, Centre for European Reform, ottobre 2013, reperibile online all'indirizzo Internet www.cer.org.uk. Più in generale, sui rischi della politicizzazione dell'Unione europea (ma anche sui possibili benefici) si veda S. HIX – S. BARTOLINI, *Politics: the right of the wrong sort of medicine for the EU?,* in *Notre Europe*, 19/2016.

[3386] H. KASSIM, *What's new? A first appraisal of the Junker Commission*, in *European Political Science,* 16/2017, 14 ss.

[3387] Una posizione cauta e moderatamente possibilista sulla eventuale politicizzazione della Commissione europea è quella di J. WEILER, *European Parliament Elections 2014: Europe's fateful choices*, editoriale, in *European Journal of International Law*, 24(3)/2013, 751.

[3388] Si vedano, ad esempio, *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione del trattato di Lisbona per quanto riguarda il Parlamento europeo,* 13 marzo 2014, doc. 2017/C378/25, punto 1; *Decisione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea,* 7 febbraio 2018, doc. 2017/2233(ACI), punto 6.

ISSN 2279-7238

4. Gli sviluppi rilevati in relazione alle prossime elezioni del Parlamento europeo nel maggio 2019

Con l'avvicinarsi delle prossime elezioni del Parlamento europeo, la cui data di svolgimento è stata fissata nel periodo dal 23 al 26 maggio 2019, Parlamento, Commissione e Consiglio europeo hanno espresso il proprio indirizzo a proposito della pratica degli *Spitzenkandidaten*, introdotta di fatto quasi all'ultimo durante la campagna elettorale delle precedenti elezioni del 2014. In proposito è da notare che tutto è avvenuto nell'ambito del più ampio dibattito in corso sul futuro dell'Unione europea, ripreso con più forza dai 27 rappresentati degli Stati membri il 16 settembre 2016, all'indomani dei risultati del referendum elettorale del Regno Unito. In quel frangente fu adottata all'unanimità la c.d. "dichiarazione di Bratislava" con l'adesione al comune impegno di rispondere più adeguatamente alle esigenze dei cittadini europei, producendo risultati tangibili su una serie di priorità fondamentali (migrazioni, sicurezza interna, difesa, sviluppo sociale ed economico, giovani) [3389]. Il processo di riflessione politica è poi proseguito con la "Dichiarazione di Roma" del 25 marzo 2017, che impegna i leader europei nel tentativo di delineare insieme "orientamenti comuni" per gli anni a venire[3390].

Sulla base di questi documenti politici il Consiglio europeo, la Commissione e il Parlamento europeo hanno predisposto attività e iniziative come pure una serie di proposte di riforma. A questo proposito, solo *in limine*, sia consentito segnalare che già 1°º marzo 2017 la Commissione europea, su impulso del suo Presidente Jean Claude Juncker, aveva delineato alcuni percorsi possibili nel "Libro bianco sul futuro dell'Europa"[3391]. Si aggiunga che, in un'ottica di democrazia partecipativa, è ancora in corso la consultazione pubblica *online* dei cittadini europei per individuare preoccupazioni e aspettative sul futuro dell'Unione [3392]. È da osservare che pure il Consiglio europeo, su iniziativa del suo Presidente, il polacco Donald Tusk, dall'ottobre 2017 ha adottato la c.d. "Agenda dei leader", con lo scopo di programmare la discussione dello stesso Consiglio su alcuni grandi temi fino al giugno 2019, definendo le priorità d'azione dell'intera Unione[3393].

[3389] La dichiarazione è reperibile all'indirizzo Internet https://consilium.europa.eu.

[3390] *Ibidem.*

[3391] Il libro può essere scaricato in formato elettronico dal sito istituzionale della Commissione europea.

[3392] Proprio durante il recentissimo Consiglio europeo del 13-14 dicembre 2018 è stato fornito un primo resoconto della suddetta consultazione paneuropea Si veda *Relazione congiunta 14535/18 Consultazione dei cittadini*, reperibile *online* all'indirizzo Internet https://www.consilium.europa.eu. La relazione finale è attesa per il Consiglio europeo del 9 maggio 2019 a Sibiu in Romania, quando i leader europei discuteranno le priorità del prossimo ciclo istituzionale, con l'obiettivo di concordare la prossima agenda strategica 2019-2024, che lo stesso Consiglio europeo dovrebbe approvare il 20-21 giugno 2019.

[3393] Una sintetica cronistoria delle riunioni svoltesi in seno al Consiglio nel quadro dell'Agenda dei leader è consultabile all'Indirizzo Internet https://consilium.europa.eu, voce "Agenda dei leader".

ISSN 2279-7238

Quanto ai profili più propriamente istituzionali del dibattito, è dato di notare l'accentuarsi di una certa dialettica tra le diverse istituzioni, con lo sviluppo di posizioni fortemente differenziate. Di particolare interesse è il tentativo di rendere più efficiente l'Unione europea nel realizzare le sue priorità fondamentali, attuando appieno le potenzialità che caratterizzano in tal senso il Trattato di Lisbona ed evitando, per il momento, le difficoltà e i tempi lunghi che caratterizzano le riforme istituzionali conseguenti a modifiche dei Trattati. È in questo contesto che il Parlamento e la Commissione hanno ribadito il loro convincimento nel migliorare la democrazia dell'Unione e il suo funzionamento, in modo da avvicinare i cittadini alle sue istituzioni, anche attraverso il consolidamento della pratica degli *Spitzenkandidaten*[3394]. In tal senso è stata proposta l'introduzione di alcuni correttivi in grado di rafforzane l'efficacia. Si aggiunga che all'atto di riformare l'accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la Commissione europea, è stata sancita la possibilità che, senza dover prima richiedere un congedo non retribuito, i membri della Commissione possano essere designati dai partiti politici europei come "candidati capolista" per la carica di Presidente della Commissione (oltre che essere candidati al Parlamento), pur con una serie di cautele in ragione del loro incarico di Commissari[3395].

Prima di esaminare nel dettaglio l'orientamento espresso dalle due istituzioni, in vista delle prossime elezioni del Parlamento europeo, è da aggiungere un ulteriore aspetto: l'imminente ritiro del Regno Unito dall'Unione europea, che si dovrebbe completare entro il 29 marzo 2019, ha richiesto un ripensamento circa la ridistribuzione dei 73 seggi spettanti a questo Stato-membro, anche alla luce degli sviluppi demografici degli Stati membri (questione che era apparsa estremamente delicata per addivenire alla decisione sulla composizione del Parlamento europeo nel 2013), allo scopo di attuare meglio il principio della "proporzionalità degressiva" stabilito dai Trattati (art. 14, par. 2 TUE)[3396].

Il 28 giugno 2018, a seguito di una proposta del Parlamento[3397], il Consiglio europeo ha adottato la decisione che stabilisce la nuova composizione del Parlamento europeo con riferimento alla prossima legislatura (2014-2019)[3398]. Il numero dei deputati è stato ridotto

---

[3394] Si vedano, ad esempio, la *Risoluzione del Parlamento europeo sul miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del Trattato di Lisbona*, 16 febbraio 2017, doc. 2014/2249(INI) come pure la *Raccomandazione della Commissione sul rafforzare la natura europea e l'efficienza nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo del 2019,* 14 febbraio 2018, doc. (UE) 2018/234.

[3395] *Accordo tra il Parlamento europeo e la Commissione europea recante modifica dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea,* 7 febbraio 2018, allegato alla *Decisione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea (2017/2233(ACI))* e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 17 febbraio 2018.

[3396] *Decisione del Consiglio europeo che stabilisce la composizione del Parlamento europeo*, 28 giugno 2013, doc. 2013/312/UE.

[3397] *Risoluzione del Parlamento europeo sul progetto di decisione del Consiglio europeo che stabilisce la composizione del Parlamento europeo*, 7 febbraio 2018, doc. 2017/2054(INL) – 2017/0900(NLE).

[3398] *Decisione del Consiglio europeo sul progetto di decisione che stabilisce la composizione del Parlamento europeo*, 28 giugno 2018, doc. (UE) 2018/937. Si vedano anche le *Conclusioni* del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018, pubblicate sul sito Internet www.consilium.europa.eu. Tale decisione è stata adottata mediante l'apposita procedura non legislativa

ISSN 2279-7238

da 751 a 705 e alcuni Stati membri hanno visto aumentare la propria quota[3399]. In particolare, dei 73 seggi rimasti vacanti, 27 sono stati ridistribuiti tra i 14 Stati membri che risultavano inadeguatamente sottorappresentati (tra questi, l'Italia che ne ha ottenuti 3 in più, passando così a 76) mentre i restanti 46 sono stati posti "in riserva" e potranno essere assegnati, in parte o nella loro totalità, agli Stati di nuova adesione o rimanere vacanti.

4.1. L'indirizzo condiviso dal Parlamento europeo e della Commissione a favore del rafforzamento della pratica degli Spitzenkandidaten

Durante la legislatura in corso è da notare la perseveranza del Parlamento europeo nel proposito di consolidare la pratica degli *Spitzenkandidaten* attraverso l'approvazione, a larga maggioranza, di una serie di atti, che, in riferimento a tale pratica, presentano un contenuto pressoché identico[3400]. Il Parlamento si è addirittura spinto fino a proporre di istituzionalizzarla, nell'ambito della riforma sulla legge elettorale dell'Unione europea come proposta nel novembre 2015[3401]. Tuttavia, il Servizio legale del Consiglio ha sollevato alcune obiezioni di natura giuridica in riferimento a questa specifica proposta di riforma, poiché essa limiterebbe le prerogative del Consiglio europeo, modificando l'equilibrio istituzionale fissato nei Trattati[3402].

Significato particolare è da discernere nella recente decisione del 7 febbraio 2018, adottata dal Parlamento europeo allo scopo di addivenire alla revisione dell'accordo interistituzionale tra lo stesso Parlamento e la Commissione[3403]. In tale atto è stato ribadito che per l'organo parlamentare la pratica degli *Spitzenkandidaten* "rispecchia l'equilibrio istituzionale tra il Parlamento e il Consiglio europeo", come previsto dai Trattati, e rappresenta "un ulteriore passo avanti nel rafforzamento della dimensione parlamentare dell'Unione". Per conseguenza, gli stessi Eurodeputati hanno avvertito di essere pronti a

---

prevista dall'art. 14, par. 2, TUE ed è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 2 luglio 2018, entrando direttamente in vigore il giorno seguente.

[3399] La decisione del Consiglio europeo prevede altresì che, nell'ipotesi in cui il Regno Unito rimanga ancora membro dell'Unione all'inizio della prossima legislatura, la composizione del Parlamento europeo sia quella precedentemente fissata per la legislatura 2014-2019, sino a quando il recesso del Regno Unito non sarà divenuto giuridicamente efficace, secondo quanto indicato dall'art. 3, par. 2, c. 1 della stessa decisione.

[3400] Si ricordano in particolare: *Risoluzione del Parlamento europeo sulla riforma della legge elettorale europea*, 11 novembre 2015, doc. 2015/2035(INL); *Risoluzione del Parlamento europeo sul miglioramento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del Trattato di Lisbona*, 16 febbraio 2017, doc. 2014/2249(INI); *Decisione del Parlamento sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea,* 7 febbraio 2018, doc. 2017/2233(ACI).

[3401] Si veda l'art. 3 *septies* della *Proposta di decisione del Consiglio che adotta le disposizioni che modificano l'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto*, allegata alla *Risoluzione del Parlamento europeo sulla riforma della legge elettorale europea* già citata nella precedente nota. La proposta non ha poi avuto seguito da parte del Consiglio europeo. Sulla riforma della legge elettorale si rimanda all'ultimo paragrafo (5.3) del presente lavoro.

[3402] *Parere del Servizio legale del Consiglio europeo sulla proposta del Parlamento europeo per l'adozione della decisione del Consiglio sulla riforma dell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto*, 15 marzo 2016, doc. n. 7038/2016, punti da 24 a 31.

[3403] *Decisione del Parlamento sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea,* cit.

ISSN 2279-7238

respingere qualunque candidato che non sia stato nominato come *spitzenkandidat* nel periodo precedente alle elezioni del Parlamento europeo. Con l'ulteriore avviso che, qualora il Consiglio europeo non aderisse a questa pratica, vi sarebbe il rischio che un candidato proposto possa non disporre di una maggioranza di deputati sufficiente.

Il relatore della risoluzione, il deputato Esteban González Pons ha sottolineato che: "L'UE deve essere più democratica, più trasparente o, semplicemente, non avrà ragione d'essere. Il fatto che i cittadini conoscano i candidati alla Presidenza della Commissione europea prima delle elezioni è un passo importante nella giusta direzione"[3404]. Le affermazioni che precedono paiono aggiungersi a quanto già stato fatto presente dal Presidente del Parlamento europeo Antonio Tajani: "La pratica è un traguardo sulla via di un'Europa più politica e più democratica da cui non si deve tornare indietro. Va mantenuta e migliorata per avvicinare i cittadini alle istituzioni. (…) Il voto con cui i popoli europei scelgono i propri rappresentanti, anche sulla base del candidato indicato a presiedere l'Esecutivo dell'Unione europea, favorisce la partecipazione. Contribuisce, inoltre, a rafforzare il legame di controllo politico tra Parlamento e Commissione proprio di tutte le democrazie"[3405].

Di un certo interesse la posizione di Guy Verhofstadt, deputato dell'ALDE. Da sempre quest'ultimo era stato un attivo sostenitore della pratica degli *Spitzenkandidaten* tanto che nel 2014 fu il capolista (lo *spitzenkandidat*) del suo partito. Di recente però si è espresso in termini più scettici, sottolineando che si tratta di un sistema in cui di fatto sarà la Cancelliera tedesca Angela Merkel a decidere il prossimo Presidente della Commissione europea. Tale osservazione si spiega con il fatto che al momento il Partito popolare europeo sembra avere le maggiori possibilità di scegliere il nuovo Presidente della Commissione, dato che gli ultimi sondaggi lo danno ad oggi come il gruppo parlamentare vincente e dunque che potrà contare su più seggi nel nuovo Parlamento europeo.

In questo contesto, merita un accenno l'accantonamento della questione delle liste transnazionali, che avrebbero permesso a tutti gli elettori europei di votare direttamente per il candidato di un partito politico europeo alla presidenza della Commissione[3406]. È da notare che la maggioranza del Parlamento ha respinto la proposta di riservare alcuni dei 73 seggi rimasti vacanti, a causa del ritiro del Regno Unito, per deputati che rappresentino i collegi elettorali paneuropei, scelti da liste transnazionali[3407]. Va ricordato che tale rifiuto è

[3404] *Elezioni 2019: il sistema degli "Spitzenkandidaten" non può essere revocato*, Comunicato stampa del 7 febbraio 2018, reperibile all'indirizzo Internet http://www.europarl. europa.eu/news/it/ voce "Sala Stampa".

[3405] *Dichiarazione del Presidente del Parlamento europeo, Antonio Tajani, a seguito del voto in plenaria sul processo dello* Spitzenkandidaten, Comunicato stampa del 7 febbraio 2018, reperibile all'indirizzo Internet http://www.europarl. europa.eu/the president/it/, voce "Sala Stampa".

[3406] A favore delle liste transnazionali si erano espressi anche il Presidente francese Emmauel Macron (si veda il *Discorso alla Sorbona,* 26 settembre 2017, pubblicato sulla rivista federalismi.it) e il Presidente della Commissione europea Jean Claude Junker (si veda *Discorso sullo Stato dell'Unione* 2018, pubblicato all'indirizzo Internet www.ec.europa.eu), entrambi sostenitori di una eventuale combinazione delle stesse liste transnazionali con la pratica dei "candidati principali".

[3407] *Risoluzione del Parlamento europeo sulla composizione del Parlamento europeo*, 7 febbraio 2018, doc. 2017/2054(INL) – 2017/0900(NLE). Per approfondimenti L. DI STEFANO, *L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit*, in *Osservatorio costituzionale,* 2/2018.

ISSN 2279-7238

dovuto all'opposizione del Partito popolare europeo, che in ultimo ha tolto il suo appoggio a tale innovazione. Si può dubitare che fosse subentrata una ragione di conservare posizioni di potere, anche contro la possibilità di rendere più democratica la nomina del Presidente della Commissione. Si aggiunga solo *in limine* che nelle conclusioni del Consiglio europeo del giugno 2018, anche i leader degli Stati membri hanno liquidato la questione delle c.d. "liste transnazionali", su cui la maggioranza del Parlamento europeo si era già espressa negativamente. Tale questione è stata rinviata in prospettiva delle elezioni del 2024[3408].

Venendo all'indirizzo espresso dalla Commissione, di particolare interesse pare una comunicazione del 14 febbraio 2018, intitolata "Un'Europa dei risultati: opzioni istituzionali per rendere più efficace l'azione dell'unione europea". Si tratta di un documento con il quale la Commissione ha voluto portare il suo contributo al Consiglio europeo del 23 febbraio 2018 dedicato alle questioni istituzionali, nel tentativo di indicare alcune opzioni che, nel contesto del Trattato di Lisbona, possono rendere più efficace l'azione dell'Unione europea. In tale documento la Commissione valuta molto positivamente l'esperienza del 2014 con i "candidati capolista"[3409]. Più propriamente, ad avviso della Commissione, tale innovazione pare aver rafforzato le relazioni interistituzionali e migliorato l'efficienza delle istituzioni, contribuendo alla definizione di un programma di lavoro comune per il mandato quinquennale.

A tale documento è allegata una raccomandazione sul rafforzamento della dimensione europea e l'efficienza nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo del 2019, che integra la precedente raccomandazione del 2013[3410]. In generale la Commissione si è espressa per una maggiore trasparenza, democrazia e partecipazione dei cittadini alle elezioni europee. Significato proprio è da discernere in una serie di linee guida utili a definire lo svolgimento delle prossime elezioni del Parlamento europeo nel modo più consapevole e democratico possibile. Tra di esse è contemplato il meccanismo degli *Spitzenkandidaten*, che andrebbe proseguito e perfezionato. In tal senso nella suddetta raccomandazione la Commissione sottolinea sia il ruolo dei partiti nazionali che di quelli europei chiamati a sensibilizzare i cittadini sulle questioni in gioco nell'ambito dell'Unione, esortandoli tutti a presentare il proprio candidato entro la fine del 2018, cioè in anticipo rispetto all'inizio della campagna elettorale, e pure il rispettivo programma, preferibilmente entro l'inizio del 2019. Inoltre, i partiti politici europei e a quelli nazionali collegati sono incoraggiati a selezionare i propri candidati "in modo aperto, inclusivo e trasparente"[3411]. Ai partiti nazionali spetta anche il compito di rendere immediatamente noto se e con quale partito politico europeo sono affiliati, attraverso l'indicazione del logo del partito europeo stesso. Ancora risulta che ai partiti politici europei è poi rivolto l'invito a rendere noto, prima dell'inizio della

[3408] Si vedano le *Conclusioni* del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018, pubblicate sul sito Internet https://www.consilium.europa.eu.

[3409] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio: "Un'Europa dei risultati: opzioni istituzionali per rendere più efficace l'azione dell'Unione europea",* cit.

[3410] *Raccomandazione della Commissione sul rafforzare la natura europea e l'efficienza nello svolgimento delle elezioni del Parlamento europeo del 2019,* 14 febbraio 2018, doc. (UE) 2018/234.

[3411] Punto 2.

ISSN 2279-7238

campagna elettorale, e di preferenza al momento di annunciare i loro candidati alla carica di presidente della commissione, a quale gruppo del Parlamento europeo intendono aderire o quale intendono fondare nella prossima legislatura[3412].

Infine, la Commissione evidenzia l'importanza che i partiti politici nazionali assicurino agli elettori, specie attraverso i mezzi comunicazione, l'informazione politica sul collegamento tra di essi e i partiti politici europei, anche in merito al candidato alla presidenza della Commissione europea da loro appoggiato e al relativo programma. Sostenere il dibattito europeo attraverso una maggiore attività delle emittenti radio e televisive nazionali pare una priorità utile ad evitare la scarsa partecipazione e la bassa copertura mediatica registrata nelle precedenti elezioni del 2014[3413].

È da notare che già in precedenza la Commissione *rectius* il suo Presidente era andato anche oltre l'impiego della pratica degli *Spitzenkandidaten*, facendosi promotore di una riforma più audace dell'assetto istituzionale, volta a evitare l'eventuale "stallo" nel processo decisionale in caso di posizioni divergenti tra la Commissione e il Consiglio europeo. Nel suo discorso sullo Stato dell'Unione 2017, il Presidente Junker aveva proposto la figura di un Presidente unico con il doppio mandato per la Commissione e il Consiglio[3414]. Come è noto, tale unificazione delle cariche potrebbe essere conseguita senza modificare il Trattato sull'Unione europea [3415]. Tuttavia, la stessa proposta non ha incontrato il consenso del Consiglio europeo, probabilmente per l'evidente diminuzione di potere a scapito degli Stati membri[3416].

4.2. Rilievi critici di principio espressi dal Consiglio europeo a tutela delle sue prerogative istituzionali

Il 23 febbraio 2017 il Consiglio europeo si è riunito informalmente a Bruxelles per affrontare alcune questioni istituzionali di rilevo, come previsto dal fitto calendario dei lavori dell'Agenda dei leader. Particolare importanza ha assunto la discussione circa la designazione del Presidente della Commissione europea, compresa la questione degli *Spitzenkandidaten*. In proposito, i leader dell'Unione europea hanno dichiarato che non si sarebbero sentiti più vincolati a tale pratica, nel momento di indicare una candidatura alla presidenza della Commissione, essendo disposti a considerare tutti gli *spitzenkandidaten* (e non solo il candidato della formazione di maggioranza relativa all'Europarlamento) e pure

[3412] Punto 3.

[3413] Punto 4.

[3414] Pubblicato all'indirizzo Internet www.ec.europa.eu.

[3415] Si veda C. JUNKER, *Stato dell'Unione 2017*, pubblicato sul sito Internet https://www.consilium.europa.eu. Come ribadisce lo stesso Junker, per la carica di Presidente del Consiglio europeo il Trattato sull'Unione europea prevede solo l'incompatibilità con il mandato nazionale (art. 15, par. 6 TUE). Ai sensi dello stesso Trattato, il Presidente del Consiglio europeo è eletto dal Consiglio europeo a maggioranza qualificata per un mandato di due anni e mezzo rinnovabile una volta (art. 15, par. 5 TUE).

[3416] Si vedano le *Conclusioni* del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018, pubblicate sul sito Internet https://www.consilium.europa.eu.

ISSN 2279-7238

altri possibili candidati. Nello specifico, il Presidente "pro tempore" del Consiglio europeo, il polacco Donald Tusk, ha espressamente rigettato quella sorta di preteso automatismo fra il candidato indicato dai gruppi parlamentari e quello proposto dal Consiglio europeo, affermando che "i Trattati sono molto chiari sul fatto che è autonoma competenza del Consiglio europeo di esprimere un candidato alla presidenza, dopo aver tenuto conto del risultato delle elezioni e dopo le necessarie consultazioni"[3417]. Si aggiunga che secondo l'opinione del Presidente Tusk il criterio degli *Spitzenkandidaten* "non è un metodo più democratico rispetto a quello stabilito nel testo dei Trattati" (dove è previsto che "il presidente della Commissione europea debba essere proposto dai leader democraticamente eletti degli Stati membri ed eletto dai membri democraticamente eletti del Parlamento europeo. Ciò costituisce la doppia legittimità democratica del presidente della Commissione")[3418].

Per vero, i leader degli Stati non hanno escluso a priori che uno *spitzenkandidat* possa essere eletto Presidente della Commissione. Tuttavia, si tratterà di una scelta discrezionale del Consiglio europeo.

A margine dello stesso Consiglio di febbraio, la Cancelliera tedesca Angela Merkel ha detto di aspettarsi che il Consiglio segua la pratica degli *Spitzenkandidaten*, anche se non vi è un obbligo in tal senso, poiché di fatto i partiti sono ormai conformati a quest'impostazione. In ogni modo il Consiglio si è espresso nel senso di un non automatismo nella scelta del candidato da proporre al Parlamento europeo. E in effetti è anche da considerare che lo *spitzenkandidat* uscito vincente dalle elezioni parlamentari potrebbe non riuscire a ottenere i voti della maggioranza assoluta degli europarlamentari, come richiesto dai Trattati e come avvenuto nel 2014 con l'elezione di Junker, sostenuto non solo dalla coalizione vincente ma anche da altre forze politiche. Ciò potrebbe verificarsi in ragione di maggioranze deboli all'interno del nuovo Parlamento europeo. Al presente non è dato di prevedere quali saranno le coalizioni e da chi saranno formate. Quindi non vi è modo di prevedere se ci sarà un candidato più forte. Bisognerà aspettare il formarsi di maggioranze in seno al Parlamento.

4.3. Aspetti problematici di particolare rilevanza da tenere in considerazione

In conclusione, occorre aggiungere qualche osservazione pure sommaria circa alcuni dati di fatto ed alcuni svolgimenti, che per vero paiono poter essere determinanti in riferimento alle prossime elezioni del Parlamento europeo con effetti sul meccanismo degli *Spitzenkandidaten*, che risulta confermata solo da una pratica non tanto consolidata nel

[3417] *Osservazioni del Presidente Donald Tusk a seguito della riunione informale dei 27 capi di Stato o di governo del 23 febbraio 2018*, comunicato stampa pubblicato online all'indirizzo www.consilium.europa.eu/it/meeting/european-council/2018/02/23.

[3418] *Ibidem*.

ISSN 2279-7238

tempo. Le elezioni del 2019 potrebbero rappresentare un momento "cruciale" nel prosieguo del tempo.

a) In primo luogo, un elemento di forte criticità è dato dall'assenza di un vero e proprio sistema di partiti a livello europeo in grado di contribuire "a formare una coscienza politica europea e a esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione", come sancito dall'art. 10, par. 4 del TUE[3419]. Tale limite della democrazia rappresentativa europea appare piuttosto difficile da eliminare, anche se è dato di notare qualche novità. A chiarimento, in proposito è da aggiungere che il 3 maggio 2018 è entrato in vigore il nuovo regolamento sul finanziamento pubblico dei partiti e delle fondazioni politiche europee, con nuove procedure per la loro costituzione, al fine di rispondere alle ricorrenti critiche di assenza di trasparenza e di deficit democratico [3420]. Inoltre, la stessa pratica degli *Spitzenkandidaten* pare aver influito positivamente, cominciando ad attivare un processo di selezione politica dei candidati per la Presidenza della Commissione da parte dei partiti politici europei[3421].

b) Tuttavia, è anche da notare che il procedimento elettorale per l'elezione del Parlamento europeo è rimesso agli Stati membri, non essendo ancora stata introdotta una legge elettorale uniforme. Il diritto dell'Unione europea si limita piuttosto a stabilire alcuni principi comuni sulla durata del mandato, lo *status,* le incompatibilità e la verifica dei poteri dell'eurodeputato. La puntuale disciplina del sistema elettorale di tipo proporzionale, con la possibilità di fissare una soglia minima per l'attribuzione dei seggi (non superiore al 5% dei suffragi espressi) è di competenza delle norme elettorali nazionali che disciplinano anche tutto il resto, differendo in modo talvolta significativo da Stato membro a Stato membro. Ne consegue che anche le prossime elezioni europee resteranno essenzialmente 27 elezioni nazionali da svolgersi su più giorni. In questo contesto, molto dipenderà da come si muoveranno i partiti politici nazionali nei singoli Stati.

Per vero, è da notare che il 13 luglio 2018 il Consiglio dell'Unione europea ha modificato l'Atto relativo all'elezione dei membri del parlamento europeo a suffragio universale diretto, che appunto contiene i principi comuni in materia elettorale[3422].

[3419] In tal senso L. BARDI - E. CALOSSI, *Verso uno spazio politico europeo? La questione democratica a livello dell'Unione,* in G. BONVICINI, *op. cit.,* 79 ss.; E. CALOSSI, *Towards European Electoral and Party Systems,* in IAI Working Papers 15/47, Dicembre 2015.

[3420] *Regolamento (UE, Euratom)* 2018/673 *del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE-EURATOM) n. 1141/2014 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee*, 3 maggio 2018.

[3421] Il sistema partitico pare essere un problema per gli *Spitzenkandidaten* ma nel contempo gli stessi *Spitzenkndidaten* potrebbero esserne la soluzione. Di questa opinione M. WESTLAKE*, Possible future European union party political systems,* in O. COSTA*, The European Parliament in times of EU crisis,* cit., 321 ss. Sul ruolo primario, che si ritiene assunto dai partiti politici europei all'interno del circuito istituzionale rappresentativo dell'Unione con l'introduzione della pratica degli *Spitzenkandidaten* si veda G. CONTI, *L'elezione del Parlamento Europeo del 2014 e il processo di consolidamento dei partiti politici europei*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, 8 ss. Più critico M. R. ALLEGRI, *I partiti politici a livello europeo fra autonomia politica,* in federalismi.it, 22/2013, 32 s.

[3422] *Decisione (UE, Euratom)* 2018/994 *che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 Settembre 1976*, 13 luglio 2018. Si ricorda che tale atto è entrato in vigore il 1 luglio 1979 ed è già stato modificato dalla decisione 2002/772/CE, Euratom

ISSN 2279-7238

È da sottolineare che tale riforma mira a rendere le elezioni europee più democratiche, a) accrescendo la partecipazione dei cittadini alle elezioni europee, 2) favorendo la parità elettorale fra i cittadini dell'Unione e c) migliorando il funzionamento del Parlamento e della forma di governo. Tra le nuove disposizioni (misure contro il c.d. "doppio voto", voto in paesi terzi, metodi di voto diversi e uno sbarramento obbligatorio) si segnala la facoltà per gli Stati membri di consentire, l'apposizione sulle schede elettorali, del nome o del logo del partito politico europeo al quale è affiliato il partito politico nazionale o il singolo candidato (nuovo art. 3 ter), "permettendo anche il voto anticipato, per posta o per via elettronica, nel rispetto delle informazioni personali e della segretezza della preferenza espressa" (nuovo art. 4 bis). Tale modalità pare intesa ad accrescere la visibilità dei partiti europei negli Stati membri[3423]. Vi è da dire che in realtà, nella sua proposta di riforma, il Parlamento aveva osato ben di più, arrivando ad istituzionalizzare la pratica degli *Spitzenkandidaten* con diversi correttivi[3424].

c) In ogni modo, in attesa che le innovazioni legislative possano fare il loro corso, è da notare che le attuali strutture partitiche europee rappresentano un grosso ostacolo specie in riferimento allo scopo di fornire all'elettorato una reale scelta del Presidente della Commissione e favorire meccanismi di responsabilità di quest'ultimo nei confronti dell'elettorato che lo ha eletto. Al presente la composizione dei gruppi parlamentari non consegue del risultato elettorale ma risulta dalla conclusione di negoziati fra i partiti nazionali [3425]. È vero che attraverso la pratica degli *Spitzenkandidaten* l'elezione del Presidente della Commissione avviene sulla base del risultato elettorale, ma per un tale elemento di maggiore democraticità non si è comunque avuto un aumento di responsabilità del Presidente della Commissione, di fronte ai cittadini europei. Certamente una tale responsabilità sarebbe garantita dall'elezione diretta da parte dei cittadini per via di modifica dei Trattati. Vi è però il conseguente rischio che la Commissione verrebbe ulteriormente politicizzata. Tuttavia, non è da escludere che in una tale ipotesi i compiti per i quali la neutralità

del Consiglio del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002. Questa recentissima riforma è stata adottata sulla base dell'articolo 223, par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), che attribuisce al Parlamento l'iniziativa legislativa speciale per permettere l'elezione dei propri membri a suffragio universale diretto. La disciplina deve essere elaborata dal Consiglio, che delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento. La riforma è ora soggetta all'approvazione degli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali ed entrerà in vigore il primo giorno dopo la ricezione dell'ultima notifica. L'attuazione è prevista al più tardi entro le elezioni europee del 2024.

[3423] Per approfondimenti si veda R. HRBEK, *The arduous way towards a uniform electoral system for EP*, in O. COSTA, *The European Parliament in times of EU crisis*, cit., 255 ss.

[3424] *Risoluzione del Parlamento europeo sulla riforma della legge elettorale dell'Unione europea*, 11 novembre 2015, doc. 2015/2035(ILN). Il Parlamento europeo aveva adottato la proposta sin dal novembre 2015 in modo che le nuove disposizioni potessero entrare in vigore già per elezioni europee del 2019. Al presente tale ipotesi pare improbabile, dato che al dicembre 2018 solo Danimarca, Grecia, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca e Ungheria avevano espletato le procedure necessarie relative all'approvazione della suddetta decisione di riforma, con seguente notifica al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea.

[3425] G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, UTET, 2008, 611.

ISSN 2279-7238

politica è di grande importanza possano essere affidati ad altri organismi o agenzie indipendenti.

d) Pare poi dato di ritenere che la stessa pratica degli *Spitzenkandidaten* avrebbe potuto essere corretta in senso positivo per opera degli stessi partiti politici europei, anche per mezzo della sola modifica dei loro statuti utile ad introdurre meccanismi di primarie in tutti gli Stati membri. Sebbene questo non sia avvenuto e non vi siano state drastiche innovazioni nella procedura di nomina rispetto al 2014, è dato di notare che perlomeno molti di tali partiti si siano mossi per tempo, provvedendo alla designazione degli *Spitzenkanditen*, entro la fine del 2018[3426]. Nello specifico, in data 8 novembre 2018 Manfred Weber, attuale presidente del gruppo parlamentare europeo del Partito popolare europeo, è stato eletto al Congresso del partito a Helsinky, dove ha ottenuto più voti rispetto all'altro candidato (il finladese Alexander Stubb)[3427]. Sia consentito ricordare che si tratta di un convinto sostenitore delle più rigide politiche d'austerità imposte all'Eurozona durante la crisi tra il 2010 e il 2014. Proprio in ragione di tale orientamento, potrebbe essere difficile che la sua candidatura possa essere sostenuta da alcuni Stati membri del Consiglio europeo come Spagna, Portagallo, Grecia e Italia. Il 24 novembre il Consiglio del Partito dei verdi ha candidato la tedesca co-presidente Franciska Keller e l'eurodeputato olandese Bas Eickout. Di rilevo è la contestuale presentazione del "Manifesto dei Verdi europei", strutturato su dodici priorità, tra le quali gli Stati federali europei, l'unione bancaria, una politica sociale europea a tutela del lavoro[3428]. L'olandese Frans Timmermans è il candidato del Partito socialista europeo[3429]. Attuale vicepresidente della Commissione europea e Commissario europeo per la migliore legislazione, le relazioni interistituzionali, lo stato di diritto e la carta dei diritti fondamentali, il suo partito ne ha ufficializzato la candidatura nel congresso di Lisbona del 6-7 dicembre 2018, essendo rimasto l'unico candidato in competizione[3430].

[3426] Le notizie su tali designazioni sono tratte da fonti giornalistiche dei principali quotidiani italiani e stranieri come pure da alcuni giornali online specializzati sui temi europei e reperibili agli indirizzi Internet https://euobserver.com e https://politico.eu.

[3427] È dato di notare che il Partito popolare europeo ha pubblicato online la procedura interna (molto snella) e le tempistiche (6 settembre – 8 novembre 2018) per addivenire alla designazione del proprio *spitzenkandidat*. Si veda *Election of the EPP Candidate for President of the European Commission* all'indirizzo Internet https://www.epp.eu.

[3428] Nel maggio 2018 è stata approvata la procedura interna al Partito europeo dei verdi, con la scelta iniziale di quattro candidati (settembre 2018) e la designazione finale di due *spitzenkandidaten* (24 novembre 2018). Si veda *Procedure for 2019 Green leading candidates* all'indirizzo Internet https://www.europeangreens.eu.

[3429] La procedura per la selezione interna al Partito socialista europeo è stata approvata nel giugno 2018. La selezione dello *spitenkandidat* ha avuto inizio il primo ottobre 2018 e si è conclusa il 1 dicembre 2018. Si veda *Selecting the PES Common Candidate in 2019* all'indirizzo Internet https://www.pes.eu.

[3430] Secondo il nuovo codice di condotta dei membri della Commissione, che è stato riformato nel gennaio 2018 (*Decisione della Commissione sul Codice di condotta dei membri della Commissione europea*, 31 gennaio 2018, doc. C(2018)700 final), i membri della Commissione possono candidarsi alle elezioni del PE senza chiedere un'aspettativa. In tal senso nel febbraio 2017 sono state modificate anche le norme in materia (punto 4) contenute nell'accordo interistituzionale

ISSN 2279-7238

Per quanto riguarda i gruppi euroscettici, l'eurodeputato ceco Jan Zahradil è lo *spitzenkandidat* dei Conservatori e Riformisti europei mentre Matteo Salvini lo è per il gruppo Europa delle Nazioni e delle Libertà. È da notare che i liberali dell'ALDE e il movimento politico del Presidente francese Emmanuel Macron "En Marche", alleati per le prossime elezioni, al momento sono decisi a non procedere alla nomina del loro "candidato guida", confermando il comune orientamento secondo cui l'applicazione della pratica degli *Spitzenkandidaten* non contribuirebbe in alcun modo a rendere l'Unione più democratica[3431]. Non è da escludere che essi sperimentino la presentazione di un team e non un singolo candidato.

e) Dunque, con la designazione del rispettivi candidati alla carica di Presidente della Commissione da parte dei partiti politici europei la pratica degli *Spitzenzenkandidaten* è stata avviata anche per le elezioni europee del 2019 e certamente il Parlamento *rectius* la maggioranza che uscirà dal voto elettorale si impegnerà per costituire una coalizione intorno al vincitore. Tuttavia, notevole pare il fatto che l'eventuale *Spitzenkandidat* dovrà ottenere la maggioranza assoluta del Parlamento europeo per essere eletto Presidente della Commissione (almeno 353 voti favorevoli su 705 componenti). Per voci diffuse si tratterebbe di una maggioranza che difficilmente potrà essere raggiunta dal partito di maggioranza relativa insieme ad una coalizione di altri partiti europei. Se fu difficile l'allargamento della coalizione del Parlamento nel 2014 a sostegno di Junker, si potrebbe anche porre il quesito se tali difficoltà non abbiano ad accrescersi nel 2019.

f) In proposito ancora pare da far seguire qualche parola circa lo stato dei sentimenti pubblici generali delle popolazioni chiamate a partecipare alle prossime elezioni del 2019 per il Parlamento europeo. Da tempo si avverte un senso di apatia e distacco[3432]. Scarso sembra anche il grado di informazione circa le regole del procedimento da seguire. Per quanto risaputo, nelle votazioni del 2014 alla maggior parte dei cittadini europei non era nemmeno nota l'esistenza degli *Spitzenkandidaten* e solo una minoranza li conosceva per nome. Al presente, alquanto diffuso è l'avviso secondo cui si pensa che qualcosa possa mutare per le ultime vicende politiche. Fattore tale da contribuire a smuovere gli animi si ritiene possa essere dato dall'apparizione di partiti dichiaratamente antieuropei, anche avversi alla stessa

tra Parlamento e la Commissione europea (*Decisione del Parlamento europeo sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea,* cit.).

[3431] È comunque da rilevare la pubblicazione online della tempistica per l'elezione di un eventuale candidato dell'ALDE alla carica di Presidente della Commissione, che dovrà concludersi entro la fine del febbraio 2019. Si veda *Toward the 2019 Election* all'indirizzo Internet http://aldeparty.eu.

[3432] Si vedano i dati comparati per anno in *Affluenza alle elezioni europee*, in *Parlamento europeo* www.europarl.europa.eu. Come è stato rilevato da Joseph Weiler, c'è una sorta di "ironic parallel" secondo il quale più aumentano i poteri del Parlamento europeo, più cresce l'indifferenza dei cittadini nei confronti della stessa istituzione. Si veda J.H.H. WEILER, *European parliament elections 2014: Europe's fateful choices*, cit., 747. La questione parrebbe oggi essere quella di far capire ai cittadini europei di essere titolari di sovranità. In tal senso L. BARDI – E. CALOSSI, *Verso uno spazio politico europeo? La questione democratica a livello dell'Unione,* in G. BONVICINI, *op. cit.,* 74 ss.

ISSN 2279-7238

presenza di istituzioni continentali[3433]. Vi è però incertezza sui possibili sviluppi nel futuro. Arduo pare prevedere se, anziché introdurre un nuovo elemento di mobilitazione, dato dalla competizione di partiti, abbia a prevalere un concentrarsi di cittadini europei contrari all'integrazione e anche alle istituzioni sovranazionali. Una previsione siffatta potrebbe essere incoraggiata per quanto avvenuto nelle più recenti elezioni dei Parlamenti nazionali di alcuni Stati membri. È da pensare, altresì, che la crescita dei suffragi a favore di detti partiti antieuropei potrebbe riuscire tale da produrre ostacoli e magari impedimenti alla formazione di maggioranze. In casi siffatti pare darsi motivo a pensare che il Consiglio europeo abbia anche a riacquistare un maggior peso politico, usando pure interpretazioni delle proprie prerogative. Non pare da escludersi una futura tensione istituzionale, posto che il Parlamento europeo potrebbe eventualmente rigettare la proposta del Consiglio europeo, dando motivo di una crisi istituzionale dagli esiti incerti.

g) Oltre ai limiti del sistema partitico europeo e agli esiti incerti delle prossime elezioni, in ultimo vi è da considerare, come questione di "realpolik" a livello europeo, la designazione complessiva comprendente il Presidente della Commissione e un mosaico di nomine alquanto complicato. In effetti, si dovrebbe tener conto di un complesso di designazioni da ripartire tra diversi rappresentanti degli Stati membri, quasi ad attuare una sorta di equilibrio tra gli stessi Stati membri nell'intero assetto istituzionale dell'Unione. In effetti, da maggio 2019 in avanti non si tratterà solo di scegliere il Presidente e i futuri componenti della Commissione europea. In particolare, il Consiglio europeo, con l'accordo del Presidente della Commissione, sarà chiamato a designare, a maggioranza qualificata, anche l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (art. 18, par. 1 TUE), al posto di Federica Mogherini in scadenza al 30 novembre 2019. Inoltre, i leader europei dovranno accordarsi per eleggere, secondo analoghe modalità (art. 15, par. 4 TUE), il Presidente del Consiglio europeo, carica attualmente detenuta dal polacco Donald Tusk, il cui mandato non è più rinnovabile e scadrà il 30 novembre 2019. Infine, si ricorda il rinnovo della carica di Presidente della Banca centrale

[3433] Nel testo si fa riferimento all'ascesa di una tendenza politica, indicata con l'espressione "sovranismo" e propugnata anche da taluni partiti operanti in Europa. Ne deriva una ragione di opposizione sostanziale al trasferimento di poteri e competenze dallo Stato nazionale agli organismi internazionali o sovranazionali, quasi che da un tale trasferimento derivassero minacce all'identità nazionale, ovvero un *vulnus* ai principi della democrazia e della sovranità popolare. Con particolare riguardo all'Unione europea, tale tendenza è espressa da formazioni politiche eterogenee, che manifestano comunque ostilità nei confronti dell'integrazione comunitaria. Sono da rilevare obiezioni severe con il sistema di Schengen e della moneta unica. In argomento si vedano B. WASSEMBERG, *European integration and new anti-europeanism,* in P. MOUREAU – B. WASSEMBERG (a cura di), *European Integration and new anti-europeanism, I,* Stuttgart, Steiner Verlag, 27 ss.; S. MANGIAMELI, *Crisi del costituzionalismo e sovranità in Europa*, in A. CIANCIO, *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2017, 135 ss. Per vero, anche questa più recente ondata di euroscettismo si inserisce in un trend più generale rappresentato da movimenti politici che, in diversi momenti dell'integrazione, hanno espresso forti critiche al processo d'integrazione. Circa l'influenza dell'euroscetticismo sulle elezioni del Parlamento europeo vanno ricordati i diversi contributi raccolti da M. LIBERA – S. SCHIRMANN – B. WASSEMBERG, *Abstensionisme, euroscepticisme et anti-eurpéisme dans les élections européennes de 1979 à nos jours,* Stuttgard, Steiner-Verlag, 2016. Da ultimo, B. WASSEMBERG, *Euroscepticism at EP election in 2014: a reflection of different patterns of opposition to EU?,* in O. COSTA, *The European Parliament in times of EU crisis*, cit., 275 ss.

ISSN 2279-7238

europea (secondo la procedura stabilita nell'art. 283, par. 2 TFUE), poiché il mandato di Mario Draghi scadrà il 31 ottobre 2019. Pare dunque inevitabile che, anche in ragione di siffatta ripartizione di uffici, operi *in primis* la mediazione politica fra i rappresentanti degli Stati membri in seno Consiglio e poi la trattativa tra il Consiglio e il Parlamento per raggiungere equilibri attraverso accordi.

ABSTRACT

For the election of the President for the European Commission an unwritten innovation was noticed from 2014, when the new formal procedure establishing the Lisbon Treaty was also applied for the first time. It is the so called the Spitzenkandidaten practice, whereby European political parties, ahead of the European elections, appoint lead candidates (referred to as Spitzenkandidaten) for the role of Commission President, with the presidency of the Commission then going to the candidate of the political party capable of marshalling sufficient parliamentary support. This practice establishes a direct link between the outcome of the European Parliament elections, and the proposal of the President of the European Commission, with the potential of inserting an additional dose of democratic legitimacy into the European Union. The article deals with the Spitzenkandidaten experiment, which has already produced some effects in relations among the European institutions. Moreover, it focuses on some developments that took place in view of the European Parliament elections in May 2019 and, it highlights some uncertainty factors that could compromise the future application of the same practice.

PAROLE CHIAVE: Spitzenkandidaten, Presidente della Commissione europea, elezioni europee

KEYWORDS: Spitzenkandidaten, European Commission President, European elections

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il progetto di riforme istituzionali del Presidente Macron e il ridimensionamento del ruolo del Parlamento francese *

di Rino Casella**

SOMMARIO: 1. L'annuncio della riforma nella dichiarazione del Presidente Macron di fronte al Parlamento riunito in Congresso il 3 luglio 2017. – 2. Il dibattito sulle riforme istituzionali avviato dalle Camere. – 2.1. Il Rapporto dei *Groupes de travail* istituiti sulla riforma dell'Assemblea nazionale. – 2.2. Il Rapporto Larcher: le proposte del Senato sulla revisione costituzionale. – 3. La presentazione della riforma. – 3.1. Il progetto di legge costituzionale. – 3.2. I progetti di legge organica e ordinaria. – 4. Il Parlamento al centro della riforma. – 4.1. Le modifiche al procedimento legislativo: diritto di emendamento, esame in commissione, *navette* e ordine del giorno parlamentare. – 4.2. Gli interventi sulla struttura delle Camere e la riforma elettorale: riduzione del numero dei parlamentari, limitazione del cumulo dei mandati nel tempo, introduzione di una dose di proporzionale per l'elezione dei deputati, *découpage* delle circoscrizioni elettorali. – 5. L'avvio dell'*iter* di approvazione della riforma costituzionale e la sua duplice sospensione da parte del Governo. 6. La problematica approvazione di una riforma controversa. In guisa di conclusione.

1. L'annuncio della riforma nella dichiarazione del Presidente Macron di fronte al Parlamento riunito in Congresso il 3 luglio 2017

1. Il 3 luglio 2017, il neoeletto Presidente della Repubblica Emmanuel Macron, nel discorso pronunciato di fronte al Parlamento riunito in Congresso, annunciava l'avvio di una nuova stagione di riforme istituzionali per la Francia[3434].

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.
** Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa

[3434] Il discorso tenuto dal Capo dello Stato di fronte alle Camere riunite in Congresso ai sensi dell'art. 18, 2° comma della Costituzione, seguito il giorno successivo dalla dichiarazione del Primo ministro Eduard Philippe all'Assemblea nazionale per il voto di fiducia, è stato il terzo dalla sua introduzione ad opera della riforma costituzionale del 2008, ma il primo ad essere tenuto da un Presidente della Quinta Repubblica eletto da poche settimane. Nel progetto originario di tale revisione la riforma del potere di messaggio veniva abbinata a una più netta definizione dei ruoli svolti dalle due teste dell'Esecutivo al fine di consentire al Presidente della Repubblica di rivolgersi direttamente ai parlamentari in qualità di titolare del potere di «determinare» la politica della Nazione. Sebbene la riscrittura degli artt. 5 e 20 della Costituzione sia stata poi abbandonata, la dichiarazione di fronte al Congresso ha comunque consacrato la presidenzializzazione del regime, consentendo al Capo dello Stato di presentare solennemente il proprio programma (il discorso tenuto da Sarkozy nel 2009, incentrato sugli obiettivi della propria azione politica) o di sottolineare un passaggio fondamentale del quinquennato (la *déclaration* di Hollande nel novembre 2015 incentrata sull'annuncio di una revisione costituzionale volta a far fronte alla drammatica offensiva terroristica in atto). Al riguardo, Macron, decidendo di intervenire ad inizio (e non a metà) mandato e il giorno prima del discorso di politica generale del Primo ministro, manifestava l'intenzione di «riappropriarsi» della riforma del 2008, dando ad essa quella «piena dimensione» in grado di consentirgli di riaffermare la propria *leadership* presidenziale (cfr., N. THIÉBAUT, *La déclaration présidentielle d'Emmanuel Macron devant le Congrès: entre problèmes anciens et nouveaux usages*, in *blog.juspoliticum.com*, 10 juillet 2017, p. 3). Per M. CALAMO SPECCHIA, Una *rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste*, in *DPCE online*, 2018, 1, p. 36, la dichiarazione di Macron di fronte al Parlamento riunito il Congresso è stato un vero e proprio *message inaugural* rivolto a presentare la «filosofia del quinquennato» appena avviato. Sul tema, tra gli altri, si veda, M. AFROUKH, *La portée du nouveau droit à la lumière de la déclaration du*

ISSN 2279-7238

Così, sottolineata la presenza di una «Repubblica forte» solo in presenza di «istituzioni potenti» in grado di recuperare l'*esprit* originario che le aveva fatte nascere nel 1958, il Presidente, richiamando il proprio ruolo di supremo «garante del buon funzionamento dei poteri pubblici», indicava l'«efficacia, la rappresentatività e la responsabilità» come i criteri ispiratori del processo riformatore.

In tale prospettiva, Macron richiamava l'esigenza di intervenire sull'attività delle Camere, al fine di porre termine al fenomeno della «proliferazione legislativa», attraverso il miglioramento dell'efficacia dei lavori parlamentari rispetto alla quantità e alla qualità dei testi adottati e prospettava una ridefinizione del ruolo finora complessivamente svolto del Parlamento in modo che quest'ultimo potesse destinare il tempo risparmiato in sede di attività legislativa al controllo e alla valutazione.

Oltre a ciò, il Presidente della Repubblica, che già durante la campagna elettorale aveva espresso la volontà di accelerare il procedimento legislativo con il costante ricorso alla procedura abbreviata di approvazione delle leggi[3435], proponeva la riduzione dei tempi della

Président de la République au Congrès du 22 juin 2009, in *Revue française de droit constituitionnel*, 87, 3, 2011, pp. 1 ss.; S. LAMOUROUX, *Les messages sous la V^e^ République: une prérogative présidentielle inutile?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 115, 2018, pp. 533 ss..

[3435] Sugli impegni assunti da Macron durante la campagna elettorale del 2017 riguardo la razionalizzazione delle procedure relative all'*iter* legislativo, si rinvia al *Programme de Emmanuel Macron Président*, 2017, p. 27 (su cui, *amplius*, sia consentito rinviare a R. CASELLA e M. MALVICINI, *Francia: le proposte di riforma costituzionale nei programmi dei candidati alle elezioni presidenziali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 6, 2017, pp. 7 ss.). Com'è noto, la «procedura di urgenza», introdotta dal costituente del 1958 come uno strumento del parlamentarismo razionalizzato finalizzato a consentire al Governo di ridurre i tempi della discussione parlamentare attraverso l'abbreviazione della durata della *navette* di un testo tra le due Assemblee (reciproco rinvio in teoria destinato a protrarsi indefinitamente), è stata ribattezzata «procedura accelerata» dalla revisione del 2008 in ragione dell'eliminazione della condizione prevista la sua attivazione (dichiarazione di urgenza). Così, l'art. 45 della Costituzione (e in via complementare gli artt. 102 del Regolamento dell'Assemblea nazionale e 24 *bis* del Regolamento del Senato) prevede che il Primo ministro (o i Presidenti delle due Assemblee) possano provocare la formazione della Commissione mista paritetica incaricata di elaborare un testo comune di compromesso anche dopo una sola lettura da parte di ciascuna Camera (e ciò in deroga alla regola generale, posta dalla stessa disposizione, secondo cui tale convocazione può invece avvenire dopo almeno due letture). Tale procedura viene inoltre a incidere su quella ordinaria disciplinata dall'art. 42, 3° comma, della Costituzione in quanto consente di azzerare i tempi minimi di riflessione tra il deposito del disegno o della proposta di legge e la sua discussione in aula (pari a sei settimane in prima lettura e quattro settimane in seconda lettura) che sono stati introdotti dalla revisione del 2008 al fine di valorizzare il ruolo svolto dalle Commissioni parlamentari. Al riguardo, come sottolinea E. LEMAIRE, *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire*, in *blog.juspoliticum.com*, 5 juillet 2017, p. 2, la procedura accelerata, contrariamente allo spirito generale del novellato art. 45, ma non alla sua lettera (che non pone – come peraltro richiamato dal Consiglio costituzionale nella sentenza n. 2012-649 DC del 15 marzo 2012 – alcun vincolo a carico dell'Esecutivo), è tuttavia «totalmente banalizzata» dalla decisione del Governo di utilizzarla nuovamente per adottare i testi più importanti senza incontrare una reale opposizione parlamentare. In altri termini, dal momento che il ricorso alla procedura di urgenza e poi accelerata, secondo CALAMO SPECCHIA, Una *rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia*, cit., p. 38, «è divenuto nella prassi dell'Esecutivo francese una sorta di rovesciamento della regola dell'organizzazione dei dibattiti parlamentari, che privilegia la celerità ai contenuti della decisione con notevole riduzione della qualità dei testi legislativi adottati» e visto che la riforma del 2008 non è riuscita a «invertire il progressivo trend di esautoramento del dibattito parlamentare», la promessa di Macron di normalizzare la procedura accelerata riguardo l'adozione parlamentare della legge, non segna

ISSN 2279-7238

navette grazie alla possibilità riconosciuta alle Commissioni parlamentari di esprimere «un voto sulle leggi» nei casi «più semplici».

Per Macron, la piena attuazione degli «imperativi di efficacia» attraverso cui doveva essere accresciuta la qualità del lavoro parlamentare comportava la necessità di ridurre di un terzo il numero dei membri di ciascuna Camera, misura giudicata in grado di rendere «più fluida» l'attività delle due Assemblee e di accrescere il numero e la qualità dei collaboratori a disposizione di ciascun deputato e senatore. Questa riduzione del numero dei membri dell'Assemblea nazionale e del Senato, da realizzarsi con modalità tali da assicurare la piena rappresentanza a tutti i territori della Repubblica, doveva combinarsi con una riforma della legge elettorale in senso proporzionale, così da dare espressione a tutte quelle «sensibilità» alla base della «grande diversità francese», nonché con l'introduzione di un limite al numero dei mandati dei parlamentari destinato, contro i rischi di un'autoperpetuazione nella carica, a garantire un corretto rapporto eletti-elettori e il ricambio delle classi politiche.

Secondo il Presidente della Repubblica, il progetto di riforma istituzionale, da sottoporre entro un anno al voto del Parlamento, doveva comprendere anche interventi per dare un nuovo impulso alla deconcentrazione territoriale fondati sulla fiducia e la responsabilità, la modifica del ruolo del *Conseil economique social et environnemental*, la soppressione della *Cour de Justice de la République* e il rafforzamento del *Conseil superieur de la Magistrature*. Tuttavia, nell'ipotesi fosse stato «necessario», il Presidente della Repubblica si riservava di sottoporre la revisione all'approvazione dei cittadini tramite *referendum*, non precisando al riguardo se ai sensi dell'art. 89, 2° comma della Costituzione (dopo l'approvazione di un testo identico ad opera delle Camere e in alternativa al voto dei tre quinti dei parlamentari riuniti in Congresso) oppure sulla base del controverso art. 11 della Costituzione utilizzato solo dal Generale de Gaulle nel 1962 e nel 1969 per eludere la necessità di un voto conforme da parte dell'Assemblea nazionale e del Senato sulle sue proposte di riforma costituzionale.

2. Il dibattito sulle riforme istituzionali avviato dalle Camere

Le difficoltà sottese all'avvio della stagione *macronienne* di rinnovamento istituzionale apparivano da subito evidenti una volta manifestata dai Presidenti dell'Assemblea nazionale e del Senato la volontà di confrontarsi con l'iniziativa dell'Eliseo sulla base di proprie proposte di riforma.

Così, mentre le misure indicate il 13 dicembre 2017 dal Presidente dell'Assemblea nazionale François de Rugy sembravano procedere nella direzione della riforma istituzionale sostenuta dal Capo dello Stato, quelle rese pubbliche il successivo 24 gennaio 2018 dal Presidente del Senato Gérard Larcher risultavano invece in contrasto con i

né una «rottura», né un «rinnovamento», ma solo «una relativa e inquietante continuità» (cfr., LEMAIRE, *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire*, cit., p. 2).

ISSN 2279-7238

principali contenuti del progetto presidenziale, quali la limitazione a tre del numero dei mandati parlamentari consecutivi e la riduzione del numero dei senatori.

Dal momento che leggi di revisione costituzionale e quelle organiche relative al Senato necessitano, ai sensi rispettivamente degli art. 89 e 46 della Carta, del voto di entrambe le Camere sul medesimo testo, la posizione assunta dal Senato rendeva problematica per l'Eliseo l'approvazione del proprio programma riformatore visto che, a differenza dell'Assemblea nazionale (segnata dalla presenza di un'ampia maggioranza di *La République en Marche*), il Palais de Luxembourg risultava controllato da *Les Républicains*, il principale gruppo dell'opposizione, peraltro uscito rafforzato dalle elezioni senatoriali del 24 settembre 2017[3436].

2.1. Il Rapporto dei *Groupes de travail* istituiti sulla riforma dell'Assemblea nazionale

L'iniziativa dell'Assemblea nazionale, lanciata dal Presidente de Rugy già il 2 agosto 2017, ovvero subito dopo la dichiarazione di Macron di fronte al Congresso, e poi avviata il successivo 20 settembre, si contraddistingueva tanto per il metodo di lavoro impiegato che per i contributi offerti al dibattito generale sulle riforme istituzionali.

Il cantiere dei *Groupes de travail* «*Pour une nouvelle Assemblée Nationale. Rendez-vous des réformes 2017-2022*», ideato per assicurare il rinnovamento e il rafforzamento dell'istituzione parlamentare[3437], si fondava infatti sulla costituzione di sette "gruppi di lavoro" (ciascuno dei quali formato da dieci deputati in rappresentanza di tutti i gruppi presenti nell'Assemblea nazionale e presieduto da un esponente di ciascuno di essi), chiamati ad assicurare, in una prospettiva «transpartitica e aperta al grande pubblico»[3438], per ognuna delle grandi aree tematiche su cui erano stati costituiti[3439], un articolato dibattito sulla riforma dell'Assemblea basato su incontri, audizioni e la partecipazione attiva dei cittadini attraverso un'apposita piattaforma digitale appositamente attivata sulla rete. I lavori dei

---

[3436] Cfr., P. PICIACCHIA, *La via francese delle riforme tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Nomos, 3-2017, pp. 4 ss..

[3437] L'obiettivo dell'iniziativa, sottolineato dal Presidente de Rugy, era quello di rendere l'Assemblea nazionale «*più democratica, più efficace e più moderna*», così da affidarla, nel 2022, profondamente «rinnovata» alla successiva legislatura (*cfr.*, M. RESCAN, Le président de l'Assemblée nationale François de Rugy lance sa réforme, in Le Monde, 20 septembre 2017).

[3438] Così E. LEMAIRE, *Les «conférences des réformes» pour une nouvelle assemblée nationale: initiative bienvenue, issue incertaine*, in *blog.juspoliticum.com*, 13 octobre 2017.

[3439] Così, precisamente: statuto dei deputati, condizioni di lavoro all'Assemblea nazionale e statuto degli assistenti parlamentari, procedimento legislativo e diritto delle opposizioni, mezzi per il controllo e la valutazione, sviluppo sostenibile, democrazia digitale e nuove forme di partecipazione dei cittadini, apertura dell'Assemblea alla società e sua influenza scientifica e culturale.

ISSN 2279-7238

gruppi erano poi sfociati, come anticipato, nella presentazione il 13 dicembre 2017 di un Rapporto sulla prima conferenza delle riforme[3440].

Tale Rapporto, articolato in 95 proposte, indicava le linee guida lungo le quali articolare, nel corso dell'intera legislatura 2017-2022, i futuri interventi riformatori: rendere il Parlamento più rapido attraverso l'introduzione di una lettura unica per ciascuna Camera, la possibilità di approvare emendamenti al testo solo in Commissione, la condivisione da parte del Parlamento del programma legislativo presentato dal Governo senza così dover attendere il passaggio dei progetti di legge dal Consiglio dei ministri. Il Rapporto proponeva anche l'aumento del numero delle Commissioni grazie alla soppressione del limite fissato dalla Carta e alla valorizzazione della loro attività nella discussione dei testi, l'attribuzione al Parlamento di una sorta di «potere di ingiunzione» nei confronti del Governo per obbligarlo a rispondere alle proprie raccomandazioni, nonché l'estensione dei poteri riconosciuti alle Commissioni di inchiesta anche su questioni oggetto di indagini giudiziarie.

Infine, il progetto, oltre a indicare la necessità di ridurre il numero dei deputati del 30 % (da 577 a 403) e di assicurare una maggiore rappresentatività dell'Assemblea nazionale attraverso l'elezione di 90 dei suoi membri sulla base di un sistema di tipo proporzionale basato su una lista nazionale, proponeva di introdurre il divieto per i deputati di svolgere più di tre mandati identici e consecutivi e, al fine di rendere più *citoyenne* l'Assemblea, sanciva l'obbligatorietà dell'esame da parte dei deputati delle petizioni dei cittadini e l'iscrizione all'ordine del giorno deli lavori delle iniziative promosse dalla società civile[3441].

2.2. Il Rapporto Larcher: le proposte del Senato sulla revisione costituzionale

Il Rapporto «*Mieux faire la loi, mieux contrôler l'action du Gouvernement, réconcilier les citoyens avec le Parlement. Pour une révision constitutionnelle utile à la France*» presentato, come già evidenziato, il 24 gennaio 2018 dal gruppo di lavoro costituitosi al Senato e diretto dal Presidente Larcher[3442], si articolava in 40 proposte di revisione costituzionale scaturite da una riflessione condotta, lungo quattro direttrici, su cinque distinti ambiti di intervento[3443].

[3440] Il 20 giugno 2018 è stato pubblicato il rapporto sulla seconda conferenza delle riforme scaturito dal proseguimento dell'attività dei gruppi di lavoro anche nel primo semestre del 2018 e dalla riattivazione dello spazio riservato ai contributi inviati dai cittadini attraverso la rete.

[3441] Sul punto, anche PICIACCHIA, *La via francese delle riforme tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., pp. 2 ss..

[3442] **A. LEMARIÉ, *Réforme des institutions: les exigences de Gérard Larcher*, in *Le Monde*, 17 novembre 2017; ID., *Réforme constitutionnelle: Gérard Larcher présente ses conditions*, ivi, 24 janvier 2018.**

[3443] Le direttrici indicate nel Rapporto indicavano la necessità di «assicurare la rappresentanza di tutti i territori della Repubblica nella loro diversità, rinnovare il lavoro del Parlamento al fine di migliorare la qualità della legge e lottare contro l'inflazione normativa, rafforzare l'attività di controllo e di valutazione del Parlamento, adeguare il funzionamento di certe istituzioni e in particolare di quelle giudiziarie». In merito, si veda P. PICIACCHIA, *Sullo sfondo*

ISSN 2279-7238

Così, in relazione al primo di questi ultimi («rafforzamento della fiducia nelle istituzioni»), il Rapporto proponeva, tra l'altro, di modificare la Costituzione al fine di ridurre a 20 il numero massimo dei ministri, garantire il rispetto del criterio della parità di genere nella composizione del Governo ed estendere anche ai membri di quest'ultimo il regime delle incompatibilità previsto per i parlamentari. Come sottolineava lo stesso Larcher nella propria prefazione al progetto, la riduzione del numero dei parlamentari – una condizione comunque non valutata, dal Presidente del Senato, come necessaria al migliore funzionamento della democrazia – richiedeva di salvaguardare la rappresentanza territoriale, non precostituire la quantità dei seggi da sopprimere, mantenere l'attuale equilibrio tra i deputati (62 %) e i senatori (38%) nel numero totale dei parlamentari, nonché prevedere delle garanzie per il periodo transitorio. Il documento, inoltre, considerava l'introduzione del limite al cumulo nel tempo dei mandati parlamentari come una misura in grado di determinare una vera e propria violazione della libertà di scelta degli elettori e di accesso ai mandati elettorali e sottolineava come tale misura, oltre a non essere presente negli ordinamenti della maggior parte delle grandi democrazie, presentasse seri limiti applicativi una volta estesa anche al livello delle consultazioni locali (caratterizzate da un limitato numero di candidature).

In merito al secondo ambito («rinnovamento del procedimento legislativo»), il progetto del Senato richiamava la priorità di costituzionalizzare i principi di accessibilità, chiarezza e necessità delle norme, nonché l'esigenza di assicurare al Parlamento un'informazione «rafforzata» e di razionalizzare il ricorso alle ordinanze. Riguardo il procedimento legislativo, il Rapporto riteneva indispensabile chiarire i presupposti per il ricorso alla procedura accelerata, migliorare la *navette* e ridefinire le garanzie del diritto di emendamento, garantendo da ultimo una più efficace protezione del dominio della legge.

Riguardo il terzo ambito («potenziamento del controllo sull'azione del Governo e della capacità di valutazione delle politiche pubbliche»), tra le proposte avanzate dal Senato rientravano tanto il rafforzamento del controllo delle Camere sul potere di nomina *ex* art. 13 della Costituzione, sugli interventi militari all'estero e sull'esecuzione delle leggi, quanto l'ampliamento del potere di investigazione a disposizione delle Commissioni permanenti.

Infine, il Rapporto inseriva nel quarto ambito di intervento («razionalizzazione dell'agenda parlamentare») le proposte rivolte a modificare le sessioni parlamentari e l'ordine del giorno delle Assemblee, mentre nell'ultimo (relativo alla «modernizzazione delle giurisdizioni») quelle aventi per oggetto la modifica della composizione del Consiglio costituzionale (attraverso la soppressione della presenza degli *ex* Presidenti della Repubblica in qualità di membri di diritto), la riforma del Consiglio superiore della Magistratura e la soppressione della Corte di Giustizia della Repubblica.

3. La presentazione della riforma

del progetto di rilancio dell'UE e della linea in politica estera: le questioni istituzionali (aperte) del quinquennato Macron, in Nomos, 1-2018, p. 9.

ISSN 2279-7238

Il 9 maggio 2018, il Primo ministro Edouard Philippe e il Ministro della Giustizia Nicole Belloubet hanno presentato in Consiglio dei Ministri il progetto di legge di revisione costituzionale *Pour une démocratie plus représentative, plus responsable et plus efficace*, poi completato il successivo 23 maggio da un progetto di legge organica e da un progetto di legge ordinaria ugualmente intitolati. I contenuti della riforma erano già stati anticipati il 4 aprile dal Primo ministro nel corso di un discorso a Matignon e il successivo 6 aprile lo stesso Philippe, a nome del Presidente della Repubblica, aveva adito il Consiglio di Stato per il parere obbligatorio sul progetto di legge di revisione costituzionale (poi espresso in senso positivo il 3 maggio 2018)[3444].

3.1. Il progetto di legge costituzionale

Com'è stato sottolineato nel corso della sua presentazione, il progetto di legge di revisione costituzionale intende «trarre le conseguenze delle evoluzioni che la Francia ha conosciuto a partire dalla revisione del 2008» e quindi riconsiderare le modalità di funzionamento del sistema istituzionale della Quinta Repubblica senza però incidere sul suo equilibrio generale[3445].

In particolare, il progetto interviene di nuovo sulla disciplina relativa al cumulo dei mandati e, alla luce di quanto previsto dalla legge organica del 14 febbraio 2014 a carico dei parlamentari, introduce all'art. 1, attraverso una modifica dell'art. 23 della Costituzione, anche il divieto del cumulo delle funzioni ministeriali con l'esercizio di funzioni esecutive o di Presidenza di assemblea delle collettività territoriali. Oltre a ciò, riguardo la responsabilità penale dei Ministri, il progetto prevede la soppressione della Corte di Giustizia della Repubblica, stabilendo all'art. 13 che gli stessi siano invece giudicati dalla Corte di appello di Parigi per i crimini e i delitti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni.

Il progetto, inoltre, nel rispetto dell'impegno assunto dal Presidente della Repubblica di fronte al Congresso nel discorso del 5 luglio 2017, intende migliorare le condizioni in cui il Parlamento svolge la funzione legislativa e rafforzare le sue capacità di controllo e di valutazione delle politiche pubbliche. Al riguardo, al fine di rendere effettive le disposizioni dell'art. 41 della Costituzione sull'irricevibilità delle proposte di legge o degli emendamenti riguardanti una materia non riservata alla legge o destinati a introdurre nella legge disposizioni di natura regolamentare, nonché per assicurare un dibattito legislativo più approfondito e una migliore qualità dei testi legislativi adottati, il progetto di legge costituzionale all'art. 3 sancisce la sistematica irricevibilità di tutti gli emendamenti (i c.d. "*cavaliers législatifs*"), sia di origine parlamentare che governativa, privi un legame diretto con

[3444] Il Consiglio di Stato, adito dal Primo ministro il 23 aprile 2018 per i pareri sui progetti di legge organica e ordinaria, si era espresso, sempre in senso positivo, il successivo 17 maggio.

[3445] Sul progetto, analiticamente, P. PICIACCHIA, *La riforma costituzionale all'ombra dell'*"affaire Benalla", in Nomos, 2, 2018, pp. 1 ss..

ISSN 2279-7238

il testo in discussione così come affermato da un'ormai lunga e costante giurisprudenza del Consiglio costituzionale avviata dalla sentenza n. 85-191 DC del 10 luglio 1985.

Oltre a ciò, il progetto di legge, nel riconoscere rango costituzionale a una pratica presente al Senato e in parte anche all'Assemblea nazionale, elimina per taluni testi, una volta adottati in Commissione, la possibilità di introdurre emendamenti in aula (art. 4). Nel contempo, riduce a due il numero massimo di letture dei testi in ciascuna Assemblea, prevedendo che nell'ipotesi in cui anche le soluzioni di compromesso proposte dalla Commissione mista paritetica non consentano di raggiungere un'intesa tra le due Camere, il Governo possa richiedere all'Assemblea Nazionale di decidere in via definitiva senza il ricorso, attualmente previsto, ad un'ulteriore lettura (art. 5). Sempre riguardo l'ambito legislativo, per un più efficace utilizzo del tempo parlamentare, il progetto propone di modificare l'art. 48 della Costituzione allo scopo di iscrivere più facilmente all'ordine del giorno i progetti di legge giudicati prioritari dal Governo in campo economico, sociale e ambientale qualora la Conferenza dei Presidenti delle due Assemblee non vi si opponga (art. 8), stabilendo che i testi relativi alla valutazione delle politiche pubbliche possano essere inscritti nell'ordine del giorno durante la settimana dedicata al controllo e alla valutazione (art. 9). Attraverso una modifica dell'art. 34 della Costituzione, viene poi previsto l'inserimento tra le materie riservate alla competenza legislativa del Parlamento delle azioni contro i cambiamenti climatici.

Sulla base dell'esigenza di accelerare i lavori parlamentari, il progetto riduce da 70 a 50 giorni il tempo complessivo a disposizione per l'esame delle leggi finanziarie, ma nel contempo riconosce alle Commissioni la possibilità di ascoltare i Ministri sull'esecuzione dei *budgets* e più in generale sui risultati della propria azione (artt. 6 e 7).

Il progetto, poi, propone una serie di riforme rivolte a incidere su altri profili dell'assetto istituzionale francese.

Così, al fine di assicurare la riforma della giustizia preannunciata dal Presidente della Repubblica, il testo prevede la soppressione dei membri di diritto (gli *ex* Presidenti della Repubblica) del Consiglio costituzionale (art. 10) e, allo scopo di preservare i diritti dell'opposizione nella prospettiva della riduzione del numero dei parlamentari prevista dalla legge organica), riduce da 60 a 40 parlamentari il *quorum* richiesto per la *saisine parlementaire* o provocare un ricorso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea contro un atto legislativo europeo contrario al principio di sussidiarietà *ex* art. 88-6, 2° comma della Costituzione (art. 11). Oltre alla riforma del Consiglio superiore della Magistratura (art. 12), il progetto stabilisce che il Consiglio economico, sociale e dell'ambiente sia sostituito da una *Chambre de la société civile*, composta da esponenti della società civile, chiamata a organizzare consultazioni pubbliche sulle questioni economiche, sociali e dell'ambiente e sulle conseguenze di lungo termine delle decisioni adottate dai poteri pubblici (art. 14).

Il progetto, infine, conformemente all'impegno assunto dal Presidente della Repubblica di ridefinire i rapporti tra lo Stato e le collettività locali, riconosce a queste ultime un "diritto alla differenziazione" inteso come la possibilità di esercitare, in presenza di precise

ISSN 2279-7238

condizioni, delle competenze, in numero limitato, di cui non dispongono nel loro insieme le altre collettività della stessa categoria, nonché di derogare, nell'ipotesi sia stato previsto a livello normativo e dopo un'eventuale fase di sperimentazione, alle disposizioni legislative e regolamentari che riguardano l'esercizio delle loro competenze (art. 15). Oltre ad estendere tale diritto anche alle collettività d'oltremare (art. 17), il progetto di legge riconosce poi lo statuto particolare della Corsica, garantendo così la costituzionalizzazione delle sue specificità (art. 16).

3.2. I progetti di legge organica e ordinaria.

Il progetto di legge organica che accompagna il progetto di legge costituzionale verte sulla riduzione del 30 % del numero dei parlamentari e sulla riforma della legge per l'elezione dei deputati. Così, una volta lasciato inalterato il rapporto tra il numero dei deputati e dei senatori, gli effettivi dell'Assemblea Nazionale passano da 577 a 404 e quelli del Senato da 348 a 244 (art. 1).

Oltre a ciò, il testo introduce il divieto del cumulo di più di tre mandati consecutivi identici per i parlamentari (a partire dal 2022), per i rappresentanti al Parlamento europeo e per talune funzioni esecutive locali (art. 11) e, in raccordo con il progetto di legge ordinaria sulle modalità di elezione dell'Assemblea nazionale e sull'adozione di una quota proporzionale nell'assegnazione dei suoi seggi, adatta le norme del *Code électoral* relative alle condizioni di eleggibilità e di ineleggibilità alla nuova disciplina elettorale (art. 3).

Il progetto, una volta lasciato inalterato il rapporto tra il numero dei deputati e dei senatori, prevede poi, a titolo eccezionale, il rinnovamento integrale del Senato entro il 2021 in modo che la riduzione degli effettivi si applichi in modo simultaneo ai due gruppi di senatori (*série* 1 e 2) attraverso cui avviene, com'è noto, ogni tre anni il rinnovo di metà dell'Assemblea, in modo così da evitare che si presenti uno squilibrio eccessivo tra di essi. Tale data risulta essere la più appropriata per il rinnovo integrale del Senato in quanto il collegio elettorale senatoriale potrà in quel momento costituirsi sulla base dei risultati delle diverse consultazioni locali (rinnovamento generale dei consigli municipali del 2020, elezioni dipartimentali e regionali del marzo 2021). Così, il primo gruppo di senatori eletto nel 2017 vedrà il proprio mandato ridursi di due anni, mentre il secondo eletto nel 2014 aumentare invece di un anno e nel 2021, posto l'obbligo costituzionale di assicurare il rinnovamento parziale dell'Assemblea, gli eletti della *série* 1 rimarranno in carica solo tre anni, quelli della *série* 2 disporranno invece di un mandato normale di sei anni (art. 14).

Come già sottolineato in precedenza, il progetto di legge ordinaria modifica inoltre il sistema elettorale dell'Assemblea nazionale, prevedendo che una parte dei suoi membri, fissata al 15% del totale, venga eletta in modo proporzionale attraverso una lista unica nazionale.

L'elezione così di 61 deputati su 404, da effettuarsi con il metodo della media maggiore a partire da una soglia di sbarramento del 5%, dall'assenza del voto di preferenza e dal divieto

ISSN 2279-7238

delle "doppie candidature", è riconosciuta contestuale al primo turno di voto dello scrutinio maggioritario per gli altri seggi, disponendo infatti ciascun elettore per il proprio voto di due distinte schede, la prima per la circoscrizione, la seconda per la lista nazionale (artt. 1 e 2). Dal momento poi che la riduzione del numero dei parlamentari impone di operare un *découpage* delle circoscrizioni elettorali, il progetto autorizza il Governo a procedere entro 18 mesi a tale operazione tramite ordinanze, rispettando i criteri che il Consiglio costituzionale aveva riconosciuto validi in occasione delle precedente modifiche del 1986 e del 2009, ovvero una ripartizione operata su criteri essenzialmente demografici e il rispetto della continuità territoriale dei collegi, garantendo l'elezione di almeno un deputato e un senatore per dipartimento (art. 6).

Il progetto, inoltre adatta al nuovo sistema elettorale la disciplina delle spese elettorali e sulla propaganda elettorale, garantendo, rispetto a quest'ultima, il rispetto del pluralismo delle opinioni e l'equa partecipazione delle liste dei partiti e dei movimenti politici dotati di un minimo di rappresentatività in quanto capaci di dare sostegno ai candidati nel maggioritario in almeno 44 circoscrizioni (art. 3).

4. Il Parlamento al centro della riforma

La riforma istituzionale avviata dal Presidente Macron, com'è risultato evidente dall'esame dei tre progetti di legge (costituzionale, organica e ordinaria) in cui viene ad articolarsi, appare destinata a incidere su molteplici aspetti dell'ordinamento della Quinta Repubblica in ragione della complessa serie di interventi da essa proposti, in parte già precedentemente previsti nei rapporti elaborati dai comitati e dai gruppi di lavoro istituiti *ad hoc* per formulare proposte di rinnovamento delle istituzioni francesi[3446].

[3446] Così, l'introduzione di una quota dei seggi dell'Assemblea nazionali eletti su base proporzionale era già stata proposta dal *Comité* Balladur, dalla Commissione Jospin e dal *Groupe de travail* Bartolone-Winock, ma solo da quest'ultimo contestualmente a una generale riduzione del numero dei parlamentari. In merito, per il *Comité* Balladur, si veda la proposta n. 62 del rapporto finale (cfr., *Une V^e République plus démocratique, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, Paris, La Documentation française-Fayard, 2007, pp. 69 e 122), incentrata sulla previsione di una rappresentanza proporzionale, intesa come «compensatrice» degli effetti prodotti dallo scrutinio maggioritario a due turni e consistente in una quota di 20-30 seggi da assegnare ai partiti che al primo turno abbiano ottenuto almeno il 5% dei voti. Al riguardo, secondo la Commissione Jospin (cfr., *Pour un renouveau démocratique: rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 38), una parte dei deputati (pari al 10 per cento degli attuali componenti) doveva essere eletta in una circoscrizione nazionale unica e senza alcuna soglia di sbarramento attraverso uno scrutinio proporzionale di lista ad un turno (indipendente da quello maggioritario). Il *Groupe de travail sur l'avenir des institutions*, Bartolone-Winock, con riferimento alla *proposition* n. 9 del rapporto finale *Refaire la démocratie* (cfr., ASSEMBLEE NATIONALE, XIV Législature, *Groupe de travail sur l'avenir des institutions*, *Refaire la démocratie*, Présenté par MM. Claude Bartolone et Michel Winock (Co-Présidents), *Rapport* n. 3100, octobre 2015, Paris, La Documentation française, 2012, p. 57), aveva proposto la riduzione del numero dei deputati a 400 e dei senatori a 200, stabilendo che metà dei deputati dovesse essere eletta su base proporzionale tra i partiti che avessero superato la soglia del 5% dei voi (*proposition* n. 3).
Anche le proposte della soppressione della *Cour de Justice de la République* e della categoria dei membri di diritto (gli *ex* Presidenti della repubblica) del Consiglio costituzionale e del rafforzamento del *Conseil superieur de la magistrature,* sono già state avanzate in passato. Così, al riguardo, la soppressione della *Cour*, com'è noto, competente a giudicare i membri

ISSN 2279-7238

Tuttavia, sono soprattutto la revisione del procedimento legislativo, le modifiche apportate alla struttura delle Assemblee e la riforma elettorale a rappresentare i nodi più importanti dell'intero progetto governativo. Tali misure, infatti, limitano a favore dell'Esecutivo alcune di quelle prerogative che le Camere avevano conquistato grazie alla revisione costituzionale del 2008 e ridimensionano il ruolo e la sfera di autonomia dei parlamentari.

4.1. Le modifiche al procedimento legislativo: diritto di emendamento, esame in commissione, *navette* e ordine del giorno parlamentare

La parte più consistente del progetto di legge costituzionale va a rivisitare alcuni profili del procedimento legislativo con l'obiettivo, indicato dal Governo, del miglioramento della produzione legislativa e dell'incremento dell'efficacia del lavoro delle Assemblee. Le misure prospettate, segnando una riaffermazione della logica istituzionale che ha contraddistinto gli assetti di potere della Quinta Repubblica, operano in realtà, in controtendenza alla revisione del 2008, un ridimensionamento del ruolo svolto dal Parlamento.

Com'è noto, il Parlamento francese, fortemente delimitato nelle proprie prerogative dalle previsioni costituzionali con cui sono state adottate molte delle più efficaci tecniche del parlamentarismo razionalizzato quali, tra le altre, quella della determinazione dell'ordine del giorno (art. 48 della Costituzione), della questione di fiducia (art. 49, 3° comma della Costituzione) o ancora del diritto di emendamento e sul voto bloccato (art. 44 della Costituzione)[3447], ha sempre cercato di reclamare il proprio spazio istituzionale all'interno di un sistema costantemente segnato da una logica maggioritaria e presidenzialista, destinata

del Governo per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, era già compresa tra le risultanze della Commissione *Jospin*, per poi divenire oggetto di uno specifico progetto di legge di revisione costituzionale adottato dal Consiglio dei ministri il 13 marzo 2013, ma non discusso dal Parlamento, assieme ad un altri due progetti di legge di revisione costituzionale relativi alla riforma del *Conseil superieur de la magistrature* (testo poi non presentato, nonostante il voto favorevole di entrambe le Camere, al Congresso per la sua definitiva approvazione) e l'altro avente per oggetto l'abrogazione dell'art. 56, 2° comma della Costituzione in base al quale gli *ex* Presidenti della repubblica sono membri di diritto del Consiglio costituzionale. Anche quest'ultima riforma, richiesta in modo unanime dalla dottrina francese era già stata proposta sia dal *Comité* Vedel (cfr., *Propositions pour une révision de la Constitution*, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, p. 27), dal Comité Balladur, (cfr., *Une V^e^ République plus démocratique*, cit., pp. 90-91) che dalla Commissione Jospin (cfr., *Pour un renouveau démocratique*, cit., p. 102) e dal *Groupe de travail* Bartolone-Winock (cfr., *Refaire la démocratie*, *proposition*, n. 17, pp. 129-130). Sul punto, si veda E. LEMAIRE, *Conseil constitutionnel: la suppression de la categorie des membres de droit, une réforme indispensable, ma insuffisante*, in *blog.juspoliticum.com*, 19 juin 2018. Infine, da sottolineare come il *Groupe de travail sur l'avenir des institutions* Bartolone-Winock avesse sottolineato la necessità, al fine di rinnovare il bicameralismo, di procedere alla fusione del *Conseil Economique Social et Environnemental* con il Senato (cfr., *Refaire la démocratie*, cit., *Proposition*, n. 10, p. 87).

[3447] Sulla debolezza politico-istituzionale del Parlamento francese dopo il 1958, ampiamente riconosciuta dalla dottrina francese, si veda, fra tutti, il classico A. CHANDERNAGOR, *Un Parlament, pour quoi faire?*, Paris, Gallimard, 1967.

ISSN 2279-7238

a imporsi anche dopo ogni esperienza di *cohabitation* come principale fattore di continuità del regime della Quinta Repubblica[3448].

In tale quadro, la riforma costituzionale del 2008, adottata «in una prospettiva evolutiva»[3449] con la finalità di «*revaloriser*»[3450] il Parlamento nel quadro di un generale riequilibrio delle istituzioni della Quinta Repubblica, è stata contraddistinta da una serie di misure rivolte a dare più spazio all'autonomia delle Camere nella procedura legislativa[3451].

Così, pur non rimettendo in discussione la logica alla base delle scelte costituzionali del 1958 e quindi l'efficacia dei meccanismi del parlamentarismo razionalizzato [3452], il costituente del 2008 ha voluto assicurare una diversa gestione del tempo legislativo tra Governo e Assemblee attraverso la razionalizzazione del diritto di emendamento, un nuovo *partage* dell'ordine del giorno, l'introduzione della procedura accelerata e la valorizzazione della discussione in Commissione[3453]. Tali modifiche, come evidenziano i risultati scaturiti dalla loro decennale applicazione sul piano politico-istituzionale, sono state capaci di rafforzare le prerogative del Parlamento, senza tuttavia assicurare un effettivo riequilibrio dei rapporti tra Esecutivo e Legislativo[3454].

[3448] Cfr., J.- P. DEROSIER, *La constance du pouvoir présidentiel de la V^e Rèpublique*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086 (*1958-2018. La V^e République face aux révisions : mutations et permanences*), 2018, pp. 82 ss..

[3449] Così, P. PICIACCHIA, *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, p. 68 che, riguardo il progressivo rafforzamento dell'istituzione parlamentare, richiama le riforme costituzionali adottate in passato (nel 1974 sull'ampliamento della *saisine parlementaire*, nel 1995 sull'istituzione, tra l'altro, della sessione parlamentare unica, nel 1996 sull'introduzione della nuova tipologia di leggi sul finanziamento della previdenza sociale e tra il 1992 e il 2008 sul processo di integrazione europea), i precedenti interventi legislativi di riforma (adozione della LOLF, la legge organica sulla procedura finanziaria) e gli sviluppi della giurisprudenza del Consiglio costituzionale (sempre più orientati nella direzione di un ampliamento delle competenze del Parlamento).

[3450] J. GICQUEL, *La reparlementarisation: une perspective d'évolution*, in *Pouvoirs*, n. 126, 2008, p. 48..

[3451] Sul punto, fra tutti, O. DORD, *Vers un rééquilibre des pouvoirs publics en faveur du Parlement*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, 77, pp. 99 ss..

[3452] Cfr., J.-M. LARRALDE, *La réforme de 2008, une réelle revalorisation du rôle du Parlement?*, in *Cahiers de la recherche sur le droit fondamentaux*, Presse universitaires de Caen, 10, 2012, p. 115; S. CALMES-BRUNET, *Le temps du débat législatif*, ivi, p. 85.

[3453] Così, se il tempo era una delle principali dimensioni del parlamentarismo razionalizzato imposto nel 1958 (cfr., F.-È GODEFROY, in *Revue française de droit constitutionnel*, 116, 2018, pp. 821 ss.), a sua volta, come sottolinea A. LEVADE, *La révision du 23 juillet 2008 – Temps et contretemps*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 78, 2009, p. 300, la «coscienza del tempo». segna anche la revisione del 2008. Per G. BERGOUGNOUS, *Les mutations de l'institution parlementaire*, in B. MATHIEU (a cura di), *1958-2008, cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, p. 274, a cinquant'anni dalla sua fondazione, la Quinta Repubblica conosce «una cattiva organizzazione del lavoro parlamentare» dovuta alla «mancanza di tempo». Proprio sul tempo parlamentare, come «ossessione comune» della maggioranza e dell'opposizione, anche P. AVRIL, *Un nouveau droit parlementaire*, in *Revue du droit public*, 1, 2010, p. 124.

[3454] Per J. GICQUEL, *Propos conclusifs*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 116, 2018, p. 954, è «innegabile» che la riforma abbia rafforzato le prerogative parlamentari, ma queste ultime, nel contesto politico segnato dalla logica maggioritaria, sono state «sminuite». Anche per H. PORTELLI, *Soixante ans de subordination parlementaire*, in *Pouvoirs,* 166, 2018, p. 77, le limitate modifiche costituzionali si scontrano con l'incapacità del Parlamento di sfuggire a una sorta di «subordinazione interiorizzata» indotta dal *fait majoritaire* (quest'ultimo, di fatto, dotato di un vero e proprio «valore sovracostituzionale»). Secondo H. HOURDIN, *La révision cosnstitutionnel du 2008. Un premier bilan*, Fondation pour l'innovation politique, in *fondapol.org*, octobre 2018, p. 19, la riforma non è risultata «all'altezza delle speranze» a causa di alcuni suoi precisi limiti (la valorizzazione del lavoro in commissione che non si è tradotta in un pieno potenziamento

ISSN 2279-7238

Sebbene, com'è riscontrabile in una valutazione comparata, la questione dei tempi del procedimento legislativo sia da sempre al centro di tutte le principali esperienze parlamentari europee[3455] e il ricorso a strumenti, più o meno stringenti, di gestione dei lavori delle Assemblee abbia determinato il ridimensionamento dell'istituzione parlamentare a favore dell'Esecutivo anche in altre democrazie occidentali[3456], è nella realtà politico-costituzionale d'oltralpe che le misure prospettate dalla riforma *macronienne* vengono ad assumere una peculiare valenza.

Se infatti la revisione del 2008, è stata adottata a partire dall'esigenza di un riequilibrio dei rapporti istituzionali tra Esecutivo e Legislativo (soprattutto in una fase di trasformazione del regime causata dall'iperpresidenzialismo praticato da Sarkozy[3457]), invece l'attuale progetto di legge costituzionale procede, all'insegna di una mera razionalizzazione della procedura legislativa[3458], nella direzione opposta, operando un ridimensionamento dell'istituzione parlamentare destinato a riportare la *Cinquième* al proprio assetto originario, segnato dall'assenza di efficaci contrappesi alla supremazia del Capo dello Stato[3459].

---

dell'istituzione parlamentare e nel miglioramento della qualità legislativa, l'eccessivo numero degli emendamenti presentati nel corso della discussione e il mancato rilievo riconosciuto all'*étude d'impact* da allegare a ogni progetto di legge). Per P. TÜRK, *La revalorisation du Parlement: jusqu'ou?*, in *Cahier français*, 397, 2017, p. 17, sebbene l'effetto delle riforme del 2008 sia da qualificarsi come «globalmente positivo», non è comunque possibile «sottostimare i motivi di delusione e il cammino che resta da percorrere».

[3455] Cfr., B. RIDARD, *L'encadrement du temps parlementaire dans la procédure législative. Études comparée: Allemagne, Espagne, France, Royaume-Uni*, Istitut Universitaire Varenne, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2018 che al riguardo identifica due categorie di norme comuni a tali sistemi: quelle «imperative» che impongono ai parlamentari e ai ministri di intervenire in tempi rigorosamente determinati e quelle «dispositive» che li autorizzano ad agire sulla durata della procedura legislativa. Sul punto, sempre in una prospettiva comparata, E. CARTIER e G. TOULEMONDE, *Le Parlement et le temps. Approche comparé*, Istitut Universitaire Varenne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 2017.

[3456] Secondo Y. MÉNY, *La V^e^ République: archaïque ou post-moderne?,* in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086 (*1958-2018. La V^e^ République face aux révisions : mutations et permanences*), 2018, p. 23, a riprova del fatto che «la Quinta Repubblica ha fatto ad alta voce quello che la maggior parte dei sistemi ha messo in opera con più tatto e discrezione» è necessario osservare la realtà politico-istituzionale di due Paesi, l'Italia e la Gran Bretagna, che hanno posto il Parlamento al centro del sistema: nella prima «il grosso della legislazione è di origine governativa», nella seconda «il Parlamento, detronizzato dal *referendum* sulla *Brexit*, è riuscito a reinserirsi nel gioco malgrado l'ostilità del governo solo grazie all'autorità giudiziaria».

[3457] Com'è noto, la revisione del 2008 accoglieva parzialmente le indicazioni del comitato Balladur, costituito dal Presidente Sarkozy per assicurare «una più chiara attribuzione di poteri, strumenti e responsabilità» all'interno del sistema (S. VENTURA*, I poteri del presidente nella V Repubblica. Presidente dei francesi o leader della maggioranza?,* in *Quaderni di scienza politica*, 3, 2007, p. 533). Sulla prassi di potere adottata da Sarkozy destinata a dar vita a un vero e prorio «iperpresidenzialismo», cfr., R. PONCEYRI, *La Cinquième République au risque de l'hyper présidentialisme*, in *Revue politique et parlementaire*, 1044, 2007, p. 192.

[3458] Sulle ipotesi di razionalizzazione del procedimento legislativo (non finalizzate a definire un «nuovo equilibrio» tra l'Esecutivo e il Parlamento), P. JAN, *La fabrication de la loi: quelles pistes de réformes?*, in *Cahiers français*, 397, 2017, pp. 20 ss..

[3459] Sul «presidenzialismo assoluto» inaugurato da de Gaulle, O. DUHAMEL, *Le pouvoir politique en France*, Paris, Seuil, 1993, p. 47. Sulla mancanza, nell'esperienza della Quinta Repubblica, di «seri contropoteri» alla figura presidenziale, A. DI GIOVINE, *Lunga vita alla Quinta Repubblica*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2.

ISSN 2279-7238

Ciò, in particolare, risulta evidente dalla nuova disciplina del diritto di emendamento che, com'è noto, nel diritto parlamentare d'oltralpe è considerato una forma del diritto di iniziativa[3460]. Al riguardo, sebbene il Governo abbia rinunciato, per la netta contrarietà di tutti i *leaders* dell'opposizione (e dello stesso Presidente dell'Assemblea nazionale de Rugy), a inserire nel progetto la proposta preannunciata il 6 marzo 2018 dal Primo ministro Philippe volta a contingentare gli emendamenti in base alla consistenza numerica di ogni gruppo parlamentare[3461], gli interventi previsti dal progetto per incidere sul sistema dell'irricevibilità degli emendamenti evidenziano la volontà dell'Esecutivo di ridurre lo spazio e la sua capacità deliberativa delle Assemblee.

Così, il progetto di legge costituzionale si propone di contenere il numero crescente degli emendamenti depositati durante la discussione attraverso l'introduzione di un'irricevibilità assoluta di quelli di origine parlamentare o governativa «sprovvisti di contenuto normativo» o «senza un legame diretto con il testo». In realtà, dal momento che paradossalmente, proprio per ridurre il numero di tali emendamenti (peraltro per lo più di origine governativa) il costituente nel 2008 aveva modificato l'articolo 45, 1° comma, offrendo anche un esplicito fondamento costituzionale alla censura effettuata *in fine* dal Consiglio costituzionale[3462], l'introduzione di un controllo *a priori* sulla loro irricevibilità finisce per operare solo come un forte limite al diritto di emendamento dei deputati e dei senatori. La nuova regola, inoltre, priva lo stesso Esecutivo di uno strumento flessibile in grado di consentire utili aggiustamenti normativi, obbligandolo a moltiplicare, per ampliare il proprio margine di manovra durante la discussione, i c.d. «*fourre-tout*» ovvero i testi contenenti norme disparate, destinati a ridurre l'efficacia delle procedure e la complessiva qualità legislativa.

Anche la proposta di introdurre attraverso la modifica dell'art. 42 della Costituzione, una procedura di "legislazione in Commissione" è ispirata alla logica di «efficacia» (e quindi di rapidità) dell'attività parlamentare voluta dal Presidente della Repubblica. Nella nuova redazione dell'articolo, infatti, l'esercizio del diritto di emendamento è riservato a questa fase dei lavori in Commissione, mentre all'esame in aula spettano soltanto la discussione generale e la votazione degli articoli. Tale nuova procedura, ispirata alla *procedure d'examen en commission* (PEC), introdotta nel 2015 a titolo sperimentale dall'art. 47 *ter* del Regolamento del Senato allo scopo di proseguire la valorizzazione del ruolo delle Commissioni avviata dalla revisione del 2008[3463], appare tuttavia direttamente esposta agli effetti della marcata

[3460] Cfr., CALMES-BRUNET, *Le temps du débat législatif*, cit., p. 82. In generale, sul diritto di emendamento, P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Parid, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 5e éd., 2014, pp. 229 ss..

[3461] Sulla misura, giudicata «totalmente contraria alla Costituzione in riferimento all'art. 44 della Carta e all'art. 6 della *Déclaration*», Jean-Philippe Derosier, intervistato da F. VIGNAL, *Limiter le nombre d'amendement en fonction de la taille du groupe est contraire à la Constitution*, in publisenat.fr, 7 mars 2018, p. 2.

[3462] Così, «(…) un emendamento è ricevibile in prima lettura se presenta un collegamento, anche indiretto, con il testo depositato o trasmesso». Sul diritto di emendamento, alla luce della revisione del 2008, fra tutti si veda M.-A. GRANGER, *La rénovation du droit d'amendement*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 75, 3, 2008, pp. 585 ss..

[3463] Sul ruolo delle Commissioni dopo il 2008, AVRIL, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, cit., pp. 123 ss..

ISSN 2279-7238

riduzione del numero dei parlamentari. La scelta di affidare al *plenum* dell'Assemblea solo il dibattito sui punti principali presuppone infatti che proprio le Commissioni, aumentate di numero con la revisione del 2008, ma in futuro sensibilmente ridimensionate nel numero dei propri componenti, siano in grado di svolgere l'intensa e complessa attività legislativa loro imposta dalla riforma.

La riduzione della *navette* in caso di fallimento del ricorso alla Commissione mista paritaria, prevista dalla modifica dell'art. 45, 4° comma della Costituzione, introduce una nuova procedura caratterizzata da rigidi tempi di discussione e dall'immediato riconoscimento del *dernier mot* all'Assemblea nazionale[3464]. Così, dal momento che i progetti di legge, nella loro quasi totalità, sono presentati a Palais Bourbon, la nuova disciplina consentirebbe di fatto ai deputati di non esprimersi, nel corso del procedimento, sui testi adottati al Senato, modificando il ruolo svolto da quest'ultimo nel sistema e pertanto gli equilibri stessi alla base del bicameralismo francese. L'impossibilità inoltre di modificare, se non marginalmente, il testo tra la prima lettura e quella definitiva senza l'accordo del Governo, combinata alla restrizione del potere di emendamento fin dalla prima lettura, rende l'intera procedura fortemente limitativa del potere legislativo[3465].

In tale quadro, anche l'accelerazione dell'esame delle leggi finanziarie è ricondotta dal progetto alla necessità di intervenire sulla durata dei lavori parlamentari, ma i tempi previsti per la loro discussione subiscono una riduzione molto più marcata di quella «che si sarebbe potuto immaginare all'inizio della Quinta repubblica» [3466]. La misura – di cui il potenziamento della funzione di controllo e valutazione non pare essere un'efficace «contropartita»[3467] – finisce in realtà per evidenziare un'insanabile contraddizione tra la volontà espressa dal Presidente Macron di riconoscere ai parlamentari più mezzi di azione e la limitatezza dei tempi poi loro offerti per l'esame e la discussione di testi articolati e complessi come le leggi finanziarie.

Infine, nonostante le esplicite rassicurazioni offerte al riguardo dal Primo ministro Philippe, la possibilità riconosciuta al Governo dall'art. 8 del progetto, di iscrivere in via prioritaria all'ordine del giorno delle Assemblee l'esame dei progetti di legge relativi alla politica economica, sociale e dell'ambiente giudicati da esso come «prioritari», rischia di alterare quell'equilibrio, definito dalla revisione del 2008, tra l'iniziativa legislativa parlamentare e quella del Governo che ha rappresentato, pur senza compromettere la

[3464] Su questa fase del procedimento legislativo, *ibidem*, pp. 214 ss..

[3465] Per Benjamin Morel, intervistato da G. JACQUOT, *Réforme de la Constitution: «Un verrouillage du Parlement assez inquiétant»*, in publicsenat.fr, 16 avril 2018, p. 3, «il Governo ha un diritto di veto sull'iniziativa dei parlamentari».

[3466] Così. Didier Maus, *ivi*. Per CHAGNOLLAUD DE SABOURET, *La réforme constitutionnelle affaiblit les droits du Parlement*, cit., p. 1, è «paradossale» constatare come la *Chambre de la partcipation citoyenne* creata per rinnovare e rendere più moderno l'attuale Consiglio economico, sociale e dell'ambiente attraverso consultazioni obbligatorie, finisca per allungare la procedura di adozione dei progetti di legge.

[3467] PICIACCHIA, *La riforma costituzionale all'ombra dell'*"affaire Benalla*"*, cit., p. 3.

ISSN 2279-7238

capacità di quest'ultimo di mantenere il controllo dei lavori, un importante cambiamento degli strumenti a disposizione delle Assemblee[3468].

Così, in particolare, dal momento che l'Esecutivo, in ragione della propria «frenesia legislativa»[3469] e spesso su impulso del Capo dello Stato, dal 2008 ha già costantemente negoziato con le Assemblee il tempo lasciato alla loro iniziativa per potervi iscrivere i propri testi da discutere *en priorité*, l'ampliamento, operato dal progetto, dei testi caratterizzati da una "super-priorità" governativa (la c.d. procedura «*fast track*»), porrebbe fine, nei fatti, al principio dell'ordine del giorno *partagé*. Il Governo infatti, sulla base del nuovo disposto costituzionale, potrebbe utilizzare non solo le settimane per l'iniziativa, ma anche a quelle riservate al controllo parlamentare, sancendo così il ritorno alla situazione precedente la riforma del 2008.

4.2. Gli interventi sulla struttura delle Camere e la riforma elettorale: riduzione del numero dei parlamentari, limitazione del cumulo dei mandati nel tempo, introduzione di una dose di proporzionale per l'elezione dei deputati, *découpage* delle circoscrizioni elettorali

Come già sottolineato in precedenza, Macron ha indicato nell'incremento dell'«efficacia» e della «rappresentatività» del Parlamento il principale motivo per procedere a una riforma elettorale incentrata sulla riduzione del numero dei parlamentari e sull'introduzione di una componente proporzionale nel sistema elettorale dell'Assemblea nazionale[3470].

In realtà, le riforme introdotte dai progetti di legge organica e ordinaria riguardo la struttura dell'istituzione parlamentare e il sistema elettorale dell'Assemblea nazionale, non appaiono in grado di rispondere a tale esigenza, limitandosi in realtà a rafforzare alcune delle dinamiche caratteristiche dell'evoluzione della Quinta repubblica[3471].

In particolare, una volta riconosciuto un valore puramente simbolico alla previsione del limite al numero dei mandati elettivi consecutivi[3472], è soprattutto la proposta di riduzione

---

[3468] H. PORTELLI, *Le temps parlementaire*, in *Pouvoirs*, 146, 2013, p. 81.

[3469] Così, J.-E. GICQUEL, *Le Parlement français et le nouveau droit parlementaire après la réforme de 2008*, in *Jus Politicum*, 6, 2011, p. 2.

[3470] Sull'evoluzione del sistema elettorale nel corso della Quinta repubblica alla luce del progetto di modifica avanzato da Macron, si veda, fra tutti, P. MARTIN, *Les modes de scrutin et la V^e^ République*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086 (*1958-2018. La V^e^ République face aux révisions : mutations et permanences*), 2018, pp. 144 ss..

[3471] Cfr., T. EHRHARD e O. ROZENBERG, *La réduction du nombre de parlementaire est-elle justifiée? Une valutation* ex-ante, in *LIEPP Working Paper* (*SciencesPo, Laboratoire Interdisciplinaire d'Évaluation des Poltiques Publiques*), n. 75, 2/2018, pp 7 ss;.

[3472] La misura è infatti priva di un carattere immediatamente vincolante, visto che nell'esempio di un deputato eletto nel 2017, poi rieletto nel 2022 e nel 2027, il divieto di cumulo nel tempo finisce per valere solo nel 2032. Per J.- E. SCHOETTL, *Les révision constitutionnelles depuis trent'ans (et aujourd'hui) ou l'érosion de la souveraineté*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086 (*1958-2018. La V^e^ République face aux révisions: mutations et permanences*), 2018, p. 55, dal momento che «secondo la giurisprudenza costante del Consiglio costituzionale, la legge non può privare un cittadino del diritto di eleggibilità (di cui gode ai sensi dell'art. 6 della Dichiarazione del 1789), se non nella misura necessaria al rispetto del principio di uguaglianza del voto e alla tutela della libertà di elettore o per assicurare la probità e l'esemplarità degli eletti, o per garantire la fiducia degli elettori nei loro rappresentanti, o infine per prevenire conflitti di interesse

ISSN 2279-7238

del numero dei parlamentari[3473], giudicata come «indispensabile» dal Presidente della Repubblica, a evidenziare l'effettiva portata politico-istituzionale di questa parte del progetto riformatore[3474].

Il numero dei deputati dell'Assemblea nazionale, dopo la diminuzione imposta dalla soppressione dei dipartimenti algerini nel 1962, è infatti rimasto pressoché costante fino alla riforma elettorale del 1986 (con cui è ritornato quasi al livello originario del 1959)[3475], mentre il rapporto abitanti-deputato è attualmente nella media dei Paesi europei con una popolazione comparabile alla Francia.

Al contrario, nell'ipotesi di approvazione della riforma, la misura della riduzione dei deputati e dei senatori e il nuovo numero di abitanti per parlamentare renderebbero incomparabile l'esperienza francese a livello europeo[3476]. Anche l'aumento dell'efficacia del Parlamento, ricondotto dal Presidente Macron alla riduzione del numero dei suoi membri, non trova conferme, ad un'analisi comparata, nella valutazione dei risultati ottenuti dall'Assemblea nazionale nello svolgimento dell'attività legislativa in relazione a quelli raggiunti dalle analoghe istituzioni parlamentari degli altri Paesi europei[3477].

(…)», le nozioni «vaghe e giornalistiche» del «rinnovamento degli eletti" e della «de-professionalizzazione della classe politica», invocate per giustificare l'introduzione del limite, non appaiono riconducibili «a nessuna delle finalità fino ad oggi limitatamente ammesse per sancire un'ineliggibilità».

[3473] La proposta era stata sostenuta durante la campagna presidenziale del 2017 da tutti i candidati, ad eccezione di Benoit Hamon del Partito Socialista e Jean-Luc Mélenchon de *La France Insoumis*. Da sottolineare come quest'ultimo si fosse comunque dichiarato a favore dell'abolizione del Senato (sul punto, CASELLA e MALVICINI, *Francia: le proposte di riforma costituzionale nei programmi dei candidati alle elezioni presidenziali*, cit., pp. 6 ss.).

[3474] Al riguardo, secondo T. EHRHARD, *La réforme électorale: la véritable réforme institutionnelle?*, in *blog.juspoliticum.com*, 13 juin 2018, p. 1, la scelta del Governo di intitolare in modo simmetrico i due progetti di legge organica e ordinaria, al pari del progetto di legge costituzionale («per una democrazia più rappresentativa, responsabile ed efficace»), così da presentare le riforme come un «trittico coerente», non appare in realtà «pertinente» agli effettivi contenuti della riforma elettorale.

[3475] Così, i deputati da 579 nel 1959 sono passati a 482 nel 1962, 490 nel 1973, 491 nel 1978 e 577 nel 1986 (cfr, EHRHARD e ROZENBERG, *La réduction du nombre de parlementaire est-elle justifiée?,* cit., p. 8). Come sottolinea J. TOURIA, *Économie de la représentation et rémunération des parlementaires français*, in *Revue d'économie politique*, 2017/5, 127, pp. 913 ss. (ivi citato), dal 1962 la popolazione francese è aumentata del 62% contro il 40% dei deputati.

[3476] Nel 2018 tale media è di 113.745 abitanti-deputato contro quella di 97.591 dell'Italia e di 95.921 del Regno Unito (Paesi con una popolazione inferiore a quella francese, ma un numero superiore – rispettivamente 630 e 650 – di deputati). Sulla base della riduzione di terzo dei parlamentari operata dalla riforma, tale media salirebbe addirittura a 171.500 abitanti-deputato (cfr. EHRHARD e ROZENBERG, *La réduction du nombre de parlementaire est-elle justifiée?,* cit., p. 10).

[3477] Cfr., fra tutti, M. MAUGUIN HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi. Etude Comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 319 ss. Al riguardo, come sottolinea puntualmente EHRHARD, *La réforme électorale: la véritable réforme institutionnelle*?, cit., p. 1, esiste un vero e proprio «truismo» quando l'efficacia del lavoro parlamentare viene correlata alla riforma elettorale, visto che in realtà «sono i rapporti tra il Governo e il Parlamento che determinano fondamentalmente il tempo della legislazione». Sulle diverse accezioni della nozione di "efficacia parlamentare", P. AVRIL*, Renforcer le Parlement: qu'est-ceà dire?*, in *Pouvoirs*, 146, 2013, pp. 9 ss.. Come sottolineano EHRHARD e ROZENBERG, *La réduction du nombre de parlementaire est-elle justifiée?*, cit., pp. 16, la misura appare destinata a incidere negativamente sulla «dimensione multifunzionale»[3477] delle Assemblee ovvero sulla capacità di queste ultime di svolgere molteplici attività (produzione normativa, controllo, valutazione, rappresentanza, circolazione

ISSN 2279-7238

Inoltre, il raggiungimento dell'obiettivo della maggiore «rappresentatività» del Parlamento, sia rispetto alle diverse sensibilità politiche che ai territori, appare compromesso dagli effetti della forte riduzione del numero dei deputati, dell'introduzione di una dose di proporzionale nel sistema elettorale, e del *découpage* dei collegi.

Come evidenziano le proiezioni realizzate sulla base dei dati relativi al primo turno delle elezioni legislative del 2017, il "guadagno" di rappresentatività in termini di seggi all'Assemblea nazionale sarebbe del tutto marginale in ragione del carattere molto limitato della quota proporzionale (insufficiente a incidere sulla complessiva dinamica in senso maggioritario dello scrutinio) quanto degli effetti prodotti dalla riduzione del numero dei deputati sulla capacità redistributiva del nuovo meccanismo elettorale[3478].

Riguardo invece alla maggiore rappresentatività dei territori, la diminuzione del numero dei seggi e la prevista attribuzione di almeno un deputato e un senatore per dipartimento sono destinati ad accrescere le disparità demografiche esistenti tra i dipartimenti quanto tra le circoscrizioni elettorali, producendo dei sensibili scostamenti nella ripartizione dei seggi. Sulla base di ciò, infatti, trenta dipartimenti disporrebbero significativamente di un solo deputato contro i due attuali, mentre la diminuzione dei seggi al Senato verrebbe a determinare la presenza di un solo senatore in metà dei dipartimenti e, paradossalmente, una riduzione della percentuale dei senatori eletti su base proporzionale[3479].

Oltre a ciò, la riforma, indebolendo il ruolo dei parlamentari, appare destinata a garantire al Capo dello Stato la possibilità di ottenere in modo indiretto dei «risultati conformi ai suoi interessi politici ed elettorali»[3480] e quindi a rafforzare il suo rapporto di preminenza rispetto alla rappresentanza nazionale.

La maggiore ampiezza territoriale e demografica dei collegi renderanno infatti i deputati più sensibili alle questioni politiche nazionali rispetto a quelle più esplicitamente locali, nonché ancor più dipendenti dagli effetti prodotti dall'elezione presidenziale sulle competizioni nei collegi dell'Assemblea nazionale, dinamica quest'ultima tipica, com'è noto, dell'esperienza politico-istituzionale della Quinta repubblica e risultata particolarmente evidente nel 2017 per l'elezione dei deputati de *La République en Marche*. Oltre a ciò, il minor numero di circoscrizioni disponibili renderà i parlamentari maggiormente desiderosi di ottenere la candidatura del proprio partito e, anche in relazione a ciò, assai meno capaci

---

delle informazioni), di offrire diverse tipologie di *performances*, nonché di porsi come «istituzioni del pluralismo» e non quali *working groups* caratterizzati da un ristretto numero di effettivi.

[3478] Così, il Partito socialista passerebbe dall'attuale 7,8% dei seggi all'8,1%, *La France Insoumise* e il Partito comunista dal 4,7 al 6,2%, il *Front National* dall'1,4% al 3,4% (cfr., EHRHARD, *La réforme électorale: la véritable réforme institutionnelle*?, cit., p. 2, nonché EHRHARD e ROZENBERG, *La réduction du nombre de parlementaire est-elle justifiée?*, cit., pp. 33 ss.).

[3479] Dopo la riforma elettorale, il 70% dei senatori sarebbero eletti con un criterio proporzionale (170 contro 74 eletti invece con uno scrutinio maggioritario), mentre attualmente tale percentuale è invece al 73% (255 senatori contro 93) , cfr., G. JACQUOT e F. VIGNAL, *Réforme institutionnelle: la moitié des départements n'aurait plus qu'un seul sénateur*, in *publicsenat.fr*, 5 avril 2018.

[3480] Così, EHRHARD, *La réforme électorale: la véritable réforme institutionnelle*?, cit., p. 2.

ISSN 2279-7238

rispetto al passato di operare in modo autonomo rispetto alle indicazioni della maggioranza o del gruppo parlamentare[3481].

Del resto, la forte riduzione del numero dei seggi e le nuove dimensioni dei collegi porranno le forze maggioritarie in una posizione di vantaggio, impedendo per converso a quelle forze minoritarie (come *La France Insoumise*, il *Front National*, il Partito comunista e in parte anche il *Mouvement démocrate*) che attualmente vedono i propri consensi concentrati sul piano geografico, di controbilanciare gli effetti potenzialmente «ultra-maggioritari»[3482] indotti dal nuovo sistema elettorale, posta anche la ridotta quota di seggi assegnati con il proporzionale e la mancanza di un meccanismo di compensazione tra i due diversi meccanismi di voto.

Per altro verso, l'effetto combinato della riduzione del numero dei parlamentari e l'introduzione della proporzionale non concorreranno, come auspicato da Macron, ad assicurare la «prossimità tra il rappresentante e l'elettore», visto che i deputati eletti con un sistema di tipo proporzionale basato su una lista nazionale saranno inevitabilmente più distanti dai loro elettori, mentre gli altri finiranno per esserlo materialmente alla luce delle nuove dimensioni dei loro collegi (in media, due volte più grandi di quelle attuali)[3483].

5. L'avvio dell'*iter* di approvazione della riforma costituzionale e la sua duplice sospensione da parte del Governo

Nonostante il 20 aprile 2018 il Presidente del Senato Larcher, in una lettera ufficiale inviata al Presidente della Repubblica abbia espresso le proprie preoccupazioni per il contenuto del progetto di legge costituzionale, giudicandolo fortemente lesivo dei diritti del Parlamento (e per tali motivi, a suo giudizio, in aperta «contraddizione» con il discorso pronunciato dal Capo dello Stato il 3 luglio 2017 di fronte al Congresso)[3484], il 9 maggio 2018 il Governo ha

[3481] Per T. EHRAHRD, *Débat: réforme des modes de scrutin: enjeux et défis*, in *Constitutions*, 3, 2017, p. 389, i rapporti tra il Parlamento ed Esecutivo si indirizzeranno nel senso di un «*fait majoritaire* accresciuto». Per P. MARTIN, ivi, p. 389, gli «effetti dissuasivi» del nuovo sistema non favoriranno del resto eventuali candidature e liste «dissidenti».

[3482] In tal senso, D. CHAGNOLLAUD DE SABOURET, *La réforme constitutionnelle affaiblit les droits du Parlement*, in *Le Monde*, 9 juillet 2018, che al riguardo evoca addirittura il rischio di una vera e proprio «desertificazione democratica». Per MARTIN, *Les modes de scrutin et la V^e^ République*, cit., pp. 148-149, la marcata riduzione del numero delle circoscrizioni sullo stesso territorio produrrà l'effetto di «accentuare fortemente la dinamica maggioritaria dello scrutinio uninominale, riducendo sensibilmente le opportunità per le forze minoritarie di ottenere dei seggi».

[3483] Cfr., SCHOETTL, *Les révision constitutionnelles depuis trent'ans (et aujourd'hui) ou l'érosion de la souveraineté*, cit., p. 54 che al riguardo sottolinea la «distanza psicologica quanto geografica» destinata a imporsi tra i parlamentari e i loro elettori. Analogamente, valutando in modo fortemente critico questo aspetto della riforma, anche J.-P. DEROSIER, *L'embolie de la démocratie parlementaire*, in *laconstitutiondecodée.blog.lemonde.fr*, 21 mars 2018.

[3484] In particolare, secondo Larcher il progetto interviene in modo eccessivo sul potere di emendamento, altera gli equilibri del bicameralismo e pone fine di fatto al principio dell'ordine del giorno parlamentare condiviso. Oltre a ciò, il Presidente del Senato ritiene che il nuovo testo non assicuri una giusta rappresentanza dei territori e attraverso il riconoscimento del diritto alla differenziazione comprometta addirittura il principio di unità e indivisibilità della Repubblica (cfr., G. JACQUOT, *«Le Parlement ne pourra pas accepter son affaiblissement»: la lettre de Larcher à Macron*, in *publisenat.fr*, 20 avril 2018).

ISSN 2279-7238

avviato all'Assemblea nazionale l'*iter* parlamentare di approvazione della riforma a partire dal progetto di legge costituzionale[3485].

L'esame in Commissione leggi costituzionali, legislazione e amministrazione generale della repubblica, svoltosi tra il 23 maggio e il 4 luglio, è stato caratterizzato dall'adozione di alcuni rilevanti emendamenti al testo[3486].

Così, tra l'altro, è stato soppresso l'art. 3 del progetto relativo all'irricevibilità degli emendamenti (in modo da lasciare inalterata la redazione dell'art. 41 della Costituzione), introdotta la possibilità per la Conferenza dei Presidenti di organizzare, prima dell'esame in Commissione, «un dibattito di orientamento generale» finalizzato alla discussione delle principali linee del testo ed è stata adottata, come procedura ordinaria della *navette*, la convocazione della Commissione mista paritaria dopo una lettura di fronte ciascuna Assemblea[3487].

Oltre a ciò, sempre riguardo la procedura legislativa, i deputati della Commissione hanno eliminato le restrizioni all'esercizio del potere di emendamento nel corso della prima lettura e, per la disciplina dell'ordine del giorno, hanno introdotto l'obbligo per il Governo di presentare a ciascuna Assemblea un calendario previsionale non vincolante dei tesi e dei dibattiti che intende iscrivere all'ordine del giorno. Le modifiche al testo hanno anche limitato la procedura della "super priorità" a due testi per sessione e ha precluso all'Esecutivo la possibilità di iscrivere delle iniziative legislative nelle settimane riservate al controllo parlamentare.

La discussione in aula del testo, avviata il 10 luglio 2018, è stata caratterizzata dalla presentazione da parte dei deputati di tutti i gruppi parlamentari di ben 1378 emendamenti riguardanti temi tra loro molto eterogenei (quali, tra gli altri, la protezione dell'ambiente, la difesa del principio di eguaglianza uomo-donna e il riconoscimento delle lingue regionali), ma le conseguenze politiche del c.d. "*affaire Benalla*" hanno costretto 22 luglio il Governo a dichiarare durante la seduta la sospensione dell'esame del progetto e la sua ripresa nel gennaio del 2019[3488].

[3485] Il Governo ha rinviato invece all'autunno la discussione dei progetti di legge organica e ordinaria, confidando comunque di far approvare l'intera riforma nel 2019. Del resto, l'impegno ad assicurare l'approvazione della riforma è stato riaffermato dal Presidente della Repubblica nel discorso pronunciato il 9 luglio 2018 di fronte al Parlamento riunito in Congresso a Versailles. In tale occasione, Macron ha annunciato la presentazione di un emendamento al progetto di legge costituzionale finalizzato a permettere al Capo dello Stato, sulla base di una nuova redazione dell'art. 18, di rispondere alle domande rivoltegli dai parlamentari dopo la sua dichiarazione al Congresso.

[3486] Cfr., ASSEMBLÉE NATIONALE, Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace (n. 911)*, n. 1137, Annexe, n. 1, pp. 267 ss..

[3487] La soppressione dell'art. 3 del progetto di legge, adottata dalla commissione il 29 giugno 2018 con l'emendamento n. 334, ha visto i membri del gruppo *Moviment Démocratique* (componente la maggioranza parlamentare) e due deputati de *La République en Marche* convergere nel voto con i gruppi dell'opposizione. Da sottolineare, inoltre l'adozione degli emendamenti all'art. 1 della Carta rivolti al riconoscimento dell'eguaglianza tra i sessi (n. 326) e dell'azione per la tutela dell'ambiente (n. 328), nonché all'eliminazione della parola "razza" dal testo costituzionale (n. 327).

[3488] Per una sintetica ricostruzione della vicenda e dei suoi risvolti politico-istituzionali, si rinvia a PICIACCHIA, *La riforma costituzionale all'ombra dell'*"affaire Benalla*"*, cit., p. 14.

ISSN 2279-7238

Tuttavia, la grave crisi dei "*gilets jaunes*" ha costretto l'11 dicembre 2018 il Primo ministro, su sollecitazione del Presidente della Repubblica, ad annunciare un nuovo rinvio della discussione al fine di consentire al Parlamento di poter pienamente tener conto dei risultati del «grande dibattito nazionale» di tre mesi avviato dallo stesso Capo dello Stato e dal Governo con il movimento di protesta, gli eletti locali e i sindacati sulle misure da concertare per risolvere le grandi questioni della democrazia e della cittadinanza, dell'organizzazione dello Stato e dei servizi pubblici, della fiscalità e della transizione ecologica[3489].

6. La problematica approvazione di una riforma controversa. In guisa di conclusione

La riforma istituzionale sostenuta dal Presidente Macron, sebbene basata su tre distinti progetti di legge, appare in realtà riconducibile a un disegno unitario in grado di connettere tra loro le molteplici misure da cui è caratterizzata.

Tanto le ipotesi di modifica della Costituzione quanto le proposte di riforma della struttura delle Camere e del sistema elettorale esprimono, in effetti, come tonalità generale dell'iniziativa, al di là del dichiarato obbiettivo di razionalizzazione istituzionale, un depotenziamento del ruolo del Parlamento francese. La riforma infatti, al contrario della revisione del 2008, opera una restrizione della capacità delle due Assemblee di porsi come un interlocutore del Governo (riconosciuto invece totalmente onnipresente), nonché un indebolimento del potere di iniziativa dei deputati e dei senatori[3490].

Del resto, la revisione costituzionale, una volta approvata, sarebbe emblematicamente la prima dal 1958 ad avere per oggetto una regressione dei diritti dei parlamentari[3491].

In effetti, gli interventi sulle procedure parlamentari relative all'esercizio del potere di emendamento e alla disciplina dell'ordine del giorno, combinate alla ridefinizione delle modalità di svolgimento della *navette* non appaiono destinati, come indicato dal Capo dello Stato e dal Governo, ad accrescere l'efficienza dell'attività svolta dalle Assemblee. Tali

---

[3489] Cfr., A. LEMARIÉ, *La réforme constitutionnelle une nouvelle fois reportée*, in *Le Monde*, 12 décembre 2018.

[3490] Per CALAMO SPECCHIA, Una *rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da de Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste*, cit., p. 38, la riforma, nel nome di una razionalizzazione del ruolo del Parlamento, ha come obiettivo quello di «ridurre la portata della revisione costituzionale del 2008 in un'ottica che si incanala nella tradizione del *favor* per l'istituzione presidenziale di stampo gollista». Sulla riforma quale intervento razionalizzatore destinato a mantenere la continuità del sistema della Quinta Repubblica, S. ROBERT e A. EL IDRISSI, *Domenique Rouesseau: «Cette réforme des institutions n'est ni une révolution, ni un gadget»*, in *franceculture.fr*, 23 mai 2018, pp. 2 ss. e P. JAN, *La spécificité de la Constitution de la cinquième République est-elle maintenue par la réforme constitutionnelle en cours?*, in *laconstitution.fr*, 14 novembre 2018.

[3491] Per J.-P. CAMBY, *1958-2018: évolutions ou révolutions du travail parlementaire?*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086 (*1958-2018. La V^e^ République face aux révisions : mutations et permanences*), 2018, p. 105, «dopo la revisione del 29 ottobre 1974, è raro che una revisione della Costituzione non abbia avuto per oggetto principale o per evidente effetto secondario un rafforzamento dei diritti del Parlamento (…)». Al riguardo, PORTELLI, *Soixante ans de subordination parlementaire*, cit., pp. 69 ss., oltre a porre in evidenza come nessuna revisione, nei sessant'anni del regime, sia mai stata avviata su iniziativa del Parlamento, sottolinea come quest'ultimo resti comunque dal 1958 in una «posizione subalterna» nei confronti dell'Esecutivo.

ISSN 2279-7238

misure, in realtà, riaffermando come logica fondativa del regime, a sessant'anni esatti dalla sua nascita, la priorità dell'efficacia e dell'unità di azione del potere governativo[3492], pongono l'Assemblea nazionale di nuovo sotto la piena tutela dell'Esecutivo e determinano un depotenziamento del Senato incompatibile con il suo «forte radicamento nella tradizione e nel territorio»[3493].

Anche la riforma della struttura delle Camere, incentrata soprattutto su una riduzione senza precedenti del numero dei parlamentari, costituisce una misura «essenziale»[3494] del progetto di riordino istituzionale. Questo intervento, assieme al divieto di cumulo dei mandati elettivi nel tempo e all'introduzione di una dose di proporzionale nella ripartizione dei seggi dell'Assemblea nazionale, interviene profondamente sull'attuale mappa elettorale francese e le dinamiche politiche a essa sottese. Il complesso delle misure, infatti, crea le condizioni tanto per una riduzione dell'autonomia (già relativa) dei parlamentari rispetto sia alla maggioranza che al gruppo di appartenenza che per un indebolimento della capacità delle Camere di porsi come un efficace contrappeso dell'Esecutivo. Oltre a ciò, la limitata percentuale di deputati eletti con un sistema proporzionale se da un lato non è in grado di rovesciare uno degli elementi essenziali della Quinta Repubblica, ovvero la solidarietà politica tra il Governo espresso dall'Eliseo e la maggioranza parlamentare presente all'Assemblea nazionale, dall'altro non assicura, come indicato dal Presidente Macron, una rivitalizzazione del principio rappresentativo[3495].

Posto ciò, appare necessario inquadrare il progetto di riforme in una più ampia strategia istituzionale volta a legare la riorganizzazione dell'attività parlamentare a una diversa interpretazione del ruolo svolto dal Capo dello Stato.

Macron, infatti, ispirandosi apertamente all'esperienza «*gaullo-mitterrandienne*», ritiene indispensabile recuperare, ben oltre il suo profilo simbolico, la natura *régalienne* del Presidente della Repubblica in modo che a quest'ultimo spetti non tanto il compito di intervenire in prima persona in tutte le decisioni assunte dall'Esecutivo, quanto quello di operare al di sopra delle divisioni partitiche come uno «*Chef d'État jupitérien*» in grado *d'en haut* di fissare le grandi priorità nazionali, tracciare le linee di azione del Governo e assicurare gli equilibri istituzionali[3496].

In altri termini, Macron, intende differenziare il proprio quinquennato da quello dei suoi predecessori (Hollande, Sarkozy Chirac) durante i quali i Presidenti, ponendosi soprattutto

[3492] Cfr., A. LEVADE, *La V^e^ République: 60 ans et un «trouble obsessionnel constitutionnel»*, ivi, p. 33.

[3493] Così S. VENTURA, *Il Senato francese. Un contro-potere in un parlamentarismo razionalizzato*, in Istituzioni del Federalismo, 2, 2016, p. 336.

[3494] EHRHARD, *La réforme électorale: la véritable réforme institutionnelle?*, cit., p. 2.

[3495] Cfr., CALAMO SPECCHIA, Una *rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia*, cit., p. 38.

[3496] Sulla «*présidence jupitérienne*» e la volontà di Macron di riconnettere la funzione del Capo dello Stato alla tradizione monarchico-cesarista del potere in Francia, J.-J. CHEVALLIER, G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, J. BENETTI, *Histoire de la V^e^ République (1958-2017)*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 657 ss.. Sul «sogno gollista» di una Quinta Repubblica fondata su un «monarca repubblicano al di sopra dei partiti» ovvero su un «presidenzialismo effettivo e democratico», ma «senza *droite* e senza *gauche*», O. DUHAMEL, *Macron ou l'illusion de la république gaullienne*, in *Pouvoirs*, 166, 2018, pp. 9 e 10.

ISSN 2279-7238

come leader politici, avevano subito un progressivo calo dei consensi nell'opinione pubblica e una perdita di autorevolezza istituzionale che non erano più superabili con il ricorso alla *démission-révocation* del Primo ministro[3497]. In tale prospettiva, il Capo dello Stato, secondo uno «stile direttivo e insindacabile»[3498], è deciso a dettare le modalità di lavoro del Governo e a esercitare una stretto controllo sul suo operato, nonché a riaffermare la verticalità del proprio potere anche nel rapporto politico con l'elettorato, come dimostrano le principali iniziative adottate subito dopo l'avvio del suo quinquennato (il *message inaugural* al Congresso, il programma di riforme istituzionali, le misure adottate per la moralizzazione della vita pubblica e la presentazione di un progetto per l'Unione europea)[3499].

Tale approccio, ispirato alla logica originaria della *Cinquième* gollista, oltre a caratterizzare in senso marcatamente presidenzialista l'intera dinamica istituzionale, impone anche l'adozione di modifiche alle procedure parlamentari in grado di favorire la riduzione dei tempi rispetto ai contenuti della decisione. Le riforme proposte, infatti, non soltanto rispondono alla «richiesta di efficienza ed effettività»[3500] attesa dagli elettori, ma assicurano al Governo, espressione del Capo dello Stato, anche una sicura e pronta traduzione legislativa dei propri impegni programmatici[3501], impedendo alle diverse sensibilità politiche presenti all'interno del partito presidenziale in maggioranza all'Assemblea nazionale di esprimersi nel corso del dibattito parlamentare e al Senato di operare come un contropotere dell'Esecutivo.

Oltre a ciò, la riforma rischia di trasformarsi, al di là dei suoi contenuti e delle sue finalità, in uno dei passaggi più controversi della lunga evoluzione politico-istituzionale della *Cinquième* qualora venga a concretizzarsi l'ipotesi, non esclusa dal Presidente della Repubblica durante il suo discorso di fronte al Congresso nel luglio 2017, del ricorso al *referendum* previsto all'art. 11 della Carta per l'adozione, a fronte dell'opposizione del Senato, delle modifiche costituzionali proposte.

Tale eventualità farebbe riprendere vigore al dibattito interno alla dottrina francese – avviato nel 1962 e ormai considerato meramente retrospettivo – sulla possibilità di

---

[3497] M. VOLPI, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 71. Sul punto, si veda anche CALAMO SPECCHIA, Una *rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia*, cit., pp. 33 ss., molto critica verso le «nostalgie golliste» di Macron.

[3498] Così P. IGNAZI, *Macron tra Giove e Minerva*, in R. BRIZZI e M. LAZAR, *La Francia di Macron*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 156, definisce lo «stile *jupitérien*» adottato da Macron. Per DEROSIER, *La constance du pouvoir présidentiel de la V^e Rèpublique*, cit., p. 82, Macron assicura la continuità del potere presidenziale attraverso «uno stile antico, ma aggiornato».

[3499] Cfr., CALAMO SPECCHIA, Una *rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia*, cit., pp. 34. Sul carattere «illusorio» della Quinta Repubblica «*gaullo-macronienne*» nella prospettiva di una futura ricomposizione del quadro politico francese intorno al *clivage droite-gauche*, come tale destinata a riconsegnare il regime ai suoi tradizionali equilibri, DUHAMEL, *Macron ou l'illusion de la république gaullienne*, cit., pp. 10 ss..

[3500] IGNAZI, *Macron tra Giove e Minerva*, cit., p. 156.

[3501] Del resto, come richiama P. BLACHÉR, *La Constitution de 1958, toujours d'actualité?*, Paris, La Documentation française, 2018, p. 45, Macron, adottando la prassi di firmare i decreti di promulgazione in una cerimonia pubblica all'Eliseo, alla presenza dei ministri, ha voluto ufficialmente presentarsi come «l'autore politico dei testi legislativi» votati dal Parlamento.

ISSN 2279-7238

riconoscere la procedura dell'art. 11 come «parallela»[3502] a quella disciplinata dall'art. 89 della Costituzione. Tale *querelle* ha visto, da un lato, i sostenitori della tesi secondo cui il ricorso all'art. 11 per modificare la Carta, seppur già utilizzato una volta[3503], è da considerarsi palesemente incostituzionale e quindi non attributivo della facoltà, per l'Esecutivo, di scegliere se sottoporre o meno il progetto di revisione direttamente al giudizio del corpo elettorale senza attendere il voto espresso in termini identici da ciascuna Assemblea parlamentare e, dall'altro, coloro che invece, riabilitando la pratica gollista sanata dalla manifestazione della volontà popolare, riconoscono a tale procedimento un carattere derogatorio ed eccezionale rispetto a quello previsto dall'art. 89[3504].

In realtà, al di là di tali divisioni (che i comitati Vedel e Balladur hanno peraltro cercato di superare in via definitiva inserendo tra le proprie proposte il formale divieto di utilizzo del *referendum* legislativo ai fini della revisione[3505]), non è comunque più possibile per l'Esecutivo, al fine di superare un'eventuale opposizione del Parlamento, sottoporre a *referendum* una legge costituzionale. Dal 2000, infatti, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* consente a quest'ultimo di esprimersi sul decreto di convocazione del *referendum* indetto *ex* art. 11 della Costituzione su una legge di revisione[3506], mentre il Consiglio di Stato

---

[3502] Così J. GICQUEL, *Propos conclusif. Rigidité et souplesse de la Constitution de la V^e République*, in J. BENETTI, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Révision de la constitution: mode d'emploi*, Paris, Dalloz, 2017, p. 90, che qualifica il «binomio 89/11» come puramente «fiabesco».

[3503] Nel 1969 il *referendum ex* art. 11 indetto da de Gaulle sulla regionalizzazione e la riforma del Senato ebbe infatti un esito negativo, costringendo il Generale alle dimissioni. Sul punto, J. ROUX, *Il Parlamento*, in D. ROUSSEAU (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, Torno, Giappichelli, 2000, pp. 267-268.

[3504] Sugli sviluppi più recenti della *querelle* politico-giuridica sorta nel 1962 in occasione della decisione gollista di utilizzare l'art. 11 per prevedere l'elezione diretta del Capo dello Stato, si veda J. NOËL, *Pour une analyse épistémologique de la querelle autour de l'article 11: de la dénonciation à la réhabilitation d'une violation de la Constitution*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2, 2016, pp. 391 ss. Sulla questione, si veda anche B. MATHIEU, *Le référendum, la Ve République et la démocratie*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1085-1086 (*1958-2018. La V^e République face aux révisions : mutations et permanences*), 2018, pp. 74 ss..

[3505] Rispettivamente, cfr., *Propositions pour une révision de la Constitution*, cit., p. 55 e *Une V^e République plus démocratique*, cit, pp. 67-68.

[3506] Cfr., CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000 (*Hauchemaille*), su cui si vedano i commenti di P. JAN, L'extension de la compétence juridictionnelle du Conseil constitutionnel en matière de référendum, in Les Petites Affiches, 2001, n. s.n., pp. 13 ss.; R. GHÉVONTIAN, Le contrôle des actes préparatoires au référendum, in Recueil Dalloz, 2001, n. 23, pp. 1844 ss.. Sulla «jurisprudence *Hauchemaille*» *si rinvia anche a* M. CARPENTIER Les référendum projetés par M. Sarkozy ne sont pas «incontestables», in blog.juspoliticum.com, 28 octobre 2016. Al riguardo, come hanno sottolineato B. BONNEFOUS e S. de ROYER, Les armes de Macron en cas de blocage sur la révision costitutionnelle, in Le Monde, 25 janvier 2018, «Macron potrebbe essere tentato di fare come de Gaulle, ma si metterebbe subito nelle mani di Fabius [il Presidente del Consiglio costituzionale], cosa che rifiuterà»; sul punto, anche M. CARPENTIER, Comment j'ai appris à ne plus m'en faire et à (presque) aimer le recours à l'article 11 pour réviser la constitution, in blog.juspoliticum.com, 21 février 2018.

ISSN 2279-7238

ha distinto il *referendum* legislativo da quello costituzionale previsto dall'art. 89, lasciando così intendere l'impossibilità della revisione della Carta con il primo procedimento[3507].

Anche l'eventuale decisione del Governo di sottoporre a *referendum*, sempre in base all'art. 11 della Costituzione, le misure della riforma contenute nella legge organica, seppur meno controversa di quella rivolta ad affidare la modifica della Carta a un *appel au peuple*, non sarebbe comunque esente da alcune obiezioni di natura giuridica e politica. L'art. 46 della Costituzione, infatti, esclude l'adozione di una legge organica tramite il *referendum* disciplinato dall'art. 11, visto che ciò impedirebbe il controllo obbligatorio operato su di essa dal Consiglio costituzionale e vanificherebbe, con gravi conseguenze anche sul piano politico, il potere di veto del Senato riguardo la definizione del numero dei propri componenti. Inoltre, la necessità di apportare varie modifiche alla normativa elettorale esistente al fine di dare attuazione alle due riforme proposte (limitazione nel tempo del numero dei mandati parlamentari e elezione di una quota di deputati su base proporzionale) renderebbe estremamente lunghi e complessi i testi normativi oggetto della consultazione referendaria e quindi molto difficile sostenerli politicamente di fronte all'elettorato[3508].

In sostanza, alla luce di tali scenari che precludono il ricorso all'art. 11 della Costituzione, la riforma *macronienne* rischia di trovarsi in una vera e propria *impasse* politico-istituzionale.

Così, se da un lato il raggiungimento della maggioranza qualificata dei tre quinti nel Congresso del Parlamento, necessaria all'approvazione delle modifiche costituzionali, si preannuncia in effetti assai problematica per il Governo a causa dell'opposizione al progetto espressa dalla maggioranza dei senatori, dall'altro il ricorso al *referendum* previsto dall'art. 89 della Costituzione rappresenta per il Presidente Macron, dopo la crisi dei *gilets jaunes*, una consultazione popolare politicamente molto rischiosa.

Nel contempo, tanto la scelta di adottare una legge costituzionale modificata dalle Assemblee nei suoi contenuti più caratterizzanti, quanto quella, altrettanto impegnativa, di far approvare soltanto una parte delle misure contenute nei progetti di legge organica e ordinaria, finirebbero inevitabilmente per incidere sulla natura e la portata originarie

---

[3507] Si veda in tal senso la sentenza CONSEIL D' ÉTAT, 30 octobre 1998 – *M. Sarran M. Levacher et autres*, su cui C. MAUGÜÉ, *L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité, in* Cahiers du Conseil constitutionnel, n. 7 (*Dossier: La hiérarchie des normes*), décembre 1999.

[3508] In tal senso SCHOETTL, *Les révision constitutionnelles depuis trent'ans (et aujourd'hui) ou l'érosion de la souveraineté*, in *Revue politique et parlementaire*, cit., pp. 57 ss.. Al riguardo, come sottolineano BONNEFOUS e de ROYER, *Les armes de Macron en cas de blocage sur la révision costitutionnelle*, cit., al fine di evitare una riforma costituzionale «pesante e complicata» destinata ad «aprire il vaso di Pandora», Macron potrebbe scegliere di utilizzare la consultazione referendaria per far esprimere gli elettori solo su una «questione semplice ed emblematica, ultra-popolare, come la riduzione del numero dei parlamentari», in modo da assicurarsene, anche politicamente, il risultato.

ISSN 2279-7238

dell'intera riforma avviata dal Capo dello Stato, trasformando così uno dei passaggi decisivi del suo quinquennato in una pesante sconfitta politica[3509].

ABSTRACT

Nel luglio 2017, Emmanuel Macron, da poco eletto Presidente della Repubblica, ha annunciato di fronte al Parlamento riunito in Congresso l'avvio di una nuova stagione di riforme istituzionali per la Francia. Il pacchetto di riforme, presentato poi ufficialmente dal Primo ministro il 9 maggio 2018, comprende tre distinti progetti di legge (costituzionale, organica e ordinaria), tutti egualmente intitolati *Pour une démocratie plus représentative, plus responsable et plus efficace*. Il primo progetto prevede, tra l'altro, una serie di interventi sulla disciplina costituzionale del procedimento legislativo rivolti a un più efficace utilizzo del tempo parlamentare (irricevibilità degli emendamenti, introduzione dell'esame dei testi in Commissione, modifica della *navette* e dell'ordine del giorno parlamentare, riduzione dei tempi per l'esame delle leggi finanziarie). Negli altri due progetti rientrano invece la riduzione di un terzo il numero dei parlamentari, il divieto del cumulo dei mandati elettivi nel tempo e l'introduzione di una dose di proporzionale nell'elezione dell'Assemblea nazionale. Le riforme, tuttavia, riducendo soprattutto la portata della revisione del 2008, determinano un ridimensionamento del ruolo del Parlamento. L'opposizione del Senato rende molto incerta l'approvazione delle modifiche costituzionali, la cui discussione peraltro è stata rinviata già due volte dal Governo alla luce degli sviluppi della situazione politica francese.

The aim of this paper is to explain the institutional reforms that the french Prime minister, Philippe has presented to Parliament in may 2018 (measures already announced by the President Macron in july 2017, immediately after his election). The reforms concern the efficency of parliament work, a 30% decrease of the number of deputies and senators, the limitation of the holding of several mandates for members of parliament, the introduction of a dose of proportionality for 15% of deputies' seats. The Government needs the support of both Houses of Parliament to pass the reforms, but the Senate, led by the opposition, has been critical of parts of the plan.

KEYWORDS:

Francia, riforme, parlamento, Macron, Quinta Repubblica

[3509] Così, J.-P. DEROSIER, *La révision constitutionnelle ne passera pas*, in *laconstitutiondecodée.blog.lemonde.fr*, 14 maggio 2018.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il patrimonio culturale immateriale tra ordinamento internazionale, europeo e nazionale. Spunti dall'esperienza spagnola*

di Vanessa Manzetti**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il Patrimonio Culturale Immateriale Nel Diritto Internazionale: La Convenzione Unesco Per La Salvaguardia Del Patrimonio Culturale Immateriale - 2.1. … E La Convenzione Quadro Del Consiglio D'europa Sul Valore Dell'eredità Culturale Per La Società, C.D. Convenzione Di Faro - 3. L'interesse Europeo Per Il Patrimonio Culturale – 4. La Difficile Emersione Del Patrimonio Culturale Immateriale Nell'ordinamento Italiano – 5. Uno "Sguardo" All'ordinamento Spagnolo – 6. Riflessioni Conclusive E Prospettive De Iure Condendo

1.Premessa

Il riferimento alla categoria del c.d. patrimonio culturale immateriale porta innanzitutto a prendere atto delle "lacune" del nostro ordinamento[3510], posto che, come è noto, l'architettura del codice dei beni culturali si caratterizza per una visione molto restrittiva del termine "bene culturale", nel senso che lo riconduce al bene materiale, escludendo, pertanto, i beni culturali immateriali, vale a dire quelle testimonianze aventi valore di civiltà che non sono contenute e rappresentate in una *res*[3511].

È evidente che tale impostazione restrittiva sembra non tener conto dell'evoluzione che la categoria dei beni culturali immateriali ha avuto sia nell'ordinamento internazionale che in quello europeo.

Ed infatti, il diritto globale è stato segnato dall'adozione di due Convenzioni che hanno "riformato" la visione delle politiche culturali, ponendo l'accento anche sui beni culturali immateriali. Il riferimento è, in particolare, alla Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, conclusa a Parigi il 17 ottobre 2003 (d'ora in poi Convenzione Unesco 2003), ed alla successiva Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, conclusa a Faro il 27 ottobre 2005 (d'ora in poi Convenzione di Faro).

Peraltro, una concezione ampia di bene culturale è perfettamente in linea con quella che è venuta ad affermarsi anche a livello europeo, che già dal trattato di *Maastricht* riconosceva la centralità del c.d. patrimonio culturale (*cultural heritage*) degli stati membri, quale espressione di tutti gli aspetti e le forme di beni culturali, sia materiali che immateriali.

Non solo. La visione "materialista" assunta dal codice dei beni culturali non sembra neppure aderente al dettato costituzionale, laddove l'art. 9 della Costituzione, nel disporre che la Repubblica promuove lo "sviluppo della cultura", lascia spazio ad una accezione del

* Contributo sottoposto a double blind peer review.
** Ricercatrice a t.d. presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Pisa.
3510 Si veda il numero di *Aedon* n. 1 del 2014, interamente dedicato alla dimensione immateriale dei beni culturali.
3511 A. BARTOLINI, *Beni culturali* (dir. amm.), in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 110.

ISSN 2279-7238

termine che, come emerge dai lavori dell'assemblea costituente, deve riferirsi non solo alle qualità mentali, ma anche all'insieme dei comportamenti e delle credenze umane, secondo, dunque, una visione dinamica, evocativa di quella che Mortati definiva Costituzione materiale[3512].

Ebbene, a dare una "prima" risposta a questa esigenza di "adeguamento dinamico" della categoria del patrimonio culturale immateriale, si sono susseguite norme legislative (nazionali e regionali) e regolamentari, che hanno dato vita ad un quadro complesso e non uniforme che, ad oggi, non consente, a differenza di quanto è accaduto nell'ordinamento spagnolo, di avere una base giuridica chiara. La Spagna ha, infatti, approvato una legge organica in materia di patrimonio culturale immateriale, la *Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, ed ha addirittura rappresentato l'archetipo di tutti gli altri ordinamenti europei, nonché della stessa Convezione Unesco e di quella c.d. di Faro, dato che già dal 1985, con la *Ley n. 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)*, aveva previsto una forma di tutela del patrimonio culturale immateriale.

L'attenzione riservata dall'ordinamento spagnolo alla materia, testimoniata da ben tre leggi nazionali, da interventi legislativi e statutari da parte delle *Comunidades Autónomas*, nonché da interventi del *Tribunal Constitucional*, ha suggerito, dunque, di prendere a riferimento tale esperienza, seppur il modello spagnolo, per quanto attualmente il più compiuto, non sia privo di alcune criticità (si pensi all'aspro conflitto sorto tra il governo centrale e la Comunità autonoma della Catalogna, ed in generale all'eccessivo "centralismo" che indirizza la legislazione spagnola)[3513].

Seguendo questa impostazione metodologica è, pertanto, necessario definire *in primis* il quadro normativo di insieme, muovendo proprio dal contesto internazionale ed europeo, per poi affrontare, nello specifico, l'analisi del modello italiano e di quello spagnolo, ed addivenire a qualche prospettazione *de iure condendo*[3514].

2. Il patrimonio culturale immateriale nel diritto internazionale: la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale

Venendo ad esaminare il percorso che ha interessato l'evoluzione del concetto di "bene culturale" (*cultural property*) quale "patrimonio culturale" (*cultural heritage*), "contenitore", cioè, di beni culturali sia materiali che immateriali, occorre innanzitutto rilevare che anche il livello internazionale è stato, per molti anni, contraddistinto da una impostazione concentrata esclusivamente sulla cultura materiale, salvaguardata dalla Convenzione Unesco per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale del 23 novembre

[3512] C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940.
[3513] Si veda sentenza *Tribunal Constitucional* n. 177 del 2016.
[3514] Per approfondimenti su uno "sguardo" comparato nel contesto europeo si veda *ex multis*, F.E. GRISOSTOLO, *La salvaguardia del patrimonio culturale immateriale: recenti tendenze in area europea*, in *DPCEonline*, n. 3, 2018, 723-754.

ISSN 2279-7238

1972[3515], e giunta alla normazione del patrimonio culturale immateriale soltanto con l'approvazione, nel 2003 a Parigi, della c.d. Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale[3516]. Spetta, quindi, alla c.d. Convenzione Unesco 2003, il merito di aver fatto emergere e aver dato riconoscimento a livello globale alla categoria del patrimonio culturale immateriale[3517].

Innanzitutto, la Convenzione all'art. 2 si preoccupa di chiarire cosa "si deve intendere" per patrimonio culturale immateriale, specificando che questo racchiude in sé "*le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi…",* configurandosi, quindi, come una categoria ampia ed eterogenea.

Ed infatti è sempre l'art. 2 a puntualizzare che il c.d. patrimonio culturale immateriale rappresenta una "categoria aperta", ed è solo a fini esemplificatori, che la Convenzione individua i cinque principali ambiti nei quali "*tra l'altro*" il patrimonio culturale immateriale si può manifestare, quali: 1) le tradizioni e le espressioni orali, compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; 2) le arti dello spettacolo; 3) le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; 4) le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; 5) l'artigianato tradizionale (art. 2, comma 2).

Si tratta, come è evidente, di una categoria eterogenea e dinamica che, tuttavia, attraverso una lettura sistematica della Convenzione, consente di individuare tre tratti distintivi dai

[3515] La Convenzione per la Salvaguardia del Patrimonio Mondiale dell'Unesco, firmata a Parigi nel novembre 1972, ed entrata in vigore sul piano internazionale nel dicembre 1975, è stato il primo strumento giuridico internazionale a riconoscere e proteggere i beni culturali e naturali al fine di garantirne l'identificazione, la conoscenza, la conservazione e la trasmissione alle generazioni future. Si ricorda che secondo la Convenzione del '72 sono considerati «patrimonio culturale» (art. 2): i monumenti (opere architettoniche, plastiche o pittoriche monumentali, elementi o strutture di carattere archeologico, iscrizioni, grotte e gruppi di elementi di valore universale eccezionale dall'aspetto storico, artistico o scientifico), gli agglomerati (gruppi di costruzioni isolate o riunite che, per la loro architettura, unità o integrazione nel paesaggio hanno valore universale eccezionale dall'aspetto storico, artistico o scientifico), i siti (opere dell'uomo o opere coniugate dell'uomo e della natura, come anche le zone, compresi i siti archeologici, di valore universale eccezionale dall'aspetto storico ed estetico, etnologico o antropologico), mentre sono considerati «patrimonio naturale» (art. 3): i monumenti naturali costituiti da formazioni fisiche e biologiche o da gruppi di tali formazioni di valore universale eccezionale dall'aspetto estetico o scientifico, le formazioni geologiche e fisiografiche e le zone strettamente delimitate costituenti l'habitat di specie animali e vegetali minacciate, di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico o conservativo, i siti naturali o le zone naturali strettamente delimitate di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico, conservativo o estetico naturale.

[3516] Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale approvata a Parigi in data 17 ottobre 2003 dalla Conferenza generale Unesco nel corso della XXXII sessione. Per approfondimenti sulla Convenzione UNESCO 2003 si rinvia *ex multis* a S. OGGIANU, *La disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali nella prospettiva del federalismo*, Torino, 2012, in part. 5-11; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La valorizzazione del patrimonio culturale nel diritto internazionale*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, spec. 42 ss; M. JADÈ, *Le patrimoine immatérielle. Perspectives d'interprétation du concept de patrimoin*, Parigi, 2006, 33 ss.

[3517] La Convenzione è composta da un preambolo e da quaranta articoli, suddivisi in nove sezioni: 1)Norme generali (artt. 1-3); 2) Organi della Convenzione (artt. 4-10), 3) Salvaguardia del patrimonio culturale immateriale a livello nazionale (artt. 11-15), 4) Salvaguardia del patrimonio culturale immateriale a livello internazionale (artt. 16-18), 5) Cooperazione e assistenza internazionali (artt.19-24), 6) Fondo per il patrimonio culturale immateriale (art. 25-28), 7) Rapporti (artt. 29-30), 8) Disposizioni transitorie (art. 31) e 9) Disposizioni finali (artt. 32-40).

ISSN 2279-7238

quali non si può prescindere. Quello della intangibilità, in quanto beni che prescindono dalla *res*; quello della riferibilità alla "comunità", in quanto beni che devono essere "riconosciuti" dalle comunità di riferimento; quello della "partecipazione comunitaria", in quanto beni che necessitano di essere "trasmessi" e "ricreati" dalle stesse comunità.

Elementi, dunque, che devono essere tutti compresenti al fine di non "dissolvere" il legame tra valore culturale e valore identitario e che rappresentano una risposta ai processi di globalizzazione e di trasformazione sociale, fautori spesso di pericolosi fenomeni di intolleranza[3518].

Ciò dimostra che l'opera definitoria del patrimonio culturale immateriale incontra limiti intrinseci alla stessa categoria che, configurandosi quale espressione di un "valore ideale di civiltà ", non può che presentarsi come un *bene mutevole* a seconda dell'interazione con la società e con l'ambiente.

Ed è proprio il carattere dinamico del patrimonio culturale immateriale a determinare la principale caratteristica distintiva delle politiche pubbliche in materia, che individuano quale loro fine la c.d. "*salvaguardia*" del patrimonio culturale immateriale, concetto che si differenzia da quelli noti di tutela, conservazione e valorizzazione. Ed infatti, per "salvaguardia", la Convenzione intende "*le misure volte a garantire la vitalità del patrimonio culturale immateriale, ivi compresa l'identificazione, la documentazione, la ricerca, la preservazione, la protezione, la promozione, la valorizzazione, la trasmissione, in particolare attraverso un'educazione formale e informale, come pure il ravvivamento di vari aspetti di tale patrimonio culturale*" (art. 2, comma 3). Un sistema, dunque, di protezione che la Convenzione ha strutturato su due livelli: quello internazionale di natura settoriale, in quanto basato sulle c.d. liste Unesco, e quello nazionale di natura generalista, in quanto rivolto a "tutti" gli elementi presenti sul territorio.

Così a livello internazionale la "salvaguardia" si sostanzia sia nella compilazione di due liste (la lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità e la lista del patrimonio culturale immateriale che necessita di essere urgentemente salvaguardato), sia nella costituzione del c.d. Fondo per il patrimonio culturale immateriale[3519].

Per quanto riguarda le due liste, l'*iter* di approvazione è disciplinato in modo dettagliato dagli artt. 16 e 17 della Convenzione secondo moduli procedimentali complessi che vedono la partecipazione di più livelli istituzionali di intervento, quali, da un alto, gli Stati contraenti interessati, e dall'altro, gli organi istituzionali individuati dalla Convenzione Unesco (l'Assemblea generale degli Stati parte e il Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale), tra i quali, in particolare, il Comitato[3520].

[3518] Si ricorda che su questa scia si è posta anche la "Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali", firmata a Parigi il 20 ottobre 2005. Per approfondimenti si veda G. POGGESCHI, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?"*, in *Aedon*, n. 2, 2007.

[3519] Inoltre è previsto il Registro delle Buone pratiche di salvaguardia (*Register of Best Salvaguarding Practices*), che contiene programmi, progetti e attività che meglio riflettono i principi e gli obiettivi della Convenzione.

[3520] Ed infatti la Convenzione 2003 prevede l'istituzione di due organi: l'Assemblea generale degli Stati parte e il Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. L'Assemblea (art. 4) rappresenta l'organo di indirizzo, e si riunisce ogni due anni a Parigi per definire gli orientamenti strategici, proporre modifiche alle Direttive operative, votare i membri del Comitato, mentre il Comitato (art. 5), composto da 24 Stati eletti per un

ISSN 2279-7238

Specificatamente i rapporti tra Stato interessato e Comitato si differenziano a seconda della tipologia di bene. Infatti, se per la "lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità" il potere di avvio del procedimento spetta sempre allo Stato ("su proposta"), per la "lista del patrimonio culturale immateriale che necessita di essere urgentemente salvaguardato", relativo a quelle tradizioni sottoposte al c.d "rischio scomparsa", il potere di avvio del procedimento spetta, in via generale, allo Stato contraente ("su richiesta"), o, in via eccezionale, nei "casi di estrema urgenza" al Comitato, fatta salva la previa consultazione dello Stato contraente.

Si tratta, pertanto, di un procedimento che lascia ampio spazio alla discrezionalità degli Stati circa la decisione sul "chi" far partecipare ed anche sul "come"[3521].

Quanto al Fondo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, (principale strumento di supporto finanziario e tecnico agli Stati), gli artt. 25 - 28 della Convenzione ne disciplinano le modalità di alimentazione, stabilendo che è costituito dai contributi obbligatori degli Stati contrenti, le cui entità sono calcolate in base a un coefficiente unitario valido per tutti gli Stati e stabilito dall'Assemblea generale, ma che non può superare l'1 per cento del contributo regolare di uno Stato contraente al bilancio preventivo regolamentare dell'Unesco[3522].

A livello internazionale, il modello che emerge dalla Convenzione è, dunque, un modello accentrato, che vede coinvolti soltanto gli Stati contraenti e le Istituzioni Unesco. Ciò porta a rilevarne quale principale criticità la non valorizzazione di quel modello di "partecipazione comunitaria" che dovrebbe, viceversa, essere proprio il tratto distintivo del patrimonio culturale immateriale, almeno nella enunciazione della Convenzione medesima. Rimane, pertanto, problematica la garanzia dell'effettiva partecipazione degli individui e delle comunità all'interno della prodromica attività istruttoria svolta dallo Stato proponente.

Questo spiega le ragioni che hanno portato spesso a criticare le "Liste Unesco" che, in realtà, hanno finito per sostituire il criterio della rappresentatività con quello della c.d. eccellenza[3523].

Infatti la Convenzione, nel demandare la valorizzazione della rappresentatività al livello nazionale, in sostanza, ha rimesso agli Stati il compito di individuare, con la "partecipazione" di comunità, gruppi e Ong, gli elementi del patrimonio culturale

periodo di quattro anni, rappresenta l'organo operativo e si riunisce ogni anno. Spetta, infatti, al Comitato la responsabilità di valutare le domande d'iscrizione alle liste istituite dalla Convenzione e di definire le altre questioni, secondo ordini del giorno e di priorità definiti dal segretariato UNESCO, che lo assiste nel suo operato (art. 10).

[3521] Cfr. J. Blake, *Some Reflections on the Meaning and Implications of Community Involvement in Safeguardind Intangible Cultural Heritage*, in M. CORNU, J. FROMAGEAU, C. HOTTIN (dir.), *Droit et patrimoine culturel immatérie*l, Parigi, 2013, 107,

[3522] Oltre ai contributi obbligatori, a scadenza almeno biennale, degli Stati contraenti, il fondo può essere costituito da contributi volontari supplementari quali: ulteriori contributi facoltativi degli Stati contraenti; fondi stanziati a tal fine dalla Conferenza generale dell'UNESCO; contributi, donazioni o lasciti di Stati che non aderiscono alla Convenzione, di organizzazioni e programmi del sistema delle Nazioni Unite (in particolare del programma di sviluppo delle Nazioni Unite), di altre organizzazioni internazionali nonché di organismi pubblici o privati e di persone fisiche; dagli interessi maturati sui capitali del fondo; da fondi ottenuti mediante raccolte di fondi e derivanti da eventi organizzati a favore del fondo (art. 25-28).

[3523] V. HAFSTEIN, *Célébrer les différences, renforcer la conformité*, in *Le patrimoine culturel immatériel*, 2011, 75-93.

ISSN 2279-7238

immateriale presenti sul proprio territorio, nonché quello di adottare le misure legislative ed amministrative ritenute necessarie a garantirne la salvaguardia.

Gli Stati contraenti dovrebbero, quindi, per garantire la "rappresentatività", individuare strumenti atti a valorizzare la "partecipazione" delle "comunità" sia nelle procedure per l'individuazione delle candidature Unesco, sia nelle procedure volte a "salvaguardare" il *maremagnum* delle tradizioni presenti sui territori.

Ma la ratifica della Convenzione, proprio per l'ampio margine di discrezionalità insito nei procedimenti di formazione delle candidature e nell'adozione di misure legislative e amministrative in materia, ha dato vita a sistemi nazionali eterogenei, e non sempre, come nel caso italiano, rispondenti alle finalità enunciate dalla Convenzione.

2.1. … e la Convenzione quadro del consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, c.d. Convenzione di Faro

A completare il quadro internazionale delle politiche culturali è poi intervenuta nel 2005 la C*onvention on the Value of Culturale Heritage for Society*, comunemente appellata Convenzione di Faro[3524], che, nella traduzione realizzata dal Mibact (ora Mibac)[3525], è stata appellata quale "Convenzione quadro del consiglio d'Europa sul valore dell'*eredità culturale* per la società"[3526].

Chiaro è che, in tal modo, il Ministero ha posto in essere una ben determinata "scelta politica", posto che il termine *cultural heritage* è stato volutamente tradotto non con il suo

[3524] Ovvero con il nome della località portoghese dove si è svolto l'incontro di apertura per la sottoposizione della Convezione alla "firma" degli Stati membri del Consiglio d'Europa e all'adesione dell'Unione europea e degli Stati Membri. Per approfondimenti si veda. C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, n. 1, 2013; C. VITALE, *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010, 186 ss.; G. VOLPE, *Un patrimonio italiano. Beni culturali, paesaggio e cittadini*, Novara, 2016, 29 ss; P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in www.federalismi.it, 2017.

[3525] Si ricorda che con il decreto legge del 12 luglio 2018, n. 86, convertito con modificazioni dalla l . 9 agosto 2018, n. 97 recante "disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri dei beni e delle attività culturali e del turismo, delle politiche agricole alimentari e forestali e dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché in materia di famiglia e disabilità" è stato sancito il trasferimento al Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali delle funzioni esercitate dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo in materia di Turismo. Così il "MIBACT" perde, dunque, la "T" che gli era stata "aggiunta" durante il governo Letta e la sua denominazione passa da Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (MIBACT) a Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC).

[3526] Si ricorda che il Consiglio d'Europa (CdE) è un'organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa. Il Consiglio d'Europa fu fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra e conta oggi 47 stati membri (di cui 28 fanno parte dell'Unione europea). Il Consiglio d'Europa è estraneo all'Unione europea e non va confuso con organi di quest'ultima, quali il Consiglio dell'Unione europea o il Consiglio europeo. La sua sede istituzionale è a Strasburgo, in Francia, nel Palazzo d'Europa. Lo strumento principale d'azione consiste nel predisporre e favorire la stipulazione di accordi o convenzioni internazionali tra gli Stati membri e, spesso, anche fra Stati terzi. Ed inoltre nel 1989 è stato riconosciuto al Consiglio d'Europa lo *status* di osservatore dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Le iniziative del Consiglio d'Europa non sono vincolanti e vanno ratificate dagli Stati membri. I principali organi del Consiglio d'Europa sono: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e il Congresso dei poteri locali e regionali.

ISSN 2279-7238

significato letterale di patrimonio culturale, ma come "eredità culturale", proprio per evitare confusioni o sovrapposizioni con la definizione di "patrimonio culturale" già presente all'art. 2 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio[3527].

Sembra, quindi, che il Ministero abbia utilizzato il c.d. "diritto alla traduzione" per porre l'accento sulle diversità in essere tra le politiche culturali nazionali e quelle internazionali, facendo sue le antiche riflessioni del re di Francia Charles IX, secondo il quale "pour les méthodes, je serais plus nuancé, mais la traduction est un acte politique…"[3528].

Ed infatti, la suddetta Convenzione è stata rappresentata come una vera e propria "rivoluzione copernicana" nel "processo" di costruzione delle politiche culturali, nel senso che ha in sostanza configurato i diritti culturali quali "diritti fondamentali", in quanto componenti "del diritto alla vita"[3529].

Diritto al patrimonio culturale, dunque, che, secondo l'art. 1, si estrinseca nel "*diritto di partecipare* alla vita culturale", ed è proprio in questa ottica che la Convenzione introduce accanto al concetto di "eredità culturale" quello di "comunità di eredità"[3530].

È evidente che, in tal modo, la Convenzione di Faro va a rafforzare quel nesso "tra cultura e comunità", già affermato dalla Convenzione Unesco del 2003, e individua la "partecipazione" quale elemento imprescindibile delle politiche culturali. Ecco perché, secondo l'art. 11 nella gestione dell'eredità culturale, spetta agli Stati il compito di sviluppare un quadro giuridico, finanziario e professionale che permetta l'azione congiunta di autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile.

Si tratta di una prospettiva delle politiche culturali decisamente "*bottom-up*" e non sicuramente "*top-down*", in quanto individua quale aspetto fondamentale la "partecipazione" delle comunità, le sole capaci di "individuare" e "trasmettere" le "eredità culturali".

In questa prospettiva spetta dunque alle amministrazioni pubbliche il compito "di sviluppare metodi innovativi" volti ad innescare la cooperazione con altri attori, ove per tali si intendono, ovviamente, tutte quelle forme, note e meno note, di partecipazione delle comunità nei processi di decisione pubblica.

[3527]Per approfondimenti sul tema della "traduzione quale atto politico" si rinvia alle relazioni del Convegno "*Traduire: un engagement politique ?*", organizzato presso l'Université Paris Diderot il 30 novembre e il 1 dicembre 2018.

[3528] Per approfondimenti sul c.d. diritto alla traduzione ed in genrale sul rapporto tra lingua-diritto e il problema della traduzione si veda C. SAGGIOMO, *La norme juridique fra diritto alla comprensione e diritto alla traduzione*, in D. FADDA, C. SAGGIOMO (a cura di), *Un coup de dés. Cahier de culture française, francophone et maghrébine*, Napoli, 2017, 209 – 223.

[3529] Cfr. A. D'ALESSANDRO, *La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d'Europa per la promozione dei processi partecipativi. I casi di Marsiglia e Venezia*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di*), Citizens of Europa. Culture e diritti*, 2015, 77-92.

[3530] Specificatamente, l'art. 2 dispone, al 1 comma, che per "eredità culturale", s'intende "un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione…", e successivamente, al secondo comma, individua le "comunità di eredità" come "un insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale, e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future".

ISSN 2279-7238

Chiaro è che l'introduzione di tali meccanismi partecipativi va ad incidere in modo determinante sui processi decisionali pubblici e sui relativi procedimenti amministrativi che interessano la materia[3531]. Basti pensare al riconoscimento del diritto all'eredità culturale quale diritto di partecipazione individuale e collettiva (art. 1).

Non solo. La partecipazione delle comunità nella progettazione e gestione delle politiche culturali può essere letta come un contributo al perseguimento di uno sviluppo sostenibile della società, nonché all'affermazione delle politiche di coesione economica, sociale e territoriale. Coerentemente pertanto la Convenzione pone l'attenzione sul potenziale economico delle identità culturali, in particolare per le comunità di riferimento, configurando così, un nuovo rapporto tra "economia e eredità cultura".

Vero è che, al di là dell'indiscusso valore innovativo della Convenzione, che porta a qualificare le politiche culturali quali declinazione attuativa della democrazia in Europa, questa è stata per un lungo periodo sottoscritta e ratificata solo da un nucleo ristretto di Stati[3532]. Ed infatti, firmata nel 2005, è entrata in vigore solo nel giugno 2011[3533], e, ad oggi, è stata ratificata solo da diciotto Paesi membri del Consiglio d'Europa, mentre altri sei, tra cui l'Italia, pur avendola firmata non hanno ancora proceduto alla relativa ratifica[3534]. La ragione di questo ritardo è prevalentemente di natura economica, in quanto la ratifica della Convenzione porta con sé oneri finanziari non irrilevanti, con il risultato che il diritto culturale si afferma, al di là di tutte le evoluzioni che lo hanno interessato negli ultimi anni, quale diritto fortemente condizionato dai profili finanziari[3535].

3. L'interesse europeo per il patrimonio culturale

La distinzione tra beni culturali materiali ed immateriali assume un valore relativo nel contesto europeo, in cui acquista, invece, primaria importanza il riferimento al c.d. patrimonio culturale (*cultural heritage*). Una accezione lata che ricomprende tutti gli aspetti e le forme di beni culturali, materiali, immateriali e digitali, inclusi i monumenti, i siti, i paesaggi, le competenze, le prassi, le conoscenze e le espressioni della creatività umana, le

[3531] Per approfondimenti sulle forme di partecipazione si rinvia a V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.
[3532] I primi sottoscrittori sono stati prevalentemente Stati dall'area balcanica.
[3533] Solo dopo la ratifica del decimo Stato come previsto dall'art. 18 della Convenzione.
[3534] Il sesto e ultimo paese a firmare la Convenzione è stata la Spagna nel dicembre del 2018.
[3535] Si pensi alla firma dell'Italia che, come rilevato dalla discussione in Commissione Esteri al Senato, è stata proprio ritardata per consentire una valutazione più approfondita degli eventuali oneri finanziari derivanti dall'attuazione delle disposizioni della Convenzioni, ed è intervenuta solo nel 2013, a seguito della richiesta rivolta nel 2010 dallo *Steering Committee for Cultural Heritage and Landscape* a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Si ricorda che l'espressione «*diritti finanziariamente condizionati*» si deve a F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in Id., *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 30-31, secondo cui "i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi". In giurisprudenza, per la prima volta, in relazione al diritto alla salute, Corte cost. sent. 16 ottobre 1990, n. 455.

ISSN 2279-7238

collezioni conservate e gestite da organismi pubblici e privati quali musei, biblioteche e archivi, ed anche il patrimonio cinematografico.

A sottolineare la centralità del patrimonio culturale a livello europeo è *in primis* il riferimento ai valori del patrimonio culturale nello stesso Preambolo del trattato sull'Unione europea (TUE) che stabilisce la necessità che gli Stati membri si ispirino «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa». Valore, quello del patrimonio culturale europeo, che è maggiormente specificato in alcune disposizioni sia del Trattato sull'Unione Europea che del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[3536].

In particolare, il TUE all'articolo 3, paragrafo 3, afferma che l'Unione "rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla *salvaguardia* e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo". Ed ancora, l'articolo 167 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) attribuisce all'Unione il compito di contribuire "al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune".

Impostazione che trova riscontro anche nel preambolo della Carta dei diritti di Nizza, laddove si afferma che lo sviluppo dei valori dell'Europa non può andare a discapito «delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa»[3537], trattandosi di un "interesse pubblico comunitario di rango primario"[3538], comprensivo sia del patrimonio culturale degli stati membri sia del patrimonio culturale europeo[3539].

L'azione dell'Unione deve essere, quindi, tesa a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi, tra l'altro nel settore del miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei e in quello della conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea.

È evidente che la natura identitaria che contraddistingue *in re ipsa* il patrimonio culturale porta ad individuare i livelli nazionali, regionali e locali, quali soggetti *in primis* coinvolti nell'attuazione delle politiche di tutela, valorizzazione e salvaguardia del patrimonio culturale. Mentre all'Unione Europea spetta, principalmente, un ruolo di sostegno all'azione degli Stati membri, ed è a tal fine, che la Commissione europea ha elaborato una serie di politiche e programmi in questo campo.

A ben vedere però il patrimonio culturale può rivestire, oltre ad una dimensione locale-nazionale, anche una dimensione europea, ed anche in tal caso, questo diviene oggetto, oltre che della politica culturale, anche di altre politiche dell'Unione, come ad esempio l'istruzione, l'agricoltura, lo sviluppo rurale, lo sviluppo regionale, la coesione sociale, gli

[3536] Per approfondimenti si veda CHCfE Consortium, *Cultural Heritage Counts for Europe – Full report*, Krakow, 2015.
[3537]Carta di Nizza alla quale, come noto, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto forza vincolante per tutti gli stati membri della UE, al pari degli altri trattati.
[3538]M.P. CHITI, *Beni culturali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 378.
[3539] Cfr. M. FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'europa unita*, in *rivistaaic,* 1, 2011.

ISSN 2279-7238

affari marittimi, l'ambiente, il turismo, l'agenda digitale, la ricerca, l'innovazione e la comunicazione.

Ed infatti, molte azioni di incoraggiamento, condivisione, valorizzazione del patrimonio culturale dell'Europa, aiutano a contribuire alla sensibilizzazione della storia e dei valori comuni europei, nonché a rafforzare il senso di appartenenza a uno spazio comune europeo.

Chiaro è che l'opera di valorizzazione del patrimonio culturale europeo, a differenza della valorizzazione del patrimonio culturale degli Stati europei, sembra meglio perseguibile se demandata all'Unione piuttosto che ai singoli stati membri. Se così è, spetta all'Unione intervenire in base al primario principio di sussidiarietà (*ex* articolo 5 TUE).

Comunque, in linea generale è evidente che il patrimonio culturale (europeo e degli Stati europei) è al centro delle c.d. Agende europee per la cultura, sia in quella del 2007 che in quella del 2018, e che alla sua "valorizzazione" l'UE ha destinato specifiche azioni, quali le giornate europee del patrimonio culturale, il marchio del patrimonio europeo, l'anno europeo del patrimonio culturale ecc…[3540]. Azioni che sono attuate attraverso i tradizionali programmi europei, tra cui Europa creativa, Horizon 2020, Erasmus +, ed Europa per i cittadini, nonché tramite i Fondi strutturali [3541] e di cooperazione europea [3542], a dimostrazione del fatto che l'interesse europeo per il patrimonio culturale rappresenta un *fil rouge* delle principali politiche europee.

Alla luce di questo quadro normativo europeo il patrimonio culturale si configura, quindi, quale risorsa primaria per la crescita economica, l'occupazione, la coesione sociale, nonché quale strumento capace di rivitalizzare aree urbani e rurali in una prospettiva di turismo sostenibile. Ma tale potenzialità richiede che la gestione di quello che si configura come un "bene comune europeo" debba essere custodito per le generazioni future attraverso una efficace *governance* partecipativa (vale a dire multilivello e fra portatori di interessi diversi) e una cooperazione intersettoriale rafforzata .

Ciò vale a dire che una tale *governance* e una tale cooperazione rafforzata, richiede necessariamente il coinvolgimento di tutti i portatori di interessi: le autorità pubbliche, il settore del patrimonio culturale, gli attori privati e le organizzazioni della società civile, come le Ong e le organizzazioni nel settore del volontariato. È pertanto "responsabilità comune" di tutti i portatori di interessi prendersi cura del patrimonio culturale, ed è per questo che, anche a livello europeo, come a livello internazionale, è dedicata particolare attenzione alla adozione di misure atte a rafforzare la partecipazione nella predisposizione delle politiche

[3540] Cfr. F. BARCA, *L'Anno Europeo del Patrimonio Culturale*, in *Digicult, Scientific Journal on Digital Cultures*, 2017.

[3541] Ad esempio il POR FESR Sardegna 2014-2020 ha visto l'emanazione del "*Bando Domos de sa cultura*", che consiste in un sostegno finanziario alle imprese operanti nel settore culturale e creativo per progetti mirati alla valorizzazione degli *elementi ed espressioni del patrimonio culturale immateriale* della Sardegna.

[3542] Si ricordano a mero titolo esemplificativo alcuni progetti europei INTERREG, tra i quali particolarmente interessanti per le tematiche di frontiera, confine e circolazione dei patrimoni culturali immateriali i tre progetti europei Sentinelle delle Alpi (www. grande-traversee-alpes.com), Memoria delle Alpi (www.memoriadellealpi.net), ECHI.Etnografie italo-svizzere per la valorizzazione del patrimonio immateriale (www.echi-interreg. eu).

ISSN 2279-7238

culturali. In sostanza il coinvolgimento della società civile diviene il fulcro centrale della valorizzazione del patrimonio culturale.

Se questo, in linea di principio è vero, è tuttavia anche vero che i recenti dati Eurostat (novembre 2017) hanno evidenziato che più di un terzo degli europei non partecipa in nessun modo ad attività culturali. Tale carenza ha portato le istituzioni europee ad introdurre nelle proprie politiche il principio di "capacità culturale", adottando politiche e strumenti volti a consentire la più ampia partecipazione e fruizione culturale da parte dei cittadini europei.

In sostanza, le politiche culturali europee sembrerebbero ispirarsi alla teoria economica del c.d."approccio delle capacità", elaborato da Amartya Sen [3543]; teoria che sembra rimandare ai concetti fondanti della Convenzione di Faro, nella quale si sottolinea, appunto, l'importanza del diritto all'eredità culturale, che si estrinseca nel diritto a partecipare alla vita culturale, quale principale fattore di sviluppo umano e sociale dell'individuo e delle comunità[3544].

È quindi possibile rilevare un *trait d'union* tra livello internazionale ed europeo in materia di politiche culturali. Resta, semmai, da verificare se, e come, l'approccio internazionale e l'approccio europeo, abbiano trovato spazio negli ordinamenti nazionali.

4. La difficile emersione del patrimonio culturale immateriale nell'ordinamento italiano

Appurato che le Convenzioni richiamate e l'ordinamento europeo riconoscono, esplicitamente o implicitamente, i beni culturali immateriali come una categoria a sé stante, che si identifica, o meglio, ha ad oggetto attività che sono testimonianze di antiche e sentite pratiche e di antichi saperi, non resta che verificare come, il quadro ordinamentale internazionale ed europeo sia stato recepito nel nostro ordinamento.

Senza dubbio, guardando all'Italia, è certo che questa si presenta come una nazione contraddistinta da una miriade di "tradizioni", che interessano l'intero territorio da Nord a Sud, e che non possono essere trascurate, ma anzi che devono, come affermato a livello internazionale ed europeo, essere "salvaguardate".

In un contesto del genere, ci si sarebbe aspettati un naturale adeguamento da parte del nostro ordinamento al quadro ordinamentale internazionale ed europeo. E in tale processo era pure immaginabile che la sede idonea ad un tale adeguamento dovesse essere il Codice dei beni culturali e del Paesaggio, corpo organico di disposizioni in materia di beni culturali

[3543] Si ricorda che l'approccio delle capacità è stato elaborato da Amartya Sen, premio nobel dell'economia nel 1998, e che la sua applicazione alla cultura è recente.

[3544] Si ricorda che nel 2018 la Commissione Europea (Dg EAC) e il Consiglio d'Europa hanno sottoscritto *The Faro Way,* un accordo da trecentomila euro per la promozione congiunta della Convenzione del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società. L'obiettivo dell'accordo è, infatti, quello di incentivare il numero più ampio possibile di Stati alla firma e alla ratifica della Convenzione.

ISSN 2279-7238

e beni paesaggistici della Repubblica Italiana, emanato con il decreto legislativo del 22 gennaio 2004 n. 42.

Ma così non è stato. Al contrario, la scelta del legislatore italiano, che vede l'entrata in vigore del Codice quasi in contemporanea con la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (2003), è stata quella di restringere la disciplina ai soli beni culturali materiali. Scelta peraltro voluta, posto che nell'elenco allegato delle norme abrogate, il codice indica specificatamente l'art. 148 del d.lgs. n. 112 del 1998 che, nel riferirsi al federalismo amministrativo, aveva dato rilevanza ai beni culturali immateriali, lasciando, pertanto, spazio ad una interpretazione che dava riconoscimento ad una categoria generale di beni culturali *tout court* (sia materiali che immateriali) [3545].

Viceversa l'art. 2, comma 2 del Codice, nel disporre che "sono beni culturali le *cose* immobili e mobili che …. presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà", ha praticamente riconosciuto un legame indissolubile tra beni culturali e *res*[3546].

Né si può ritenere che il mancato adeguamento da parte del Codice alla Convenzione Unesco sia stato superato dall'introduzione, nel codice, dell'art. 7 *bis*, a seguito della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione Unesco nel 2007, in quanto tale norma dispone che la categoria dei beni culturali immateriali sussiste in quanto rappresentata da *testimonianze materiali*, andando in tal modo a modificare il fine stesso della Convenzione che invece mirava a salvaguardare proprio quei beni culturali non legati alle cose[3547].

Una lacuna del genere non pare superabile neppure con una interpretazione estensiva del comma 1 *bis* dell'art. 52 del Codice (relativo all'esercizio del commercio in aree di valore culturale e nei locali storici tradizionali), introdotto dall'art. 2 *bis* della legge n.112 del 2013[3548], nel quale si prevede che "fermo restando quanto previsto dall'articolo 7 *bis*, i comuni, sentito il soprintendente, individuano altresì i locali, a chiunque appartenenti, nei quali si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi della convenzioni Unesco di cui al medesimo articolo 7 *bis*, al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione" [3549]. Tale disposizione si presenta, infatti, come una norma di

[3545] Secondo l'art. 148 del d.lgs. n. 112 del 1998 i beni culturali sono "quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà". Su tale innovazione legislativa si era espresso positivamente M.P. CHITI, *La nuova nozione di beni culturali nel d.lgs. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1, 1998, secondo il quale l'eliminazione del requisito della materialità avrebbe "assicura[to] una necessaria flessibilità alla evoluzione della categoria generale dei beni culturali".

[3546] Invero già il T.U. sui beni culturali del 1999 rinunciava ad una locuzione aperta in favore di un richiamo a categorie già conosciute.

[3547] L'articolo 7 *bis* è stato inserito dall'art. 1, c. 1, lett. c, d.lgs. n. 62 del 2008.

[3548] Articolo introdotto dall'art. 2 bis della legge n. 112 del 7 ottobre 2013 "Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo".

[3549] Cfr. S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilevello*, Torino, 2016, 43.

ISSN 2279-7238

carattere settoriale, volta a disciplinare il riconoscimento di misure di carattere promozionale in favore di uno dei settori individuati espressamente dalla Convenzione Unesco, quale è l'artigianato tradizionale (art. 2, commma 2, let. e)[3550].

C'è allora da chiedersi se l'esclusione del patrimonio culturale immateriale dal codice, debba comportare il disconoscimento dell'esistenza della categoria del patrimonio culturale immateriale. E la risposta a questo interrogativo viene data proprio dal legislatore sia a livello nazionale che a livello regionale, sia addirittura a livello regolamentare ed amministrativo.

Infatti è sufficiente fare un rapido riscontro delle normative nazionali di settore ovvero delle leggi regionali, od ancora dei regolamenti comunali, in materia di patrimonio culturale, per avere la conferma che i beni culturali immateriali non solo sono considerati e riconosciuti, ma vengono a qualificarsi come categoria di beni *extra* codice[3551].

A titolo esemplificativo vale richiamare, al riguardo, la recente legge 8 marzo 2017, n. 44[3552], che ha praticamente sanato il discrimine esistente tra i *siti* e gli *elementi* Unesco, estendendo *anche* agli *elementi* italiani inseriti nella Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale Immateriale dell'Unesco le misure di salvaguardia che la legge n. 77 del 2006 aveva adottato solo per i siti e per i beni materiali patrimonio dell'Unesco[3553].

Sul piano amministrativo tale riconoscimento comporta la redazione da parte del Mibact (ora Mibac) di appositi "piani di gestione" volti a garantire una gestione compatibile dei siti e degli elementi italiani Unesco ed un corretto rapporto tra flussi turistici e servizi culturali, al fine di assicurarne la conservazione e crearne le condizioni di valorizzazione[3554].

A ciò si aggiunge che lo Stato deve destinare specifiche "misure finanziarie di sostegno" agli elementi Unesco, come emerge chiaramente dalla recente emanazione della circolare n. 3 del maggio 2018 del Mibact (ora Mibac), in cui il Ministero sottolinea proprio la necessità di individuare specifici criteri e modalità di destinazione dei fondi con riferimento agli

[3550] Si ricorda che l'art. 52, comma 1 bis è stato oggetto di un contenzioso tra Stato e Regioni di fonte al giudice costituzionale. Si veda la sentenza n. 140 del 2015 in cui viene dichiarata fondata la questione di legittimità sollevata dalle regioni ricorrenti nei confronti degli artt. 2 bis e 4 bis del d.l. n.91 del 2013, introdotti dalla legge di conversione n. 112 del del 2013, e del art. 4, comma 1, del d.l. n. 83 del 2014 come convertito dalla legge 106 del 2014 (ambedue modificativi dell'art. 52 del codice dei beni culturali e del paesaggio), nella parte in cui non prevedono " l'intesa a garanzia della leale collaborazione fra stato e regioni". La pronuncia, solo apparentemente favorevole alle regioni ne ammette le estromissione, recuperandone (ma non adeguatamente) la partecipazione attraverso il concorso, sotto forma di intesa all'intervento dello stato. Si veda S. MABELLINI, *Un caso di "non prevalenza" della competenza statale che segna un ulteriore passo indietro per la potestà legislativa delle regioni*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1237 ss.

[3551] Cfr. G. SCIULLO, *Patrimonio e beni*, in C. BARABATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERARATA, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 35.

[3552] Si tratta della legge recante "Modifiche alla legge 20 febbraio 2006, n.77", relativa a "Misure speciali di tutela e fruizione dei *siti* e degli *elementi* italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella Lista del patrimonio mondiale, posti sotto la tutela UNESCO"

[3553] La legge n. 77 del 2006 "Misure speciali di tutela e fruizione dei siti italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella Lista del Patrimonio Mondiale, posti sotto la tutela UNESCO", ha visto modificare il suo titolo dall'art.1, c.1, lett. o), l. n.44 del 2017 in "Misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli *elementi* italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella Lista del patrimonio mondiale, posti sotto la tutela UNESCO".

[3554] I piani definiscono le priorità di intervento, le azioni esperibili per reperire risorse pubbliche e private, nonché le forme di collegamento con altri strumenti che perseguono finalità complementari.

ISSN 2279-7238

elementi del patrimonio culturale immateriale[3555]. Ed è proprio l'elemento finanziario che, come emerge dalla lettura degli atti parlamentari, ha determinato la scelta di limitare la normativa ai soli elementi Unesco, per la ragione che l'estensione a tutte le espressioni del patrimonio culturale immateriale avrebbe comportato un onere finanziario non sostenibile.

La considerazione che si può trarre da questa vicenda è che la legge n. 44 del 2017, pur avendo il merito di aver compiuto un primo passo verso l'adeguamento della normativa nazionale ai principi della Convenzione Unesco, non è riuscita a superare alcune criticità dovute al mancato riconoscimento di una categoria *tout court* di patrimonio culturale immateriale. Infatti la legge, riferendosi alle sole "eccellenze culturali", ha finito per avere una portata assai limitata, escludendo, in pratica, la maggior parte dei beni culturali immateriali del nostro paese. Non solo. La promozione di uno sviluppo territoriale legato alle c.d. eccellenze culturali con una concentrazione di risorse su territori già attrattivi di per sé rischia di alimentare le diseguaglianze territoriali già esistenti ed aggravare i fenomeni di c.d. "turismo insostenibile"[3556].

Ed ancora, il sistema delle liste Unesco prevede un *iter* delle candidature complesso, che vede nelle amministrazioni centrali i soli soggetti abilitati a relazionarsi con l'Unesco[3557]. Meccanismo di tipo accentrato che talvolta ha portato ad escludere, non senza sollevare forti dubbi, alcune tra le più note tradizioni italiane, ponendo in crisi quel legame tra "tradizioni e comunità" sancito sia dalla Convenzione Unesco del 2003 che dalla

[3555] Si veda Circolare n. 3 del 2018 del Segretario generale del ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo "criteri e modalità di erogazione dei fondi destinati alle misure di sostegno per gli elementi del patrimonio culturale immateriale previste dall'articolo 4 della legge 20 Febbraio 2006, n. 77 recante misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella lista del Patrimonio Mondiale posti sotto la tutela dell'Unesco".

[3556] Riflessioni ulteriori porterebbero infatti a verificare se effettivamente un turismo costruito sull'eccellenze immateriali ha la capacità di attivare un vero e proprio sviluppo dei territori di riferimento, che ricomprenda oltre allo sviluppo turistico, un più generale sviluppo economico e soprattutto sociale. Penso ai casi del c.d. "turismo insostenibile" che rende invivibili i territori per le comunità locali, diventando, quindi, distruttivo per il tessuto urbano delle città. Un esempio concreto di questi effetti distruttivi è rappresentato da Venezia, cfr. E. GALLI DELLA LOGGIA, *Così il turismo è come veleno. Lo Stato salvi Venezia e l'Italia*, in *Il corriere della sera*, 15 febbraio 2017. Considerazioni ulteriori riguarderebbero poi la qualificazione di "particolari" centri storici quali patrimonio culturale immateriale. Cfr. M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, 1, 2014.

[3557] L'iter di candidatura prevede la compilazione, in bozza, di un apposito formulario reperibile sul sito Unesco (ich.unesco.org) e il suo invio alla Commissione Nazionale Italiana per l'Unesco (CNIU), che successivamente procede ad inoltrare la domanda al Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e ad eventuali altre Amministrazioni competenti per una valutazione di merito e per il successivo perfezionamento del dossier di candidatura, che può richiedere anche tempi molto lunghi, soprattutto per quanto riguarda la procedura di inventariazione dell'elemento. Il Consiglio Direttivo della CNIU, al quale siedono anche i Ministeri competenti, ogni anno entro il 20 marzo seleziona la candidatura da presentare entro il 31 marzo a Parigi, presso il Segretariato dell'*Intergovernmental Committee for the safeguarding of the intangible cultural heritage*, Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, per l'iscrizione nella Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale immateriale o in quella del Patrimonio Intangibile dell'Umanità che necessita di salvaguardia urgente o nel Registro delle Buone Pratiche. Il Segretariato entro il 30 giugno successivo avvia l'esame formale del dossier, dando tempo fino al 30 settembre per integrare la documentazione macante o non idonea. La fase successiva prevede, entro il mese di dicembre, l'esame delle candidature da parte dell'Organo di Valutazione che, successivamente, tra aprile e giugno emana la decisione finale, rendendola nota almeno quattro settimane prima della riunione annuale del Comitato Intergovernativo. Nel corso di questa riunione annuale, che si tiene, generalmente, tra novembre e dicembre, il Comitato valuta le proposte dell'Organo di Valutazione e prende le decisioni finali, iscrivendo o respingendo gli elementi candidati nelle rispettive Liste. Si ricorda che le candidature trasmesse alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'UNESCO o direttamente ai Segretariati delle Convenzioni e dei Programmi UNESCO senza l'osservanza della procedura sopraindicata sono considerate nulle.

ISSN 2279-7238

Convenzione di Faro del 2005[3558]. Emblematico, al riguardo, è il caso del Palio di Siena, la cui candidatura non è neppure giunta alla "valutazione" della Commissione Unesco, essendo stata esclusa *a priori* dal Ministero dato che "non tutte le amministrazioni presenti nel gruppo di lavoro interministeriale per l'Unesco hanno dato il proprio formale assenso" (così nella nota del Ministero)[3559]. Ciò non toglie che il Palio rappresenti senz'altro un'eccellenza culturale, e mantenga intatto il proprio valore sociale ed economico di bene culturale immateriale.[3560].

In tale scenario occorre però ricordare che, nel complesso sistema delle candidature Unesco, l'Italia si è imposta all'attenzione internazionale, come primo concreto caso di candidatura "in rete" a livello nazionale[3561].

In sostanza, in assenza di una legge generale sul patrimonio culturale immateriale, il parlamento, durante le ultime legislature, si è trovato spesso a discutere importanti leggi di settore nella materia del patrimonio culturale immateriale[3562]. Basti pensare alla proposta di legge, attualmente in discussione alla Camera sulla "Promozione, sostegno e valorizzazione dei cortei in costume, delle rievocazioni e dei giochi storici"(A.C. n.66/2017), che, se approvata, andrebbe a "sanare" anche la conflittuale situazione che ha interessato il Palio di Siena, escluso a priori dalla procedura delle candidature Unesco.

A queste si sono aggiunti poi numerosi interventi normativi indirettamente - e parallelamente – integrativi della disciplina del patrimonio culturale immateriale, nel senso

[3558] È il caso della Giostra del Saracino di Arezzo, perché la corsa del cavaliere cristiano con la lancia contro il buratto (rappresentante il nemico saraceno) non sarebbe in linea con il dialogo interculturale.

[3559] Si ricorda che la Commissione Nazionale Italiana per l'Unesco è stata Istituita con Decreto interministeriale 11 febbraio 1950 (Istituzione della Commissione Nazionale per l'educazione, la Scienza e la Cultura), e riformata da ultimo con Decreto del Ministero degli Affari Esteri n. 4195 del 24 maggio 2007.

[3560] Ed infatti, "a Siena non se ne sono curati più di tanto, hanno ritenuto di fare a meno dell'iscrizione nella lista Unesco e di conservare il loro Palio". Così G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, n.1, 2014

[3561] V. LAPICCIRELLA ZINGARI, *Il paradigma dell'intangible cultural heritage*, in *Treccani*, 2015. L'A. ricorda come la candidatura italiana della Rete delle grandi macchine a spalla, che ha riunito quattro comunità locali (Palmi, Viterbo, Nola, Sassari), si è imposta all'attenzione internazionale come primo caso di candidatura a rete a livello nazionale. Un esempio di candidatura a rete a livello internazionale è invece quello della Dieta mediterranea, che ha riunito Spagna, Italia, Grecia e Marocco.

[3562] In proposito, si ricorda che in dottrina vi è chi (addirittura) fa rientrare tra le leggi statali che salvaguardano il patrimonio culturale immateriale anche il Codice sulla proprietà industriale, dato che questo prevede che "anche le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio"(art. 19, comma 3, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, recante il "Codice della proprietà industriale")", sottolineando che "l'art. 19 è contenuto non in una normativa organica sul patrimonio culturale, come il Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma in una tutt'altra normativa, il Codice della proprietà industriale". Così G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali*, op. cit. *Contra* A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, n. 1, 2014 "Analoghe riserve paiono configurarsi per l'applicabilità ai beni de quo della disciplina del Codice della proprietà industriale, decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, dove all'art. 19, comma 3, ha previsto che anche le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio. La lettera della norma parla di elementi grafici distintivi e non v'è chi non veda come ciò possa riferirsi soltanto ai beni culturali materiali. Come sarebbe possibile consolidare l'immagine di una rappresentazione, di una danza, o di una rievocazione storica, la cui mutevolezza è insita nella loro natura ontologica, perché la loro riproduzione seriale può essere simile, ma mai uguale e/o identica? Inoltre si configurerebbe anche qui un problema di proprietà: i beni immateriali appartengono alla comunità, a tutti ed a nessuno in particolare. Pertanto come potrebbe un ente pubblico ottenere la registrazione di un bene privo di titolare?".

ISSN 2279-7238

che tali interventi, pur essendo rivolti a disciplinare altri campi del sistema economico, sociale e culturale, contengono richiami (espliciti ed impliciti) alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale.

È questo il caso dell'art. 1, comma 185, della legge n. 296 del 2006, c.d. finanziaria 2007, che ha introdotto agevolazioni fiscali per tutti gli enti del Terzo settore "che operano per la realizzazione o che partecipano a manifestazioni di particolare interesse storico, artistico e culturale, legate agli usi ed alle tradizioni delle comunità locali". Norma che demanda al Ministro dell'economia e delle finanze la facoltà di individuare con proprio decreto l'elenco dei soggetti beneficiari in termini tali da determinare un onere complessivo non superiore a cinque milioni di euro annui.

Ed è stata sempre la finanziaria 2007 ad istituire all'art. 1, comma 627, il c.d. "Fondo nazionale per la rievocazione storica" destinato a Regioni e Comuni. Disposizione, questa, divenuta oggetto di un contenzioso tra Stato e Regioni, risolto dalla Corte costituzionale con la dichiarazione di incostituzionalità della norma[3563], nella parte in cui non prevedeva l'*intesa* con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'adozione del decreto del Mibact (ora Mibac) per la determinazione dei criteri di accesso al Fondo[3564]. Situazione successivamente "sanata" dal Ministero con l'acquisizione della relativa intesa[3565].

La rassegna dei principali interventi legislativi nazionali in materia di patrimonio culturale immateriale presenta, quindi, un quadro sicuramente interessante ma ancora disorganico ed incompiuto. E, a determinare questa situazione di precarietà, ha sicuramente concorso anche la mancata ratifica della Convenzione di Faro del 2005 che, analogamente a quanto accaduto per le limitazioni agli elementi Unesco, è stata determinata da problemi finanziari[3566].

È dunque evidente che l'adozione a livello internazionale della Convenzione di Faro, è stata considerata dai più "come parole in libertà destinate a non aver conseguenze operative né ad essere risolte..", come è avvenuto con l'art. 2, lett. c) del decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 62[3567], che qualifica i beni culturali come "espressioni di identità culturale collettiva", mentre restano però immutate le istituzioni, i ruoli, gli studi, i processi[3568].

[3563] Si veda sentenza Corte Costituzionale n. 71 del 2018

[3564] Oggetto di intervento finanziario, come disposto dalla legge di stabilità 2017, saranno i progetti concernenti l'organizzazione e la promozione di eventi, feste, attività e iniziative di valorizzazione di beni culturali attraverso la rievocazione storica, anche al fine di implementare l'attrattività turistica del territorio a cui si riferiscono. Saranno sostenuti anche progetti «a carattere pluridisciplinare e/o di rete a carattere innovativo nei territori regionali e/o interregionali» che favoriscano forme di aggregazione e integrazione con altri sistemi territoriali. Il tutto fino a un massimo di 40 progetti per ogni annualità, per un importo complessivo di due milioni di euro per ciascuno degli anni 2017, 2018 e 2019.

[3565] Si veda Decreto del Mibac n. 345 del 3 agosto 2018 recante "criteri di accesso al fondo per la rievocazione storica".

[3566] Si rinvia ai lavori parlamentari A.S. 257 e A.S. 702, anche se sembra che l'*iter* di approvazione stia per giungere alla sua conclusione, e che a metà dicembre 2018 sia stato presentato in 3° commissione al Senato un testo unificato dei due disegni legge di ratifica della Convenzione di Faro.

[3567] D. Lgs. 26 marzo 2008, n. 62, "Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali".

[3568] M. MONTELLA, *Intervento*, in P. FELICIATI (a cura di), *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del convegno di studi in occasione del 5° anno della rivista* (Macerata, 5-6 novembre 2015), Macerata, 2016, 13-17, in part. 14.

ISSN 2279-7238

Se a livello di legislazione nazionale l'atteggiamento è quello descritto, diversa si rivela la legislazione regionale. Infatti, nonostante l'assenza di una legge nazionale in materia, molte regioni si sono attivate richiamandosi alla copertura costituzionale che riconosce quale materia di competenza "concorrente" la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e la promozione e l'organizzazione di "attività culturali".

Per questa ragione sarebbe stato opportuno che il legislatore nazionale, in un settore così importante per lo sviluppo economico, sociale e culturale della nazione, invece di formulare solo norme specifiche e per di più, inserite in leggi di settore, avesse, almeno, approvato una disciplina a carattere generale al fine di individuare i principi fondamentali (una c.d. legge cornice), cui ricondurre le leggi regionali, come previsto dalla Costituzione per le materie di legislazione concorrente.

Viceversa, l'assenza di una legge cornice, ha indotto le regioni, di fronte alla crescente affermazione e al crescente riconoscimento del patrimonio culturale immateriale quale motore di sviluppo economico e sociale, a dar vita a misure di salvaguardia assai differenziate sull'intero territorio nazionale che potremmo ricondurre a due modelli: uno generalista, riferito a tutti i beni culturali immateriali presenti sul territorio[3569], e uno settoriale, riferito a specifiche tipologie di beni culturali immateriali identificativi di quel territorio[3570].

Vero è che l'interesse per il patrimonio culturale immateriale rappresenta un *fil rouge* di tutti gli Statuti regionali che, con enunciazioni pressoché similari, individuano tra le proprie finalità principali, la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e culturale dei loro territori, nonché la cura delle distinte *identità culturali* che trovano nelle manifestazioni storiche e nell'espressione delle tradizioni locali un "elemento identitario" di alta riconoscibilità.

In alcuni casi, poi, le regioni si sono mosse esclusivamente per via amministrativa, come è accaduto nella regione Sicilia, che, con un semplice decreto assessoriale, ha istituito il Registro delle eredità immateriali di Sicilia (R.E.I.), con il fine di individuare, tutelare e valorizzare, l'eredità orale e culturale immateriale della Regione[3571].

Infine la salvaguardia dei bei culturali immateriali ha trovato riconoscimento anche nel variegato sistema delle autonomie locali, in quanto la diffusione e la molteplicità dei beni culturali immateriali fa sì che l'individuazione e le connesse misure di valorizzazione

[3569] Si veda l. r. Lombardia n.27 del 2008 "Valorizzazione del patrimonio culturale immateriale".

[3570] Si pensi alla l.r. Puglia del 22 ottobre 2012, n. 30 concernente "Interventi regionali di tutela e valorizzazione delle musiche e danze popolari", od ancora alle tantissime leggi regionali che tutelano i dialetti e/o le lingue minoritarie presenti su tutto il territorio nazionale (v. l.r. Piemonte 7 aprile 2009, n. 11 "Tutela, valorizzazione e promozione del patrimonio linguistico del Piemonte"; l.r. Emilia-Romagna 7 novembre 1994, n. 45 "Legge per la tutela e valorizzazione dei dialetti dell'Emilia-Romagna"; l.r. Sardegna 15 ottobre 1997, n. 26 "Promozione e valorizzazione della cultura e della lingua della Sardegna"; l.r. Lazio 21 febbraio 2005, n. 12 "Tutela e valorizzazione dei dialetti di Roma e del Lazio"; l.r. Veneto 13 aprile 2007, n. 8 "Tutela, valorizzazione e promozione del patrimonio linguistico e culturale veneto";…).

[3571] Decreto n.77 del 2005 dell'Assessore regionale dei Beni Culturali, Ambientali e della Pubblica Istruzione, adottato sulla base delle ll.rr. n.80/1977 e n.116/1980, che gli affidano la promozione delle più idonee attività culturali per valorizzare il patrimonio dell'isola. Registro riformato da ultimo con D.A. n.571/2014 e che è composto dai seguenti libri: Celebrazioni, Feste e Pratiche Rituali; Mestieri, Saperi e Tecniche; Dialetti, Parlate e Gerghi; Pratiche Espressive e Repertori Orali; Tesori Umani Viventi; Spazi Simbolici.

ISSN 2279-7238

debbano essere "naturalmente" di competenza della comunità in cui germinano e di cui costituiscono elementi valoriali ed identitari. Prospettiva che, invero, ha alimentato l'idea che la salvaguardia di tale patrimonio radichi "nell'*humus* dei vari territori" [3572].

Ed una conferma di tale attenzione la si può ricavare proprio dalle diverse esperienze locali che, nel predisporre una espressa normazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani e per l'attuazione del baratto amministrativo [3573], hanno previsto quale attività di partecipazione attiva dei cittadini singoli e associati *anche* la salvaguardia di beni culturali immateriali[3574].

Le considerazioni che precedono portano, dunque, a riconoscere che, nonostante la latitanza del codice dei beni culturali, i beni culturali immateriali hanno trovato nel nostro ordinamento una base giuridica riferita o al patrimonio di beni culturali immateriali individuato e certificato a livello sovra-nazionale, le c.d. "eccellenze Unesco", o al patrimonio culturale immateriale riconosciuto in modo "aperto" e "meno formale", in specifiche leggi statali a carattere settoriale, o in leggi regionali, o ancora in regolamenti comunali.

5. Uno "sguardo" all'ordinamento spagnolo

A differenza dell'ordinamento italiano quello spagnolo si distingue per aver adottato, anche molto prima della Convenzione Unesco 2003, una legislazione in materia di patrimonio culturale immateriale. Infatti, richiami, seppur appena accennati, al patrimonio culturale immateriale, si rintracciano già nel *Real Decreto-ley de 9 de agosto de 1926, sobre protección, conservación y acrecentamiento de la riqueza artística*, che contemplava i valore del «*típico*» e del «*pintoresco*».

Ma è la Costituzione spagnola del 1978 a dotare il patrimonio culturale immateriale di un esplicito e fondamentale ancoraggio giuridico "pionero en el contexto constitucional

[3572] Così G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 1, 2014.

[3573] Per approfondimenti sulla differenza tra c.d. regolamenti dei beni comuni e i regolamenti sul baratto amministrativo si rinvia a F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, in F. GIGLIONE; F. DI LASCIO (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, 209-240. In proposito del rapporto tra Regolamenti Urbani e tradizioni delle comunità, si veda C. IAIONE, *Città e beni comuni*, in G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, 2012, 109 - 150, in part. 109, in cui l'A. riflettondo sul rapporto tra cittadino e comunità si interroga su "dove può una persona coltivare il proprio senso di appartenenza a una comunità, contribuire ad arricchire la sua *identità* con le proprie capacità e passioni, *partecipare delle sue tradizioni*?".

[3574] Indicative di questa attenzione sono le deleghe dei vari assessori comunali presenti sul territorio italiano, seppur con diciture diverse: "tradizioni storiche", "memoria storica", "rievocazioni storiche", "manifestazioni locali", "…". Per approfondimenti su baratto amministrativo e beni culturali immateriali sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Il baratto amministrativo e la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale: una ipotesi da esplorare* – relazione al Convegno Nazionale Aipda 2018 "Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione", Reggio Calabria 4-6 ottobre 2018, in *www.aipda.it*.

ISSN 2279-7238

europeo"[3575], gettando le basi per il principale riferimento legislativo che ha dato avvio al percorso di tutela dei beni culturali immateriali nell'ordinamento spagnolo: la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* .

A venire in rilievo, al riguardo, è lo stesso preambolo della Costituzione che individua, tra le finalità della Nazione spagnola, quella di proteggere tutti gli spagnoli e i popoli della Spagna nell'esercizio dei diritti umani, delle loro "*culture e tradizioni"*, delle lingue e istituzioni. Altrettanto espressivo è poi l'articolo 3.3, quando dichiara la "diversità linguistica spagnola" come un bene che deve essere protetto come patrimonio culturale: "la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural, que será objeto de especial respeto y protección".

Ed altrettanto emblematico è l'art. 46 che, nell'affermare che i poteri pubblici garantiranno la conservazione e la promozione del "patrimonio storico, culturale e artistico", introduce un concetto più ampio di quello tradizionale di patrimonio storico-artistico, aggiungendo il riferimento al "valore culturale", estendendo così gli ambiti di protezione anche al patrimonio culturale immateriale.

Ed ancora l'art. 149.2 che dispone che lo Stato debba considerare il servizio della cultura ("tutta") come un dovere e un'attribuzione "essenziale", da svolgere in accordo con le *Comunidades Autónomas*.

È in questo "terreno fertile" che si inserisce la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, legge che non si riferisce esclusivamente al patrimonio culturale immateriale, ma che introduce la nozione di *Patrimonio Histórico Español*, che si identifica con "los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, … el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Asimismo … los bienes que integren el *Patrimonio Cultural Inmaterial* …".

Una nozione ampia quella del *Patrimonio Histórico Español*, di cui fanno parte, quindi, sia i beni culturali materiali (mobili e immobili) che immateriali. Beni, questi ultimi, che la legge individua come un insieme eterogeno di conoscenze e attività sottoposto ad una specifica condizione, essere o essere stato *"expresión relevante de la cultura tradicional* del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales".

Così l'ordinamento spagnolo vede concretizzare, a circa 20 anni di distanza, quel "tentativo" avviato in Italia nel 1967 dalla c.d. Commissione Franceschi, e poi teorizzato da Giannini nel 1976, di adottare una "categoria aperta" di beni culturali *tout court*, il cui *trait d'union* è rappresentato dall'essere espressione di quel "*valore ideale di civiltà*", elemento "immateriale" qualificante tutti i beni culturali[3576].

[3575] L. LABACA ZABALA, *Las festividades religiosas: "Manifestaciones rapresentativas del Patrimonio Cultural Inmaterial"*, in RIIPAC. *Revista sobre Patrimonio Cultural, Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial*, 8, 2016, 3 ss.
[3576] M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 24.

ISSN 2279-7238

In realtà la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, se si è meritata il successo mediatico di aver dato "voce" per prima in europea a quel processo evolutivo che stava interessando le politiche culturali, ampliandone il riferimento anche al patrimonio culturale immateriale, non è stata altrettanto innovativa dal punto di vista sostanziale, ossia della "salvaguardia", in quanto non individuava misure idonee ad un vero e proprio processo di valorizzazione dell'elemento immateriale, richiamandosi ai tradizionali meccanismi di tutela adottati per i beni archeologici, architettonici e storico artistici, che mal si addicevano, o meglio non sufficienti per tutelare beni di natura mutevole[3577].

Più o meno analoghi sono stati i limiti che hanno interessato lo sviluppo della salvaguardia del patrimonio culturale immateriale a livello di *Comunidades Autónomas*. Ed infatti, a fronte di un forte attivismo sia a livello legislativo che statutario delle *Comunidades Autónomas*, il tutto si è risolto in enunciazioni di principio sul riconoscimento dell'importanza del patrimonio culturale immateriale quale elemento identitario e di diversità culturale delle singole comunità, senza alcun riscontro in specifiche misure amministrative e finanziarie volte ad una reale opera di salvaguardia. Al più, le singole *Comunidades Autónomas,* hanno dato vita all'introduzione di specifiche misure di salvaguardia, con il riconoscimento di finanziamenti *ad hoc* per specifici elementi identitari (dal *flamenco* in Andalusia alla festa di *San Fermín* di Pamplona).

In altre parole, anche le legislazioni delle *Comunidades Autónomas* sono andate attestandosi sulla falsariga dalla legge nazionale: mancata previsione di appositi strumenti di salvaguardia, in quanto considerata attività "statica" e non dinamica, circoscrivibile entro l'ambito di attività di ricerca, documentazione scientifica, registrazione e raccolta[3578].

È in questo quadro che si inserisce la Convenzione Unesco del 2003 che, ponendo l'accento sulla funzione di "salvaguardia", evidenzia la necessità di forme di valorizzazione *ad hoc* per il patrimonio culturale immateriale, tali da individuare come presupposto imprescindibile il *coinvolgimento* della società in questo processo dinamico "che trasforma il ricordo in memoria collettiva, il senso di appartenenza civica in identità"[3579].

È evidente che l'affermazione di un modello di "partecipazione comunitaria" non poteva che interessare in particolar modo proprio le *Comunidades Autónomas*, quali enti espressione di specifici radicamenti culturali, talvolta (addirittura) in contrasto con quelli dello Stato centrale. Ed è pure evidente che tale partecipazione comunitaria conteneva, *in nuce*, elementi di conflittualità tra Stato e *Comunidades Autónomas*, ed in particolare tra Stato e *Generalitat de Catalunya,* che hanno poi caratterizzato tutto l'*iter* evolutivo che ha interessato l'adozione della Convenzione Unesco 2003 nell'ordinamento spagnolo. Il conflitto è andato, infatti, a strutturarsi intorno al riconoscimento o meno di un elemento noto e controverso della

[3577] La legge individua solo misure per lo studio e la documentazione scientifica dei beni "a rischio di estinzione", disponendo forme di tutela al sostrato materiale ad esse collegato.

[3578] Cfr. J.F. GABARDÓN DE LA BANDA, *La tutela del patrimonio cultural inmaterial en España: la ley para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial*, in *Anuario Jurídico Económico Escurialense*, XLIX, 2016, 282 ss.

[3579] S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, in *DPCE Online,* n. 3, 2018, 611.

ISSN 2279-7238

cultura iberica, ossia quello della tauromachia in generale e, in particolare, quello della *corrida de toros*.

Specificatamente la vicenda è riconducibile alla Ley n. 28/2010 della *Comunidad Autónoma Catalana* con cui veniva proibito l'esercizio delle corride di tori[3580] , in un contesto normativo che però era finalizzato alla protezione degli animali[3581]. Ma era evidente che tali disposizioni limitative si ponevano come "emblema" di quei movimenti separatistici e autonomistici che hanno contrassegnato (e tutt'ora caratterizzano) la storia della Catalogna. La legge assumeva, quindi, una netta valenza identitaria, essendo il toro l'animale-simbolo della Spagna, tanto più che la legge si presentava anche come il frutto di una iniziativa legislativa popolare, quasi a ricordare lo stretto legame tra crisi politica e crisi culturale-sociale[3582].

Come è noto, la reazione dello Stato spagnolo è stata altrettanto "identitaria": nel tempo che veniva sollevata la questione di fronte al *Tribunal constitucional*, si dava avvio alla discussione di un disegno di legge (anche in questo caso popolare) volto a dichiarare la tauromachia come "*patrimonio cultural español*". Disegno di legge che è stato approvato con la *Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural*, quando ancora pendeva la decisione di fronte al *Tribunal constitucional*.

Così, in Spagna, l'attuazione della Convenzione Unesco ha preso avvio da una legge settoriale, nata dall'esigenza di "delimitar la Tauromaquia como parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional. Esto trae como consecuencia, en un marco de colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas, un deber general de protección y, a su vez, unas medidas de fomento y protección en el ámbito de la Administración General del Estado", risolvendo così sul nascere le future conflittualità tra Stato e *Comunidades Autónomas* in materia.

Restava, invece, ancora aperta la questione tra Stato e *Comunidad Autónoma Catalana*, posto il carattere irretroattivo della Ley 18/2013; questione che ha trovato la sua risoluzione nella sentenza n. 177/2016 del *Tribunal Constitucional* che ha dichiarato incostituzionale la legge catalana in quanto frutto di una "invasione" di competenze. In particolare il *Tribunal Constitucional* ha sostenuto che tale legge andava ad invadere la competenza esclusiva statale in materia di «difesa del patrimonio culturale» (art. 149.1.28, Cost. spagnola), ed in particolare la competenza concorrente relativa al «servizio della cultura» (art. 149.2)[3583].

[3580] *Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008*. Per approfondimenti F. LAUS, *La tauromachia nella recente legislazione spagnola: un bene immateriale del patrimonio culturale da valorizzare e tutelare*, in *Aedon*, 2, 2015.

[3581] Si veda a sostegno della tesi che la Ley n. 28/2010 si inserisce in un ben preciso quadro ideologico riferibile al movimento ecologista e animalista, A. MULÀ ARRIBAS, *Ética animal. La iniciativa legislativa popular de abolición de las corridas de toros en Cataluña*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 2010, 27 ss.

[3582] Sarebbe "una grande ipocrisia sostenere che la decisione catalana non abbia niente a che vedere con la difesa di una presunta identità catalana, contro un'altra presunta identità spagnola di cui il toro è simbolo". Così F. DE CARRERAS, *A toro pasado*, in *La Vanguardia*, 5 agosto 2010.

[3583] Per un'analisi in dettaglio di tale pronuncia, sia consentito il rinvio a F.E. GRISOSTOLO, *La tauromachia come arena di scontro sulle competenze nel Estado autonómico. A prima lettura della Sentenza del Tribunal Constitucional n. 177/2016*, in *DPCE Online*, n. 1, 2017, 155 ss.

ISSN 2279-7238

Competenze che, comunque, riconoscono allo Stato il potere di disciplinare il patrimonio statale "comune" a tutto il popolo spagnolo, posto che nell'ordinamento spagnolo, per competenza "concorrente" si intende il riconoscimento, nella stessa materia, sia della competenza statale sia di quella autonomica (ordinate al fine comune della tutela dei valori costituzionali), a differenza dell'ordinamento italiano ove è previsto un riparto competenziale verticale basato sul dualismo legge statale di principio leggi regionali di dettaglio[3584].

Vero è che l'adozione della Ley 18/2013 ha cambiato i parametri di riferimento normativo, dando una "rilettura" al riparto di competenze tra Stato e *Comunidades Autónomas* secondo la quale la concreta adozione di una legge statale di protezione della tauromachia, quale la legge del 2013, ha praticamente "materializzato", secondo l'interpretazione data dal *Tribunal Constitucional*, le competenze statali in materia di cultura, e più specificamente quelle relative alle corride[3585]. In altre parole, la dichiarazione della tauromachia come patrimonio culturale ad opera della legge statale del 2013, ha finito per incidere sugli spazi di intervento del legislatore autonomico, in quanto la lettura data dal *Tribunal Constitucional*, ha comportato il riconoscimento alle leggi statali, pur non facenti formalmente parte del blocco di costituzionalità e non costituendo parametro «diretto» di costituzionalità, di «essere considerate come un elemento aggiunto di analisi» (STC 122/2014, del 17 luglio)[3586].

È evidente che, al di là dell'importanza rivestita dalla ley 18/2013, questa rappresenta pur sempre una legge di settore. E questo spiega le ragioni che hanno indotto il governo spagnolo ad attuare la Convenzione con la *Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, che rappresenta il "punto di arrivo" del percorso di attuazione della Convenzione Unesco in Spagna [3587]. Si tratta di una legge organica che mira a disciplinare il patrimonio culturale immateriale in "tutte" le sue espressioni[3588].

Ed infatti, l'art. 2 "Concepto de patrimonio cultural inmaterial" ripropone l'elencazione di cui all'art. 2 della Convenzione Unesco, ampliandone tra l'altro le specificazioni ad alcune espressioni "identificative" del territorio spagnolo, quali la gastronomia, le elaborazioni culinarie e alimentari; gli utilizzi specifici dei paesaggi naturali; le forme di socializzazione collettiva; le manifestazioni sonore, musicali e la danza tradizionale.

[3584] Si veda Sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 122 del 17 luglio 2014.

[3585] Sentenza del Tribunal Constitucional n. 177 del 2016

[3586] Così F.E. GRISOSTOLO, *La tauromachia come arena di scontro sulle competenze nel Estado autonómico*…, op.cit., 159.

[3587] *Disposición final primera* della *Ley 18/2013* "*Reformas normativas y desarrollo reglamentario*" secondo la quale *"en el plazo máximo de tres meses desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno impulsará las reformas normativas necesarias para recoger, dentro de la legislación española, el mandato y objetivos de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO"*. Per approfondimenti si veda, *ex multis*, J.F. GABARDÓN DE LA BANDA, *La tutela del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: la Ley para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, in *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIX, 2016, 275 ss.; L. MELLADO RUIZ, M.L. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, *Patrimonio Cultural Inmaterial*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 3, 2015, 199 ss.

[3588] Specificatamente la legge è articolata in IV Titoli: il primo di carattere definitorio, il secondo, dedicato alla disciplina generale del PCI, il terzo, che prevede i poteri dell'Amministrazione statale, e il quarto, che prevede gli strumenti di cooperazione.

ISSN 2279-7238

A conferma degli elementi identificativi del patrimonio immateriale individuati dalla Convenzione Unesco, la legge sembrerebbe evidenziare la centralità del "principio di partecipazione" delle comunità portatrici del patrimonio culturale immateriale.

Il condizionale però è d'obbligo, poiché un'analisi della normativa da un punto di vista sostanziale, vale a dire al di là delle enunciazioni di principio, fa emergere che la legge del 2015 si configura come fortemente accentratrice delle competenze in materia di patrimonio culturale immateriale. La riprova si ricava dalla semplice lettura del Titulo III "*Competencias de la Administración General del Estado*", che affida, seppur in "colaboración con las Comunidades Autónomas", alla "Administración General del Estado", per il tramite del "Ministerio de Educación, Cultura y Deporte", le tre principali funzioni relative alla politica culturale in materia di patrimonio immateriale, ovvero il *Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (art. 13), *l'Inventario General de Patrimonio Cultural Inmaterial* (art. 14), la *Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial* (art. 12).

In particolare il *Plan Nacional* è approvato dal Governo, su proposta del *Ministerio de Educación, Cultura y Deporte*, e rappresenta lo strumento di gestione e cooperazione tra l'amministrazione dello Stato generale, le comunità autonome, le autorità locali e gli altri enti pubblici o privati. A tal fine il *Plan* individua i criteri e le metodologie di azione e di lavoro essenziali per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, consentendo l'interrelazione tra i diversi soggetti interessati[3589].

L'*Inventario*, gestito dal *Ministerio de Educación, Cultura y Deport,* si inserisce nel c.d. sistema degli inventari previsto dalla Convenzione Unesco 2003 presente in quasi tutti gli ordinamenti europei ed anche extra europei, costituendo, quindi, lo strumento di "individuazione" di "tutti" gli elementi del patrimonio culturale immateriale, secondo le indicazioni fornite sia dallo Stato che dalle varie *Comunidades Autónomas*.

La *Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial* adottata dall'Amministrazione statale, è dunque espressione di un potere molto penetrante nei confronti delle *Comunidades Autónomas*, posto che questa, contemporaneamente alla natura dichiarativa, si concretizza nell'adozione di una serie di "medidas de salvaguardia".

Non solo. Secondo il disposto dell'art. 12 la Dichiarazione può essere adottata in una casistica così ampia da alimentare l'idea che il potere di scelta su quali elementi includere nel patrimonio culturale immateriale sia demandato quasi esclusivamente all'Amministrazione statale[3590].

[3589] Inoltre individua i principali "rischi" e "minacce" a cui è esposto il patrimonio culturale immateriale spagnolo.

[3590] Di particolare ampiezza sono infatti, i casi nei quali può essere adottata la Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, e specificatamente quando: a) i "beni" da tutelare superino l'ambito territoriale di una Comunidad Autónoma e non esista uno strumento di coordinamento fra le Comunidades Autónomas interessate; b) su richiesta di una Comunidad Autónoma; c) quando la considerazione complessiva del bene oggetto di salvaguardia richieda per la sua specifica comprensione una considerazione unitaria di questa tradizione condivisa, oltre a quella che possa ricevere in una o in varie Comunidades Autónomas; d) quando il bene abbia ad oggetto manifestazioni culturali che siano associate o vincolate a servizi pubblici di competenza statale o a beni del Patrimonio Nazionale; e) quando posseggano una speciale rilevanza internazionale per la comunicazione culturale o sia espressione di storia condivisa con altri paesi (art. 12, comma 1).

ISSN 2279-7238

Ed infatti, anche se il procedimento risulta indirizzato ad istanze partecipative laddove prevede una fase di informazione pubblica, non risulta affatto chiara come tale informazione pubblica concretizzi la partecipazione delle comunità. Manca in sostanza un riferimento all'incidenza, nel procedimento, delle audizione delle comunità portatrici dei beni e dei titolari di diritti reali sui beni materiali associati, come pure uno specifico riferimento all'intervento degli enti territoriali, nonché all'acquisizione dei pareri del *Consejo del Patrimonio Histórico*, degli organi consultivi specializzati nella materia e degli organi competenti delle *Comunidades Autónomas*. Il tutto, sembra, infatti, risolversi, in un mero "diritto di ascolto" o nell'emanazione di pareri di natura non vincolante.

In definitiva, l'ordinamento spagnolo, seppure oggi possa essere preso a riferimento come modello di legislazione organica in materia di patrimonio culturale immateriale, tuttavia, si contraddistingue per una interpretazione "centralista" della Convenzione Unesco, contravvenendo a quella *conditio sine qua non* che prevede, per la qualificazione del patrimonio culturale immateriale, la compresenza di tre requisiti, quello della intangibilità, quello della riferibilità alla "comunità" e quello della "partecipazione comunitaria".

È dunque evidente che anche l'assetto legislativo spagnolo richiederà, con molta probabilità, futuri "ritocchi" legislativi, volti a completare quel riconoscimento ineludibile tra comunità di riferimento e patrimonio culturale immateriale.

L'occasione potrebbe essere data dalla necessaria ratifica della Convenzione di Faro, firmata solo nel 2018 dallo Stato Spagnolo[3591].

6. Riflessioni conclusive e prospettive de iure condendo

Volendo prospettare alcune riflessioni conclusive sul patrimonio culturale immateriale nell'ordinamento italiano, è innanzitutto possibile rilevare che, di fronte ad un codice dei beni culturali che non considera e non tutela il patrimonio culturale immateriale, la categoria ha trovato un ben determinato spazio giuridico fuori da questo, qualificandosi quindi come categoria *extra* codice.

Vero è che l'interesse per la Convenzione Unesco 2003, per quella di Faro del 2005 e per le politiche europee ha dato vita ad un "*millefleur*" di interventi normativi, interessando fonti di rango primario e secondario: dalla legislazione nazionale a quella regionale, dai regolamenti comunali a specifici provvedimenti amministrativi.

A fare da cornice e da supporto a questo quadro normativo eterogeneo concorre anche l'elaborazione dottrinale che, rifacendosi alle teorie che affermavano l'esistenza di beni culturali immateriali consistenti in "mere attività"[3592], ha portato ad operare un distinguo

[3591] Firma che è avvenuta durante il primo incontro del c.d. "The Faro Way" (l'accordo sottoscritto dalla Commissione europea- Dg EAC- e dal Consiglio d'Europa per la promozione congiunta della c.d. Convenzione di Faro) svoltosi a Madrid tra il 13 e il 14 dicembre 2018.

[3592]Per primo S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'Amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 177 ss.: "la ricostruzione dei beni culturali è tutta svolta con l'occhio alle *cose* che siano beni culturali: al fondo della concezione, c'è sempre una cosa oggetto di un diritto patrimoniale, e questo preconcetto lascia in ombra quei beni culturali i quali consistono di elementi materiali o immateriali indifferenti per il diritto interprivato, di diritti di libertà, di *mere attività*".

ISSN 2279-7238

tra beni culturali "in senso proprio" (quelli tutelati dal codice) e beni culturali di tipo "leggero"[3593], appunto i beni culturali immateriali. Il tutto al fine di ricondurre i primi (beni culturali materiali) nell'ambito della riserva di legge statale *ex* art. 117, c. 2, lett. s, cost., e di demandare i secondi (beni culturali immateriali) anche ad una normazione di livello locale, in quanto beni che, come ha affermato la Corte costituzionale[3594], trovano la propria *ratio* nel loro radicamento tradizionale-territoriale "*patrimonio identitario inalienabile, di idealità e di esperienze e perfino di simboli, di quella singola e specifica comunità*" [3595].

Ne consegue che la circostanza che una specifica cosa non venga classificata dallo Stato come di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, e dunque non venga considerata come bene culturale, non equivale ad escludere che essa possa, invece, presentare un qualche interesse culturale per una determinata comunità territoriale.

Il nostro ordinamento si è mosso, quindi, seguendo due linee di intervento, quasi a "diversificare" l'eterogeneo "contenitore" del patrimonio culturale immateriale. Quella dei beni culturali immateriali individuati e certificati a livello sovra-nazionale, le c.d. "eccellenze Unesco", e quella del patrimonio culturale immateriale riconosciuto in modo "aperto" e "meno formale", in specifiche leggi statali a carattere settoriale, o in leggi regionali, o ancora in regolamenti comunali.

È pur vero che il riferimento alla categoria "aperta" dei beni immateriali "non" Unesco, che racchiude in sé una molteplicità di beni culturali immateriali, diversi tra loro, più o meno noti, ma tutti espressione di elementi valoriali ed identitari delle comunità di riferimento, potrebbe dilatarsi fino a dissolvere il valore culturale, con possibili effetti di depauperamento delle tradizioni o snaturamento delle stesse dal loro ancoraggio identitario-comunitario.

È dunque evidente che anche la valorizzazione dei beni culturali immateriali "non" Unesco, per quanto riconducibile alle comunità di riferimento, e dunque agli enti territoriali, alla pluralità di formazioni associative (anche di categoria), ed in generale ai "soggetti" del terzo settore, dovrebbe trovare un ancoraggio giuridico in una legge organica di livello nazionale, come nel modello spagnolo.

L'esperienza spagnola ci insegna però che il processo di individuazione da parte del legislatore nazionale non è esente da rischi, posto che è facile "cadere in tentazione" e delineare un modello accentrato, che vede in capo all'Amministrazione centrale il potere di

[3593] C. VITALE, *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in (a cura di) L. CASINI, *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010, 176.

[3594] Cfr. Sent. Corte cost. n.194/2013.

[3595] Il ragionamento della Corte porta quindi a ritenere che "in tale contesto e solo entro certi limiti, al di fuori dello schema tutela/valorizzazione, la potestà legislativa delle Regioni può dunque legittimamente esercitarsi non già in posizione antagonistica rispetto allo Stato, ma in funzione di una salvaguardia diversa ed aggiuntiva: volta a far sì che, nella predisposizione degli strumenti normativi, ci si possa rivolgere – come la Corte cost. aveva già avuto modo di sottolineare (sent. n. 232/2005) – oltre che ai «beni culturali» identificati secondo la disciplina statale, e rilevanti sul piano della memoria dell'intera comunità nazionale, eventualmente (e residualmente) anche ad altre espressioni di una memoria "particolare", coltivata in quelle terre da parte di quelle persone, con le proprie peculiarità e le proprie storie" (sent. n. 194/2013). In generale per approfondimenti sul rapporto tra "cultura e governi territoriali", si veda (a cura di) C. BARBATI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Cultura e governi territoriali*, Napoli, 2015.

ISSN 2279-7238

individuare il patrimonio culturale immateriale (come succede nel caso della c.d. *Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial*).

In prospettiva, dunque, l'affermazione di una legge organica in tema di beni culturali immateriali dovrebbe, prima di tutto, rispondere ai principi derivanti dal diritto internazionale ed europeo, secondo quel processo evolutivo dei diritti amministrativi nazionali in virtù del loro inserimento nell'arena globale[3596], e pertanto fare proprio un nuovo modello di *welfare culturale* che vede come protagonisti, istituzioni, privati, fondazioni e terzo settore con l'obiettivo di definire politiche atte a concepire i processi culturali in maniera "partecipata".

Tale processo non può che trovare, almeno in un primo momento, la resistenza degli ordinamenti nazionali, dovuta soprattutto alla mentalità che lo statalismo del secolo scorso ha sviluppato. Un approccio del genere implica, infatti, la capacità da parte degli Stati di relazionarsi con l'idoneità del diritto del patrimonio culturale ad assumere valore paradigmatico per le "trasformazioni" del diritto amministrativo[3597], posto che qualsiasi riflessione che vada ad interessare le politiche culturali assume concretezza soltanto tramite la successiva azione amministrativa e, soprattutto, in presenza di una adeguata copertura finanziaria.

Le considerazioni sin qui svolte portano, pertanto, a constatare che la situazione italiana, a differenza di quella spagnola, è caratterizzata dalla mancanza di una chiara politica culturale sui beni culturali immateriali, anche se, l'assenza di una politica culturale, è comunque espressione di una politica che esprime, appunto, un ordine di priorità nella scala di valori[3598].

Vero è che sembra possibile sperare in una inversione di rotta delle politiche pubbliche in materia di beni culturali immateriali.

Il riferimento è alla proposta di legge presentata alla Camera il 12 maggio 2017 recante "Disposizioni concernenti la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale" (A.C. 4486).

Andando, infatti, ad analizzare il testo è evidente che la sua approvazione andrebbe a determinare una vera e propria "trasformazione" delle politiche pubbliche in materia. Infatti dalla lettura dell'A.C. n. 4486, emerge un approccio aperto e dinamico al patrimonio culturale immateriale. In particolare il testo tende ad affermare che la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (o intangibile) in "tutti" i suoi aspetti risponde ad un preciso obbligo internazionale, imposto da una serie di strumenti di *hard law* - quali la Convenzione UNESCO del 2003, la Convenzione UNESCO del 2005, la Convenzione di Faro 2005 - e che quindi il nostro Paese è chiamato a rispettare ponendo in essere, anche

[3596] Cfr. G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 330 ss. L'A. parla di "convergenza degli ordinamenti favorita dai poteri pubblici internazionali".

[3597] Sull'idoneità del diritto del patrimonio culturale ad assumere valore paradigmatico per le trasformazioni del diritto amministrativo, cfr. L. CASINI, *«Todo es peregrino y raro…»: Massimo Severo Giannini e i beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2015, 987; S. BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, 2007, 69 ss

[3598] O. CHESSA, *Cultura e Costituzione*, in *www.decamster.it*, 22.

ISSN 2279-7238

ai sensi dell'art 117, primo comma della costituzione, misure legislative, amministrative e finanziarie, soggette a un costante monitoraggio[3599].

Non solo. Il testo si distingue per la sua compiutezza, nel senso che le disposizioni in esso contenute, esprimono chiaramente un processo elaborativo della disciplina quale risultato del connubio tra le principali convenzioni internazionali e la legislazione spagnola in materia di patrimonio culturale immateriale[3600].

Quali i principali punti di forza della proposta?

Innanzitutto, data la settorialità e disomogeneità delle leggi statali e regionali esistenti in materia, il primo punto di forza è dato dall'intenzione, da parte del governo e del parlamento italiano, di colmare una grave lacuna dell'ordinamento, dando una risposta alla situazione di "incertezza giuridica" e "caos normativo" che attualmente riguarda il patrimonio culturale immateriale.

In secondo luogo, l'altro punto di forza riguarda la individuazione di strumenti e procedure *ad hoc* per il riconoscimento degli elementi del patrimonio culturale immateriale, con l'indicazione anche dei tempi e delle modalità per la loro salvaguardia. In questa direzione vanno, infatti, gli artt. 9 – 13 della proposta di legge, che introducono l'inventario nazionale del patrimonio culturale immateriale (art. 9)[3601], il Piano nazionale di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (art. 10)[3602], la Lista nazionale del patrimonio culturale

---

[3599] Si ricorda in proposito che mentre le due Convenzioni Unesco sono state entrambe ratificate dall'Italia (specificatamente la Convenzione dell'UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, adottata a Parigi il 17 ottobre 2003, è stata ratificata dall'Italia ai sensi della legge 27 settembre 2007, n. 167, e la Convenzione dell'UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata a Parigi il 20 ottobre 2005, è stata ratificata dall'Italia ai sensi della legge 19 febbraio 2007, n. 19), ad oggi la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, adottata a Faro il 27 ottobre 2005, è stata firmata dall'Italia ma non è stata ancora stata ratificata.

[3600] F. BASSANINI, *Relazione al XXII Congresso Nazionale delle Fondazioni di origine bancaria e delle Casse di risparmio spa*, Palermo 7 e 8 giugno 2012, in *www.acri.it*. L'A. pur riferendosi a tutto altro ambito, analizzando la questione della Società Cassa Depositi e Prestiti, modello già sperimentato da tempo in alcuni altri grandi Paesi europei, sostiene che saper "copiare in politica è una grande virtù... a condizione di copiare i modelli giusti, cioè quelli che hanno funzionato bene".

[3601] Secondo il dettato dell'art. 9 (Inventario nazionale del patrimonio culturale immateriale), "Il Ministero istituisce l'Inventario nazionale del patrimonio culturale immateriale, di seguito denominato «Inventario», ne assicura la custodia e il costante aggiornamento e garantisce l'accesso del pubblico alle informazioni in esso contenute. Nell'Inventario confluisce, attraverso strumenti digitali interattivi e nel rispetto degli standard internazionali per l'interoperabilità delle banche dati on line, la documentazione relativa agli elementi del patrimonio culturale immateriale contenuta in inventari, liste, registri e atlanti dello Stato, delle regioni e degli enti locali, completa di tutte le informazioni disponibili. L'Inventario costituisce la base per la formulazione del Piano nazionale di salvaguardia di cui all'articolo 10 e contribuisce a sensibilizzare comunità, gruppi e individui sui contenuti, sui significati e sul valore del patrimonio culturale immateriale, coinvolgendoli direttamente nei processi di identificazione, definizione e descrizione dei suoi elementi. Le procedure e le modalità di inventariazione partecipativa del patrimonio culturale immateriale sono stabilite con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, d'intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sentito l'Osservatorio. Sono escluse dall'Inventario le descrizioni di aspetti sensibili del patrimonio culturale immateriale qualora ne facciano motivata richiesta le comunità, i gruppi o gli individui che ne sono portatori. In tal caso, con il consenso informato degli interessati, gli stessi possono essere indicati nell'inventario come custodi dei relativi saperi. Per il conseguimento delle finalità e nel rispetto dei princìpi stabiliti dalla presente legge, le regioni possono istituire inventari partecipativi regionali del patrimonio culturale immateriale. Conformemente a quanto previsto dall'articolo 12, paragrafo 2, della Convenzione, le informazioni rilevanti sull'Inventario e sugli inventari partecipativi regionali sono inserite, a cura del Ministero, nel rapporto di cui all'articolo 17 della presente legge".

[3602] Secondo il dettato dell'art. 10. (Piano nazionale di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale), "Lo Stato, le regioni e gli enti locali definiscono d'intesa le politiche per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, tenendo

ISSN 2279-7238

immateriale (art. 11) [3603], la Lista nazionale del patrimonio culturale immateriale che necessita di salvaguardia urgente (art.12)[3604].

conto degli studi, delle analisi, dei pareri e delle proposte dell'Osservatorio. Il Governo, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, d'intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sentito l'Osservatorio, approva il Piano nazionale di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, di seguito denominato «Piano nazionale di salvaguardia», volto a garantire una programmazione e una gestione coordinata delle attività dello Stato, delle regioni, degli enti locali e delle organizzazioni non governative rilevanti nella salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Il procedimento di elaborazione del Piano nazionale di salvaguardia è stabilito con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro dello sviluppo economico, d'intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sentito l'Osservatorio, in conformità a quanto previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e in modo che siano assicurate la cooperazione istituzionale e la partecipazione dei soggetti di cui all'articolo 6, comma 1. Il Ministero e le regioni informano dell'avvio del procedimento mediante comunicazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale e nel Bollettino Ufficiale della regione e altre idonee forme di pubblicità. Il Piano nazionale di salvaguardia effettua una puntuale ricognizione degli elementi del patrimonio culturale immateriale inclusi nell'Inventario e individua le misure più idonee per la loro salvaguardia, in conformità a quanto previsto dall'articolo 4 e tenendo conto delle peculiarità di ciascuno di essi. Il Piano nazionale di salvaguardia definisce le modalità di attuazione delle misure previste dalla presente legge e di quelle da esso individuate ai sensi del comma 5, nonché i livelli minimi uniformi di qualità delle relative attività, che devono essere rispettati da tutti i soggetti pubblici e privati impegnati nella salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Il Piano nazionale di salvaguardia ha una durata di dieci anni e può essere revisionato dopo i primi cinque anni con le procedure e le modalità di cui ai commi 2, 3 e 4".

[3603] Secondo il dettato dell'art. 11 (Lista nazionale del patrimonio culturale immateriale) "Il Ministero istituisce la Lista nazionale del patrimonio culturale immateriale, di seguito denominata «Lista», ne assicura la custodia e il costante aggiornamento e garantisce l'accesso del pubblico alle informazioni in essa contenuta. Nella Lista sono iscritti gli elementi del patrimonio culturale immateriale considerati più rappresentativi di comunità e di gruppi presenti nel territorio italiano o connessi a tradizioni italiane, anche per effetto di insediamenti e di scambi. Il Ministero, di propria iniziativa o su richiesta motivata di regioni, enti locali, comunità, gruppi, organizzazioni non governative rilevanti o altre organizzazioni della società civile interessate alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, verifica la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione nella Lista, sulla base di criteri generali definiti dal Ministero medesimo, su proposta dell'Osservatorio, al fine di assicurare uniformità di valutazione. Il procedimento per l'iscrizione nella Lista è stabilito con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, d'intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sentito l'Osservatorio, in conformità a quanto previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e in modo che siano assicurate la cooperazione istituzionale e la partecipazione dei soggetti di cui all'articolo 6, comma 1. Riflettendo la diversità culturale e rappresentando una testimonianza della creatività umana, la Lista contribuisce a garantire la visibilità degli elementi del patrimonio culturale immateriale che vi sono iscritti, a promuovere la consapevolezza del loro significato e del loro valore e a favorire il confronto e lo scambio fra le culture. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 12, comma 5, lo Stato, le regioni e gli enti locali adottano misure dirette a tutelare e valorizzare gli elementi iscritti nella Lista e a promuoverne la rappresentazione a livello nazionale e internazionale. La mancata iscrizione di un elemento nella Lista non pregiudica la sua candidatura all'iscrizione nella Lista del patrimonio culturale immateriale dell'umanità, istituita presso l'UNESCO ai sensi dell'articolo 16 della Convenzione. L'iscrizione di un elemento in tale Lista comporta la sua automatica iscrizione nella Lista. Per il conseguimento delle finalità e nel rispetto dei princìpi stabiliti dalla presente legge, le regioni possono istituire liste regionali del patrimonio culturale immateriale".

[3604] Secondo il dettato dell'art. 12. (Lista nazionale del patrimonio culturale immateriale che necessita di salvaguardia urgente), "Il Ministero istituisce la Lista nazionale del patrimonio culturale immateriale che necessita di salvaguardia urgente, di seguito denominata «Lista di salvaguardia», ne assicura la custodia e il costante aggiornamento e garantisce l'accesso del pubblico alle informazioni in essa contenute. Nella Lista di salvaguardia sono iscritti gli elementi del patrimonio culturale immateriale che necessitano di misure urgenti per garantirne la vitalità, la trasmissione e, ove occorra, la rivitalizzazione. Il Ministero, di propria iniziativa o su richiesta motivata di regioni, enti locali, comunità, gruppi, organizzazioni non governative rilevanti o altre organizzazioni della società civile interessate alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, verifica la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione nella Lista di salvaguardia, sulla base di criteri generali definiti dal Ministero medesimo, su proposta dell'Osservatorio, al fine di assicurare uniformità di valutazione. Il procedimento per l'iscrizione nella Lista di salvaguardia è stabilito con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, d'intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sentito l'Osservatorio, in conformità a quanto previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modifiche e integrazioni, e in modo che siano assicurate la cooperazione istituzionale e la partecipazione dei

ISSN 2279-7238

Misure, dunque, tutte dirette alla salvaguardia del bene immateriale che si ispirano chiaramente sia alla struttura della Convenzione Unesco 2003, sia all'ordinamento spagnolo [3605]. Infatti vengono previste, sulla scia delle Convezioni Unesco, due liste nazionali, una a carattere generale (per la genericità degli elementi culturali immateriali) e una a carattere urgente (per gli elementi a rischio). Mentre, in aderenza all'ordinamento spagnolo, viene prevista la redazione del Piano nazionale (art. 10) e dell'Inventario nazionale (art. 9), secondo una procedura che prevede il coinvolgimento del Ministero d'intesa con la Conferenza Unificata.

Semmai va rilevato che tale proposta di legge, per quanto possa difettare di originalità nelle parti in cui si ispira pedissequamente agli strumenti già in essere nella normativa Unesco e nella normativa spagnola, presenta invece aspetti di rilevante originalità nella parte in cui enuncia il principio di "partecipazione" delle comunità di riferimento quale fondamento di tali meccanismi di salvaguardia. Infatti la proposta di legge ha ben presente la configurazione del diritto di partecipazione quale diritto di carattere procedurale che necessita di interventi positivi rivolti all'individuazione di specifiche regole, obblighi e strumenti, atti a garantirne l'effettività, tant'è che l'art. 9 demanda ad un successivo decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, d'intesa con la Conferenza unificata, l'individuazione di specifiche procedure e modalità di "inventariazione partecipativa" del patrimonio culturale immateriale. La norma sembra dunque non voler relegare la partecipazione ad un mero principio ispiratore, indicando come necessaria la regolamentazione del diritto di partecipazione. L'unico rischio è che tale rinvio possa non rendere effettivo tale diritto laddove il decreto attuativo non venisse approvato tempestivamente, ovvero, nel caso della sua approvazione, non fossero regolati rigorosamente gli strumenti consultazione[3606].

Il disegno riformatore si chiude poi riconducendo le politiche pubbliche in tema di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale nell'ambito del principio dello sviluppo sostenibile.

---

soggetti di cui all'articolo 6, comma 1. Lo Stato, le regioni e gli enti locali adottano tutte le misure necessarie a garantire la vitalità, la trasmissione e, ove occorra, la rivitalizzazione degli elementi iscritti nella Lista di salvaguardia presenti nel proprio territorio, o a esso collegati, con priorità nell'assegnazione delle risorse destinate alla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale. Al fine di coordinare le azioni di cui al comma 5, il Ministero, d'intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sentito l'Osservatorio, approva un piano triennale per la salvaguardia urgente del patrimonio culturale immateriale, nel quale sono indicati i tempi e i modi dell'intervento di ciascun ente territoriale e le risorse necessarie per farvi fronte. È fatto salvo il potere del Ministero, su proposta motivata dell'Osservatorio, sentita la regione interessata, di adottare in qualsiasi momento misure per la salvaguardia urgente degli elementi iscritti nella Lista di salvaguardia. La mancata iscrizione di un elemento nella Lista di salvaguardia non pregiudica la sua candidatura all'iscrizione nella Lista del patrimonio culturale immateriale che necessita di salvaguardia urgente, istituita presso l'UNESCO ai sensi dell'articolo 17 della Convenzione. L'iscrizione di un elemento in tale Lista comporta la sua automatica iscrizione nella Lista di salvaguardia. Per il conseguimento delle finalità e nel rispetto dei princìpi stabiliti dalla presente legge, le regioni possono istituire liste regionali del patrimonio culturale immateriale che necessita di salvaguardia urgente".

[3605] Sulla scia della Convenzione Unesco 2003 si pone anche l'art. 13 concernente il "Registro delle buone pratiche di salvaguardia".

[3606] L. BOBBIO, *Amministrare con i cittadini. Viaggio tra le pratiche di partecipazione in Italia*, in *www. regione.toscana.it*, 2007, 7.

ISSN 2279-7238

Si tratta di un nesso importante che trova infatti una chiara enunciazione all'art. 5, secondo il quale "la Repubblica garantisce la sostenibilità del patrimonio culturale immateriale, caratterizzata da un equilibrio dinamico tra tradizione e innovazione e da un rapporto dialettico tra identità e diversità culturali … promuove la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale quale strumento per uno sviluppo sostenibile, fondato su un rapporto armonico tra crescita economica e tutela dell'ambiente, nel riconoscimento e nel rispetto della storia e delle culture di gruppi e di comunità".

Vero è che già l'art. 3 quater, d.lgs. 152/2006 (T.U. ambiente) faceva riferimento al principio dello sviluppo sostenibile in relazione al patrimonio culturale (unitamente al principale riferimento all'ambiente), affermando che ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del codice dell'ambiente "deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione".

Ciò vale a dire che "la protezione, la promozione e la conservazione della diversità culturale sono una condizione essenziale per uno sviluppo sostenibile a beneficio delle generazioni presenti e future", come affermato dalla Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (ratificata con legge 19 febbraio 2007 n.19), e che questo si traduce nell'imposizione di specifici vincoli procedimentali idonei a configurarsi come canoni di legittimità delle decisione pubbliche[3607].

Infatti, data la complessità delle relazioni, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un "equilibrato rapporto", nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, tanto che il diritto all'eredità culturale si qualifica anche come diritto delle generazioni future, quale diritto che si struttura sia come obbligo della generazioni presenti di non compromettere le risorse «da risparmiare» e «da trasmettere» sia come necessario intervento delle generazioni presenti nella trasmissione della cultura[3608].

E che il riferimento allo sviluppo sostenibile in materia di patrimonio culturale immateriale sia un punto di forza della proposta di legge A.C. 4486, è dimostrato anche dal fatto che questo ha anche anticipato temporalmente (essendo stata presentata nel maggio del 2017) il disegno di legge costituzionale recante "Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile"

[3607] Cfr. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, n.0, 2010.

[3608] Per approfondimenti sui c.d. diritti delle generazione future si veda A. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009,Catanzaro, 2010; R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

ISSN 2279-7238

presentato al Senato nell'ottobre 2017 al fine di inserire "la sostenibilità" nella Carta fondamentale[3609], come avvenuto già da tempo in Francia e Svizzera. Chiaro è che questo significherebbe "costituzionalizzare" i principi dell'Agenda Globale per lo sviluppo sostenibile approvata dalle nazioni Unite il 25 settembre 2015, c.d. Agenda2030[3610].

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte è quindi possibile affermare che se *de iure condito* la situazione italiana si attesta per un modello incentrato attorno al Codice di beni culturali, o meglio al "Codice dei beni culturali materiali", e ad un quadro normativo in materia di beni culturali immateriali estremamente composito e fortemente disorganico; in una prospettiva *de iure condendo* le aspettative potrebbero essere ben diverse e ben più incisive rispetto anche all'ordinamento spagnolo.

Pertanto, ad oggi non resta che sperare che la proposta di legge, di iniziativa parlamentare in materia di salvaguardia del patrimonio culturale, presentata alla Camera il 12 maggio del 2017 ed assegnata alla VII Commissione (Cultura) il 6 giugno 2017, prosegua celermente il suo *iter* legislativo e non venga dimenticata nel *mare magnum* delle proposte e dei disegni di legge giacenti in parlamento[3611] .

ABSTRACT

Il lavoro di ricerca è volto a esaminare il percorso che ha interessato l'evoluzione del concetto di "patrimonio culturale" (cultural heritage) quale "contenitore" di beni culturali sia materiali che immateriali.

Il riferimento alla categoria del c.d. patrimonio culturale immateriale porta quindi a riflettere sulle "lacune" del nostro ordinamento, posto che, come è noto, l'architettura del codice dei beni culturali si caratterizza per una visione "materialistica" del termine "bene culturale", nel senso che lo riconduce al bene materiale, escludendo, pertanto, i beni culturali immateriali, vale a dire quelle testimonianze aventi valore di civiltà che non sono contenute e rappresentate in una res.

[3609] Occorre rilevare che la valenza della proposta ha natura prevalentemente simbolica. Basti pensare che la procedura di revisione costituzionale avrebbe necessitato di tempi incompatibili con la fine della legislatura.

[3610] Si ricorda che il 1 gennaio 2016 sono entrati in vigore a livello internazionale l'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile ed i relativi Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs) adottati all'unanimità dagli Stati membri delle Nazioni Unite, che si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030. L'Agenda 2030 e gli SDGs costituiscono il nuovo quadro di riferimento per lo sviluppo, dopo la conclusione della fase degli Obiettivi di Sviluppo del Millennio (MDGs). La realizzazione dei nuovi Obiettivi di sviluppo, a carattere universale, è rimessa all'impegno di tutti gli Stati: l'attuazione a livello nazionale, declinata nell'adozione di "strategie nazionali di sviluppo sostenibile", come quella approvata dal nostro Paese nel dicembre 2017, non è più circoscritta alla dimensione economica dello sviluppo ma inscindibilmente affiancata alla realizzazione degli altri due pilastri fondamentali, l'inclusione sociale e la tutela dell'ambiente. Il costante monitoraggio del processo d'attuazione dell'Agenda globale, che investe le competenze di attori internazionali, nazionali e locali, fortemente sollecitato dagli organismi delle Nazioni Unite e dall'Unione interparlamentare, ha portato, a livello nazionale, a deliberare lo svolgimento di "un'indagine conoscitiva sull'azione internazionale dell'Italia per l'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile: l'efficacia del quadro normativo nazionale e del sistema italiano di cooperazione".

[3611] Dalla consultazione del sito *openparlamento-openpolis*, risulta che lo *status* attuale è quello di "assegnato, ma non ancora iniziato l'esame".

ISSN 2279-7238

Impostazione restrittiva che sembra non tener conto del "riconoscimento" che la categoria del patrimonio culturale immateriale ha avuto sia nell'ordinamento internazionale che in quello europeo.

L'interrogativo che allora si pone, a fronte di un codice dei beni culturali che non considera e non tutela i beni culturali immateriali come categoria a sé stante, è se tale esclusione ne implichi la non rilevanza giuridica nel nostro ordinamento, ovvero la sua esistenza, ma semplicemente al di fuori del codice, come categoria di beni extra codice. E la risposta a questo interrogativo viene data proprio dal legislatore sia a livello nazionale che a livello regionale, sia addirittura a livello regolamentare ed amministrativo, qualificandosi quindi come categoria di beni extra codice.

Seguendo questa impostazione metodologica è, pertanto, necessario definire in primis il quadro normativo di insieme, muovendo proprio dal contesto internazionale (Convenzione Unesco 2003, Convenzione di Faro 2005) ed europeo, per poi affrontare, nello specifico, l'analisi del modello italiano e quello spagnolo. Chiaro è che, la scelta dell'ordinamento spagnolo non è casuale, posto che questo, a differenza dell'ordinamento italiano, si distingue per aver adottato una legislazione organica in materia di patrimonio culturale immateriale, pur con alcune rilevanti criticità.

The paper is aimed at examining the evolution of the concept of "cultural heritage" as a "container" of both tangible and intangible cultural heritage.

The reference to the category of the intangible cultural heritage leads us to reflect on the "gaps" of the italian legal system in which, as is well known, the architecture of the Code of cultural heritage is characterized by a "materialistic" vision of the term "cultural asset", which is considered a material good, thus excluding the intangible cultural heritage, which includes testimonies having value of civilization that are not contained and represented in something material.

This restrictive approach does not seem to take into account the "recognition" that the category of intangible cultural heritage has had in the international order and in the european one.

Given that the Code of cultural heritage does not consider and does not protect the intangible cultural heritage as a category in itself, the question that then arises is whether this exclusion implies the non-relevance in our system of this category or considers its existence, but simply as extra-code assets.

The answer to this question is given by the legislator at national, at regional level and even at the regulatory and administrative level, in which the intangible cultural heritage is qualified as a category of extra-code goods.

Following this methodological approach it is therefore necessary to define first and foremost the regulatory framework, moving from the international (UNESCO Convention

ISSN 2279-7238

2003, Faro Convention 2005) and european context and then specifically analyzes the Italian and the Spanish model.

The choice of the Spanish legal system is not accidental, given that, unlike the Italian system, it is distinguished by having adopted an organic legislation on the subject of intangible cultural heritage, although with some significant critical issues.

KEYWORDS: IMMATERIAL **CULTURAL HERITAGE; UNESCO CONVENTION** 2003; FARO CONVENTION 2005; CODE OF CULTURAL HERITAGE; SPANISH REGULATION OF THE IMMATERIAL CULTURAL HERITAGE

PAROLE CHIAVE:PATRIMONIO CULTURALE IMMATERIALE; CONVENZIONE UNESCO 2003;CONVENZIONE DI FARO 2005; CODICE DEI BENI CULTURALI; ORDINAMENTO SPAGNOLO SUL PATRIMONIO CULTURALE IMMATERIALE

ISSN 2279-7238

La crisi del rapporto tra politica e religione. Il referendum sull'aborto in Irlanda*

di Gavina Lavagna**

SOMMARIO:1. Introduzione: il problema della secolarizzazione in Italia e in Irlanda.2. Il referendum sull'aborto in Irlanda: risultato elettorale;3. Il referendum costituzionale del 1983 e l'approvazione dell'ottavo emendamento alla Costituzione. Il divieto della pratica dell'aborto; 4. Dal X case ai referendum del 1992. 5. La campagna referendaria; 6. Un Paese in trasformazione.

1. Introduzione: il problema della secolarizzazione in Italia e Irlanda

Il referendum con il quale l'Irlanda si è espressa a favore dell'abrogazione dell'ottavo emendamento della Costituzione e la conseguente e oramai imminente adozione da parte del Parlamento di una legge sull'introduzione dell'aborto[3612], ha fornito all'attenzione di chi scrive l'occasione di ripercorrere, seppure sinteticamente, la questione sviluppatasi più di quarant'anni fa in Italia in occasione del referendum sul divorzio che diede vita, come è noto, ad un serrato dibattito, non solo tra le forze politiche allora presenti sulla scena, ma anche in ambito sociale tra favorevoli e contrari all'introduzione della legge sullo scioglimento del matrimonio; un percorso questo che, come avremo modo di esaminare nel corso dell'indagine richiama quello realizzatosi a circa mezzo secolo di distanza nella penisola irlandese, relativamente all'introduzione volontaria della gravidanza.

Sebbene attraverso mezzi di diffusione e propaganda elettorale diversi, fondamentalmente legati alla nascita di nuove forme di comunicazione e tecnologie, soprattutto per il caso del referendum sull'aborto, il nucleo argomentativo e le conseguenze delle due esperienze hanno prodotto risultati simili attraverso il delinearsi di un graduale passaggio verso un modello nuovo di società, frutto delle trasformazioni economiche e sociali, dei processi di urbanizzazione e di quelli industriali, che hanno condotto al progressivo affermarsi di quel processo di secolarizzazione inteso quale "passaggio verso una società laica e declerizzata"[3613].

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Ricercatrice in Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze Politiche – Università di Roma "La Sapienza".

[3612] Il Ministro per la Salute Simon Harris il 4 ottobre u.s. ha presentato al *Dáil The Regulation of the termination of pregnancy Bill*, il primo passo verso l'approvazione della legge sull'aborto.

[3613] S. LARICCIA, *La laicità nella Repubblica italiana*,www.astrid-online.it, 21.

ISSN 2279-7238

In ritardo rispetto a molti altri Paesi europei[3614], il divorzio fu introdotto nel nostro Paese con la l. n.898 del 1970 «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio» promossa dal Deputato socialista Loris Fortuna e dal liberale Antonio Baslini. Già con l'avvio del procedimento di approvazione del progetto di legge in Parlamento si aprì nel Paese uno scontro alquanto lungo e serrato che trovò animatamente coinvolta tanto la stampa quanto l'opinione pubblica attraverso il coinvolgimento personale di milioni di persone, tra il fronte laico pro-divorzio, in cui emersero le posizioni dei principali partiti come i radicali, i comunisti, i socialisti e i repubblicani, e il fronte anti- divorzista sostenuto dalla Democrazia Cristiana, contrario invece, all'introduzione di una legge che oltraggiasse il matrimonio, indissolubile pilastro della società.

L'approvazione della legge costituì un risultato senza precedenti e soprattutto segnò l'avvio di una trasformazione sociale a cui l'Italia cattolica e soprattutto antidivorzista non si poteva rassegnare; la Democrazia Cristiana, guidata da Amintore Fanfani, e il Movimento Sociale (MSI) di Giorgio Almirante non persero tempo e avviarono nell'immediato la raccolta delle firme necessarie per poter indire il primo referendum abrogativo nella storia del Paese.

Passarono quattro anni prima che il corpo elettorale potesse esprimersi in merito all'abrogazione della legge sul divorzio. Nella primavera del 1972 infatti, di fronte all'incognita del voto referendario e all'indecisione dei principali partiti, le Assemblee elettive furono sciolte anticipatamente e l'ipotesi che in Parlamento si potesse procedere a modificare la legge sul divorzio, rendendo di fatto inutile la possibilità di ricorrere al referendum, fu oggetto di confronti e scontri piuttosto accesi tra le forze in campo. Le elezioni politiche del 7 maggio 1972, a seguito di una breve stagione di governo di centro-destra Andreotti – Malagodi, lasciarono il posto al riemergere del centro sinistra permettendo alla Democrazia Cristiana e alla gerarchia ecclesiastica di riavviare il tragitto della competizione referendaria che venne calendarizzata il 12 maggio 1974 da Gaetano Rumor, prima di dimettersi da Presidente del Consiglio del suo IV Governo, il 2 marzo del 1974.

A seguito dunque di una campagna referendaria alquanto complessa, il corpo elettorale fu chiamato alle urne per esprimersi in merito all'abrogazione o meno della legge sul divorzio, nelle giornate dell'11 e 12 maggio 1974. Con una percentuale di votati pari all'88,1% degli aventi diritto, il risultato fu clamoroso: il NO all'abrogazione della legge vinse ottenendo il 59,1% e il SI raggiunse, invece, il 40,1%[3615]. La vittoria divorzista dimostrò non solo la fine di un processo elettorale oramai cristallizzato da molti anni, ma

[3614] Il Deputato socialista Loris Fortuna nell'ottobre 1965 presenta un progetto di legge sui casi di scioglimento del matrimonio precisando che l'Italia era l'unico Paese fra quelli del Mercato Europeo Comune (MEC), a non riconoscere legalmente il matrimonio.

[3615] Per una ricostruzione delle vicende relative al periodo di tempo compreso tra l'approvazione della legge 1° dicembre 1970, n. 898 e l'indizione della consultazione popolare del 12 maggio 1974, si rinvia al materiale bibliografico riportato nel saggio di S. LARICCIA, *Legge 1° dicembre 1970, n.898 e referendum per la sua abrogazione. Bibliografia* (1970-1974), in *Il Diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, Milano, 1974, 218 ss.

ISSN 2279-7238

soprattutto l'occasione per confermare il progressivo consolidamento di un processo di secolarizzazione dell'ordinamento quale percorso attraverso cui «l'ordinamento si è allontanato dall'influenza esercitata dalla religione di maggioranza sui suoi istituiti proprio nelle materie che, più da vicino, toccano l'insegnamento morale della Chiesa»[3616].

Il ventennio che va dai primi anni sessanta al finire dei settanta ha senza dubbio rappresentato in Italia un periodo di profonda trasformazione, realizzatosi attraverso il cambiamento e il progressivo consolidarsi di valori nuovi e, fino a poco tempo prima, del tutto sconosciuti; sono questi gli anni in cui si assiste, specie quelli a cavallo del sessantotto, all'affermarsi di una società mutata repentinamente e frutto di grandi riforme sul fronte dei diritti civili e sociali, come il diritto di famiglia, lo statuto dei lavoratori, il divorzio e a seguire l'aborto[3617]. Ma tale periodo si caratterizza per l'affermazione del processo di secolarizzazione[3618] dell'ordinamento nel nostro Paese, al pari di quanto già era avvenuto in altri più progrediti ed avanzati, come, ad esempio, in Francia, Germania e Stati Uniti.

E' noto che il carattere di Stato secolarizzato[3619]è definibile con il processo attraverso cui la religione in generale, o meglio una determinata religione, non rappresenta e non costituisce più il fondamento dello Stato. Stato e religione diventano dunque due realtà distinte, vengono separate anche se la religione non viene negata all'interno dell'organizzazione statuale; essa esiste, continua ad essere riconosciuta all'interno dello Stato e ad avere con esso una relazione di reciproco rapporto e non di prevalenza. Con il processo di secolarizzazione svanisce dunque l'identità comune tra Stato e religione e si assiste alla perdita di sovranità della religione nello Stato e all' affermazione del diritto di libertà religiosa con la conseguente presa di coscienza da parte dell'opinione pubblica che, ai fini di un'evoluzione democratica della società sia sempre più sentita la necessità di un « sistema di relazioni tra Stato e chiese che garantista la laicità delle istituzioni civili e la libertà di coscienza per tutti»[3620].

Poste queste considerazioni è certo che guardando all'Irlanda definita dal punto di vista formale come uno dei paesi più cattolici al livello mondiale, le conquiste culturali e politiche degli ultimi anni - come quella sull'ammissibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso o da ultimo sulla possibilità di introduzione dell'aborto - hanno senza dubbio rappresentato la conferma di un processo di cambiamento del ruolo della Chiesa all'interno

[3616] F. FINOCCHIARO, *Il fenomeno religioso. I rapporti tra Stato e Chiesa cattolica. I culti non cattolici,* in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto Pubblico*, III, *L'azione dei Pubblici Poteri*, Bologna, 301.

[3617]Introdotto con la legge 22 maggio 1978 n. 198 e di poi confermato con il 68% dei consensi nel referendum abrogativo indetto per volontà della DC e della Chiesa il 17 maggio del 1981

[3618] G. PASQUINO, *Secolarizzazione*, in N. BOBBIO, N., MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, 1976, p. 904; l'Autore definisce la secolarizzazione il termine per indicare l'abbandono di comportamenti di tipo sacro, l'allontanamento da schemi tradizionali, da posizioni dogmatiche e aprioristiche; … fine del tradizionalismo e della superstizione e inizio di un processo che porta gli uomini ad agire in modo sperimentale e pragmatico, razionale e basato su conoscenze scientifiche, che possono essere sottoposte a verifica non appena si rivelino inadeguate.

[3619]E. W. BÖCKENFÖRDE, *Lo Stato secolarizzato, la sua giustificazione e i suoi problemi nel secolo* XXI in, G. E. RUSCONI, *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, Bologna, 2008; G. PASQUINO, *Secolarizzazione e trasformazioni della politica*, in *Il Mulino*, XXXIV, n.3, 1985.

[3620] S. LARICCIA, *La laicità…, op.cit* , 21.

ISSN 2279-7238

del sistema, Chiesa considerata da sempre, non solo una suprema autorità morale, ma anche politica. L'Irlanda cattolica, definita dall'Arcivescovo di Dublino «il prototipo di una società perfetta», ha iniziato a frammentarsi con il diffondersi dei gravissimi casi di abusi sessuali sui minori che hanno coinvolto molte autorità ecclesiastiche irlandesi e hanno prodotto inevitabilmente un danno grave e demoralizzante per la Chiesa in un momento in cui la fiducia verso di essa era probabilmente già in declino, rendendo di conseguenza più radicale e veloce il processo di secolarizzazione, che in altri Paesi, come il nostro, aveva invece preso piede, già molti anni prima.

2. Il referendum sull'aborto in Irlanda: il risultato elettorale.

La secolarizzazione, quale processo di progressiva sottrazione di istituzioni e beni alla giurisdizione ecclesiastica in favore di quella civile ha, come abbiamo avuto modo di analizzare, investito l'Europa negli ultimi decenni assumendo toni progressivamente più marcati e traducendosi di conseguenza in leggi e provvedimenti che hanno senza dubbio cambiato il volto di molti Paesi appartenenti al nostro continente. Guardando alle diverse realtà europee, particolare interesse merita quella irlandese da sempre annoverata fra le Nazioni più cattoliche e conservatrici al mondo e che attraverso una serie di eventi di carattere politico istituzionale, ha solo di recente avviato un processo di trasformazione verso una nuova definizione dell'identità nazionale, dopo secoli di egemonia culturale cattolica.

A testimonianza del percorso di avvio al cambiamento, le tappe senza dubbio più significative sono rappresentate in Irlanda dall'introduzione nel 2015, attraverso consultazione popolare, del matrimonio tra persone dello stesso sesso che, come è noto, ha riportato una percentuale di consensi particolarmente elevata pari al 62,1% dei voti favorevoli; o ancora, dall'approvazione da parte del Parlamento della legge sulle adozioni per coppie omosessuali attraverso *the Children and Family Relationship Act* 2015, poi modificata nel 2018. Da ultimo, per comprendere pienamente lo stato del processo di trasformazione del Paese, riteniamo interessante analizzare in modo più specifico la questione dell'aborto che, oggetto del referendum costituzionale del 25 maggio 2018, costituisce da tempo un tema di acceso confronto tra le forze politiche, sociali e la Chiesa cattolica.

Nella settimana in cui in Italia si celebrano i quarant'anni della entrata in vigore della legge 194 del 1978 sulla regolamentazione della interruzione volontaria della gravidanza, gli irlandesi sono stati chiamati alle urne per scegliere ancora una volta di cambiare la Costituzione e decidere in merito all'abrogazione dell'ottavo emendamento. Tale emendamento, introdotto con il referendum del 1983, riconosceva pari diritto alla vita della donna e del feto e rendeva di fatto illegale l'aborto. Gli *exit poll* sono stati pressoché perfetti nel fotografare l'esito finale della votazione del 25 maggio. Smentendo a pieno le

ISSN 2279-7238

rilevazioni effettuate nelle settimane prima della consultazione, animate da forti contrapposizioni che davano il Sì in calo rispetto al No, il risultato è apparso inequivocabile: con 1.429.981 voti a favore (pari al 66,4%) e 723.632 contrari (33,6%) il popolo irlandese si è espresso a favore all'abrogazione, aprendo la strada affinché il Parlamento possa approvare in tempi alquanto rapidi una legge più morbida sull'interruzione volontaria di gravidanza**.** L'affluenza alle urne è stata altissima pari al 64,1% (2,159,655) con tre punti percentuale in più rispetto allo storico referendum tenutosi nel 2015 che ha legalizzato, a piena maggioranza, il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Nelle quaranta circoscrizioni in cui è diviso il Paese, i risultati a favore dell'abrogazione hanno raggiunto percentuali particolarmente elevate non solo nelle grandi città come Dublino - dove sono state raggiunte punte del 78,5% - in cui il risultato appariva scontato, ma anche nelle aree rurali che rappresentavano per gli attivisti *pro-life* l'unica speranza per ribaltare un risultato che sin dall'inizio appariva alquanto scontato. In controtendenza rispetto al resto del Paese è stata la Contea di Donegal, la più settentrionale della penisola in cui il No,con il 52%, ha superato di pochi punti percentuali il Sì, che invece ha ottenuto il 48%. E anche il distretto di Roscommon - Galaway, che in occasione del referendum sulle unioni dello stesso sesso era stato l'unico ad opporsi, ha deciso in questa circostanza di votare Sì, con il 57% dei voti a favore dell'abrogazione.

Il Premier Leo Varadkar ha definito la vittoria del Sì il culmine di «una rivoluzione tranquilla che si è sviluppata in Irlanda negli ultimi 10 o 20 anni. Il popolo ha chiesto una Costituzione moderna per un Paese moderno».

3. Il referendum costituzionale del 1983 e l'approvazione dell'ottavo emendamento alla Costituzione. Il divieto della pratica dell'aborto

Il risultato referendario del maggio 2018 costituisce senza dubbio un significativo passo avanti nel processo di trasformazione della società irlandese e che può essere pienamente compreso solo attraverso una ricostruzione di quelle che sono state le tappe fondamentali che hanno portato all'introduzione della 3 sottosezione dell'art. 40.3 della Costituzione e che diffuso come ottavo emendamento della Costituzione riconosce pari diritto alla vita della madre e del nascituro.

La questione dell'aborto era stata presentata nell'agenda politica irlandese nel 1981 quando un gruppo extra-parlamentare autodefinitosi *The Pro-life Amendment Campaign*[3621](P.L.A.C.), aveva iniziato a fare pressione sui principali partiti politici perché

[3621]*The Pro-Life Amendment Campaign* fu istituita formalmente attraverso la riunione di tredici diverse organizzazioni *Congress of Catholic Secondary School Parents' Association; Irish Catholic Doctors' Guild; Council of Social Concern; Guild of Catholic Nurses; Guild of Catholic Pharmacy; Catholic Young Men's Society; St. Thomas More Society; Responsible Society; Society for the Protection of Unborn Children; Irish Pro-Life Movement; National Association of the Ovulation Method; St. Joseph's Young Priests'Society and the Christian Brothers School Parents' Federation.* Nella prima riunione formative tenutasi *in Mount Carmel*

ISSN 2279-7238

fosse indetto un referendum atto ad inserire nella Costituzione una dichiarazione esplicita dell'illegalità della pratica dell'aborto[3622].

La legislazione sull'interruzione volontaria della gravidanza in Irlanda era rimasta invariata sin dall'emanazione di *The Offences Against the Person Act, 1861*, un atto del Parlamento britannico che, nella sezione 58, sanciva la perseguibilità penale delle donne che avessero tentato di abortire.[3623]

Preoccupazione principale del movimento antiabortista era che il divieto della pratica dell'aborto trovava il suo luogo istituzionale in una legge ordinaria e non nella Costituzione; il Parlamento avrebbe pertanto potuto abrogarla con l'emanazione di una legge successiva o, in alternativa, il potere giudiziario considerare l'interdizione suddetta, come limitativa della libertà personale[3624].

Consapevole dei rischi che sarebbero potuti derivare dall'azione dell'*Oireachtas* e delle Corti a riguardo, Dennis Barror, eletto tesoriere della P.L.A.C., nella *pro-life conference* del gennaio 1981, mostrò le sue preoccupazioni in merito, sia alla mancanza di esplicite

---

Hospital, Dublin, il 24 gennaio 1981 il movimento si organizzò in una struttura piuttosto semplice che consisteva di un *Council*, composto di due membri per ciascuno dei gruppi affiliati con il compito di coordinare l'organizzazione, un *Executive Committee* comprendente un rappresentante per ciascun gruppo e responsabile quotidianamente dello svolgimento della campagna. Furono eletti quattro funzionari: Julia Vaughan dei *Catholic Doctors' Guild* come Presidente; Michael Shortall della *Catholic Young Men's Society* come segretario; Dennis Barror fu nominato tesoriere e Cornelius O'Leary (che non rappresentava alcuna delle organizzazioni associate) come vice-Presidente. T. HESKETH, *The second partitioning of Ireland*, Dublin, 1990, 11 ss..

[3622]V. BOGDANOR, *Western Europe*, in D. BUTLER, A. RANNEY, A., *Referendums around the World. The growing use of direct democracy*, Washington D.C., 1994, 78 ss.; J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, London, 1992, 23 ss.; J. CASEY, *Changing the Constitution: Amendment and Judicial Review*, in B. FARRELL (a cura di), *De Valera's Constitution and ours,* Dublin, 1988, 152 ss.; B.CHUBB, *The Government and Politics of Ireland*, London and New York 1992, 46 ss.; B. CHUBB, *The Politics of Irish Constitution*, Dublin, 1991, 55 ss.; J. COAKLEY, M. GALLAGHER (a cura di), *Politics in the Republic of Ireland*, Limerick, 220 ss.; S. DOONEY, J. O'TOOLE, *Irish Government Today*, Dublin, 1992, 96 ss.; J.A. FOLEY, S. LALOR (a cura di), *Annotated Constitution of Ireland*, 1995, Dublin, 230 ss.; M. GALLAGHER, *Referendum e Democrazia nella Repubblica d'Irlanda* in M. CACIAGLI, P.V. ULERI, (a cura di), *Democrazie e Referendum*, Bari- Roma, 188 ss.; M., GALLAGHER, *Ireland: The referendum as a conservative device?* in M., CACIAGLI, P.V. ULERI, (a cura di), *The Referendum experience in Europe, London, 1996,* 92 ss.; B., GIRVIN, *Social Change and Moral Politics: the Irish Constitutional Referendum 1983*, in *Political Studies*, XXXIV, 1986, 61ss.; B. GIRVIN, *Church, State and the Irish Constitution: The Secularisation of Irish Politics*?, in *Parliamentary Affairs,* vol. 49, 1996,599 ss.; T. HESKETH, C. O'LEARY, *The Irish Abortion and Divorce Referendum Campaigns*, in *Irish Political Studies*, 3, 1988, 46 ss.; T. HESKETH, *The Second Partitioning of Ireland*, Dublin, 1990; C. HUG, *The Politics of Sexual Morality in Ireland*, London, 1999, pp. 141 ss.; M. KELLY, G. HOGAN, G. WHYTE, *The Irish Constitution, Dublin, 1994,* 790 ss.; D.G. MORGAN, *Constitutional law of Ireland. The law of Executive, legislature and Judicature, Dublin, 1990,* 168 ss.; J.P. O'CARROLL, *Bishops, Knights-and Pawns? Traditional Thought and the Irish Abortion Referendum debate of 1983*, in *Irish Political Studies*, 6, 1991, 53 ss.; A. SHERLOCK, *The Right to life of the unborn and the Irish Constitution*, in *The Irish Jurist*, vol. 24, I, 1989, 13 ss.; R. SINNOTT, *Il Referendum in Irlanda. Disposizioni costituzionali e realtà politica, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., XXXVIII,* 764 ss.; R. SINNOTT, *Irish voters decide. Voting behaviour in elections and referendums since 1918, Manchester and NewYork,* 1995, 226 ss.; B. WILKINSON, *Abortion, the Irish Constitution and the EEC*, in *Public Law*, 1992, 20 ss.

[3623]*The Offences Against the Person Act, 1861*, Section 58 recitava infatti: "*Every woman, being with child, who with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman whether she be or not be with child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with like intent shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable at the discretion of the Court, to be kept in penal servitude for life*"

[3624]V. BOGDANOR, *Western* …, *cit.*, in D. BUTLER, A. RANNEY, *Referendums*…, cit., 82 ss.; T. HESKETH, C. O'LEARY, *The Irish Abortion*…, *cit.*, 45 ss.; C. HUG, *The Politics of Sexual morality in Ireland*, London, 1999, 144 ss.; A. SHERLOCK, *The Right*…, *cit.,* 13 ss.

ISSN 2279-7238

previsioni costituzionali relative al divieto di abortire, sia al fatto che era solo una legge del Parlamento, facilmente abrogabile, a disciplinare la delicata questione.

Il primo passo verso l'indizione di un referendum *pro-life* venne dal successo di una campagna di raccolta firme lanciata dalla P. L. A. C. nell'aprile del 1981; il gran numero di adesioni ricevute non lasciò insensibili i leader dei principali partiti politici che, in quel momento, si trovavano nel pieno della campagna elettorale[3625].

Sia il *Fine Gael* che il *Fianna Fáil* sostennero la campagna promossa dal movimento anti-abortista affermando che, una volta al potere, avrebbero chiesto la consultazione popolare sul problema; il leader del *Labour Party*, Cluskey, invece, pur esprimendo l'opposizione del partito alla pratica dell'aborto, preferì non fare alcuna promessa a riguardo.

FitzGerald fu il primo leader politico ad impegnarsi a favore della campagna antiabortista al punto da inserire nel manifesto elettorale del suo partito per le elezioni generali del giugno seguente, un impegno formale a riguardo "*Fine Gael is unalterably opposed to the legalisation of abortion and in Government will initiate a referendum to guarantee the right to life of the unborn child*"[3626].

Divenuto *Premier* di un Governo di coalizione con il *Labour Party* dopo la consultazione elettorale del giugno 1981, FitzGerald mancò di includere nel *Legislative Programme of the Oireachtas session* 1981-1982, diffuso alla fine di luglio, un qualsiasi riferimento all'impegno di introdurre *a Pro-Life Amendment Bill*, generando il conseguente disappunto del *Pro-Life Amendment Campaign*. Prima però che il movimento antiabortista potesse muoversi, il *Dáil* fu sciolto ed immediatamente, nel febbraio 1982, furono indette nuove elezioni generali. Nominato *Taoiseach* di "*a minority Fianna Fáil Government*", Charles Haughey, il 23 marzo successivo annunciò alla Camera bassa l'intenzione del governo di introdurre nel *Dáil* un emendamento da sottoporre al corpo elettorale che dichiarasse l'illegalità dell'aborto, dando così inizio effettivo alla campagna per l'indizione del referendum.

Alla P.L.A.C si opponeva *the Anti-Amendment Campaign* (AAC) sotto il cui coordinamento erano rappresentate circa sedici diverse organizzazioni tra cui, le più significative, erano *the Dublin Well Women Centre*, *the Women's Right to choose Group*, *the Democratic Socialist Party, the Irish Council for Civil Liberties e the Trade Union Women'Forum.* Ad essa erano inoltre associati rappresentanti del mondo accademico, sindacalisti, ecclesiastici protestanti, artisti e due deputati, Jimm Kemmy, del *Democratic Socialist* e Michael D. Higgins del *Labour Party*. Esponente di rilievo del movimento era Mary Robinson che si scagliò con vigore contro la proposta del Governo, dichiarando l'aborto un problema che non sarebbe stato risolto con un emendamento alla Costituzione.

L'indizione di un referendum a riguardo era una risposta inadeguata ad un problema di più vasta portata. La questione dell'aborto sollevava, infatti, una serie ulteriore di problemi

[3625] Una delegazione del movimento *pro-life* diretta da Dr. Vaughan incontrò i *leader* dei principali partiti, FitzGerald del *Fine Gael*, Haughey del *Fianna Fáil* e Cluskey del *Labour Party* per sollecitare la veloce introduzione di un emendamento costituzionale a riguardo.

[3626] *Fine Gael's Manifesto*, 37.

ISSN 2279-7238

tra cui, una corretta educazione sessuale nelle scuole; inoltre non si poteva rimanere insensibili di fronte al fatto che "Not all abortions are a result of unwanted pregnancies. Many women who have abortions would clearly like to keep their child but are the victims of circumstance…"[3627].

Il 2 novembre 1982, due giorni prima di essere sconfitto dall'approvazione di un voto di sfiducia nel *Dáil*, il Governo del *Fianna Fáil* rese pubblica la formulazione dell'emendamento *pro-life*[3628].

The Eight Amendment of the Constitution Bill fu poi introdotto nel *Dáil* il 2 febbraio 1983 da Garret FitzGerald, *Taoiseach* del nuovo governo di coalizione *Fine Gael - Labour Party*, a seguito delle elezioni generali del 24 novembre 1982. Ciò che più caratterizzò questa prima fase del dibattito[3629]fu che il *bill* trovò maggiore sostegno nell'opposizione piuttosto che nella maggioranza, giacché la formula, all'attenzione dell'Assemblea, era stata elaborata dal *Fianna Fáil* durante la sua amministrazione.

L'*Attorney General*, Peter Sutherland, nell'incontro del 10 febbraio con i deputati del *Fine Gael*, espresse le proprie perplessità sulla formulazione dell'emendamento, così come proposto da Charles Haughey, dichiarando che il testo in questione presentava tali ambiguità da essere aperto ad un numero di interpretazioni giudiziali contrastanti. Con riferimento al termine *unborn*, questi sosteneva che esso potesse significare sia " *a child capable of being born*" con la conseguenza che l'emendamento avrebbe permesso il ricorso all'aborto nelle prime fasi della gravidanza, sia *"that which comes into existence at the moment of fertilization*" con il risultato di proibirne la pratica quando esso fosse invece necessario[3630].

I dubbi sollevati dall'*Attorney General* influenzarono l'amministrazione in carica al punto che il Ministro della Giustizia, Michael Noonan, nell'introdurre il *bill* nel *Dáil at the second stage*, segnalò l'intenzione del governo di proporne una formulazione alternativa. Il 24 marzo, l'esecutivo produsse un nuovo enunciato "*nothing in this Constitution shall be invoked to invalidate any provision of a law on the ground that it prohibits abortion*" che, sebbene avesse il merito di prevenire eventuali pronunce della Corte Suprema atte ad introdurre nella Costituzione un non menzionato diritto all'aborto, venne contrastata dalla PLAC, dal *Fianna Fáil*, da cinque deputati del *Labour Party* e con particolare sorpresa, da otto deputati del *Fine Gael* che annunciarono il loro voto contrario all'alternativa del Governo.

Il tentativo dell'amministrazione FitzGerald di far approvare, sotto forma di emendamento al *bill* originario, la nuova formulazione del progetto di revisione costituzionale, venne respinta *at the Committee Stage* nel *Dáil,* da 87 voti a favore e 65

[3627] *Kilkenney Standard*, 15 maggio, 1982. I discorsi di Mary Robinson sono riportati da T. HESKETH, *The second…*, *op. cit.*, 71 ss.; C. HUG, *The Politics…, op. cit.*, 147 ss.; entrambi gli autori svolgono una dettagliata analisi sulle opinioni espresse a favore e contro la proposta del governo di indire un referendum *pro-life.*

[3628] La formulazione del quesito referendario recitava "The State acknowledges the right to life of the unborn and with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right".

[3629] J.A. FOLEY, S. LALOR, *Annotated...*, *op. cit.*, 230 ss.

[3630] V. BOGDANOR, *Western* …, *op. cit*, in D. BUTLER, A. RANNEY, *Referendums…*, *op. cit.*, 83 ss.; T. HESKETH, *The Second…, op. cit.*, 214 ss..

ISSN 2279-7238

contrari; il progetto, come inizialmente proposto dall'amministrazione del *Fianna Fáil*, fu presentato come emendamento alla nuova formulazione e dopo essere stato sottoposto al voto, venne approvato da 85 voti contro 11.

Gli sforzi contrari dei Senatori Mary Robinson e Shane Ross, due indipendenti e patrocinanti nel movimento AAC, non ostacolarono l'iter del *bill* che, dopo essere stato approvato dal Senato, ricevette l'assenso presidenziale il 4 giugno successivo.

Il 7 settembre 1983, *The Eight Amendment of the Constitution Act* fu approvato dal popolo con il 66,9% dei voti a favore della misura, e il 33,1% contrari; il risultato del referendum portò quindi ad introdurre il divieto della pratica dell'aborto all'interno della Costituzione, nonostante l'affluenza alle urne del 53.7% risultò relativamente bassa[3631].

4.Dal X case ai referendum del 1992

La questione dell'aborto si presentò nuovamente nel contesto socio-politico irlandese nel febbraio del 1992, quando la *High Court* pronunciò un'ingiunzione contro una giovane di 14 anni che, vittima di uno stupro, voleva recarsi in Inghilterra per abortire[3632].

La famiglia si appellò alla Corte Suprema[3633]che, informata della tendenza suicida della ragazza, decise[3634] di annullare quanto disposto dalla *High Court*. Di fronte ad un'ipotesi di conflitto tra il diritto alla vita del feto e quello della madre, *the Supreme Court*, con riferimento al disposto contenuto nell'articolo 40.3.3 della Costituzione, relativo *a "the due regard to the equal right to life of the mother*", emanò una sentenza in cui sanciva che l'aborto sarebbe stato permesso in Irlanda, nel caso in cui fosse dimostrato il rischio reale e sostanziale per la vita e la salute della madre ed evitabile, pertanto, solo attraverso l'interruzione della gravidanza.

Sebbene non stabilisse alcuna precisa regola in merito alla questione se le donne che non correvano pericoli per la propria vita potessero uscire dal paese per interrompere la gravidanza[3635], il verdetto della Corte, passato alla storia come *the X case*[3636], offrì

[3631] Interessante è l'analisi riportata da B. GIRVIN, *Social change…, op. cit.*, 78 ss., sulla distribuzione regionale dei voti nel referendum del 1983, in quanto l'Autore evidenzia che la più significativa opposizione al referendum venne dall'area di Dublino e da quelle circostanti le grandi città, mentre *the yes vote* trovò una forte rappresentanza nelle aree rurali.

[3632] La ragazza e la sua famiglia avevano denunciato alla polizia la violenza subita e la conseguente intenzione di andare in Gran Bretagna, convinti che la *Gardaí* potesse utilizzare i risultati dell'analisi del DNA del feto per condannare il presunto stupratore. Informato dalla polizia locale, *l'Attorney General* si rivolse alla *High Court* affinché pronunciasse un'ingiunzione per impedire alla ragazza di recarsi all'estero per abortire.

[3633] Il Governo annunciò che i costi per il giudizio di appello sarebbero stati caricati sui fondi pubblici.

[3634] La Corte decise con la maggioranza di quattro a uno. Il *Chief Justice* Finlay, McCarthy, O'Flaherty e Egan votarono per l'annullamento della pronuncia della High *Court*, mente Hederman si oppose.

[3635] Questo era invece specificato nello *obiter dicta* , in cui tre dei cinque giudici sostenevano che il diritto di andare all'estero per interrompere la gravidanza era comunque subordinato al diritto alla vita del nascituro.

[3636] *Annual Review of Irish La*w, 1992, pp. 154 ss.; *Annual Review of Irish Law*, 1997, 178 ss.. F. X. BEYTAGH, *Constitutionalism in Contemporary Ireland. An American Perspective*, Dublin, 1997, 102 ss.; V. BOGDANOR, *Western …, op. cit.*, in D. BUTLER, A. RANNEY, *Referendums …, op. cit.*,. 84 ss.; J. CASEY, *Constitutional…,op. cit.*, 348 ss.; B. GIRVIN, *The Referendums on abortion 1992*, in *Irish Political Studies*, 8, 1993, 118 ss.; B. GIRVIN, *Moral Politics and the Irish Abortion*

ISSN 2279-7238

un'interpretazione dell'ottavo emendamento assolutamente inaspettata e totalmente contraria a quello che i movimenti a favore della vita avevano tentato di realizzare precedentemente.

La sentenza in questione generò un acceso dibattito tra coloro che sostenevano la necessità di un nuovo referendum, per bandire definitivamente l'aborto all'interno della Costituzione e coloro invece che, pur criticando le implicite restrizioni sul diritto delle donne di andare all'estero, "*were in favour of legislation to implement the Supreme Court decision in the "X"case"*.

Quest'ultima istanza venne sostenuta con vigore da *The Repeal the Eighth Amendment Campaign* (REAC) che iniziò la sua mobilitazione già nel febbraio 1992. Molti stimoli per il movimento giunsero da veterani di *The Anti - Amendment Campaign* del 1983, nonché da esponenti dei partiti politici e da un movimento istituito in seguito alla *National Conference* del REAC dell'8 marzo 1992, the *Women's Coalition* che guardava con maggiore attenzione alla necessità di creare uno spazio separato per le donne, più direttamente coinvolte sulla questione dell'aborto[3637].

La maggior parte di coloro che avevano invece giocato un ruolo preminente nella campagna del 1983 criticarono la decisione della Corte Suprema, sostenendo che questa aveva travisato completamente l'obiettivo dell'ottavo emendamento alla Costituzione. Sostenitori della necessità di indire un nuovo referendum per invalidare la sentenza del "X" *case* e per costituzionalizzare in modo definitivo il divieto della pratica dell'aborto, gli *anti - abortion groups* entrarono nel dibattito con alle spalle dieci anni di esperienza, organizzati sotto un coordinamento ad ombrello, *The Pro-Life Campaign* (PLC)[3638].

La questione dell'aborto tornò effettivamente a fare parte dell'agenda politica irlandese nel settembre successivo, in seguito alla pubblicazione delle raccomandazioni fornite dalla *sub-committee,* all'uopo istituita[3639].

Referendums 1992, in *Parliamentary Affairs*, vol. 47, n.2, 1994, 207 ss.; B. KENNELLY, E. WARD, *The Abortion Referendums*, in M. GALLAGHER, M. LAVER, (a cura di), *How Ireland voted 1*992, Dublin, 1993, 115; C. HUG, *The Politics*…, *op. cit.*, 166 ss; A. SHERLOCK, *The Right to*…, *op. cit.*, 47 ss.; R. SINNOTT, *Irish*…,*op. cit.*, 229 ss.; M. KELLY, G. HOGAN, G.WHYTE, *The Irish*…, *op. cit.*, 796 ss.

[3637] Sebbene la campagna condotta dal REAC e da *the Women'sCoalition* mirava ad avere ripercussioni a carattere nazionale, essa fu in particolar modo incentrata nelle zone di Dublino, Galway e Cork, dove le organizzazioni medesime erano stabilite.

[3638] Inizialmente la maggiore organizzazione anti-aborto era *the Society for the Protection of Unborn Children* (SPUC) che era stata fondamentale all'interno della PLAC del 1983 per l'inserimento dell'articolo 40.3.3 nella Costituzione. Altri gruppi più piccoli erano nella nuova organizzazione: *Life Ireland*, che proponeva delle alternative all'aborto; *Family Solidariety*, che era stata fondamentale per la sconfitta del referendum sul divorzio nel 1986 e Youth Defence, un gruppo particolarmente noto durante l'attività del movimento per le sue tattiche dirette. .

[3639] Il sub-committee aveva infatti pubblicato le sue raccomandazioni per la formulazione dei referendum sull'aborto secondo tre diverse aree di analisi: Travel. Subsection 3 of this section shall not limit freedom to travel between the State and another State; Information. Subsection 3 of this section shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject of such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state; Abortion. It shall be unlawful to terminate the life of an unborn unless such termination is necessary to save the life, as distinct from the health, of the mother where there is an illness or disorder of the mother giving rise to a real and substantive risk to her life, not being a risk of sel-destruction. GIRVIN, B., *Moral Politics*..., *op. cit.*, 210 ss..

ISSN 2279-7238

La coalizione di governo si presentava, in ordine alla questione in esame, divisa; se, infatti, il *Fianna Fáil* e i *Progressive Democrats* erano concordi all'indizione di un referendum sul diritto di recarsi all'estero ed ottenere le informazioni necessarie, essi sostenevano posizioni diametralmente opposte sul modo di affrontare la questione dell'aborto: da un lato, i *Progressive Democrats* erano favorevoli all'emanazione di una legge ordinaria atta ad implementare la decisione della Corte Suprema nel *"X" case*, dall'altro il *Fianna Fáil* riteneva che il referendum era l'unica strada per evitare che la minaccia del suicidio rappresentasse la base per l'ottenimento dell'interruzione volontaria della gravidanza. Il 7 ottobre 1992 il governo presentò al *Dáil* i dettagli della sua proposta e rese noto che il 3 dicembre seguente, il popolo sarebbe stato chiamato a pronunciarsi su tre differenti proposte di emendamento: *Abortion Issue, Travel, Information*[3640].

I toni del dibattito all'interno del *Dáil* sulle proposte avanzate dal *Taoiseach* Albert Reynolds furono piuttosto cauti, sebbene non mancarono dei punti controversi su cui i partiti di opposizione (*Fine Gael, Labour Party* e *Democratic Left*) presero tempo per riflettere; in primo luogo destava qualche perplessità la distinzione contenuta all'interno della *Abortion issue* tra salute e vita della donna; in secondo luogo ci si interrogava se la minaccia del suicidio, come era stato nel *"X" case*, potesse rappresentare una condizione in base alla quale l'aborto potesse essere previsto ed infine, se la formulazione dell'emendamento proposto riconducesse alla situazione esistente prima dell'emanazione della sentenza della Corte Suprema.

Il 9 ottobre 1992, Reynolds pubblicò un comunicato in cui era dichiarato che qualora il referendum sull'aborto fosse stato respinto dal corpo elettorale, il governo si sarebbe immediatamente adoperato per introdurre nel *Dáil* la legislazione necessaria ad implementare la pronuncia della Corte Suprema sul *"X" case*; rivolta in particolare nei confronti dei movimenti anti- abortisti per i quali un intervento del legislativo avrebbe significato il primo passo verso una disciplina più permissiva della pratica dell'aborto, la minaccia velata contenuta all'interno del rapporto generò un dibattito all'interno Camera dei Rappresentanti tra il Governo e principali partiti di opposizione[3641], che richiedevano,

---

[3640]Con riferimento alla terza sottosezione dell'articolo 40.3., come integrato da *The EightAmendmentConstitutionAct*, 1983, i quesiti referendari riguardavano:

1) Abortion Issue*: "It shall be unlawful to terminate the life of an unborn unless such termination is necessary to save the life, as distinct from the health, of the mother, where there is an illness or disorder of the mother giving rise to a real substantive risk to her life, not being a risk of self-destruction*".

2) Travel: *"Subsection 3° of this section shall not limit freedom to travel between the State and another state*".

3) Information: *" Subsection 3° of this section shall not limit freedom toobtain or make available, in the State , subject to such conditionsas may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state".*

[3641] Criticando l'imperfezione delle indicazioni contenute all'interno del documento informativo fornito dal *Fianna Fáil* ai partiti di opposizione, John Bruton, il Leader del *Fine Gael*, espresse preoccupazione sulla contraddittorietà tra la posizione di Reynolds e quella dell'*Attorney General* sui referendum che, secondo quanto riportato dai giornali, aveva affermato che a dispetto del risultato del referendum sulla questione dell'aborto, un intervento del legislativo sarebbe comunque stato necessario; il *Taoiseach* negò con forza quanto sopra enunciato e in seguito alla ripetute interrogazioni

ISSN 2279-7238

anticipatamente, la pubblicazione della legislazione in cui erano indicate le circostanze sulla cui base l'aborto potesse essere praticato[3642].

La decisione del *Taoiseach* di non accogliere eventuali proposte di emendamento alle formulazioni presentate sulla questione dell'aborto, inasprirono i toni del dibattito all'interno del *Dáil*. Sebbene infatti, gli stessi *Progressive Democrats* avessero espresso alcune riserve nei confronti dell'azione del governo, il timore che potessero essere indette nuove elezioni generali, indusse loro a sostenere le proposte presentate nel *Dail*[3643].

La scelta dei *Progressive Democrats* di sostenere l'azione del governo assicurò il passaggio dei *bills* che furono approvati, senza emendamenti, il 27 ottobre 1992 con 68 voti a favore e 57 contro. Introdotti nel Senato, dove i contrasti tra le parti[3644]si mostrarono più evidenti, *the amendments bills* passarono il 30 ottobre successivo.

La campagna per il referendum sull'aborto ricevette un duro colpo in seguito alla crisi di governo del 5 novembre 1992. Le dimissioni di tre deputati dei *Progressive Democrats* e l'approvazione di un " *vote of no confidence*" nei confronti del governo del *Fianna Fáil*, aprirono la strada a nuove elezioni generali. "*By then, the abortion referendums had become embroiled in a general election...*" in quanto il popolo irlandese fu chiamato lo stesso giorno, il 25 novembre, a pronunciarsi sia sulla nuova composizione del *Dáil* che sui quesiti referendari[3645].

La decisione del governo di anticipare la data di indizione dei referendum, non permise ai movimenti schierati pro e contro, di organizzare una campagna incisiva sulla questione dell'aborto.

The Alliance For Choice, un'organizzazione che coordinava almeno 20 differenti gruppi *pro - choice*, tra cui REAC, *the Women's Coalition*, e i rappresentanti del *Fine Gael*, *The Democratic Left* e il *Labour Party*, proponeva di votare "*no, yes, yes*" ai tre referendum sull'aborto[3646] e sosteneva la necessità di un intervento del legislativo atto ad implementare la decisione della Corte Suprema sulla questione, con la conseguente abrogazione dell'articolo 40.3.3. della Costituzione. Nonostante *The Alliance* tentò in vario modo di diffondere le proprie convinzioni a livello nazionale, la sua campagna rimase per lo più circoscritta nell'area intorno a Dublino.

---

condotte da parte dei banchi dell'opposizione, alla fine, affermò che se le tre proposte di referendum fossero state approvate, sarebbe stata"*the end of the matter*" *Dáil* debates 432, 959.

[3642] Per il dibattito all'interno del *Dáil* e del Seanad, J. A FOLEY, S. LALOR, (a cura di), *Annotated…*, *op. cit.*, 267 ss.

[3643] Il contributo di Mary Harney, il Ministro di Stato dei *Progressive Democrats*, fu fondamentale nella risoluzione della questione; sebbene personalmente rifiutasse gli obiettivi contenuti all'interno dei *bills* e non condividesse il modo attraverso cui il Governo aveva condotto il dibattito parlamentare, decise di non votare contro.

[3644] Nel dibattito all'interno del Senato due Senatori del *Fianna Fáil* si opposero ai progetti presentati dal Governo seppure per ragioni differenti. Olga Bennett da un lato sosteneva che i *bills* erano troppo restrittivi, mentre Des Hanafin accusava il Ministro di facilitare l'omicidio dei nascituri. Questi, nel *second stage* votò contro le proposte del governo mentre preferì non partecipare alle successive votazioni sulla questione all'interno del Senato.

[3645]C. HUG, *The Politics…*, *op. cit.*, 185 ss..

[3646]*The Allinace For Choice* chiedeva infatti ai suoi sostenitori di votare no alla "*substantive issue*" e yes *ai referendums on travel and information.*

ISSN 2279-7238

Lo schieramento antiabortista era invece composto da due differenti organizzazioni, *The Pro-Life Campaign* che suggeriva un *no vote* sulle questioni dell'aborto e dell'informazione, senza dare espressa indicazione su *the travel issue*, e *The National Right to Life Campaign* che, invece, esplicitamente dimostrava la sua opposizione a tutti e tre i quesiti referendari proposti. Nel rifiutare l'ipotesi che l'interruzione volontaria della gravidanza potesse in taluni casi essere necessaria per salvare la vita della donna, *the anti-abortion groups* condannavano *the right to travel* in quanto esso significasse *"the right to travel to have an abortion*" e "*the right to information*" che aveva in sé implicito "*the right of foreign abortion clinics*".

Diffusa con forza in tutto il paese, la campagna fu sostenuta con vigore nei singoli collegi elettorali da quei candidati che, in corsa per le elezioni generali, condividevano gli obiettivi proposti dagli *anti-abortiongroups*.

Esponenti della *Pro-Life Campaign* espressero le proprie perplessità nei confronti della posizione di neutralità che la Chiesa Cattolica aveva deciso di adottare in relazione alle questioni sull'aborto. Nella *Bishops' Conference* del 5 novembre 1992, riconfermando quanto già espresso precedentemente[3647], la Chiesa aveva infatti fornito le proprie indicazioni in ordine ai quesiti referendari dichiarando, come riportato da Kennelly e Ward[3648], che "*people could vote either "yes" or "no"on the abortion referendum with good coscience even thought the wording was flawed in that it guaranteed less than the total exclusion of deliberate abortion*".

La richiesta di chiarimento sul significato della statuizione avanzata alla Chiesa da due esponenti di *The Pro-Life Campaign*, Des Hanafin e William Binchy provocò la reazione dell'Arcivescovo di Dublino Connell che, in una lettera pastorale datata 19 novembre, espresse il proprio voto contrario a tutte le questioni sull'aborto. Tale dichiarazione, unita a quelle di altri esponenti di rilievo dell'ordine cattolico, rappresentò un importante successo per i movimenti contrari all'aborto, sebbene il risultato non poteva in alcun modo considerarsi scontato dal momento che in un sondaggio di opinione condotto una settimana prima del 25 novembre, più del 20% dell'elettorato non aveva ancora chiaro come esprimersi a riguardo dei quesiti referendari[3649].

Chiamato alle urne il 25 novembre 1992 per rinnovare il *Dáil*, e contestualmente votare i tre referendum[3650], il popolo irlandese respinse la proposta su *the substantive issue*,

---

[3647] La chiesa Cattolica aveva anticipato la sua posizione di neutralità riguardo alla questione dell'aborto nella *Bishops' Conference* del 19 ottobre 1992, al fine di non essere coinvolta direttamente nell'arena politica.

[3648] B. KENNELLY, E. WARD, *The Abortion …*, *op. cit.*, in M. GALLAGHER, M. LAVER, (a cura di), *How Ireland…*,*op. cit.*, 123 ss.

[3649] Il sondaggio di opinioni realizzato da *The Irish Times* il 18 novembre1992, una settimana prima della data stabilita per il referendum su un campione dell'elettorato evidenziò che il popolo era così diviso: *Abortionissue.* Yes, 33; No, 42; Don't Know, 25. Travel issue. Yes, 65; No, 23; Don't Know, 12. *Information issue. Yes,* 71; No, 18; Don't Know, 11.

[3650] Come prescritto da *the Referendum (Amendment) (n.2) Act, 1992*, *the polling card* statuiva "You may vote at the Referenda on three proposals":

White Ballot Paper-Right to life

The Twelfth Amendment of The Constitution Bill, 1992, proposes to amend Article 40 of the Constitution by the addition of the text here following to subsection 3° of section 3 thereof:

ISSN 2279-7238

approvando invece quelle su *travel* e *information*[3651]. L'affluenza alle urne per i referendum in questione fu più elevata di quanto non lo fosse stata per il referendum sull'introduzione della terza sottosezione all'articolo 40.3. della Costituzione nel 1983 e, questo è senza dubbio da ricollegare alla coincidenza temporale con le elezioni generali.

E' certo che nell'ambito di un dibattito durato circa dieci anni, i referendum del novembre 1992 hanno avuto il merito di condurre l'opinione pubblica irlandese verso una posizione più liberale sulla questione dell'aborto. Questo risulta tanto più evidente, non solo dall'analisi dei risultati referendari e dal contenuto dei dibattiti svoltisi durante l'anno, ma anche dal considerevole spazio offerto dai media a molte donne che ebbero la possibilità di parlare apertamente della loro esperienza sull'interruzione della gravidanza.

Se infatti la campagna per il referendum del 1983 era stata condotta su una concezione astratta dell'aborto e si era essenzialmente rivolta a salvaguardare la legislazione esistente attraverso la costituzionalizzazione del divieto, quella del 1992 fu invece avviata dalla pronuncia della Corte Suprema sul *"X" case* che stimolò senza dubbio il popolo a considerare la questione dell'interruzione volontaria della gravidanza in modo più concreto e personale.

5. Verso l'abolizione dell'ottavo emendamento. La campagna referendaria

La questione dell'aborto tornò nuovamente sulla scena politica a circa vent'anni di distanza dal *"X" case* non solo perché l'Irlanda fu condannata nel 2010 dalla Corte europea dei diritti umani[3652] per non aver adottato la legislazione necessaria a garantirne il ricorso

---

"It shall be unlawful to terminate the life of an unborn unless such termination is necessary to save the life, as distinct from the health, of the mother, where there is an illness or disorder of the mother giving rise to a real substantive risk to her life, not being a risk of self-destruction".

Green Ballot Paper-Travel

The Thirteenth Amendment of The Constitution Bill, 1992, proposes to amend Article 40 of the Constitution by the addition of the text here following to subsection 3° of section 3 thereof: Travel: "Subsection 3° of this section shall not limit freedom to travel between the State and another state".

Pink Ballot Paper-Information

The Fourteenth Amendment of The Constitution Bill, 1992, proposes to amend Article 40 of the Constitution by the addition of the text here following to subsection 3° of section 3 thereof:" Subsection 3° of this section shall not limit freedom to obtain or make available, in the State , subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state*".*

[3651]*The Twelfth Amendment of the Constitution Bill*, 1992 venne infatti respinto dal 65.4% (pari a 1.079.297 voti) dei voti contrari contro il 34.6% (572.177) dei voti a favore*; the Thirteenth Amendment of the Constitution Bil*l, 1992 venne invece approvato dal 62.4% (pari a 1.035.308 voti) dei voti a favore contro il 37.6% (624.059) voti contrari *e the Fourteenth Amendment of the Constitution Bill,* 1992 venne approvato dal 59.9% (pari a 992.833 voti) dei voti a favore contro il 40.1% (665.106) voti contrari. La percentuale di affluenza alle urne raggiunse il 68.2% dell'elettorato.

[3652]Sent. A, B e C c. Irlanda (ricorso n. 25579) La controversia traeva origine dai ricorsi di tre donne, due irlandesi e una lituana che avanzavano restrizioni in tema di pratica abortiva in Irlanda e pertanto erano state costrette a recarsi in

ISSN 2279-7238

quando la gravidanza mettesse in pericolo la salute della madre, ma anche per il caso specifico di Savita Halappanaver, una dentista di 31 anni di origini indiane, morta il 28 ottobre del 2012 in seguito ad una setticemia non diagnosticata causata dalle complicazioni di un aborto alla diciassettesima settimana di gestazione presso l'Ospedale universitario di Galway; i medici rifiutandosi di operare la donna e di rimuovere il feto a causa dei continui, sebbene leggerissimi battiti cardiaci dello stesso, avevano di fatto procurato il decesso della 31enne per setticemia.

L'*Oireachtas*, sollecitato da un'ondata di pubblica indignazione approvò il *Protection of Life During Pregnancy Act,* 2013, una legge questa che ha una applicazione alquanto limitata in quanto se permette la possibilità ricorrere alla pratica abortiva nei soli casi in cui la gravidanza costituisca un pericolo grave per la vita della donna, esclude invece, il ricorso all'interruzione della gestazione in caso di stupro, di incesto o di anomalie del feto. La legge include tra i rischi che consentono il ricorso all'interruzione volontaria la minaccia di suicidio della donna e quindi il disagio psichico; in quest'ultimo caso l'*iter* per ottenere l'autorizzazione è molto complesso e prevede che un ginecologo e un secondo specialista devono concordare congiuntamente e certificare che la cessazione della gravidanza è l'unico trattamento idoneo a salvare la vita della gestante; sono invece necessari tre specialisti quando la minaccia alla vita di una donna è a rischio per suicidio Questa legge stabilisce che una donna, nel caso in cui pratichi l'aborto al di fuori di quelli che sono gli stretti confini della suddetta legge commette un reato punibile con sanzioni che arrivano fino a 14 anni di carcere.

Quanto ricostruito chiarisce il perché migliaia di donne ogni anno escono fuori dalla Repubblica per eseguire l'interruzione di gravidanza all'estero piuttosto che sottoporsi, pur magari avendone i requisiti, di effettuarla nel proprio paese. Il Ministro della salute Simon Harris ha stimato che sono circa 3500 (circa 170 mila nel periodo di tempo compreso tra il 1980 e il 2016) le donne che ogni anno migrano nella vicina Gran Bretagna o che attraversando la manica arrivino in Olanda per ricorrere alla pratica dell'aborto all'estero, introdotto, come detto, in virtù del tredicesimo emendamento alla Costituzione nel 1992, o che in alternativa, non avendo i mezzi finanziari, facciano ricorso a pillole abortive comprate *on line* da fonti esterne, senza alcuna assistenza medica, così esponendosi a pericoli estremamente gravi per la propria salute.

E' di chiara evidenza che in un Paese in fase di trasformazione in cui si assiste non solo ad un progressivo tramonto dell'influenza della Chiesa cattolica sulla coscienza collettiva e all'affermarsi di una posizione progressivamente più laica della società, ma anche ad un cambiamento sociale testimoniato dal recente successo del matrimonio egualitario e dalla nomina di Leo Varadkar come Primo Ministro, medico, 40 anni, di origine indiana e dichiaratamente gay, gli irlandesi, soprattutto giovani, presa consapevolezza della grave situazione diffusa, rivendicavano con energia e radicalità la necessità di dare vita ad una

Gran Bretagna senza alcun sostegno medico per sottoporsi alla pratica. Con riferimento ad una delle tre donne, malate, la Corte condanna l'Irlanda per non aver permesso l'interruzione della gravidanza nei limiti della legislazione irlandese.

ISSN 2279-7238

nuova legge sull'interruzione volontaria di gravidanza, partendo, come dovuto, dall'abrogazione dell'ottavo emendamento della Costituzione.

A riguardo particolarmente incisivo era stato anche il successo riscontrato nel settembre 2017 dal Movimento *Abortion Rights Campaign* in ordine all'organizzazione annuale della «Marcia per la Scelta»[3653] con un'affluenza particolarmente elevata che, manifestando sotto l'*hastag Repeathe* 8th (abroga l'ottavo), chiedeva un nuovo referendum che cambiasse la normativa vigente.

La decisione presa dal Premier il 30 gennaio 2018 di indire il referendum costituzionale attraverso la presentazione del trentaseiesimo progetto di revisione costituzionale, costituiva una risposta adeguata alle innumerevoli richieste avanzate dalla popolazione irlandese e una conferma di quanto già, a partire dall'ottobre del 2016, il Parlamento avesse realizzato in ordine alla possibilità di mettere in moto la riforma su una delle questioni maggiormente dibattute nel Paese. A tale scopo infatti l'*Oireachtas* aveva istituito un Assemblea di cittadini, guidata da Mary Loffoy, giudice della Corte Suprema, e composta da cento membri a cui era stato attribuito il compito di esaminare le questioni mediche, legali ed etiche sull'aborto dando di conseguenza avvio ad un percorso rivolto a cambiare la legislazione senza dubbio tra le più severe in Europa insieme a quelle previste nella Repubblica di San Marino, Malta e nella Città del Vaticano.

Raccolte più di tredicimila mila e cinquecento osservazioni nell'opinione pubblica il Gruppo era giunto a stilare un rapporto alquanto dettagliato che raccomandava in prima battuta la necessità di abolire l'ottavo emendamento della Costituzione e l'approvazione di una legge futura che permetta l'aborto fino alla dodicesima settimana.

A seguito del parere dell'Assemblea dei cittadini, il Governo ha così istituito un Comitato parlamentare interpartitico composto da 21 membri chiamato ad ascoltare il parere di esperti sia in ambito legale che medico e che, completata la revisione delle raccomandazioni espresse dall'assemblea dei cittadini, ha elaborato una relazione in cui ha concluso che la 3 sottosezione dell'art. 40.3 della Costituzione avrebbe dovuto essere rimosso.

E' cosi che il trentaseiesimo progetto di revisione costituzionale, dopo essere stato presentato dal Governo al *Dáil* il 7 marzo 2018 ha completato il suo passaggio parlamentare al Senato il 28 marzo 2018 per poi essere sottoposto a referendum popolare il successivo 25 maggio, al fine di richiedere agli elettori, a seguito di un *iter* alquanto travagliato, di sostituire la 3 sottosezione dell'art. 40.3 della Costituzione, altrimenti nota come ottavo emendamento, con la possibilità che il Parlamento possa adottare, come del resto sta al momento facendo, una legge per la regolamentazione dell'interruzione volontaria della gravidanza anche in Irlanda.

La campagna referendaria ha assunto sin da subito toni alquanto accesi. Il *Premier* irlandese Leo Varadkar, racconta in un video su *twitter* di aver cambiato idea sull'aborto

[3653] La «Marcia per la Scelta» di Dublino è la marcia madre che coinvolge 19 marce analoghe in 12 Paesi del Mondo per chiedere l'abrogazione dell'ottavo emendamento in Irlanda.

ISSN 2279-7238

durante la sua esperienza di Ministro della Salute nel Governo presieduto da Enda Kenny che lo aveva condotto ad interfacciarsi direttamente con le tragiche storie di donne costrette ad abortire. Apertamente schierato a favore dell'abrogazione dell'ottavo emendamento, Varadkar, *leader* del *Fine Gael*, formazione liberale di centro destra, ha sostenuto apertamente la campagna referendaria per il Sì. Sulla stessa linea anche il repubblicano *Fianna Fáil* che, come il partito del *Taoiseach*, ha lasciato agli elettori piena libertà di voto; a favore dell'abrogazione gli indipendentisti di *Sinn Féin* e dei laburisti che sostenevano l'interruzione di gravidanza nei casi di rischio per la salute, stupro e anomalie fetali.

Solidarity e *People before Profit* hanno avanzato entrambi una campagna radicata sulla libertà di scelta della donna di porre fine alla gravidanza, anche in ritardo, se reso necessario, e il Green Party ha portato avanti l'idea di non porre ostacoli fino a dodici settimane di gestazione, con l'intervento di un medico, per interruzioni successive.

TOGHETER FOR YES, insieme per il Sì è lo *slogan* scelto dall'organizzazione ad ombrello che riunisce i vari gruppi favorevoli alla legalizzazione dell'aborto come ROSA, *Repeal The 8th Movement* a cui si è aggiunto anche *Amnesty International.*

Ai vari gruppi *pro-choice* si sono affiancati, facendo campagna attiva, rappresentanti del mondo della cultura, editorialisti di importanti testate giornalistiche, big della musica e dello spettacolo e personalità provenienti dai più diversi ambiti e appartenenti a diversi schieramenti, tutti uniti per dare avvio ad un procedimento che potesse far voltare pagina al Paese; ma soprattutto sono scese in campo le donne che con forza hanno raccontato le loro esperienze, il loro disagio, lasciando da parte il senso di vergogna e di costrizione.

Di contro i movimenti anti-abortisti che per questa occasione hanno coniato lo slogan «love both», ama entrambi, mamma e bambino. Chi ama veramente le donne e i bambini non uccide hanno argomentato i sostenitori del No sotto le insegne di movimenti antiabortisti come *Prolife Campaign*, *Love Both* e *Save the 8th* che, attraverso una campagna dai toni talvolta alquanto aggressivi, non hanno però raggiunto i risultati sperati.

Per la prima volta i vescovi irlandesi, in un comunicato congiunto della Conferenza episcopale dal titolo «La nostra comune umanità» hanno espresso il loro punto di vista sulla questione referendaria. «Come pastori – hanno detto – sappiamo che il discorso sulle vite non ancora nate è sensibile, delicato e pieno di dolore per molti. Vogliamo offrire la nostra riflessione nel rispetto di tutti, ma mettendo in campo il nostro punto di vista in modo chiaro e non ambiguo». Per i vescovi irlandesi il diritto alla vita non è dato da una legge specifica ma dal nostro essere umani «indipendentemente dall'essere poveri o ricchi, sani o malati.

Monsignor Brendam Leahy, Vescovo di Limerick, ha dichiarato che «gli irlandesi sono un popolo compassionevole: Sentono con il cuore le situazioni difficili delle ragazze madri, delle madri che sono costrette ad andare all'estero per abortire e sentono di doverle aiutare sostenendo il referendum. Ma la compassione va unita alla verità. Ci sono due vite da difendere e sostenere, quella della madre e quella del nascituro» E se alcuni parroci hanno

ISSN 2279-7238

preso pubblicamente posizione contro l'aborto durante la messa domenicale o durante la celebrazione delle prime comunioni, le gerarchie ecclesiastiche hanno preferito mantenere invece posizioni più defilate dopo che l'emersione di casi di pedofilia ed abusi l'avevano travolta, mettendone in discussione la credibilità o se invece per timore - o meglio per scelta consapevole - di non impegnarsi a pieno in una battaglia che sin dall'inizio del percorso aveva l'odore della sconfitta.

Nel vivo della campagna referendaria, non più fondata, come nel 1983 sulla scesa in campo dei sostenitori del Sì e del No in cortei e marce per promuovere o meno l'introduzione dell'ottavo emendamento alla Costituzione, quanto piuttosto su una campagna mediatica in cui Facebook e Google, i due giganti della rete hanno deciso di intervenire per limitare il dibattito *on line* ed evitare di essere accusati di manipolare le informazioni. In particolare se la decisione di Facebook ha bloccato queste forme di pubblicità che provengono dall'estero, soprattutto dagli Stati Uniti, nel rispetto della legge irlandese che vieta ogni forma di finanziamento straniero alla politica, Google, senza dubbio si è spinta oltre e ha vietato tutte le forme di pubblicità che riguardano il tema oggetto del referendum. Dopo essere stati accusati di non riuscire a controllare i flussi di informazioni durante due eventi politici recenti di particolare rilevanza quali le elezioni presidenziali americane e la Brexit con il caso di Cambridge Analyitica, i due colossi dei media hanno allora deciso di bloccare tutto.

John Mc Guirk, portavoce del gruppo *Save the 8th* ha duramente criticato la decisone di Google e Facebook in una conferenza stampa congiunta con altri sostenitori pro – life riferendo che la campagna contraria all'abrogazione si è affidata in modo particolare ai *social media* per avanzare la propria posizione a fronte della maggior parte dei quotidiani irlandesi schierati per il Sì. «E' molto chiaro», si legge nel comunicato «che il Governo, gran parte dei media e il mondo delle multinazionali hanno stabilito che si debba fare tutto ciò che debba garantire la vittoria del Sì. Quella *on line* era l'unica piattaforma disponibile per la campagna per il No per parlare direttamente agli elettori. Questa piattaforma viene ora minata, al fine di impedire al pubblico di ascoltare il messaggio di una parte».

E sebbene Alibhe Smyth, uno dei *leader* della campagna abrogazionista, *Togheter for Yes*, abbia commentato che la mossa di Google crei una parità di condizioni fra tutte le parti concorrenti con la forza delle loro argomentazioni e il potere della testimonianza personale, non con la profondità delle loro tasche, Laoise Ní Dhubhrosa della *London Irish United for Life* riferisce al *Catholic Herald* che «si tratta di uno sviluppo molto preoccupante…In un contesto simile, i gruppi *pro life* devono contare sui nuovi media, compresa la pubblicità *on line*, per far conoscere il proprio messaggio»

Un attacco all'integrità del referendum, lo ha definito Maria Steen di Iona *Institute*, *think tank* per la famiglia, attivamente impegnato nella campagna referendaria sul fronte per la vita che genera un'alterazione della campagna, portando conseguenze di cui, con molta probabilità, i due colossi del web non sono pienamente consapevoli.

6. Un Paese in trasformazione

ISSN 2279-7238

Il referendum del 25 maggio e la successiva promulgazione di the *Thrty - sixth Amendment of the Constitution Act* il 18 settembre 2018 più che rappresentare una consultazione popolare al pari delle altre a cui il popolo è stato sottoposto, ha rappresentato un voto per il definitivo cambiamento sociale del Paese; un'esperienza questa che, coma abbiamo avanzato all'inizio dell'indagine, richiama quel processo di trasformazione che ha investito la società italiana sul finire degli anni sessanta per effetto dell'avvio di un percorso di cambiamento e di riforme sul piano dei diritti civili e sociali e che attraverso il processo di secolarizzazione, ha condotto alla progressiva «autonomizzazione delle istituzioni». La religione, pur non cessando di essere anche essa un'istituzione, è stata posta dunque sullo stesso piano delle altre forme di organizzazione senza però avere più l'egemonia esercitata in passato e permettendo di conseguenza, l'affermarsi di istituzioni progressivamente più laiche.

In Irlanda, come detto, la partita si è chiusa con un risultato che non lascia spazio a discussioni e che ha visto molte persone, soprattutto donne, riunite, il giorno della vittoria elettorale, a festeggiare di fronte al Castello di Dublino il raggiungimento di un risultato senza precedenti e che vede oggi il Parlamento impegnato ad approvare, in tempi alquanto rapidi, la legge in materia di interruzione volontaria della gravidanza, una disciplina completa e non uno strumento per ottemperare ad un obbligo imposto dalla CEDU o dall'indignazione popolare.

L'Irlanda con il voto del 25 maggio compie dunque un altro passo decisivo nel processo di secolarizzazione e sancisce una conferma alquanto decisa della perdita di influenza della Chiesa cattolica dopo il referendum che nel 1995 introdusse il divorzio e quello del 2015 sui matrimoni tra persone dello stesso sesso.

E' certo che in un Paese in cui all'inizio del Preambolo della Costituzione il richiamo alla religione cristiana è proclamato «Nel nome della Santissima trinità, da cui deriva ogni autorità e a cui bisogna ricondurre come al loro ultimo fine, tutte le azioni degli uomini e degli Stati» ed investe il valore complessivo dell'intero testo, la vicenda relativa all'abrogazione dell'ottavo emendamento viene ad assumere il significato più che di una consultazione sull'interruzione di gravidanza, di un passo determinante per la definizione dell'identità nazionale.

La Chiesa in Irlanda, a dispetto di tanti altri Paesi, si identificava infatti con l'identità nazionale, con la Patria, e dunque costituiva un fattore che, meglio di altri ha da sempre aiutato il popolo di Irlanda a distinguersi, a definirsi e, soprattutto, ad emanciparsi dalla vicina Gran Bretagna.

E se è di chiara evidenza che il Paese riconosce nel referendum sul matrimonio tra coppie omosessuali e in quello relativo all'introduzione dell'aborto i passi senza dubbio più significativi per una ridefinizione dell'identità nazionale più secolare, la decisione presa dal popolo irlandese il 26 ottobre 2018, nella stessa giornata in cui in si è votato per eleggere il

ISSN 2279-7238

Presidente della Repubblica[3654], di abrogare, con il 64,85% di consensi, il reato di blasfemia prescritto all'articolo 40.6 della Costituzione[3655], rappresenta con tutta evidenza la conferma del processo di cambiamento permettendo, come riferisce l'Associazione degli atei e agnostici, il superamento «di uno degli ultimi tasselli del confessionalismo».

La Chiesa ha perso il controllo sulla società. Il mito dell'Irlanda come società cattolica è andato progressivamente sfaldandosi; oggi la fiducia nella Chiesa è in declino e la dimostrazione giunge dal censimento del 2016 che riferisce che solo il 78% della popolazione si dichiara cattolica, rispetto al 91% del 1991, mentre la categoria degli atei, agnostici e senza credere è aumentata dal 3,6% al 10%

E sebbene i tassi di frequenza alle messe e alle altre cerimonie religiose siano senza dubbio tra i più alti d'Europa, è indubbio che vi sia stato un significativo cedimento legato al mutamento della coscienza del Paese.

L'Irlanda ha dovuto obbligatoriamente, per non sentirsi fuori dal resto d'Europa, fare i conti nel corso dell'ultimo ventennio con la globalizzazione economica e sociale, con l'apertura ai nuovi mezzi di comunicazione del nuovo millennio, internet, i viaggi, gli scambi e l'irrompere dell'era virtuale; un'isola, una popolazione prevalentemente rurale e povera, si è trasformata, dunque, in una società urbana più ricca e progredita e il risultato referendario e la imminente legge sull'aborto costituiscono senza dubbio dei punti di non ritorno nel processo di trasformazione del Paese.

ABSTRACT

L'articolo affronta nelle parte introduttiva una comparazione tra il processo di secolarizzazione intervenuto in Italia a partire dalla seconda metà degli anni '60, in cui si assiste ad un periodo di profonda trasformazione e all''affermarsi di una società destinata a cambiare repentinamente in virtù delle grandi riforme sul fronte dei diritti civili e sociali, e quanto invece iniziato in Irlanda negli ultimi vent'anni. Quella irlandese, da sempre definita fra le Nazioni più cattoliche e conservatrici al mondo, infatti, attraverso una serie di eventi di carattere politico istituzionale, ha avviato solo di recente un processo di

[3654] Il laburista Michael D. Higgins è stato riconfermato per un secondo mandato a Presidente della Repubblica Il poeta di Limerick ha ottenuto il 55,81% delle preferenze superando largamente gli altri candidati Peter Casey (21%), Seán Gallagher (7%), Liadh Ni Riada (8%), Joan Freeman (6%) e Gavin Duffy (2%).

[3655] L'art. 40.6 della Costituzione prescrive che la «pubblicazione o l'espressione di opere o parole blasfeme, sediziose o indecenti costituisce un reato punito dalla legge». Nel 2009 fu modificata la legge che regolamentava le multe per i casi di blasfemia, stabilendosi un massimo di venticinquemila euro di sanzioni per vilipendio alla religione ed estendendosi di conseguenza anche ad altre religioni, non lasciandola limitata solo al cristianesimo. Sebbene il reato di blasfemia in Irlanda fosse disapplicato da oltre un secolo, l'ultima condanna risaliva al 1855 sotto il dominio britannico tanto da avere indotto la stessa Chiesa cattolica a definire la legge «abbondantemente obsoleta»; la questione era però tornata all'attenzione dell'opinione pubblica nel 2015 quando un attore era stato denunciato da uno spettatore per alcune parole non proprio benevole pronunciate su Dio durante un'intervista televisiva. Venne a riguardo aperta un'indagine che però si concluse con l'archiviazione.

ISSN 2279-7238

trasformazione verso una nuova definizione dell'identità nazionale, dopo secoli di egemonia culturale cattolica.
A testimonianza di tale processo, il lavoro analizza nel proseguo il referendum costituzionale con cui la popolazione irlandese è stata chiamata alle urne per l'abrogazione dell'ottavo emendamento della Costituzione che, introdotto con il referendum del 1983, rendeva di fatto illegale l'aborto. La questione dell'aborto, oggetto da sempre di acceso confronto tra le parti in campo, è ricostruita nelle sue tappe fondamentali fino al referendum costituzionale del 28 maggio 2008 il cui esito positivo ha condotto alla possibilità di immettere nel Paese una legge sulla regolamentazione volontaria della gravidanza permettendo, di conseguenza, un altro passo decisivo nel processo di secolarizzazione, ed una conferma della perdita di influenza della Chiesa cattolica sulla società e le istituzioni, dopo che il referendum del 1995 aveva introdotto il divorzio e quello del 2015, dichiarato ammissibili i matrimoni egualitari.

The paper deals with the introductory part a comparison between the secularization process that took place in Italy starting from the second half of the '60s, in which there is a period of profound transformation and the affirmation of a company destined to change suddenly in virtue of major reforms on civil and social rights, and what has begun in Ireland in the last twenty years. The Irish, which has always been defined among the most Catholic and conservative nations in the world, in fact, through a series of events of an institutional political nature, has only recently begun a process of transformation towards a new definition of national identity, after centuries of Catholic cultural hegemony.
However, the second part, with regard to the Irish experience it is specifically addressed the constitutional referendum which the people was called to vote on the repeal of the eighth amendment of the Constitution, introduced with the 1983 referendum, which made in fact abortion illegal.
Abortion issue, object of an increasing heated debate between the parties in the field, it is rebuilt in its fundamental stages, until reaching the constitutional referendum of 28 May 2008. The positive outcome referendum has led to the possibility of introducing a law on the country allowing voluntary regulation of pregnancy, therefore, another decisive step in the process of secularization, and a confirmation of the loss of influence of the Catholic Church on society and institutions after the referendum which in 1995 introduced the divorce and that in 2015 declared egalitarian marriages admissible.

PAROLE CHIAVE secolarizzazione, Italia, Irlanda Referendum aborto
KEY WORDS secularization, Italy, Ireland, Referendum, abortion.

ISSN 2279-7238

Le origini ecclesiali e giuridiche dell'art. 7 comma 1, Cost.*

di Ivano Sassanelli**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La Lettera Enciclica "*Immortale Dei*" - 3. Il Codice di Camaldoli - 4. L'Assemblea costituente e la Costituzione italiana - 4.1. G. La Pira e P. Calamandrei - 4.2. M. Cevolotto e G. Dossetti - 4.3. C. Mortati - 5. Conclusione.

1. Introduzione

A settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione italiana risulta indispensabile tornare a riflettere su uno degli articoli che maggiormente ha creato discussioni e contrasti tra gli studiosi del diritto costituzionale, ecclesiastico e canonico da quando la Carta fondamentale dell'Italia repubblicana ha visto la luce: "l'art. 7 Cost." [3656].

In questa sede ci soffermeremo solo sul "primo comma" di tale articolo («*Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*») con l'intento di provare a mostrare le radici tanto ecclesiali quanto giuridiche dei suoi contenuti. Per far questo tracceremo un percorso che avrà come tappe sia il magistero ecclesiale, sia la riflessione dottrinale e, infine, la discussione avvenuta in sede di Assemblea costituente.

Insomma, con tale scritto, ci proponiamo – senza pretese di esaustività e ben consci del fatto che già molto è stato pubblicato su tale materia in maniera egregia e con dovizia di particolari – di

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore incaricato di "Basi Teologiche del Diritto Canonico" presso l'Istituto Teologico "Santa Fara" della Facoltà Teologica Pugliese di Bari.

[3656] La bibliografia riguardante i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e, segnatamente, incentrati sul suddetto articolo 7 Cost. e sul suo primo comma, sarebbe sterminata. Per tali motivi, per un approfondimento sui temi trattati in questa nostra riflessione, ci sia consentito rimandare solo a titolo esemplificativo, tra i più recenti scritti, a: F. MARGIOTTA BROGLIO – D. FERRARI, *L'art. 7 della Costituzione e la "Divina Sapienza"*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3-2017, 1-22; G. DALLA TORRE, *La Chiesa e gli Stati. Percorsi giuridici del Novecento*, Roma, Studium Edizioni, 2017; D. MENOZZI, *Costituzione italiana: articolo 7*, Roma, Carocci, 2017; O. FUMAGALLI CARULLI, *Lo Stato italiano e la Chiesa Cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria)*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (a cura di), *Chiesa e Stato in Italia. Nuovi studi di diritto ecclesiastico*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2015, 9-26; M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio. Un profilo storico-giuridico*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2015; M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2012, 111-118; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, A. BETTETINI – G. LO CASTRO (a cura di), Bologna, Feltrinelli, 2012, 102-122; G. BARBERINI, *Ancora qualche riflessione sull'art. 7.1 della costituzione italiana per fare un po' di chiarezza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2009, 1-16; P. LILLO, *Commento all'art. 7*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, 171-172.

ISSN 2279-7238

ricostruire e ricercare soprattutto la *mens legislatoris* (costituente) e le radici della fonte dei rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: una specie di ritrovamento delle "fonti di questa fonte del diritto (costituzionale)".

2. La Lettera Enciclica "Immortale Dei"

Uno dei punti di partenza da cui muovere la nostra indagine è senza dubbio l'Enciclica "*Immortale Dei*" di Leone XIII del 1 novembre 1885. Ciò è dovuto al fatto che, come afferma G. Dalla Torre, risulta che la formula dell'art. 7 comma 1 Cost.

> «fu letteralmente tratta dall'enciclica *Immortale Dei* (1885) di Leone XIII, nell'autunno del 1946, ad opera di Montini, La Pira ed altri. E tale formula – come s'è giustamente osservato – fu poi introdotta senza difficoltà nel progetto di Costituzione, essendo ormai patrimonio culturale comune dei giuristi che la Chiesa dia luogo ad un ordinamento originario, ed essendo al tempo stesso una formula cara ai cattolici in quanto espressione diretta del magistero ecclesiastico»[3657].

L'Enciclica prese le mosse da un'idea di Chiesa come *societas iuridice perfecta*[3658]: essa possedeva tutte le caratteristiche essenziali per poter essere concepita come "autonoma" (rispetto ai poteri

[3657] G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2011, 24.

[3658] «Questa società, sebbene sia composta di uomini non diversamente dalla società civile, tuttavia, per il fine al quale tende e per i mezzi di cui si serve per conseguirlo, ha carattere soprannaturale e spirituale, e in questo si distingue e differisce dalla società civile; ciò che soprattutto conta, essa è una società nel suo genere e nel suo assetto giuridico perfetta, dal momento che possiede, per volontà e grazia del suo fondatore, in sé e per se stessa tutti gli strumenti necessari al suo esistere e al suo operare. […] Pertanto non è alla società civile, ma alla Chiesa che spetta condurre gli uomini verso la meta celeste: a lei fu da Dio assegnato il compito di provvedere e deliberare sulle questioni religiose, di ammaestrare tutte le genti, di allargare quanto più possibile i confini del nome cristiano: in breve, di amministrare liberamente e senza impedimenti, a sua discrezione, il mondo cristiano. E invero questa autorità in sé assoluta e del tutto autonoma (che da tempo viene contestata da quella filosofia che si inchina ai Principi) la Chiesa non ha mai cessato di rivendicare per sé e di esercitare pubblicamente. […] Pertanto tutto ciò che nelle cose umane abbia in qualche modo a che fare col sacro, tutto ciò che riguardi la salvezza delle anime o il culto di Dio, che sia tale per sua natura o che tale appaia per il fine a cui si riferisce, tutto ciò cade sotto l'autorità e il giudizio della Chiesa: tutto il resto, che abbraccia la sfera civile e politica, è giusto che sia sottoposto all'autorità civile, poiché Gesù Cristo ha voluto che ciò che è di Cesare sia dato a Cesare e ciò che è di Dio a Dio. Accade poi talora che si trovi qualche nuovo modo per garantire la concordia e una tranquilla libertà, ed è quando i governanti e il Pontefice romano raggiungono un accordo su qualche questione particolare» LEONE XIII, *Lettera Enciclica "Immortale Dei"*, in *www.vatican.va*.

ISSN 2279-7238

secolari) e "sovrana" (nella sfera spirituale)[3659].

Partendo da ciò risulta più agevole comprendere le parole di Leone XIII – contenute in questa Enciclica – in merito ai rapporti tra la Chiesa cattolica e il potere civile:

> «Dunque Dio volle ripartito tra due poteri il governo del genere umano, cioè il potere ecclesiastico e quello civile, l'uno preposto alle cose divine, l'altro alle umane. Entrambi sono sovrani nella propria sfera; entrambi hanno limiti definiti alla propria azione, fissati dalla natura e dal fine immediato di ciascuno; sicché si può delimitare una sorta di orbita, all'interno della quale ciascuno agisce sulla base del proprio diritto. Ma poiché l'uno e l'altro potere si esercitano sugli stessi soggetti, e può accadere che una medesima cosa, per quanto in modi diversi, venga a cadere sotto la giurisdizione dell'uno e dell'altro, l'infinita Provvidenza divina, dalla quale sono stati entrambi stabiliti, deve pure aver composto in modo ordinato e armonioso le loro rispettive orbite, poiché "le autorità che esistono, sono stabilite da Dio" (Rm 13,1). Se non fosse così, nascerebbero spesso motivi di contrasti e di conflitti; e non di rado l'uomo dovrebbe restare turbato ed esitante, come di fronte a un bivio, incerto circa la via da scegliere, nel caso in cui gli giungessero ordini contrari da parte delle due potestà, al cui imperio non potrebbe sottrarsi senza venir meno al proprio dovere. […] Per questo è necessario che tra le due potestà esista una certa coordinazione, la quale viene giustamente paragonata a quella che collega l'anima e il corpo nell'uomo»[3660].

A ben vedere, dunque, il Papa volle evidenziare l'aspetto positivo della "divisione e distinzione" dei due poteri (spirituale e civile) al fine di sottolineare un dato estremamente significativo ossia che non vi è – e non vi dovrebbe essere – un'opposizione tra di essi ma, al contrario, dovrebbe instaurarsi una proficua collaborazione e coordinazione – giuridica e sociale – al fine di servire meglio il fedele-cittadino che si trovi a vivere nella propria persona e coscienza tanto le istanze giuridiche e secolari quanto quelle morali e spirituali.

In questo rapporto tra istituzioni e poteri così diversi, ma al contempo così connessi tra loro, ciò che emerge è, senza dubbio, un tema caro alla tradizione cattolica lungo tutti i secoli e riproposto in maniera decisiva dal Concilio Ecumenico Vaticano II (1962-1965) e dal Codice di Diritto Canonico del 1983: ossia il concetto della *potestas* come "servizio"[3661] (alla singola persona e all'intera comunità cristiana e civile).

[3659] Per una chiarificazione terminologica più generale sui termini "autonomia", "indipendenza" e "sovranità" nel contesto dei rapporti tra Chiesa cattolica e Stati si veda G. DALLA TORRE, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica*, Roma, AVE, 2007, 67-77.

[3660] LEONE XIII, *Lettera Enciclica "Immortale Dei"*, cit.

[3661] Sul punto si veda, tra gli altri, G. DAMMACCO, *Governare la Chiesa. La governance e il governo*, Roma, Aracne, 2013, 42-48.

ISSN 2279-7238

3. Il Codice di Camaldoli

La dottrina sociale della Chiesa, poc'anzi richiamata, svolse un ruolo decisivo nella formazione umana, spirituale e politica di una parte consistente dei futuri costituenti italiani.

Uno dei punti di riferimento del pensiero politico cattolico in marito alla possibile – e necessaria – coniugazione tra fede cristiana e impegno civile, fu senza dubbio offerto, tra il 1943 e il 1945, da un gruppo di intellettuali e politici cattolici (tra cui La Pira, Capograssi, Vanoni, ecc.) i quali, sulla scorta degli incontri di formazione avvenuti a Camaldoli, decisero di scrivere un volume dal titolo "*Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un Gruppo di studiosi amici di Camaldoli*", ossia il celeberrimo "*Codice di Camaldoli*" [3662].

Attraverso questo scritto si ebbe l'opportunità di riflettere e mostrare i pilastri sui quali si sarebbe potuto – e dovuto – reggere uno Stato democratico, e segnatamente l'Italia post-bellica. In questo contesto si colloca anche il n. 19 del Codice di Camaldoli che riguarda, per l'appunto, i rapporti tra lo Stato e la Chiesa. In esso così è affermato:

> «Poiché la Chiesa rigenera gli uomini alla vita della Grazia nel tempo e li guida al pieno possesso di Dio nell'eternità, mentre lo Stato mira a garantire agli uomini la tutela e lo sviluppo della loro terrena personalità, frequenti e necessarie relazioni si hanno fra la Chiesa e lo Stato, perché in un medesimo territorio le due società reggono gli stessi soggetti e l'attività dei due poteri si estende su certi oggetti comuni.
>
> Lo Stato pur esercitando la sua piena autorità nelle cose meramente temporali deve riconoscere la missione

[3662] Una sintesi di ciò che fu il Codice di Camaldoli la fornisce G. Campanini: «Fondamentale banco di prova di questa capacità progettuale fu il volume *Per la comunità cristiana. Principi dell'ordinamento sociale a cura di un Gruppo di studiosi amici di Camaldoli*, meglio noto ora come "Codice di Camaldoli", elaborato tra il 1943 e il 1945 e pubblicato soltanto a guerra finita, nel 1945, da Studium, cioè dall'editrice romana del Movimento Laureati di Azione Cattolica. […] Il "Codice di Camaldoli" spicca per la sua organicità e insieme per la sua autorevolezza, dato che alla sua elaborazione concorsero, come emerge dal lungo elenco degli estensori, le maggiori personalità del cattolicesimo italiano (da Giuseppe Capograssi a Giorgio La Pira, da Ezio Vanoni a Paolo Emilio Taviani), soprattutto della nuova generazione. […] Il primo dato è rappresentato dall'affermazione della eminente dignità della persona e del suo primato rispetto allo Stato (con il netto rifiuto, dunque, di ogni visione totalitaria della politica). Il secondo dato, emerge indirettamente, è l'abbandono della categoria, cara al pensiero cattolico dell'Ottocento e di parte del Novecento, di "Stato cattolico", o comunque confessionale. Per i credenti non vengono rivendicati privilegi, ma è richiesto, come per tutti gli altri cittadini, il pieno rispetto della libertà religiosa da parte dello Stato e delle sue istituzioni. Va nella stessa linea la forte accentuazione del ruolo e delle responsabilità della società civile. Il terzo aspetto emergente dal "Codice" riguarda la sfera dei rapporti economico-sociali, con una forte accentuazione del ruolo della comunità politica come garante e promotrice dei fondamentali valori di giustizia sociale e di uguaglianza fra i cittadini insieme a una significativa sottolineatura della funzione sociale della proprietà. Viene infine fortemente rivendicata la necessità di superare l'antico "diritto di guerra" per promuovere la pace e la giustizia fra i popoli, anche con limitazioni della sovranità nazionale a favore di organizzazioni sopranazionali. Sono sufficienti queste scarne indicazioni a mettere in evidenza quanto importante sia stata l'elaborazione concettuale del "Codice di Camaldoli" ai fini del successivo lavoro che, dopo la caduta dei totalitarismi, attendeva la nuova classe politica democratica, e cioè la stesura della nuova Costituzione. Buona parte degli estensori del "Codice" – da Vanoni a La Pira – si sarebbero ritrovati sui banchi dell'Assemblea Costituente, a stendere la Carta fondamentale di quella Repubblica che gli italiani avevano scelto con il referendum del 1946» G. CAMPANINI, *Dal Codice di Camaldoli alla Costituzione. I cattolici e la rinascita della democrazia*, in *AS*, 5 (2006), 402-404.

ISSN 2279-7238

> divina della Chiesa, consentirle piena libertà nel suo campo e regolare di comune accordo e lealmente le materie miste (quelle in cui gli interessi e i fini delle due società, Chiesa e Stato, sono impegnati e lo spirituale e il temporale sono indivisibilmente commisti, come per esempio la materia del matrimonio e della proprietà ecclesiastica)»[3663].

Ancora una volta vennero richiamati alcuni principi-cardine della dottrina sociale della Chiesa in merito tanto all'autonomia dello Stato e della Chiesa – secondo il principio "dualista" evangelico "dare a Cesare e a Dio" – quanto al "riconoscimento", da parte dello Stato, sia della "missione divina della Chiesa" sia della "libertà religiosa" al fine di tutelare il perseguimento del bene dei fedeli attraverso l'opera spirituale ecclesiale. Inoltre venne sottolineata la necessità di mantenere ed incentivare il confronto e la collaborazione tra la Chiesa e lo Stato (visti come "due poteri", "due società") nelle cosiddette *res mixae* come il matrimonio e i beni temporali di proprietà ecclesiastica.

4. L'Assemblea costituente e la Costituzione italiana

Il contenuto del Codice di Camaldoli servì come autentica base di riflessione per quei politici cattolici che nel 1946 furono chiamati a sedere tra i banchi dell'Assemblea costituente per scrivere la Carta fondamentale della nascente Repubblica italiana[3664].

Nella Costituente venne creata una Commissione raggruppante 75 membri e avente il compito di redigere un progetto di Costituzione[3665]. In tale Commissione, poi, furono costituite tre Sottocommissioni nelle quali i giuristi cattolici furono presenti e fecero sentire le ragioni del proprio pensiero. Intatti come rileva G. Sale:

> «Tra queste era evidente che sarebbe stata la prima sottocommissione, per la natura stessa delle materie che vi sarebbero state trattate, ad assumere un ruolo guida nell'elaborazione del nuovo testo costituzionale, e di fatto in essa furono inseriti alcuni *leader* politici importanti, tra i quali Togliatti, Basso, Tupini, e intellettuali di grande valore, come il comunista Concetto Marchesi e il gruppo dei "professorini" quasi al completo: Dossetti, Moro, La Pira. Invece Fanfani, l'altro esponente di spicco di tale gruppo, fu inserito nella terza sottocommissione, nella sua veste di esperto di economia e in questa, come è noto, ebbe un ruolo di primo

[3663] Tale testo è consultabile in versione on-line in: www.dirgiur.uniurb.it.
[3664] Per un'analisi storico-giuridica sulla Costituzione italiana si veda, solo a titolo esemplificativo: G.M. FLICK, *Elogio della Costituzione*, Milano, Paoline, 2017, P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, il Mulino, Bologna, 2016; P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo pos-moderno*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. III, 607-627; V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, il Mulino, 2007.
[3665] Per un approfondimento si veda E. CHELI, *I giuristi alla Costituente*, in *Il pensiero giuridico italiano. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, Roma, Treccani, 2015, 399-405.

ISSN 2279-7238

piano, mentre Mortati, il maggior esperto di diritto pubblico e costituzionale fra i giuristi cattolici, diede il suo prezioso contributo nella seconda, incaricata a redigere la forma del nuovo ordinamento repubblicano. La ragione per cui la maggior parte degli intellettuali cattolici, i cosiddetti "professorini", lavorò nella prima sottocommissione è comprensibile: nella competenza di questa infatti rientrava la gran parte delle materie che tradizionalmente erano state i cavalli di battaglia della cultura cattolica sia intransigente sia liberale, cioè la famiglia, il matrimonio, la scuola cattolica, la libertà delle persone e degli organismi intermedi, i rapporti tra Stato e Chiesa»[3666].

La prima Sottocommissione, dunque, fu quella maggiormente incisiva e importante per l'impostazione della futura Carta costituzionale in quanto ebbe anche il compito di occuparsi dei "diritti e doveri dei cittadini". Come visto, in questa prima Sottocommissione i giuristi cattolici (facenti parte del gruppo dossettiano e molti dei quali si erano formati anche attraverso gli incontri di Camaldoli) interloquirono con quelli di area liberale e comunista[3667].

In essa un ruolo di spicco lo ebbe innanzitutto il canonista ed ecclesiasticista Giuseppe Dossetti, «politico e intellettuale impegnato, molto attento ai processi di trasformazione della società italiana»[3668] che, già negli anni giovanili della sua formazione come assistente alla cattedra di diritto canonico presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, aveva creato un cenacolo con altri professori (quali G. Lazzati, A. Fanfani, S. Vanni Rovighi, A. Amorth, don C. Colombo e in alcuni casi anche G. La Pira e padre C. Giacon) allo scopo di trattare temi di attualità in ambito tanto religioso quanto politico[3669].

Una cifra di ciò che fu la prima Sottocommissione e dello spirito che l'animò, venne data dalle parole proprio di uno dei membri del gruppo dossettiano e cioè G. La Pira. Egli, in seno alla Costituente durante la sua relazione inerente "*I principi relativi ai rapporti civili*" del 9 settembre 1946, così affermò: «Una dichiarazione sui diritti dell'uomo deve essere ammessa soprattutto […] in opposizione allo Stato fascista che con l'affermazione dei diritti riflessi, cioè della teoria che lo Stato è la fonte esclusiva del diritto, negò e violò alla radice i diritti dell'uomo»[3670].

Dunque l'impronta "antifascista" della Costituzione venne proprio dal nucleo cattolico della Costituente riscuotendo i consensi e i favori dell'intera Assemblea.

[3666] G. SALE, *Il Vaticano e la Costituzione*, Milano, Jaca Book, 2008, 11-12.
[3667] Come afferma P. Grossi: «Il ruolo dei giuristi fu determinante in seno alla Prima Sotto-commissione. Per limitarci ai nomi menzionati nel corso di questa lezione, Carmelo Caristia, Giuseppe Dossetti, Giorgio La Pira e Aldo Moro erano docenti universitarii di discipline giuridiche; Lelio Basso, Camillo Corsanego, Francesco De Vita, Roberto Lucifero erano avvocati; lo stesso Togliatti si era laureato in Giurisprudenza nella Università di Torino discutendo con Einaudi una dissertazione di diritto finanziario» P. GROSSI, *La Costituzione italiana*, cit., 617, nota 16.
[3668] G. SALE, *Il Vaticano e la Costituzione*, cit., 10.
[3669] Cfr. G. SALE, *Il Vaticano e la Costituzione*, cit., 10-11.
[3670] G. LA PIRA, *Relazione sui principi relativi ai rapporti civili*, in *Assemblea Costituente. Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di lunedì 9 settembre 1946*, 14.

ISSN 2279-7238

Dall'altro lato P. Togliatti, già nella prima seduta della suddetta Sottocommissione tenutasi il 26 luglio 1946, rilevò che: «Quando si tratterà di sancire i diritti del cittadino […] non bisogna fermarsi a questi; occorre andare al di là di questi principî, i quali non comprendono i diritti al lavoro, al riposo, alle assicurazioni sociali, all'educazione»[3671].

Da chiedersi, dunque, è innanzitutto il motivo per cui i Padri costituenti abbiano sentito la necessità di puntare l'attenzione su tali principi e diritti e, in secondo luogo, quale sia stato il fine, o meglio, il fondamento di tale discorso. La risposta la si può ricavare dalle parole dello stesso La Pira allorquando, nella sua relazione del 1946, così affermò: «Lo Stato deve costruirsi in vista della persona e non viceversa» in quanto «esistono dei diritti naturali dell'uomo, esiste una anteriorità dell'uomo rispetto allo Stato; l'uomo ha valore di fine e non di mezzo»[3672].

A queste parole di La Pira qualcuno potrebbe obiettare che non ci sia nulla di diverso tra la visione di uomo così descritto e l'immagine dell'individuo disegnato giuridicamente dalla borghesia settecentesca. Questo in realtà non risponde a verità in quanto, come sottolinea P. Grossi:

> «La Pira si riferiva alla persona, cioè a una creatura relazionale, a un soggetto socializzato perché pensato ben dentro la storia; una storia che non conosce astrazioni di un inesistente paradiso terrestre ma l'intreccio di rapporti di ogni persona con l'altro, con tutti gli altri, e all'interno di molteplici formazioni sociali»[3673].

Questo, dunque, fu il parametro di riferimento che La Pira ebbe dinanzi agli occhi: una persona umana che possiede una propria dignità intrinseca – non strumentalizzabile né assoggettabile alle necessità del partito unico e dello Stato totalitario – e che vive delle quattro relazioni fondamentali. Infatti La Pira si riferì sempre ad una relazionalità e socialità, a una visione del mondo (*Weltanschauung*), delineabile come una "struttura a quadrilatero" nella quale fondanti il proprio essere sono la tensione esistenziale e l'apertura verso "Dio" (o principio primo), "l'uomo", "la società" e "l'universo fisico"[3674]. Come afferma R. D'Ambrosio da questa visione di La Pira discende in maniera quasi diretta che:

[3671] P. TOGLIATTI, *Intervento sui lavori della Sottocommissione*, in *Assemblea Costituente. Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di lunedì 26 luglio 1946*, 3.
[3672] G. LA PIRA, *Relazione sui principi relativi ai rapporti civili*, cit., 14.
[3673] P. GROSSI, *La Costituzione italiana*, cit., 615.
[3674] Infatti La Pira in un suo scritto così afferma: «Fermiamoci al rapporto uomo-società. Con quale criterio definirlo? L'uomo è fine od è mezzo? La società ha fondamenti naturali o pattizi? A quale norma assoluta ci riferiremo per interpretare la natura dell'uomo? La conclusione, dunque, è questa: ogni *Weltanschauung* ha la struttura di un quadrilatero: i quattro lati costitutivi di questa struttura sono: *a)* Dio (od un principio primo che lo sostituisca); *b)* l'uomo; *c)* la società; *d)* l'universo fisico. La configurazione, in un modo o nell'altro, di questi quattro 'elementi' – che sono tra di loro regolati secondo un principio di gerarchia – produce, in conseguenza, una intrinseca diversità nella correlata *Weltanschauung*. E le ripercussioni politiche e sociali di questa diversità sono profonde davvero» G. LA PIRA, *Premesse della politica e Architettura di uno Stato democratico*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 2004, 32.

ISSN 2279-7238

> «Si è persona umana, in senso pieno, nella misura in cui: a. si prende coscienza di avere queste potenzialità di relazioni; b. le si attua, cioè le si sviluppa nel tempo secondo un preciso progetto; c. le si armonizza tra loro, cioè si è capaci di coglierne le interdipendenze tanto da verificare come la maturità, la soddisfazione di sé e la serenità sono date dalla misura di quanto e come devo a me stesso, agli altri, al Dio in cui credo, alla natura»[3675].

In quest'ottica, perciò, non esiste più solo lo Stato, non esiste più solo l'individuo borghese, non esiste più solo il cittadino ipotetico – fabbricato nei centri culturali delle *élites* intellettuali –, ma si riscopre la persona umana nel suo vivere concreto e nelle diverse formazioni sociali e comunità intermedie nelle quali vive e viene educata. Due esempi di comunità intermedie sono senza dubbio la "famiglia" e le "comunità religiose" (in particolar modo la Chiesa cattolica).

Alla luce di tutto questo è più agevole analizzare in profondità il comma 1 dell'art. 7 Cost. (che nei lavori della Costituente viene designato come art. 5).

Per affrontare in maniera quanto più compiuta possibile tale tema – seppur senza pretesa di esaustività – divideremo la nostra analisi in tre parti: la prima metterà a confronto le opinioni di G. La Pira con quelle di P. Calamandrei; la seconda le visioni di M. Cevolotto con quelle di G. Dossetti; la terza si concentrerà brevemente sul pensiero di C. Mortati.

4.1. G. La Pira e P. Calamandrei

Giorgio La Pira, trattando dei presupposti giuridici dell'art. 7 Cost. nel progetto costituzionale elaborato dalla Costituente, così affermò:

> «*Alla Chiesa Cattolica* (art. 7) alla quale viene riconosciuta, con formula felice, la natura di ordinamento giuridico originario e, quindi, di ordinamento, nel suo ordine, indipendente e sovrano. Viene così superata quella errata visione atomistica ed antistorica che confinava il fatto religioso in un semplice stato di coscienza, come se esso non avesse una immensa ed organica ripercussione esterna»[3676].

La Pira dunque, così come vedremo anche per Dossetti, tenne a sottolineare la natura di "ordinamento giuridico primario" della Chiesa cattolica[3677]: egli così volle sottolineare la natura

[3675] R. D'AMBROSIO, *Istituzioni, persone e potere*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2004, 13.
[3676] G. LA PIRA, *Premesse della politica e Architettura di uno Stato democratico*, cit., 220.
[3677] Secondo G. Dalla Torre: «Invero ci si può legittimamente domandare se, ed eventualmente, in quale misura, proprio la dottrina canonistica – oltre che l'oggettivo studio dell'ordinamento giuridico della Chiesa, sia nei suoi profili strutturali sia in quelli funzionali – abbia offerto spunti a Santi Romano per la elaborazione e per la verifica della sua celebre teoria. Ma non sembra d'altra parte dubitabile che le ricordate concezioni

ISSN 2279-7238

sociale del messaggio cristiano e l'originarietà della struttura giuridica della comunità ecclesiale. Inoltre dando una spiegazione sulla *ratio legis* inerente questo specifico tema inserito nel progetto della Costituzione italiana, egli affermò:

> «Posti questi nuovi principî la soluzione del problema del concordato è facile: se Stato e Chiesa costituiscono, ciascuno nel proprio ambito, due ordinamenti sovrani ed indipendenti, e se fra questi due ordinamenti esistono necessariamente dei rapporti che vanno regolati, la conclusione è evidente: questi rapporti vanno regolati pattiziamente, cioè per via di concordati. Così va impostato e risolto il problema dei patti lateranensi: la loro possibile revisione non può avere per base che il comune consenso»[3678].

Collaborazione, dunque, tra Chiesa e Stato: accordi, concordati – originari o revisionati – tutti al servizio dei fedeli e dei cittadini, in vista del bene comune in un clima di libertà religiosa e di incontro tra ordinamenti giuridici differenti. A ben vedere l'art. 7 comma 1 Cost. non risulta essere "costitutivo" – ossia non è la Costituzione che, nella fattispecie, stabilisce quale sia, o debba essere, l'essenza dell'ordinamento della Chiesa – ma è semplicemente *dichiarativo* della natura sovrana e indipendente delle due comunità (statale ed ecclesiale) nel loro rispettivo ordine.

Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica sono, quindi, da considerarsi come ordinamenti giuridici a tutti gli effetti: non è lo Stato che "ordinamenta" – ossia che istituisce come ordinamento – la Chiesa cattolica (quasi in una specie di "statalizzazione" della stessa), ma semplicemente essa viene "riconosciuta" dallo Stato, nella propria Costituzione, quale ordinamento giuridico primario, originario, sovrano e indipendente.

Tale comma, però, venne fortemente contestato in sede di Assemblea costituente. Risulta utile, in questo contesto, citare anche tali opinioni contrastanti al fine di rendere la nostra analisi più completa. Un'ipostazione diversa rispetto a quella di La Pira – e di Dossetti – venne da P. Calamandrei. Ciò che a noi interessa in questa sede è vedere come egli abbia affrontato il tema della *sovranità* e *indipendenza* dell'ordinamento canonico in relazione all'art. 7 comma 1 Cost. Egli, in un

---

canonistiche vengono in sostanza – e seppur con terminologie evidentemente diverse – a coincidere con la figura dell'ordinamento giuridico primario così come formulata in sede di teoria generale, in seguito alla speculazione romaniana. […] Una conferma che la formula del primo comma dell'art. 7 Cost. discende dal diritto canonico si ha autorevolmente dalla ricostruzione storica dell'intenso lavorio di preparazione della Costituzione […]. Anzi, con lucida incisività si è detto che con l'art. 7.1 Cost. la figura dell'ordinamento giuridico – ovvero, canonisticamente, della *societas perfecta* – da mera ipotesi scientifica, è divenuta un principio riconosciuto a livello costituzionale, sì che l'originarietà dell'ordinamento canonico è con esso stata elevata a presupposto costituzionale della posizione della Chiesa cattolica nei confronti del diritto statuale» G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., 24-25.

[3678] G. LA PIRA, *Premesse della politica e Architettura di uno Stato democratico*, cit., 221.

ISSN 2279-7238

suo articolo del 1947, citando la posizione dei "laicisti" osservò che essi di fatto non si opponevano all'inclusione di una norma riconoscente l'autonomia della Chiesa nel campo spirituale e la originarietà del suo ordinamento ma, per converso, chiedevano solamente che:

> «Per non dare l'impressione di una invasione nel potere politico riservato allo Stato, si parlasse di "indipendenza" e non di "sovranità" della Chiesa, e che questa indipendenza fosse riconosciuta con una formula che non stonasse con lo stile della Costituzione, la quale deve contenere statuizioni unilaterali dello Stato sovrano e non accordi bilaterali tra potenze. A tali requisiti rispondeva l'emendamento proposto in subordine dal deputato Cevolotto, in questi termini: "Lo Stato riconosce la indipendenza della Chiesa cattolica nei suoi ordinamenti interni"»[3679].

Valutate le differenti correnti di pensiero e constatata l'approvazione dell'allora art. 5 («*Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani*») – divenuto poi l'art. 7 Cost. – ad opera della prima Sottocommissione nella seduta del 18 dicembre 1946 con una maggioranza di 12 voti favorevoli e 3 voti contrari, Calamandrei rifacendosi ad alcune discussioni in seno all'Assemblea plenaria così si espresse:

> «Questa formula è stata energicamente attaccata da oratori delle disparate tendenze (a cominciare da Croce e da Orlando), non soltanto perché questo riconoscimento bilaterale e reciproco, se sarebbe al suo posto in un trattato internazionale stipulato tra due potenze contraenti poste sullo stesso piano, è una stonatura nella quale dovrebbe parlare soltanto lo Stato, la cui sovranità è implicita e non dipendente da riconoscimenti esterni […]; ma anche perché si osservò che se veramente, secondo la tesi del prof. Dossetti, tanto lo Stato quanto la Chiesa si debbono ritenere come ordinamenti giuridici "originari", il riconoscimento reciproco nulla può aggiungere alla loro sovranità che sussiste separata e indipendente in ciascuno di essi: sicché la formula proposta sarebbe apparsa altrettanto inutile e fuor di posto nella Costituzione come quella che avesse proclamato, ad esempio, che l'"Italia e la Francia sono, ciascuna nel proprio ordine, sovrane"»[3680].

Questi gli argomenti giuridici posti in discussione. Calamandrei, però, andando oltre tali considerazioni affermò che il suddetto articolo venne approvato nell'Assemblea plenaria dei Settantacinque per motivi prettamente "politici", di compromesso o, comunque sia, di utilità soprattutto da parte del partito comunista[3681]. Ancora lo stesso Calamandrei nella seduta

[3679] Per tutto il discorso di Calamandrei ci riferiremo a P. CALAMANDREI, *Storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, in www.valtervannelli.it (la versione cartacea originale è pubblicata in: *Il Ponte*, III [1947], 409-421).
[3680] P. CALAMANDREI, *Storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, cit.

[3681] Infatti Calamandrei così si espresse: «In un primo tempo dinanzi alla prima sottocommissione anche l'on. Togliatti era stato di questa opinione, quando aveva riconosciuto che "un'affermazione di questo genere sarebbe priva di contenuto concreto, sia politico che costituzionale, perché è come se si volesse riconoscere che tutti gli Stati sono in sostanza degli Stati con parità di diritti" (seduta del 21 novembre 1946). Ma poi, quando la stessa obiezione fu sollevata

ISSN 2279-7238

dell'Assemblea costituente del 20 marzo 1947 evidenziò come il terreno di carattere politico fosse il luogo nel quale l'ordinamento della Chiesa e quello dello Stato sarebbero risultati della stessa natura. Proprio in tale dimensione "politica", secondo Calamandrei, si sarebbe venuto a creare il vero problema e conflitto nei rapporti Stato-Chiesa. Perciò, in riferimento a questo incontro-scontro tra lo Stato e la Chiesa, Calamandrei evidenziò che:

> «È questo urto tra due ordinamenti, ambedue politici, che bisogna cercare di regolare; ed è un vaniloquio il formulare norme come quelle del primo comma dell'articolo 5, in cui questi due ordinamenti riconoscono reciprocamente la propria sovranità, perché quando si arriverà su un terreno pratico in cui nascerà il conflitto ed in cui si troveranno nei due ordinamenti norme divergenti e contrastanti, allora si tratterà di stabilire se devono prevalere gli ordinamenti dello Stato, la cui sovranità è stata riconosciuta dalla Chiesa, o se devono prevalere gli ordinamenti della Chiesa, la cui sovranità è stata riconosciuta dallo Stato! Parliamoci chiari; questa norma del primo comma è assolutamente superflua; è messa lì per far credere di aver risolto un problema che in realtà rimane insoluto, con una frase che sembra piena di significati arcani, ma che in realtà non significa nulla»[3682].

Come è facile notare ci troviamo dinanzi a due prospettive completamente diverse: per La Pira l'art. 7 comma 1 Cost. mostrava il riconoscimento ufficiale della Chiesa quale ordinamento giuridico originario e l'uscita del fattore religioso dallo stato intimistico e solamente privato in cui molti pensatori l'avevano imprigionato; per Calamandrei, invece, tale norma costituzionale era il luogo del "compromesso politico" che nulla risolveva ma tutto confondeva.

Eccoci allora giunti al tema di raccordo tra le affermazioni di La Pira, il pensiero di Santi Romano sull'ordinamento giuridico e le critiche mosse all'art. 7 comma 1 Cost. da Calamandrei e dagli autori di questa linea di pensiero. Proprio su tale punto Calamandrei sostenne che:

> «Questa teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici non ha niente a che vedere con questo articolo 5; perché quando, come qui, ci si trova nel cuore di un ordinamento giuridico, cioè nell'interno di questa Assemblea Costituente, dalla quale deve scaturire la legge fondamentale dell'ordinamento giuridico di cui noi siamo costruttori, allora noi dobbiamo darci cura soltanto di questo ordinamento giuridico, di cui siamo al centro, e soltanto in nome di esso possiamo creare le nostre leggi»[3683].

---

da un oppositore per criticare la formula concordata dalla maggioranza (seduta della commissione plenaria del 23 gennaio 1947), fu proprio Togliatti che si alzò a confutarla con argomenti, che per la loro ortodossia meritarono il pieno plauso della "Civiltà Cattolica". E così, anche dinanzi ai Settantacinque, la formula bilaterale del riconoscimento reciproco passò facilmente con trentanove voti favorevoli (democristiani, comunisti, liberali e qualunquisti) contro cinque contrari (azionisti, un demolaburista, un liberale e un socialista) ed otto astenuti (in gran parte socialisti)» P. CALAMANDREI, *Storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, cit.

[3682] P. CALAMANDREI, *Intervento del 20 marzo 1947*, in *Assemblea Costituente. Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di lunedì 20 marzo 1947*, 2285.

[3683] P. CALAMANDREI, *Intervento del 20 marzo 1947*, cit., 2284.

ISSN 2279-7238

Dunque per Calamandrei la teoria della *pluralità degli ordinamenti giuridici* di Santi Romano non poteva essere applicata alle materie trattate all'interno dell'art. 7 comma 1 Cost. in quanto, secondo la sua opinione, non ci sarebbero stati i presupposti giuridici per poterlo fare, visto, inoltre, il ruolo costituente dell'Assemblea la quale non sarebbe potuta essere la sede idonea per la stipulazione di un qualsivoglia atto simile ad un trattato internazionale o accordo di origine pattizia. La Costituzione, secondo le parole di Calamandrei, sarebbe dovuta essere vista solo "*ex parte Italiae*".

Parte della dottrina contemporanea ritiene che, sulla scorta delle considerazioni fin qui addotte, la Corte costituzionale nella sentenza del 1996 n. 334 non abbia fatto riferimento al parametro della pluralità degli ordinamenti giuridici ma a quello della «distinzione tra gli "ordini" distinti, che caratterizza nell'essenziale il fondamentale o "supremo" principio costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato, quale configurato numerose volte nella giurisprudenza di questa Corte»[3684].

Secondo gli autori di questo indirizzo dottrinale, proprio la "*distinzione degli ordini distinti*" è, di fatto, il principio ermeneutico attraverso il quale sarebbe possibile inquadrare giuridicamente il primo comma dell'art. 7 della Costituzione italiana e quindi i rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica[3685].

4.2. M. Cevolotto e G. Dossetti

Le discussioni su tale tema in seno all'Assemblea costituente non si fermarono alle parole di Calamandrei ma proseguirono nella seduta del 21 Marzo 1947 allorquando il discorso venne ripreso da M. Cevolotto e G. Dossetti.

Per ciò che concerne le valutazioni compiute da Cevolotto si deve innanzitutto far riferimento al fatto che egli, per sua stessa ammissione, non abbia voluto riprendere le tesi già esposte da Calamandrei ma si sia concentrato su una domanda:

[3684] CORTE COSTITUZIONALE, *sent. n. 334 del 1996*, in *www.giurcost.org*.

[3685] Per esempio N. Colaianni su tale argomento così si esprime: «È questo – la presenza del principio supremo di cui al primo comma dell'art. 7: la "distinzione degli ordini distinti", a cui si riduce il principio di laicità – il motivo per cui nella prima sentenza in materia concordataria la Corte costituzionale, pur riconoscendo che per effetto del secondo comma dello stesso articolo quella disciplina aveva la forza di contrastare con successo gli "ordinari" principi costituzionali, escluse che potesse "aver forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato"» N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenza nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 162.

ISSN 2279-7238

> «"Lo Stato e la Chiesa cattolica, sono ciascuno nel proprio ordine…" Che cosa vuol dire "nel proprio ordine"? Si è inteso certamente di dire "nel proprio ordinamento giuridico"; ma perché non abbiamo messo le parole esatte, perché non abbiamo detto "ordinamento giuridico"? Non l'abbiamo detto perché anche questo articolo, anche la formazione di questa prima parte dell'articolo è stata frutto di lunghe discussioni e di lunghe discordie; anche fra me e l'amico Dossetti. Dico l'amico Dossetti, perché nella consuetudine della prima Sottocommissione noi siamo diventati veramente amici, al di fuori di ogni differenza di idee e di vedute, secondo il buon costume antico, secondo il costume che c'era prima del fascismo, quando essere avversari politici non voleva dire essere nemici e non rispettarsi reciprocamente»[3686].

Questa fu, dunque, la domanda di fondo: perché nell'articolo riguardante i rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica si parla di "ordine" e non di "ordinamento"? Nella risposta a tale domanda Cevolotto evidenziò due cose: la prima riguardò il fatto che la parola "ordine" voleva dire "ordinamento giuridico" e che quest'ultima espressione non era stata inserita a causa delle divergenze durante la discussione costituente; la seconda venne data da ciò che era stato il clima nella prima Sottocommissione ossia un clima di reciproco rispetto e collaborazione pur nella diversità delle posizioni assunte in merito alla materia trattata. Ciò evidenzia come esista una differenza sostanziale tra la discussione e formulazione delle norme costituzionali e la dialettica parlamentare e l'agone politico caratterizzante la creazione delle altre leggi. La Costituzione non può essere il frutto del pensiero di una maggioranza politica ma deve qualificarsi come il terreno comune di un'intera nazione, il cuore pulsante di uno Stato, la *ratio scripta* dell'intelligenza di una democrazia.

Proseguendo la sua disamina Cevolotto rilevò che nelle intenzioni dell'on. Dossetti c'era stato il voler sottolineare che "l'ordinamento giuridico della Chiesa è un ordinamento giuridico primario o originario, cioè non subordinato e non derivante dall'ordinamento statale"[3687]. A commento di ciò Cevolotto così affermò:

> «Che l'ordinamento giuridico della Chiesa sia originario è nozione che ormai nel diritto ecclesiastico è assunta senza contrasto. Nessuno di noi penserebbe di tornare alla teoria del grande Scaduto, il quale diceva che l'ordinamento della Chiesa ha un valore non di legge, ma di statuto di una semplice associazione, che gli ordinamenti della Chiesa assumono, quindi, l'aspetto di norme contrattuali tra associati, in quanto non appartengono al diritto pubblico. Ma questa è una nozione superata, ed è superata anche l'altra dello Schiappoli, il quale diceva che si tratta di regolamenti di un ente pubblico, se non dello Stato, che s'intendono emanati a secondo della loro natura, per delegazione o concessione di facoltà regolamentare, amministrativa o giurisdizionale dello Stato. Queste concezioni in fondo si basavano su questo punto: nel ritenere che non

[3686] M. CEVOLOTTO, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Assemblea Costituente. Seduta del 21 Marzo 1947*, 2310-2311.
[3687] M. CEVOLOTTO, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2311.

ISSN 2279-7238

> potessero sussistere nello Stato ordinamenti giuridici diversi dallo Stato, e sono state superate appunto dalla teoria, che ha ricordato l'onorevole Calamandrei, del Santi Romano, sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. Stabilito che possono coesistere nello Stato più ordinamenti giuridici interni, non c'è difficoltà a riconoscere, che l'ordinamento giuridico della Chiesa è originario. […] Anche noi ammettiamo questo, lo ammettiamo e, quindi, siamo pronti a riconoscere l'indipendenza dell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica in questi termini però: che agli ordinamenti statuali non possono appartenere norme che non derivino, almeno in modo mediato, dalla volontà dello Stato»[3688].

Dunque attraverso le parole di Cevolotto è possibile fugare ogni dubbio sul fatto che anche tra coloro che non erano di estrazione cattolica – Cevolotto faceva parte del gruppo della Democrazia del Lavoro – l'affermazione che l'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica fosse originario era fuori discussione e non più contestabile, e che tale caratteristica era giustificata dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano.

Inoltre, l'indipendenza dell'ordinamento ecclesiale, secondo Cevolotto, si sarebbe dovuta configurare in maniera peculiare e particolare partendo da una considerazione di Mario Falco ossia che: «Le leggi canoniche hanno effetti civili solo in quanto le leggi dello Stato glieli attribuiscono e nei limiti di tale attribuzione»[3689]. Questa, dunque fu la posizione di Cevolotto che, però, nel suo discorso andò oltre tale considerazione connettendo il tema dell'indipendenza a quello della sovranità e mostrando la sua contrarietà alla presenza contestuale di tali concetti nell'art. 7 Cost.[3690]. Inoltre su tale tematica Cevolotto rilevò una certa ambiguità di fondo in riferimento alla formulazione di tale norma costituzionale che avrebbe creato numerosi problemi soprattutto – ma non esclusivamente – nelle cosiddette "materie miste". La conseguenza di tale discorso di Cevolotto venne data da questa sua affermazione:

> «Noi pensiamo che la formula del riconoscimento dell'ordinamento giuridico sovrano della Chiesa cattolica, non sia opportuna. Io parlo sulla linea dell'opportunità politica. […] Noi affermiamo che non desideriamo formule le quali importino comunque una diminuzione, una limitazione, un pericolo per la sovranità dello Stato nel suo ordinamento giuridico interno. Noi desideriamo che l'ordinamento giuridico della Chiesa valga nell'ordinamento giuridico interno dello Stato, in quanto la volontà dello Stato lo richiami. Ecco, perché sono contrario, anche oltre alle ragioni dell'onorevole Calamandrei, che pienamente condivido, a questa prima parte dell'articolo 5 e proporrò – veramente un po' tardi, ma dieci colleghi con me lo sottoscriveranno – un

[3688] M. CEVOLOTTO, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2311.
[3689] M. CEVOLOTTO, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2311.
[3690] «Resta ad ogni modo fermo il principio che nell'ordinamento giuridico della Chiesa le norme non hanno valore per l'ordinamento civile, se non in quanto lo Stato, se non in quanto la legge dello Stato attribuisca ad esse tale valore. In questi limiti non vi è nessuna difficoltà da parte nostra a riconoscere l'indipendenza dell'ordinamento giuridico della Chiesa. Ma nell'articolo 5 – o 7 – si aggiunge un'altra parola: "sovranità". Ed ecco il punto: indipendenza e sovranità» M. CEVOLOTTO, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2311-2312.

ISSN 2279-7238

> emendamento in questo senso: "Lo Stato riconosce l'indipendenza della Chiesa cattolica nel suo ordinamento giuridico interno". Punto e basta»[3691].

Dunque con questo punto definitivo si chiuse il discorso di Cevolotto sul comma 1 dell'art. 7 Cost. C'è da rilevare come egli abbia insistito particolarmente sul concetto di "ordinamento giuridico interno" e, su questo, abbia poggiato tutta la sua trattazione in riferimento alla indipendenza dell'ordinamento canonico. L'opportunità politica, l'ambiguità della formulazione e la preoccupazione di salvaguardare la sovranità interna dello Stato condussero l'onorevole Cevolotto a riformulare la prima parte dell'articolo preso in esame. Tale emendamento, però, non ebbe successo anche perché, a stretto giro, ci fu la risposta del più strenuo difensore di tale articolo: Giuseppe Dossetti[3692].

Infatti proprio Dossetti rispose, in quella stessa seduta, tanto alle osservazioni di Calamandrei quanto a quelle di Cevolotto. Una prima indicazione di metodo, che Dossetti dette, fu quella di mantenere distinti i due commi dell'art. 7 Cost.:

> «Il mio compito è, in qualche modo, facilitato dal fatto che io – per rispondere alle obiezioni tecniche e politiche sollevate durante questo dibattito – non ho da costruire un complesso edificio logico, ma posso limitarmi a un mezzo molto più semplice, direi quasi banale: limitarmi, cioè, a propalare un segreto che gli spiriti magni del diritto, intervenuti in questa discussione – l'onorevole Orlando, l'onorevole Calamandrei e gli altri che con tanta scienza e abilità hanno attaccato l'articolo – vi hanno tenuto gelosamente nascosto. […] Occorre, anzitutto, usare una cautela che, invece, non è stata rispettata dall'ultimo oratore che mi ha preceduto, l'onorevole Cevolotto: cioè occorre mantenere distinti, nell'esame e nella trattazione, i vari principi affrontati nell'articolo 5. L'onorevole Cevolotto ha troppo di frequente intrecciata la considerazione del primo comma con quella del secondo comma»[3693].

Dunque l'unitarietà dell'art. 7 deve essere composta dalla distinzione dei piani dei due diversi suoi commi. Ma perché è importante tale separazione? Di cosa trattano queste due parti? Dossetti precisò che mentre il primo comma riguardava la «qualificazione delle due società, lo Stato e la Chiesa, ciascuna considerata in se stessa, cioè riguarda, diciamo, la considerazione, al di fuori di ogni contatto, statica» [3694]; il secondo comma tratta del «loro rapporto e quindi la loro

[3691] M. CEVOLOTTO, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2313.
[3692] Sul punto si veda, tra gli altri, L. ELIA, *Giuseppe Dossetti e l'art. 7 della Costituzione*, in F. TRANIELLO – F. BOLGIANI – F. MARGIOTTA BROGLIO (a cura di), *Stato e Chiesa in Italia. Le radici di una svolta. Atti del convegno della Fondazione Michele Pellegrino (Torino, 23 novembre 2007)*, Bologna, il Mulino, 2009, 191-212.
[3693] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Assemblea Costituente. Seduta del 21 Marzo 1947*, cit., 2319-2320.
[3694] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2320.

ISSN 2279-7238

considerazione dinamica»[3695].

Tenuto conto di questa indicazione metodologica, di questo "segreto arcano" celato da alcuni Costituenti e svelato da Dossetti, è ora possibile analizzare cosa il primo comma contenga e quali concetti esso tratti. La prima considerazione che Dossetti fece su questa parte dell'articolo riguardò la nascita dello stesso, affermando che:

> «Sapete già, da quanto ha detto l'onorevole Cevolotto, come sia nato questo comma. Esso è nato da una mia proposta che tendeva ad una affermazione più rigorosamente tecnica: "Lo Stato riconosce… come originari l'ordinamento giuridico internazionale, gli ordinamenti degli altri Stati e l'ordinamento della Chiesa"»[3696].

Questa, dunque fu la proposta di Dossetti: una proposta tecnica, da giurista, da canonista ed ecclesiasticista; una proposta che non vedeva due interlocutori ma che, paradossalmente, iniziando nella stessa maniera dell'emendamento di Cevolotto ("*Lo Stato riconosce*"), trattava l'originarietà dell'ordinamento canonico insieme all'originarietà tanto dell'ordinamento internazionale quanto di quella degli Stati. Questo sarebbe stato in perfetta linea sia con la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici sia con la rivalutazione delle comunità intermedie aventi, però, una loro strutturazione ed essenza non derivata dallo Stato o potere esterno ma originaria e primaria.

C'è da chiedersi, dunque, il perché tale proposta non passò. Come affermò lo stesso Dossetti:

> «Parve a qualcuno che questa affermazione avesse un suono un po' troppo barbaramente tecnico ed insolito, ed allora si passò soprattutto su iniziativa dell'onorevole Togliatti, alla formula attuale, meno tecnica ma di più evidente significato giuridico-politico. Però la espressione adottata ha lo stesso preciso significato della formula iniziale e alla luce di questa deve essere interpretata»[3697].

Con queste parole, dunque, Dossetti indicò il criterio interpretativo di questo primo comma: il cambiamento terminologico dovuto alla necessità di una maggior accessibilità e comprensibilità del testo costituzionale non cambiò la sostanza del contenuto. La proposta di Dossetti rimaneva, dunque, il principio ermeneutico alla luce del quale inquadrare il testo di tale articolo.

Partendo da ciò Dossetti creò una "equivalenza" terminologica e concettuale tra "originarietà" e "indipendenza" dell'ordinamento canonico e, al fine di avallare la sua tesi, egli richiamò la distinzione tra "ordinamento originario" e "ordinamento derivato". Come affermò lo stesso Dossetti, mentre il primo «non deriva la propria giustificazione e il proprio fondamento da altro:

[3695] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2320.
[3696] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2320.
[3697] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2320.

ISSN 2279-7238

così che […] la sua giuridicità, cioè la norma prima che sta alla sua base, si confonde con l'esistenza storica della società, di cui l'ordinamento è la vesta giuridica»[3698]; il secondo, ossia quello derivato, «desume – deriva – la sua giuridicità, cioè la sua qualità di ordinamento giuridico, da un ordinamento superiore: ossia è tale che la sua norma fondamentale non si confonde con l'esistenza storica della società, ma si collega a un ordinamento superiore»[3699].

La Chiesa cattolica, dunque, è un ordinamento giuridico originario di natura non statale e territoriale ma universale e comunitario[3700] che ha un proprio diritto costituzionale[3701] pur in assenza di una Costituzione formale[3702]. Infatti, come affermò lo stesso Dossetti, la Chiesa ha una sfera propria in cui

> «opera per la prosecuzione dei suoi fini spirituali e religiosi; una sua autosufficienza di mezzi e di strutture organizzative; una sua consolidazione storica; e perciò una propria giustificazione come ordinamento giuridico, che non deriva da nessun altro. […] Allora si dice appunto che la Chiesa cattolica ha una sua autonomia, che non è autonomia derivata […] ma è autonomia primaria, cioè vera indipendenza e sovranità»[3703].

Quindi mentre lo Stato ha una originarietà ordinamentale e una sovranità temporale, politica e territoriale, la Chiesa possiede una propria autonomia, una propria sovranità che, però, non è né temporale né territoriale. Tenuto conto di ciò Dossetti rispose in maniera chiara e distinta alle osservazioni tanto di Cevolotto quanto di Calamandrei.

Per quanto riguarda ciò che aveva detto l'onorevole Cevolotto, Dossetti così replicò:

> «Non basta onorevole Orlando e onorevole Cevolotto, riconoscere la pluralità degli ordinamenti giuridici: occorre anche riconoscere, ed esplicitamente, che la Chiesa non soltanto è un ordinamento giuridico, ma è un

---

3698 G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2320.
3699 G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2321.

3700 Sul punto si veda: P. GHERRI, *Ordinamento giuridico e Diritto canonico: il contributo strutturante di Santi Romano*, in *Stato, Chiese e pluralismo religioso*, Rivista telematica (**www.statoechiese.it**), n. 28 del 2018, 1-21; P. GHERRI, *L'ordinamento canonico: norme e strutture*, in M.J. ARROBA CONDE (a cura di), *Manuale di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2014, 43-63.

3701 Per un approfondimento su tale tema si veda: I. SASSANELLI, *La Costituzione e il costituzionalismo nell'ordinamento canonico. Un confronto con gli ordinamenti civili*, Canteramo (RM), Aracne, 2018, 73-128; M. DEL POZZO, *Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico*, Roma, EDUSC, 2015; G.P. MONTINI, *Il diritto canonico dalla A alla Z. Lex Ecclesiae Fundamentalis. Legge Fondamentale della Chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 14 (2001), 89-112.
3702 Infatti come afferma O. De Bertolis: «Dunque, indipendentemente dal fatto che ci sia o meno un *Corpus* normativo espressamente qualificato come Costituzione, Norme costituzionali ci sono sempre, perché esprimono un'esigenza logica di ogni insieme strutturato di proposizioni» O. DE BERTOLIS, *Persone, accoglienza, Diritto*, in *Apollinaris*, LXXXIX (2016), 1, 140.
3703 G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2321.

ISSN 2279-7238

ordinamento giuridico originario, e perciò è sovrana nella sfera che le è propria»[3704].

Più articolata, invece, fu la risposta che Dossetti dette alle affermazioni di Calamandrei:

> «Così si sarebbero superate le obiezioni sollevate dall'onorevole Calamandrei nel suo primo discorso e da lui ripetute e svolte ieri, e soprattutto si sarebbe superato il rilievo che questo primo comma non ci consente di capire se noi ci troviamo di fronte a un monologo dello Stato, cioè a una Costituzione, oppure a un dialogo, cioè a un Trattato. È sì, vero che noi siamo di fronte a una Costituzione; ma anche in questo lo Stato, quando parla di altri ordinamenti originari (siano essi statuali o no) non ne può parlare che come ne parla in un Trattato, cioè con l'affermazione della propria e col riconoscimento dell'altrui originarietà e sovranità. Con questo cade, inoltre, l'altra obiezione – direi quasi piuttosto fiorentinamente scherzosa che obiezione seria – proposta dall'onorevole Calamandrei: ossia perché qui si parli della indipendenza e sovranità della Chiesa e non si parli, invece, di quella, per esempio, della Francia. Il perché è chiaro. Della qualifica di ordinamento giuridico e di ordinamento giuridico originario e della sovranità della Francia nessuno dubita; mentre della originarietà dell'ordinamento canonico e quindi della sovranità della Chiesa, oggi, tra i tecnici nessuno dubita… ma vi è qualcuno, fra i politici, che può avere convenienza a dubitare o a fingere di dubitare»[3705].

La risposta fornita da Dossetti a Calamandrei fu precisa e puntuale e colse nel segno chiarificando e sciogliendo tutti i dubbi e i punti oscuri messi in rilievo in precedenza dagli oppositori di questo primo comma dell'art. 7 Cost. Le conclusioni a cui giunse Dossetti in sostanza possono essere racchiuse in due punti fondamentali:

1) Il primo riguarda la constatazione che quando nel comma 1 del presente articolo si parla di indipendenza e sovranità dell'ordinamento canonico esse vadano intese nel senso che si «riconosce alla Chiesa cattolica la qualità di ordinamento giuridico originario e perciò un'autonomia primaria»[3706];
2) Il secondo riguarda il fatto che solamente alla Chiesa cattolica può essere

[3704] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2322.
[3705] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2322; nelle parole di Dossetti sembrano riecheggiare i dubbi e le preoccupazioni giuridicamente fondate di Santi Romano, il quale, qualche anno prima, così aveva affermato: "Sennonché questo principio, che si potrebbe dire della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quel che concerne i vari Stati e anche, almeno nella dottrina più recente, per i rapporti fra il diritto internazionale e i diritti statuali, è, invece, spesse volte energicamente negato per tutti gli ordinamenti. Per essi si pone, molto di frequente, la tesi che debbano tutti e senza eccezioni ridursi al diritto statuale. Anzi, sarebbe lo Stato che imprimerebbe loro il carattere giuridico, sia quando li costituisce direttamente sia in quanto non fa che riconoscerli. Che se tale riconoscimento non si ha […] siffatte istituzioni sarebbero da considerarsi come antigiuridiche, non solo rispetto a quest'ultimo, il che è naturale, ma anche in sé e per sé. Non ci sarebbero così altri veri ordinamenti giuridici se non quello statuale e quello interstatuale: gli altri sarebbero pertinenze, immediate o mediate, del primo, elementi integranti del suo sistema o, al più, suoi satelliti. Il diritto non sarebbe che una forza o una volontà, che si irradierebbe dallo Stato (nella comunità internazionale, da più Stati), e soltanto da esso" S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico (1917-1918)*, in A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED Edizioni Universitarie, 2016, 110-111.
[3706] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2322.

ISSN 2279-7238

riconosciuto questo carattere di originarietà e autonomia del proprio ordinamento mentre ciò non è possibile per le altre Chiese o comunità religiose. Dossetti spiegò così tale dato:

> «Ciò non è per una ragione di principio, ossia perché neghiamo che qualsiasi altra Chiesa possa conseguire quella indipendenza e autonomia; ma è invece per un inoppugnabile dato storico, cioè per il fatto che sinora solo la Chiesa cattolica per la universalità della sua diffusione, per l'indipendenza effettiva da qualsiasi Stato, per la completezza dei suoi organi (legislativi, amministrativi e giudiziari) e per la ininterrotta consolidazione storica del suo ordinamento, si presenta come ordinamento originario»[3707].

Dunque, secondo Dossetti, è proprio il dato storico – ma al contempo metastorico della sua finalità – che permette alla Chiesa cattolica di essere peculiarmente intesa come ordinamento giuridico originario. Infatti la sua indipendenza rispetto agli Stati è un suo tratto distintivo proveniente direttamente dal dato evangelico per il quale bisogna "dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio"[3708] e che è definibile come la base principale della riflessione sui rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica[3709]. La Chiesa non ha mai accettato la creazione di "Chiese nazionali" o la confusione col potere politico ma ha sempre rivendicato la propria autonomia e ha lottato per la propria e altrui libertà ("*libertas Ecclesiae*" e libertà religiosa) tanto in contesti democratici quanto in quelli totalitari. Inoltre nella Chiesa cattolica, pur se è lapalissiana la caratteristica dell'unicità della *potestas* (derivante direttamente da Cristo) in capo agli uffici capitali (Romano Pontefice e Vescovi diocesani), è altresì evidente, come siano ben distinte le tre funzioni della potestà di governo (giudiziale, amministrativa e legislativa).

[3707] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2322.

[3708] Sul punto si veda tra gli altri: O. DE BERTOLIS, *La moneta del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, 113-116; O. FUMAGALLI CARULLI, *"A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, 9-13.

[3709] Come afferma in maniera chiara e condivisibile G. Dalla Torre: «Il sistema dualista è portato proprio del cristianesimo. È noto l'episodio evangelico del tributo. […] "Rendete a Cesare ciò che è di Cesare, e a Dio ciò che è di Dio" […] (*Mc* 12, 13-17; cfr. anche *Mt* 22, 15-22; *Lc* 20, 20-26). […] L'episodio si presta a varie considerazioni, ma esso è stato sempre evocato per indicare soprattutto l'affermazione, da parte del cristianesimo, di un principio fondamentale quale quello della distinzione e separazione di politica e religione. […] Esiste pertanto un regno diverso dai regni di questa terra, una sovranità distinta dalle sovranità temporali e una legge diversa da quelle mondane. Il cristiano si sente cittadino di due città: quella terrena e quella celeste. […] Con l'ammonimento contenuto nella ricordata pagina evangelica che distingue Cesare e Dio, viene ad irrompere nella storia umana un elemento scardinante l'antica unità: si distinse conseguentemente fra società civile e società religiosa, fra autorità civile e autorità religiosa, fra legge civile e legge religiosa; si venne a porre il problema della doppia fedeltà del cittadino-fedele ai comandi dell'autorità terrena ed ai precetti della propria coscienza, così come si vennero a porre le premesse per l'insorgenza di conflitti di coscienza per i contrasti sempre possibili tra comandi dell'autorità politica e precetti religiosi. Contro ogni forma si sacralizzazione della politica ovvero di politicizzazione della religione, il principio dualista cristiano ha messo in moto un processo di secolarizzazione della politica, riportando questa nei limiti suoi propri e ponendo proprio nel "politico" un limite invalicabile all'espansione del potere delle autorità secolari» G. DALLA TORRE, *La città sul monte*, cit., 28-29.

ISSN 2279-7238

Dossetti, trattando delle confessioni diverse dalla cattolica alle quali, secondo la sua opinione, non poteva essere riconosciuto il "crisma" di ordinamento giuridico originario, analizzò l'ebraismo e il protestantesimo (soprattutto di origine luterana). Per ciò che riguardava gli Ebrei egli affermò:

> «Certo onorevole Celotto anche gli Ebrei hanno un loro ordinamento, una legge che io come cristiano non posso non rispettare e non riconoscere nei suoi precetti, fondamentali di origine divina; ma come giurista non posso dire che oggi, di fronte al diritto e alla coscienza giuridica universale, l'ordinamento storicamente originario degli Ebrei sia originario anche in senso tecnico, si ponga cioè con tutta l'esteriorità, la completezza, l'autosufficienza di mezzi e di organizzazione, la consolidazione di una sua sfera di vigore (nel riconoscimento dello Stato e delle nazioni) propria degli ordinamenti giuridici primari e sovrani»[3710].

Dunque per Dossetti l'ordinamento giuridico ebraico[3711] è da considerarsi storicamente originario ma non giuridicamente tale: proprio il diritto che aveva posto al centro del suo essere la Legge (la *Torah*) non venne considerato da una parte dei Costituenti – e in particolar modo da Dossetti – inquadrabile come ordinamento giuridico primario e sovrano.

Per ciò che concerneva, invece, il diritto scaturente dalla Riforma protestante e in particolar modo dalle riflessioni di Lutero, Dossetti così articolò il suo pensiero:

> «E quanto alle altre Chiese, specie a quelle scaturire dalla Riforma, o non sono ordinamenti originari o addirittura non sono per nulla ordinamenti giuridici. E sapete perché? Non perché noi neghiamo loro il carattere di ordinamento giuridico, ma perché esse lo rifiutano. Voi non potete dimenticare che Martin Lutero, alle mura del castello di Wittemberg, non bruciò soltanto la bolla papale di scomunica, ma bruciò anche il *Corpus iuris canonici*, qualificandolo come ereticale, antinaturale e anticristiano, affermando, quindi, la pretesa di una irriducibile contraddittorietà tra il genuino spiritualismo evangelico e l'organizzazione della Chiesa come società giuridica. Non potete, non possiamo dimenticare che, per lo spirito della Riforma, la Chiesa non può risultare anche di un ordinamento giuridico che leghi i fedeli; ma solo del vincolo interiore della comunanza di fede e di carità nei cuori. Non possiamo, insomma, dimenticare come tutte le Chiese che si riconducono allo spirito della Riforma si negano, e vantano di negarsi, come ordinamenti giuridici»[3712].

Dunque Dossetti, da buon studioso del diritto canonico e della sua storia, mise in evidenza l'intrinseca natura antigiuridica della Riforma protestante che già Rudolf Sohm, in maniera estrema, aveva mostrato affermando che per i riformati «il diritto della Chiesa è in contraddizione con

---

[3710] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2321.
[3711] Per un approfondimento sul diritto ebraico, tra gli altri, rimandiamo a: F. CAPONNETTO, *Introduzione allo studio delle esperienze giuridiche. Parte prima. Sistemi Giuridici Comparati*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 2016, 409-438; A. M. RABELLO, *Il diritto ebraico*, in S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Bologna, il Mulino, 2008, 111-172.
[3712] G. DOSSETTI, *Intervento nella discussione sul progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 2322-2323.

ISSN 2279-7238

l'essenza della Chiesa»[3713]. Proprio per questo loro distacco dal diritto canonico e dalla giuridicità ecclesiale in genere – oltreché dalla gerarchia cattolica – le Chiese della Riforma dovettero, nel corso del tempo, appoggiarsi al potere politico e statale, alla potestà e protezione del sovrano, per essere, in un certo qual modo, "informate" e "sorrette" da una struttura giuridica a loro mancante[3714], in una identificazione necessaria tra "diritto" e "politica" che finì per creare una vera e propria "teologia politica"[3715].

4.3. C. Mortati

Un'impostazione diversa sul discorso inerente l'art. 7 comma 1 Cost. la fornì un altro insigne studioso e costituzionalista italiano e Padre costituente: Costantino Mortati. Egli nella sua visione inerente l'importanza dei valori culturali e religiosi per la Repubblica italiana analizzò le peculiarità dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica rispondendo anche alle affermazioni riguardanti un possibile intaccamento del principio di laicità dello Stato e una discriminazione nei confronti delle altre confessioni religiose[3716]. Così egli commentò:

> «È da porre in rilievo come l'uguaglianza giuridica ad esse garantita e la piena libertà loro conferita di costituzione e funzionamento non deve ritenersi compromessa dalla posizione di privilegio di cui gode la Chiesa cattolica: posizione che trova la sua giustificazione (ma anche il suo limite), nel fatto dell'adesione al cattolicesimo di una gran parte dei cittadini, e che si concreta sia nel riconoscere validità per lo Stato a determinati atti della Chiesa, sia nel consentire determinate esenzioni o prerogative a titolari dei suoi uffici, sia nel far concorrere in alcuni casi l'opera dello Stato alla soddisfazione dei bisogni religiosi di gruppi di cattolici che si trovino in particolari situazioni (ad esempio, forze armate). Se quello indicato è il fondamento della condizione speciale fatta alla Chiesa di Roma, nulla se ne può dedurre che contrasti con il carattere laico da attribuire alla Repubblica italiana, la quale vuole rimanere aperta a tutte le correnti di opinioni e tutelare la libera esplicazione di ciascuna»[3717].

A queste riflessioni di Mortati ci sia consentito aggiungere che il criterio della "*specialità*" del rapporto tra Stato italiano e Chiesa cattolica non è da rintracciarsi solo nel numero di fedeli cattolici presenti in Italia ma anche – e forse soprattutto – nel contributo che la Chiesa cattolica, con la sua

[3713] R. SOHM, *Kirchenrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1923, 1.
[3714] Per un approfondimento sull'antigiuridismo di matrice protestante e sul suo rapporto col potere statale si veda C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 2000, 17-21.
[3715] Cfr. A. ADAM, *Teologia politica*, M. DI PASQUALE (a cura di), Torino, Claudiana, 2008.

[3716] Cfr. S. LARICCIA, *Il contributo di Costantino Mortati per l'attuazione delle libertà di religione in Italia*, in M. GALIZIA – P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, 491-510.
[3717] C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 220-221.

ISSN 2279-7238

Tradizione di fede, ha apportato – e apporta tutt'oggi – alla crescita e allo sviluppo dei cittadini italiani ed europei sotto il profilo culturale, giuridico, religioso, spirituale, morale e artistico[3718].

In Italia il sacro e il profano dialogano – alle volte scontrandosi – ma la dialettica, quando è civile e costruttiva, mostra il "bel volto" della laicità di un determinato Stato[3719]. Il carattere tutto particolare dei rapporti tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica sta proprio in questo: tenere costantemente attivo questo dialogo, che non è superiore ai dialoghi con le altre comunità religiose, ma è semplicemente "*particolare*" perché radicato nei millenni e nella storia dell'Italia e dell'Europa intera. Continuamente e incessantemente questo rapporto antico, ma sempre attuale, si presenta e si ripresenterà nelle strade, nelle chiese, negli edifici dell'Italia di tutti i tempi. I Padri costituenti ne hanno solo preso atto e hanno inserito questo dialogo sociale e giuridico come norma *materialmente costituzionale* della Costituzione formale da loro pensata e scritta.

5. Conclusioni

Al termine di questo percorso alla ricerca delle origini dell'art. 7 comma 1 della Costituzione italiana, si può affermare che i contenuti di questa norma, così importante per la vita giuridica dell'Italia repubblicana, siano da considerare caratterizzate da due connotati ben precisi: quello "ecclesiale" e quello "giuridico".

Infatti la formula di questo primo comma nacque, quasi in maniera spontanea, dalla riflessione bimillenaria della Chiesa cattolica in un contesto magisteriale – ossia quello dell'Enciclica "*Immortale Dei*" – che, ovviamente, non sarebbe mai potuta essere trasportata, senza una doverosa mediazione giuridico-politica, all'interno degli articoli della Costituzione italiana. L'interazione tra il dato confessionale e quello più strettamente giuridico venne dapprima pensata attraverso le riflessioni e concettualizzazioni avvenute a Camaldoli verso la metà degli anni 40 del secolo scorso e successivamente attuata nelle discussioni dell'Assemblea costituente del 1946-1947.

Se da un lato si ebbe un vero e proprio "evento ecclesiale" (infatti gli incontri di Camaldoli

[3718] Per un approfondimento su questi ed altri temi si veda: J. RATZINGER, *L'Europa di Benedetto. Nella crisi delle culture*, Siena, Cantagalli, 2005.

[3719] Sul tema della laicità dello Stato si sono spesso avute opinioni discordanti. La bibliografia sarebbe sterminata; solo a titolo esemplificativo si veda: M. PARISI, *Laicità europea. Riflessioni sull'identità politica dell'Europa nel pluralismo ideale contemporaneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 1 del 2018, 1-16; S. MONTESANO, *Dalla laicità dello Stato alla laicità per lo Stato. Il paradigma laico tra principio e valore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 36 del 2017, 1-37; N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni*, cit., 21-63; F. D'AGOSTINO – G. DALLA TORRE – C. CARDIA – S. BELARDINELLI, *Laicità cristiana*, F. D'AGOSTINO (a cura di), Cinisello Balsamo (MI), San Paolo, 2007; O. FUMAGALLI CARULLI, *"A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio"*, cit., 49-113; G. DALLA TORRE, *Europa. Quale laicità?*, Cinisello Balsamo (MI), San Paolo, 2003.

ISSN 2279-7238

possono essere ben definiti come tali in quanto espressivi della vocazione laicale che si forma alla luce dell'approfondimento della Sacra Scrittura, del Magistero pontificio, della riflessione teologica e giuridica) dall'altro lato l'Assemblea costituente fu il crogiolo all'interno del quale si confrontarono – e scontrarono – le opinioni di credenti e non credenti, giuristi e non giuristi.

In questo modo le definizioni e le dichiarazioni di principio si poterono affinare, smussare, delineare meglio al fine di rappresentare nel miglior modo possibile lo spirito di una nazione che ebbe bisogno di riacquistare quella unità e quella pace distrutte dalle lacerazioni del secondo conflitto mondiale.

Abstract

Se si analizzano le origini dell'art. 7 comma 1 della Costituzione italiana, è possibile rintracciare molti elementi di connessione tra riflessioni teologiche e teorie giuridiche. Infatti la Lettera Enciclica "*Immortale Dei*" (1885), emanata da Papa Leone XIII, già conteneva in sé i concetti di "autonomia", "indipendenza" e "sovranità" dell'ordinamento giuridico ecclesiale che, successivamente, molti giurisiti cattolici italiani (come G. La Pira, G. Dossetti, ecc.) usarono per sottolineare la relazione giuridica tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica. Per tale ragione tutte queste riflessioni vennero poste in connessione con le teorie di Santi Romano riguardo l'ordinamento giuridico e giocarono un ruolo fondamentale in primo luogo all'interno del Codice di Camaldoli (1945) e in secondo luogo nelle discussioni avvenute in seno all'Assemblea Cosituente italiana (1946-1947).

Keywords

Costituzione italiana, Chiesa cattolica, Assemblea Costituente italiana, ordinamento giuridico, art. 7 comma 1

Abstract

If we analyze the origins of art. 7 par. 1 of the Italian Constitution, we can see a lot of elements of connection between theological reflections and juridical theories. Actually the Encyclical Letter "*Immortale Dei*" (1885), issued by Pope Leo XIII, already contained the concepts of "autonomy", "independency" and "sovereignty" of the ecclesial legal system that, subsequently, a lot of Italian

ISSN 2279-7238

catholic jurists (such as G. La Pira, G. Dossetti, etc.) used to outline the juridical relationship between the Italian State and the Catholic Church. For this reason all these reflections were put in connection with Santi Romano's theories about the legal system and played a fundamental role first of all in the Code of Camaldoli (1945) and secondly in the discussions of Italian Constituent Assembly (1946-1947).

Keywords

Italian Constitution, Catholic Church, Italian Constituent Assembly, legal system, art. 7 par. 1

ISSN 2279-7238

La responsabilità civile dei magistrati dopo la legge n. 18 del 2015*

di Giampietro Ferri**

SOMMARIO: — 1. La responsabilità dei magistrati nella Costituzione. — 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di responsabilità civile dei magistrati. — 3. La disciplina della responsabilità civile dei magistrati: dalle norme del codice di procedura civile del 1940 alla legge n. 117/1988. — 4. (Segue) la mancata previsione dell'azione diretta contro il magistrato: profili problematici alla luce del *referendum* popolare del 1987. — 5. (Segue) la legge n. 18/2015: premessa. — 6. (Segue) l'abolizione del giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno. — 7. (Segue) l'estensione della responsabilità per colpa grave: l'introduzione della fattispecie riguardante il «travisamento del fatto o delle prove» e il problema della c.d. «clausola di salvaguardia». — 8. (Segue) la responsabilità dello Stato italiano per la violazione del diritto europeo commessa dal giudice nazionale e la responsabilità civile dei magistrati. — 9. La sentenza della Corte costituzionale n. 164/2017: la dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità concernente l'abolizione del giudizio di ammissibilità della domanda risarcitoria. — 10. Considerazioni conclusive: i limiti della responsabilità civile dei magistrati e la tutela del cittadino di fronte agli errori giudiziari. — 11. (Segue) l'obiettivo del legislatore di riequilibrare il rapporto tra potere giudiziario e potere politico con le nuove norme sulla responsabilità civile dei magistrati: critica.

1. La responsabilità dei magistrati nella Costituzione

Nella Costituzione italiana non c'è una norma specificamente dedicata alla responsabilità giuridica dei magistrati per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni[3720].

L'art. 28 Cost. dispone che «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti» e che in tali casi «la responsabilità si estende allo Stato e agli enti pubblici».

Esso pone due problemi interpretativi. Il primo è: la responsabilità per gli atti commessi

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Verona

[3720] Sulla responsabilità giuridica del magistrato nell'ordinamento italiano, cfr., tra le opere più recenti, AA. VV., *Il magistrato e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. Tenore, Milano 2016.

ISSN 2279-7238

in violazione dei diritti vale anche per i magistrati? Il secondo è: la responsabilità dei magistrati, ove si dia risposta positiva al primo problema, è equiparata a quella degli altri dipendenti pubblici?

La Corte costituzionale ha affrontato entrambi i problemi nella sentenza n. 2/1968[3721].

Al primo problema la Corte ha risposto positivamente. Essa ha affermato che l'art. 28 Cost. si applica anche ai magistrati: «dicendo responsabili della violazione di diritti soggettivi tanto i "funzionari" e i "dipendenti" quanto lo Stato», esso «ha ad oggetto l'attività, oltreché degli uffici amministrativi, di quelli giudiziari». La Corte ha così motivato la propria posizione: la funzione giurisdizionale è «funzione statale e i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato», tanto che la Costituzione (art. 98) li ricorda insieme ai pubblici impiegati» e sono «numerose le leggi che, scritte per questi, valgono anche per quelli». Come risulta dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, l'art. 28 «ha inteso estendere a quanti agiscano per lo Stato quella responsabilità personale che prima era espressamente prevista per alcuni di loro (giudici, conciliatori, conservatori di registri immobiliari), «affermandosi un principio valevole per tutti coloro che […] svolgano attività statale». L'autonomia e l'indipendenza «della magistratura e del giudice», che sono valori tutelati costituzionalmente, «non pongono l'una al di là dello Stato […] né l'altro fuori dall'organizzazione statale»[3722].

Quanto al secondo problema, la Corte ha affermato che l'art. 28 non impone una disciplina uniforme della responsabilità per tutti i dipendenti pubblici: rinviando alle leggi ordinarie, esso non esclude che «codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni». La «*singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziali, la stessa posizione* super partes *del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito […] condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé (art. 28) sia nel confronto con l'imputabilità dei "pubblici impiegati" (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e art. 3 della Costituzione)*»[3723].

Nella sentenza n. 2/1968 la Corte ha parlato anche della responsabilità dello Stato, affermando che quest'ultimo deve rispondere necessariamente ove, secondo la disciplina vigente, debba rispondere il magistrato. In base all'art. 28, la responsabilità dello Stato deve coprire per intero l'area della responsabilità del dipendente/funzionario. La responsabilità dello Stato potrebbe però estendersi. A tale proposito, la Corte ha affermato che quanto «alle altre violazioni di diritti soggettivi, cioè ai danni cagionati dal giudice per colpa grave

---

[3721] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro amm.* 1968, II, pp. 193 ss.; E. CASETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*, in *Giur. cost.* 1968, I, pp. 290 ss.; T. SEGRÈ, *Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1969, pp. 123 ss.

[3722] Sentenza costituzionale n. 2/1968, punto 1 del Considerato in diritto.

[3723] Sentenza costituzionale n. 2/1968, punto 1 del Considerato in diritto. Il corsivo è mio.

ISSN 2279-7238

o lieve o senza colpa, il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale; ma niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)»[3724].

2. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di responsabilità civile dei magistrati

La giurisprudenza costituzionale è successivamente intervenuta dando indicazioni al legislatore in merito alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

Nella sentenza n. 26/1987, con la quale ha dichiarato ammissibile il *referendum* che ha comportato l'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 del c.p.c. che regolavano la materia in questione, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il legislatore gode di una discrezionalità nella disciplina della responsabilità civile dei magistrati, ma ciò non significa che ogni scelta debba ritenersi ammissibile, «in quanto la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità», «specie in considerazione dei disposti appositamente dettati per la Magistratura (art. 101 e 113 Cost.), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni».

Con la sentenza n. 18/1989[3725], la Corte ha posto, implicitamente, tre vincoli al legislatore.

Il primo è quello della responsabilità indiretta. Ciò significa che non è possibile per il soggetto danneggiato agire direttamente contro il magistrato. Il soggetto che abbia subìto un danno ingiusto per un «comportamento» o un «atto» o un «provvedimento giudiziario» posto in essere da qualunque magistrato — ordinario o speciale — può agire contro lo Stato (nella persona del Presidente del Consiglio) per ottenere il risarcimento dei danni. Spetterà, poi, allo Stato rivalersi contro il magistrato promuovendo un'apposita azione (c.d. azione di rivalsa). L'unica eccezione ammessa dalla Corte costituzionale al principio della responsabilità indiretta dei magistrati riguarda il caso in cui il danno sia derivato da un fatto che costituisce reato[3726].

[3724] Sentenza costituzionale n. 2/1968, punto 2 del Considerato in diritto.

In dottrina cfr. F. DAL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile del magistrato per fatto dello Stato: tra idee buone e soluzioni approssimative*, in *Quest. giust.* 2015, n. 3, p. 189.

[3725] Per le note di commento cfr., in dottrina, E. FAZZALARI, *Una legge «difficile»* e A. BEVERE, *Dal giudice funzionario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, in *Giur. cost.* 1989, I, pp. 104 ss.

[3726] Queste sono le testuali parole della Corte costituzionale: la legge impugnata, «facendo corretta applicazione dei princìpi affermati da questa Corte nelle citate sentenze 14 marzo 1968 n. 2 e 3 febbraio 1987, n. 26», «secondo i quali, in relazione alla peculiarità della funzione giudiziaria, la responsabilità ex art. 28 della Costituzione va regolata con la previsione di condizioni e di limiti a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice», «ha riferito la responsabilità diretta del

ISSN 2279-7238

Il secondo è quello della c.d. «clausola di salvaguardia». Va esclusa la responsabilità per l'attività di interpretazione di norme di diritto e per l'attività di valutazione del fatto e delle prove[3727].

Il terzo è quello del c.d. «filtro di ammissibilità» della domanda presentata da chi ritenga di avere subìto un danno ingiusto per effetto di un comportamento o di un atto del magistrato, ossia di un giudizio preliminare per accertare la sussistenza dei presupposti formali della stessa domanda e verificare che essa non sia palesemente priva di fondamento. La previsione del giudizio di ammissibilità, secondo la Corte costituzionale, «garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni "manifestamente infondate", che possono turbarne la serenità»[3728].

Nella sentenza n. 468/1990 la Corte costituzionale, richiamando alcuni precedenti (le sentenze n. 2/1968 e n. 26/1987), ha asserito di avere «riconosciuto il rilievo costituzionale di un meccanismo di "filtro" della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle "condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati" che "la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono"»[3729].

Si deve, comunque, rilevare che sulla necessaria presenza di quest'ultimo vincolo le parole della Corte costituzionale, forse non del tutto chiare, si sono prestate — come si dirà più avanti — a interpretazioni divergenti e che la stessa Corte, con una recente sentenza (la n. 164/2017), ha avuto modo di chiarire la propria posizione sul punto, negando che il giudizio di ammissibilità sia richiesto dalla Costituzione[3730].

3. **La disciplina della responsabilità civile dei magistrati: dalle norme del codice di procedura civile del 1940 alla legge n. 117/1988**

La responsabilità civile dei magistrati è stata per lungo tempo regolata dagli articoli 55, 56

giudice alla sola ipotesi di danni derivati da fatti costituenti reato» (sent. n. 18/1989, punto 10 del Considerato in diritto).

[3727] La Corte costituzionale ha testualmente affermato che la «garanzia costituzionale» dell'indipendenza del giudice «è diretta infatti a tutelare, in primis, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto» (sent. n. 18/1989, punto 10 del Considerato in diritto).

[3728] Sent. n. 18/1989, punto 10 del Considerato in diritto.

[3729] Punto 4.1 del Considerato in diritto.

[3730] V. *infra*, § 8.

ISSN 2279-7238

e 74 del codice di procedura civile del 1940[3731].

In base all'art. 55 («Responsabilità civile del giudice»), il giudice era responsabile per l'attività funzionale soltanto in due casi: 1) quando «è imputabile di dolo, frode o concussione»; 2) «quando, senza giusto motivo, si rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero» (c.d. responsabilità per «denegata giustizia» o per «diniego di giustizia»). L'art. 56 disponeva che «la domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza l'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia»[3732]. L'art. 74 («Responsabilità del pubblico ministero») stabiliva che le «norme sulla responsabilità del giudice […] si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione».

Nei confronti della disciplina codicistica in tema di responsabilità dei magistrati erano state mosse obiezioni di legittimità costituzionale, sia per la previsione dell'autorizzazione ministeriale[3733], sia per l'esclusione della responsabilità nei casi di colpa grave (si pensi, ad esempio, all'applicazione di una legge abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima, alla mancata presa in considerazione di fatti decisivi ritenuti pacifici, ecc.), che creerebbe un ingiustificabile «privilegio» per una categoria di impiegati pubblici[3734].

[3731] Sulla disciplina contenuta nel testo originario del codice di procedura civile approvato con il regio decreto 28 ottobre 1940 n. 1443, cfr., nell'àmbito degli studi monografici dedicati al tema della responsabilità del magistrato, V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice. Norme, interpretazioni, riforme nell'esperienza italiana e comparativa*, Bologna 1984, pp. 34 ss.; L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, Milano 1988, pp. 35 ss.; A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, pp. 139 ss.

[3732] In mancanza di indicazioni da parte della norma, si riteneva che l'autorizzazione implicasse un controllo sia sulla legittimità formale sia sul merito della domanda: un controllo che, in sostanza, avrebbe dovuto evitare che giungessero all'esame del giudice competente azioni manifestamente infondate.

[3733] L'«autorizzazione a procedere» — sia essa di competenza del Ministro, sia essa, come taluni alternativamente vorrebbero, del C.S.M. — «è di costituzionalità assai dubbia, non solo nel caso della responsabilità penale, ma anche di quella civile, rimettendo ad una decisione estranea ed incontrollabile l'attualità della tutela giudiziaria di un diritto costituzionalmente protetto». Così G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.* 1982, I, p. 790. Rilievi critici sull'autorizzazione in questione in E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.* 1980, p. 13 s.

[3734] Cfr. A. M. SANDULLI, *Atti del giudice e responsabilità civile*, in *Dir. soc.* 1974, pp. 481 ss. e in AA. VV., *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano 1978, p. 1293 s. Secondo l'illustre Autore, la disciplina della responsabilità civile dei magistrati si poneva in contrasto con la Costituzione (art. 3) per violazione del principio di ragionevolezza, non sussistendo una ragione plausibile per differenziare sotto tale aspetto il trattamento giuridico dei magistrati da quello degli altri «impiegati civili dello Stato», che rispondono nei casi di colpa grave. Per la tesi dell'illegittimità costituzionale dell'art. 55 c.p.c., cfr. anche F. LUNARI, *Appunti per uno studio sulla responsabilità civile del giudice per colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, p. 1722.

Favorevole ad estendere la responsabilità ai casi di «colpa grave» è anche G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento*, cit., p. 790.

ISSN 2279-7238

La mancata previsione della responsabilità per colpa era stata probabilmente la causa principale di una situazione di «impunità mascherata»[3735], rappresentando le ipotesi previste dall'art. 55 c.p.c. uno «sbarramento» tale da rendere pressoché inutilizzabile l'istituto della responsabilità civile per i magistrati[3736].

La legge n. 117/1988, recante «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati» (comunemente nota come «legge Vassalli»[3737]), aveva introdotto una nuova disciplina della materia dopo il *referendum* popolare dell'8-9 novembre 1987: *referendum* con il quale il corpo elettorale aveva deciso a larghissima maggioranza l'abrogazione degli articoli del codice sopra citati e imposto al Parlamento di intervenire per regolare diversamente la materia[3738].

[3735] Cfr. E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., p. 6.

[3736] Cfr. E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., p. 6, il quale parla, con riferimento agli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., di «normativa tanto pletorica quanto insignificante».

I «magri frutti» che «possono essere ricavati da una ricerca giurisprudenziale» relativa al periodo in cui la materia era disciplinata dal codice vigente dimostrano «che la responsabilità civile» costituiva «un'ipotesi di scuola», essendo il magistrato «sostanzialmente irresponsabile nei confronti della parte». Così A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 153 e N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982, p. 1314. Nello stesso senso V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., p. 39 e p. 41, il quale osserva che «nell'esperienza non esistono tracce di applicazioni dell'art. 55», specificando che, quanto al numero 1, «manca in assoluto giurisprudenza sulla responsabilità del giudice per atti e comportamenti dolosi» e, quanto al numero 2, pochi sono «i casi conosciuti; pochissime le sentenze pubblicate; quasi immancabile l'accertamento del giusto motivo per il diniego di giustizia». V. anche V. VARANO, voce *Responsabilità del magistrato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino 1998, p. 113.

[3737] Dal nome del Ministro della Giustizia dell'epoca, sen. Giuliano Vassalli, che il 1° dicembre 1987 aveva presentato il disegno di legge da cui è scaturita la legge (*Atti Senato*, X Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1995).

Per i primi commenti alla legge n. 117/1988, cfr. A. ATTARDI, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.* 1988, IV, pp. 305 ss.; A. PROTO PISANI, F. CIPRIANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.* 1988, V, pp. 409 ss.; A. ROSSI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati e gli organi collegiali*, in *Quest. giust.* 1988, pp. 241 ss. Tra le opere di approfondimento, cfr. AA. VV., *La responsabilità civile dello Stato giudice (commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)*, a cura di N. Picardi e R. Vaccarella, Padova 1990.

[3738] Era stata auspicata, nel mondo politico, l'approvazione di una legge prima del voto popolare, nella consapevolezza che l'eventuale abrogazione referendaria non avrebbe potuto risolvere definitivamente il problema, richiedendo un successivo intervento parlamentare.

Verrebbe, dunque, da chiedersi perché il Parlamento non sia intervenuto preventivamente. Il fatto è che la soluzione in sede parlamentare, ricercata dal partito di maggioranza relativa (la D.C.), era stata rifiutata dai partiti di governo (il P.L.I. e il P.S.I.) che — evento non poco anomalo — avevano promosso il *referendum*, ponendo poi come condizione per la ricomposizione della maggioranza governativa all'indomani delle elezioni politiche lo svolgimento entro breve tempo della consultazione popolare, in deroga alla legislazione vigente. Un comportamento, quello dei liberali e dei socialisti, che potrebbe forse spiegarsi ipotizzando che l'esito positivo del *referendum* avrebbe favorito una soluzione legislativa a loro più gradita, dando piena attuazione al principio di responsabilità del magistrato. Tuttavia, anche alla luce delle ripetute manifestazioni di insofferenza della classe politica (in particolare, dei socialisti) nei confronti del controllo di legalità esercitato dal potere giudiziario, esso aveva destato il sospetto di una strumentalità dell'iniziativa

ISSN 2279-7238

La rinnovata disciplina legislativa avrebbe dovuto comportare il superamento della situazione di irresponsabilità di fatto — messa in risalto da vicende giudiziarie di grande risonanza mediatica, che avevano colpito l'opinione pubblica[3739] — da cui aveva preso le mosse l'iniziativa referendaria[3740], promossa con l'obiettivo di estendere «notevolmente le ipotesi di responsabilità» e di eliminare «filtri autorizzativi»[3741], che tuttavia — come si è precedentemente detto — non possono essere completamente cancellati.

La legge n. 117/1988 aveva risposto alle attese dei promotori del *referendum* solo parzialmente perché, mentre aveva esteso i casi di responsabilità, era rimasto il 'filtro', anche se si tratta di una forma di protezione diversa dalla precedente.

Infatti, al dolo e al «diniego di giustizia»[3742], sostanzialmente corrispondenti ai casi di responsabilità di cui all'art. 55 c.p.c., è stata aggiunta la colpa grave. Non, però, come ipotesi generica, specificandosi che essa è costituita da: *a*) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; *b*) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; *c*) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; *d*) l'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione (art. 2, comma 3)[3743].

---

referendaria, la quale, promossa con il dichiarato intento di realizzare una «giustizia giusta», a garanzia dei cittadini, era apparsa agli occhi di non pochi osservatori come un mezzo improprio per «regolare i conti» con la magistratura (cfr., tra gli altri, G. NEPPI MODONA, *Quel referendum contro i giudici*, in *la Repubblica*, 16-17 marzo 1986; P. BARILE, *Il referendum inutile*, in *la Repubblica*, 4 novembre 1987; V. GREVI, *Per i magistrati è in gioco l'autonomia*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 novembre 1987), oltre che per ridisegnare i rapporti di forza all'interno della coalizione governativa (E. SCALFARI, *Le ragioni dei giudici, le colpe dei partiti*, in *la Repubblica*, 18 ottobre 1987). Sulla vicenda dei *referendum* sulla giustizia del 1987, che s'inserisce nel lungo conflitto tra il potere politico e quello giudiziario, cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico. La vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, Padova 2005, pp. 126 ss.

[3739] In particolare, la vicenda nota come «caso Tortora», dal nome del popolare conduttore televisivo, vittima di un clamoroso errore giudiziario. Arrestato nell'àmbito di un'ampia azione giudiziaria contro la Nuova Camorra Organizzata, con modalità assai poco rispettose della dignità umana; condannato in primo grado per associazione camorristica e traffico di stupefacenti sulla base delle dichiarazioni di alcuni pentiti, che si riveleranno del tutto infondate, Enzo Tortora verrà infatti definitivamente assolto con formula piena. Considerato il simbolo della 'giustizia ingiusta', Tortora fu candidato con successo dal Partito radicale alle elezioni europee del 1984 e fu in prima linea nella battaglia radicale per la responsabilità civile dei magistrati.

[3740] Sull'iniziativa referendaria in tema di responsabilità civile dei magistrati, cfr. AA. VV., *I referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato*, Atti del Convegno Nazionale promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati-Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia 5-7 dicembre 1986, a cura di E. Fortuna e A. Padoan, Padova 1987.

[3741] V. GREVI, *Per i magistrati è in gioco l'autonomia*, cit.

[3742] Identificato con «il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria» (art. 3).

[3743] Anche se non si è mancato di rilevare — nell'àmbito del dibattito sviluppatosi sulla stampa prima dell'approvazione della legge — come si tratti, per quanto riguarda l'ipotesi di cui al punto *a*), di «formula di eccessiva

ISSN 2279-7238

Era comunque sempre esclusa la responsabilità del magistrato per l'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove (c.d. «clausola di salvaguardia»)[3744].

L'autorizzazione del Ministro è stata eliminata[3745], ma il soggetto danneggiato — fatta eccezione per il caso in cui il danno sia derivato da un fatto che costituisce reato (art. 13)[3746] — non può agire contro il magistrato. È, infatti, previsto che chiunque abbia subìto un danno ingiusto per un «comportamento» o un «atto» o un «provvedimento giudiziario» — posto in essere da un magistrato appartenente a qualsiasi magistratura (non soltanto, quindi, alla magistratura ordinaria, ma anche alle magistrature speciali)[3747] — «può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale» (art. 2, comma 1).

L'azione di risarcimento del danno contro lo Stato — la quale va esercitata nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 4, comma 1) — rappresenta in sé un 'filtro'.

Ma vi era anche il «filtro endoprocessuale»[3748] costituito dal giudizio di ammissibilità (art. 5): un «meccanismo di deterrenza a monte contro azioni temerarie, artificiose, fittizie, di mera turbativa»[3749]. Il tribunale competente a pronunciarsi sull'azione risarcitoria contro lo Stato avrebbe dovuto, infatti, dichiarare inammissibile la domanda «quando non sono stati rispettati i termini o i presupposti indicati dagli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata».

Al fine di evitare che l'azione risarcitoria si trasformasse in un improprio mezzo di impugnazione, era previsto che la stessa azione non potesse essere esercitata in qualunque momento successivo al verificarsi del fatto contestato. Bisognava attendere che fossero esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti contro i provvedimenti

---

ampiezza», in contrasto con l'intento dichiarato nella relazione introduttiva del disegno di legge governativo di specificare le ipotesi di responsabilità per colpa. Così S. RODOTÀ, *Dei giudici o la legge imperfetta*, in *la Repubblica*, 29-30 novembre 1987.

[3744] V. l'art. 2, comma 2.
Sulla clausola di salvaguardia cfr., tra gli altri, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, pp. 197 ss.; F.P. LUISO, *La responsabilità civile del magistrato secondo la legge 13 aprile 1988 n. 117*, in AA. VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli 2008, pp. 175 ss.; F. VERDE, *La responsabilità del magistrato*, Bari 2015, pp. 103 ss. V. anche, in termini problematici, G.M. FLICK, *La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*, in *Federalismi.it* n. 11/2012.

[3745] Considerato anche all'interno della magistratura come «un istituto arcaico, di chiara marca autoritaria, da eliminare» (cfr. V. ACCATTATIS, *Punire i magistrati?*, in *la Repubblica*, 11 ottobre 1987).

[3746] In tal caso l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio anche nei confronti dello Stato come responsabile civile sono regolati dalle norme ordinarie. All'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

[3747] In base all'art. 1, la legge si applica ai magistrati appartenenti a tutte le magistrature («ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali») che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, «nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria».

[3748] L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit., p. 173.

[3749] Così A. PROTO PISANI, *Il giudizio nei confronti dello Stato*, in A. PROTO PISANI, F. CIPRIANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, cit., p. 420. V. anche di recente F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino 2018, p. 249.

ISSN 2279-7238

cautelari e sommari, e comunque che non fossero più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, in assenza di tali rimedi, che fosse esaurito il grado del procedimento nell'àmbito del quale il fatto si è verificato (art. 4, comma 2).

La responsabilità del magistrato era assicurata dalla previsione che lo Stato, entro un anno dal risarcimento avvenuto «sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale stipulato dopo la dichiarazione di ammissibilità» della domanda, esercita l'*azione di rivalsa* nei confronti del magistrato (art. 7, comma 1)[3750]. Vi era, quindi, una coincidenza fra l'area della responsabilità dello Stato e l'area della responsabilità del magistrato per i danni ingiusti provocati da atti o comportamenti del magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie (c.d. «parallelismo»), e non era possibile per il danneggiato, a differenza di quanto avveniva in passato, «convenire lo Stato per "fatto proprio" ai sensi dell'art. 2043 c.c., avendo il solo onere di offrire la prova della colpa lieve del magistrato»[3751].

Era stabilito un collegamento tra la responsabilità civile e quella disciplinare[3752], dovendo il «procuratore generale presso la Corte di cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi […] esercitare l'azione disciplinare dei magistrati per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento», con la precisazione che «resta ferma la facoltà del Ministro della giustizia» prevista dall'art. 107, comma 2, Cost. (art. 9, comma 1)[3753].

4. **(Segue) la mancata previsione dell'azione diretta contro il magistrato: profili problematici alla luce del referendum popolare del 1987**

La mancata previsione di un'azione diretta, senza filtri, verso il magistrato aveva suscitato reazioni assai critiche da parte di alcuni promotori del *referendum*, i quali avevano accusato il Parlamento di tradimento della volontà popolare, che si era espressa in modo molto chiaro, affermando il principio per cui i magistrati che sbagliano devono rispondere direttamente dei danni provocati dai loro errori[3754].

[3750] Sull'azione di rivalsa cfr., tra gli altri, F. PINTUS, voce *Responsabilità del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, pp. 1480 ss.

[3751] Osservazioni critiche sul punto in A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'Ue del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Rivista AIC* n. 1/2012, § 6, per il quale la legge n. 117/1988 «ha aggravato (anziché favorito) la situazione dei soggetti danneggiati».

[3752] Su tale collegamento, che rimane inalterato dopo la legge n. 18/2015, cfr. G. CIANI, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015 n. 18)*, in *Foro it.* 2015, V, cc. 330 ss. V. anche M. FRESA, *Legge 13 aprile 1988, n. 117. Articolo 9. Azione disciplinare*, in AA. VV., *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n, 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, a cura di F. Auletta, S. Boccagna e N. Rascio, Bologna 2017, pp, 335 ss.

[3753] Precisazione con ogni evidenza inutile, poiché le norme costituzionali si applicano a prescindere dalle indicazioni in tal senso del legislatore ordinario, ma che sembrerebbe voler prevenire eventuali dubbi di legittimità costituzionale per la 'sottrazione' di una competenza ministeriale radicata nella Costituzione.

[3754] Va ricordata la durissima presa di posizione dei radicali, per i quali la nuova legge non soltanto non recepiva le istanze popolari, ma peggiorava addirittura la situazione, perché, mentre in

ISSN 2279-7238

Tuttavia, altro è affermare che il corpo elettorale, con l'abrogazione delle norme del codice, aveva manifestato un'insoddisfazione per la situazione esistente, indirizzando implicitamente l'organo rappresentativo verso l'approvazione di una legge che rendesse i magistrati più responsabili (con l'obiettivo di una 'giustizia giusta')[3755], altro è sostenere che il corpo elettorale aveva espresso la preferenza per la responsabilità diretta «senza filtri».

Il punto è che il *referendum* abrogativo, mentre permette all'elettore di pronunciarsi sulla permanenza in vigore di una legge (o di una parte di essa), non gli consente di motivare la sua scelta e, quindi, di esprimere la preferenza per una determinata soluzione legislativa. L'elettore potrebbe votare «sì» perché disapprova il «principio» che ispira la normativa sottoposta al *referendum*, ma anche perché, pur valutando positivamente il principio, ritiene che siano sbagliate le modalità di attuazione dello stesso principio[3756]. L'elettore potrebbe votare «no» perché è favorevole alla normativa compresa nel quesito ma anche perché, pur essendo contrario (in tutto o in parte), reputa preferibile il mantenimento dell'assetto normativo esistente a quello che si avrebbe (o potrebbe crearsi) nel caso in cui il *referendum* desse esito positivo[3757], oppure perché vuole rispondere negativamente al quesito 'implicito' che è stato sottoposto impropriamente al corpo elettorale dai promotori della consultazione popolare (può, infatti, accadere che il quesito 'ufficiale', ossia la domanda formalmente posta ai cittadini circa l'abrogazione di una legge o di parte di essa sia il mezzo per introdurre surrettiziamente un quesito 'politico' che aumenta la 'posta in gioco' e attribuisce al *referendum* un significato di portata più ampia)[3758]. Di qui le possibili difficoltà

---

precedenza era previsto che il magistrato potesse essere citato direttamente in giudizio dal soggetto danneggiato, il testo approvato dalle Camere cancellava «addirittura i casi di responsabilità civile diretta prima esistenti». Di qui la richiesta al Presidente della Repubblica Cossiga di rinviarla alle Camere, che non verrà però accolta (cfr. O. LA ROCCA, *«Cossiga, non firmare questa legge. Vanifica il referendum sui giudici»*, in *la Repubblica*, 14 febbraio 1988).

Nel senso che la legge n. 117/1988 sia «per molti versi» più protettiva per i magistrati rispetto alla precedente normativa in materia, cfr. G. DI FEDERICO, *La crisi del sistema giudiziario e la questione della responsabilità civile dei magistrati*, in AA. VV., *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*, a cura di P. Corbetta e R. Leonardi, Bologna 1988, p. 119-120.

[3755] Di innegabile «istanza di responsabilizzazione contenuta nel responso referendario» parla G. BORRÈ, *Il messaggio riesumato*, in *la Repubblica*, 20 dicembre 1987.

[3756] Cfr., con riguardo alla vicenda dell'abrogazione popolare della normativa sul finanziamento pubblico dei partiti, G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal* referendum *e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.* 1997, pp. 62 ss.

[3757] Così, ad esempio, a proposito di una vicenda referendaria che si colloca nella seconda fase dell'esperienza repubblicana, l'elettore, pur favorevole alla riduzione del numero delle concessioni televisive nazionali per gli operatori privati al fine di ampliare gli spazi del pluralismo, avrebbe potuto votare «no» ritenendo che, in assenza di un'analoga riduzione per la Rai, si sarebbe creato uno squilibrio nel mercato televisivo, dannoso per la concorrenza. Cfr. V. ONIDA, *La vittoria del No non rende intoccabili le norme in vigore*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 giugno 1995.

[3758] È ciò che si sarebbe verificato proprio con i *referendum* sulla giustizia del 1987. I *referendum* «sono stati pensati […] in senso punitivo contro i giudici […]. Il quesito politico lanciato da socialisti, radicali e liberali in realtà è questo: siete

ISSN 2279-7238

nell'interpretazione della volontà popolare, e dunque nello stabilire eventualmente se il successivo intervento del legislatore rappresentativo si ponga in sintonia o in contrasto con detta volontà.

Nel caso specifico, l'elettore avrebbe potuto pronunciarsi per l'abrogazione essendo favorevole alla responsabilità diretta del magistrato, senza il filtro dell'autorizzazione ministeriale, ma anche essendo favorevole ad una responsabilità indiretta che, nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, sia dotata di effettività, comportando la concreta possibilità di sanzioni per i giudici che 'sbagliano'[3759].

Il fatto stesso che i partiti che si erano pronunciati per il «sì» — i quali rappresentavano un elettorato molto vasto — avessero dato motivazioni diverse alla loro posizione[3760]

---

d'accordo che la giustizia è allo sfascio e che la responsabilità è da ascrivere fondamentalmente ai magistrati? A questo quesito io rispondo no» e «chi vota no dice no» all'uso «strumentale e plebiscitario» del *referendum*, «ma per nulla dice no all'abrogazione della vigente normativa, di ascendenza napoleonica […] non accettata più da alcuno, meno che mai dai magistrati, a miglior tutela della loro indipendenza» (così V. ACCATTATIS, *Punire i magistrati?*, cit. Cfr. anche, sostanzialmente nello stesso senso, A. GALASSO, *Difendo i giudici*, in *la Repubblica*, 2 ottobre 1987).

[3759] Per altro verso, l'elettore avrebbe potuto pronunciarsi per il «no» pur guardando con sfavore a una parte della normativa. A conferma di ciò, si possono riportare le parole di un giurista illustre, all'epoca presidente del gruppo della Sinistra Indipendente alla Camera: con l'autorizzazione prevista dall'art. 56 c.p.c., il magistrato è «nelle mani del potere politico in una materia» di estrema «delicatezza». «Ma la volontà di eliminare questa norma basta a giustificare il sì? Non è questo il cuore del quesito referendario. Quel che si vuole travolgere è il principio, è l'art. 55 che definisce e limita i casi di responsabilità del giudice. Ed io sono convinto che questo principio meriti di essere mantenuto, senza aperture verso una incerta nozione di colpa grave» (S. RODOTÀ, *Se vince il «no»*…, in *la Repubblica*, 6 novembre 1987).

[3760] Basti ricordare l'atteggiamento dei due partiti maggiori che, dopo avere osteggiato l'iniziativa referendaria (cfr. L. VIOLANTE, *Ma una legge c'è già sul giudice che sbaglia*, in *l'Unità*, 16 marzo 1986), si erano schierati per il «sì» non perché condividessero le soluzioni prefigurate da alcuni dei promotori, ma con la motivazione che la normativa sottoposta al *referendum* necessitava di essere modificata — cosa riconosciuta da molti sostenitori del «no» —, anche se è ragionevole ritenere che ad essere decisive, per il cambiamento di posizione della D.C. e del P.C.I., siano state in realtà ragioni di «tattica elettorale e politica» (come sostiene E. SCALFARI, *Le ragioni dei giudici,* cit. e *L'inutile truffa del voto di oggi*, in *la Repubblica*, 8 novembre 1987, il quale scrive: i due partiti più rappresentativi si «sono trovati a dover giocare una partita con le carte truccate e si sono adeguati. Se tutti si dichiarano per il sì, nessuno si potrà attribuire la vittoria o sarà penalizzato dalla sconfitta. Ed anche per questa via il risultato "malizioso" ed improprio del referendum» — l'ampliamento dello «spazio di influenza e di potere» del P.S.I. — «sarà stato vanificato»).
È comunque interessante ricordare, a conferma della necessità del superamento della disciplina codicistica, gli argomenti con i quali era stata motivata la posizione abrogazionista del P.C.I.: «1) l'imputato può citare direttamente il suo giudice, trasformandolo in controparte; 2) questa citazione può avvenire anche durante il processo, paralizzandone il corso; 3) è il ministro della Giustizia che decide discrezionalmente, concedendo o negando l'autorizzazione a procedere, quale cittadino deve essere risarcito e quale cittadino deve essere trascinato in giudizio; 4) l'inefficienza della macchina giudiziaria si scarica sul giudice, che è tenuto al risarcimento del danno se non emette il provvedimento richiesto da una parte entro dieci giorni dalla formale istanza di adempimento. Questi principi si applicano solo al giudice e non anche al pubblico ministero nei processi penali; un pubblico ministero di un'importante Procura italiana è stato poco tempo fa direttamente citato in giudizio, senza passare neanche attraverso l'autorizzazione del ministro. Le norme hanno vissuto sinora sonni tranquilli nelle pagine ingiallite del Codice di procedura civile. Ma l'aggressività antigiudice di settori importanti del mondo criminale e di settori del mondo politico le sta richiamando in vita, tanto che sono parecchie (sembra 32) le domande che attendono il 9 novembre sui tavoli del ministero della Giustizia. Se prevalesse il no, evidentemente nulla potrebbe opporsi alla immediata applicazione della disciplina del 1940». Il «sì», invece, ha «il merito di cancellare queste norme e di agevolare l'iter della riforma per la quale c'è già un importante accordo alla Camera» (così il responsabile delle politiche per la giustizia del partito comunista e vicepresidente del gruppo parlamentare alla Camera, on. Luciano Violante: cfr. L. VIOLANTE, *Tutte le ragioni del sì comunista*, in *la Repubblica*, 7 novembre 1987).

ISSN 2279-7238

dimostra quanto sia arbitrario attribuire all'atto risultante dal *referendum* il significato di un voto popolare favorevole ad una precisa soluzione legislativa, che, oltre a tutto, nella circostanza non è stata neppure prospettata dal comitato promotore[3761].

In conclusione, non essendo possibile affermare che gli elettori si sono espressi a favore dell'azione diretta verso il magistrato, non si può sostenere che la previsione dell'azione nei confronti dello Stato (che, dopo l'eventuale risarcimento del danno, dovrebbe esercitare l'azione di rivalsa sul magistrato) si pone in contrasto con la volontà popolare espressa nel *referendum* del 1987, e dunque non sembra possano prospettarsi sotto tale profilo eventuali dubbi di legittimità costituzionale[3762].

Ma vi è un'ulteriore e più importante considerazione. Il legislatore, nella formulazione dei testi normativi, non può non tenere conto del dettato costituzionale. La disciplina legislativa della responsabilità dei magistrati (come quella di ogni altra materia) deve essere rispettosa della Costituzione, la quale — come si è già detto — tutela espressamente l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, imponendo implicitamente la presenza del 'filtro' rappresentato dall'azione contro lo Stato[3763].

La Corte costituzionale, con la sopra citata sentenza n. 18/1989, ha confermato come la scelta del legislatore di prevedere una responsabilità indiretta per il magistrato fosse imposta implicitamente dalla Costituzione[3764].

[3761] I radicali si erano espressi nel senso di una responsabilità del magistrato anche per colpa grave e soprattutto «senza filtri». I socialisti erano stati chiari nel dire che la responsabilità doveva estendersi alla colpa grave e che i magistrati che commettono degli illeciti devono rispondere «di tasca propria», salvo l'eventuale fissazione di limiti al risarcimento. Tuttavia, non avevano sciolto il nodo fondamentale del «filtro», mostrando comunque in più occasioni di guardare con favore al meccanismo dell'azione diretta contro lo Stato e della successiva azione di rivalsa dello Stato contro il magistrato, condiviso anche dai liberali (cfr. S. MAZZOCCHI, *Tra i magistrati e Rognoni c'è Palazzo Chigi a mediare*, in *la Repubblica*, 19 dicembre 1986; S. BONSANTI, *Il nodo che divide il fronte del sì*, in *la Repubblica*, 8 novembre 1987).

[3762] Sul discusso problema del presunto effetto vincolante della deliberazione referendaria sul legislatore rappresentativo si rinvia, in dottrina, a M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *La formazione delle leggi*, tomo I, 2, in *Commentario della Costituzione,* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, pp. 661 ss. e alla letteratura ivi citata.
Sull'importante sentenza della Corte costituzionale che ha precisato i termini del divieto, per il legislatore, di ripristino della normativa abrogata dal *referendum*, cfr. G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il Legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Giur. it.* 2012, pp. 275 ss.

[3763] L'esigenza di «attenta e specifica considerazione», da parte del legislatore, ai «principi costituzionali di autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario, secondo quanto riaffermato anche di recente dalla Corte costituzionale», era stata segnalata dal Presidente della Repubblica dell'epoca, Francesco Cossiga, in una lettera inviata al Presidente del Consiglio Giovanni Goria (cfr. *la Repubblica*, 28 novembre 1987). Per un commento favorevole all'intervento presidenziale, cfr. S. RODOTÀ, *Dei giudici o la legge imperfetta*, cit.

[3764] Si mostra qui, con ogni evidenza, la problematicità di un intervento del legislatore nella delicata materia, della quale avevano mostrato piena consapevolezza i commentatori più avveduti intervenuti sulla stampa nel corso dei lavori parlamentari: «la nuova legge, per quanti sforzi possano onestamente essere fatti, sarà una legge difficilmente dotata di buona razionalità, perché è

ISSN 2279-7238

5. **(Segue) la legge n. 18/2015: premessa**

L'impianto della legge n. 117/1988 ha superato il vaglio di legittimità costituzionale della Corte costituzionale[3765].

Secondo la Corte, la legge è «caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria», che deve potersi esplicare senza pressioni e condizionamenti[3766]. La disciplina dell'attività del giudice —ha sottolineato la Corte nella sentenza n. 18/1989, richiamando la giurisprudenza precedente — deve essere tale da «rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì a renderla, per quanto possibile, libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza»[3767].

In dottrina, non è mancato chi, però, ha dubitato della legittimità costituzionale della legge n. 117/1988 sostenendo che il complesso delle sue previsioni creava così tante difficoltà all'instaurazione di un giudizio di merito sulla responsabilità del magistrato da rendere di fatto irresponsabili i magistrati. Nella legge vi sarebbe stata una contraddizione logica ridondante in un vizio di ragionevolezza perché se essa, da un lato, sanciva formalmente il principio di responsabilità del magistrato, estendendo l'area della responsabilità rispetto alla disciplina precedente al fine di dare effettività a detto principio, dall'altro lato, con una serie di 'strettoie' e di 'ostacoli', lo vanificava[3768].

---

oggettivamente arduo (e forse impossibile) conciliare i valori in gioco» (così G. BORRÈ, *Il messaggio riesumato*, cit.).

[3765] La legge non è però uscita del tutto indenne dal giudizio della Corte. La dichiarazione di illegittimità costituzionale ha colpito l'art. 16 nella parte in cui prevedeva la compilazione obbligatoria del processo verbale in relazione ad ogni deliberazione del collegio, anziché la compilazione facoltativa di esso nelle sole ipotesi in cui la richiedano uno o più membri del collegio medesimo. Cfr. la sentenza n. 18/1989, punto 27 del Considerato in diritto.

[3766] Sentenza n. 18/1989, punto 9 del Considerato in diritto.

[3767] Sentenza n. 18/1989, punto 9 del Considerato in diritto.

[3768] Cfr. A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole e R. Romboli, Napoli 2010, p. 17, il quale scrive: il «fatto è che siamo di fronte a una disciplina congegnata in modo da rendere praticamente impossibile o quasi la sua applicazione». «L'asticella della responsabilità è collocata così in alto da determinare una sorta di cortocircuito, che inibisce la capacità della legge di interagire sul piano fattuale, finendo perciò per rilevare in termini di irragionevolezza della soluzione normativa». V. anche V. VIGORITI, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, cit., c. 289 s., il quale, pur senza riferimenti espliciti all'irragionevolezza, parla di «legge sapientemente organizzata in modo da rendere impossibile qualunque iniziativa risarcitoria», la cui «mancata effettività» non derivava da lacune

ISSN 2279-7238

In verità, la legge in sé non impediva che i magistrati responsabili di fatti gravi fossero sanzionati in sede civile.

Si può forse dire che a renderne in concreto più difficile del previsto l'applicazione sia stata l'interpretazione che ne hanno fatto i giudici. In altre parole: il sentiero disegnato dal legislatore, già stretto per i vincoli imposti implicitamente dalla Costituzione, sarebbe diventato ancora più stretto per il comportamento dei giudici che, negli spazi interpretativi concessi dal testo normativo, si sarebbero mossi a vantaggio della categoria di appartenenza[3769].

Il fatto che la legge abbia avuto — com'è noto — effetti pratici di scarso rilievo e che la situazione in merito alla responsabilità del magistrato non sia sostanzialmente cambiata[3770] rispetto al passato aveva stimolato la presentazione di numerosi progetti di modifica nel corso di diverse legislature.

Le modifiche proposte riguardavano due aspetti fondamentali: quello procedurale e quello sostanziale.

In relazione al primo, la maggior parte dei progetti mirava a sostituire il meccanismo dell'azione diretta contro lo Stato e della successiva azione di rivalsa dello Stato contro il magistrato con l'azione diretta nei confronti del magistrato, eliminando anche l'altro filtro rappresentato dal giudizio di ammissibilità[3771], e così creando una responsabilità diretta

---

della stessa legge, ma era «il frutto di una precisa scelta tecnica e politica». *Contra* R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, cit., c. 348.

[3769] Cfr. V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una* case story *in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.* 2006, p. 357 (secondo cui è proprio il modo in cui le disposizioni della legge n. 117/1988 sono «generalmente intese dai giudici» a spiegare perché «i risultati pratici […] siano — dal punto di vista della tutela risarcitoria dei cittadini italiani danneggiati per colpa di organi giudiziari dello Stato — sostanzialmente pari a zero»); N. ZANON, *Intervento* al Convegno «Per una effettiva responsabilità civile dei magistrati: la nostra proposta di riforma della "legge Vassalli"», organizzato dalla Camera penale di Roma, con il patrocinio della Fondazione internazionale per la giustizia Enzo Tortora, Roma, 26 ottobre 2010 (reperibile al seguente indirizzo internet: *https://www.radioradicale.it/scheda/314056/per-una-effettiva-responsabilita-civile-dei-magistrati-la-nostra-proposta-di-riforma*); G. SCARSELLI, *Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice*, in *Il giusto proc. civ.* 2013, pp. 1039 ss.; F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 240, 244 e 249 s.

[3770] Cfr., tra gli altri, A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, cit.; G. SCARSELLI, *Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice*, cit.; F. DAL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile del magistrato per fatto dello Stato*, cit., p. 190.

[3771] Cfr., limitando il riferimento alle legislature XIV, XV e XVI, il disegno di legge Borea del 21 maggio 2002, recante «Norme sulla responsabilità dei magistrati e sul diniego di giustizia» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1427); la proposta di legge Cento e altri dell'8 luglio 2002, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XIV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2979); il disegno di legge Alberti Casellati del 3 maggio 2006, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 156); il disegno di legge Tommassini del 9 maggio 2006, recante «Disposizioni in materia di responsabilità civile del giudice» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 284); la proposta di legge Forlani del 17 maggio 2006, recante «Norme

ISSN 2279-7238

(senza filtri) per i magistrati, che non è però compatibile con i vincoli posti dalla giurisprudenza costituzionale.

In relazione al secondo, alcuni progetti di legge miravano ad estendere la responsabilità per colpa: o mediante l'abrogazione delle norme che specificano i casi di «colpa grave»[3772], la quale verrebbe in tal modo dilatata, o addirittura prevedendo che i magistrati rispondano anche per colpa lieve[3773]: un ampliamento della responsabilità che appare eccessivo e che, esponendo facilmente il magistrato a reazioni improprie delle parti, non sembra compatibile con l'esigenza di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura. Considerazione che vale anche, a maggior ragione, per la soppressione — che era prevista da qualche progetto — della norma che esclude la responsabilità del magistrato per l'attività di interpretazione del diritto e di valutazione del fatto e delle prove[3774].

---

sulla responsabilità dei magistrati e sul diniego di giustizia» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 766); la proposta di legge Turco e altri del 17 gennaio 2008, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 3340); la proposta di legge Bernardini e altri del 29 aprile 2009, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 252); la proposta di legge Lussana e altri del 2 luglio 2008, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1429); proposta di legge Brigandì e altri del 26 novembre 2008, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1956); il disegno di legge Perduca e Poretti del 18 novembre 2009, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1889); proposta di legge Versace del 9 marzo 2010, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 3285); la proposta di legge Laboccetta del 20 ottobre 2010, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati, e al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, in materia di sanzioni per gli illeciti disciplinari dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 3300); il disegno di legge Lauro e altri del 20 ottobre 2010, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Senato*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2390); la proposta di legge Garagnani del 10 febbraio 2011, recante ««Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati, disposizioni in materia di ineleggibilità e di incompatibilità dei medesimi, nonché delega al Governo per la separazione delle carriere della magistratura ordinaria giudicante e requirente» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 4069); la proposta di legge Bernardini e altri dell'8 marzo 2011, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 4148).

[3772] Cfr., tra gli altri, il disegno di legge Perduca e Poretti e la proposta di legge Bernardini, cit.
All'opposto esistono disegni di legge tendenti a limitare le ipotesi di colpa grave: cfr. l'art. 3 del disegno di legge Tommassini, cit.

[3773] Cfr. la proposta di legge Maiolo del 25 luglio 1996, recante «Norme in materia di responsabilità civile del magistrato» (*Atti Camera*, XIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1996).

[3774] Cfr. l'art. 2, comma 2, del disegno di legge Tommassini, cit.. V. anche la proposta di legge Maiolo, cit., dove, non escludendosi la responsabilità per le ipotesi indicate, implicitamente la si ammette.
Un discorso a parte dovrebbe essere fatto per la proposta di legge Tassone e altri dell'11 dicembre 1996, recante «Norme in materia di responsabilità civile dei magistrati e di risarcimento del danno cagionato nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali» (*Atti Camera*, XIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2869), la quale prevede la specifica ipotesi di

ISSN 2279-7238

Vanno, poi, segnalate altre proposte innovative, sempre tendenti a responsabilizzare maggiormente i magistrati. Quella della cancellazione dei limiti al risarcimento previsti dalla legge[3775], che, all'art. 8 comma 3, stabilisce che la «misura della rivalsa» non può superare una somma pari al terzo di un'annualità dello stipendio (limite non applicabile se il fatto è commesso con dolo, anche se si tratta di un'eccezione assai poco significativa, perché è poco probabile che i magistrati vengano chiamati a rispondere per dolo). Quella del divieto — che suscita non pochi dubbi di legittimità costituzionale — di contrarre polizze assicurative per la responsabilità civile[3776].

In conclusione, senza poter qui esaminare nel dettaglio ciascuno di essi, si può dire che si trattava di progetti di legge i quali, proponendo per lo più modifiche che non erano rispettose dei vincoli posti dalla Corte costituzionale, o che suscitano forti dubbi di legittimità costituzionale, non offrivano valide prospettive di cambiamento. La loro utilità poteva forse essere apprezzata in termini 'di propaganda', veicolando il messaggio che c'è una rappresentanza politica che si fa carico di un problema reale, molto sentito dall'opinione pubblica (che è appunto quello appunto della responsabilità dei magistrati che 'sbagliano', danneggiando i cittadini), oppure in termini 'muscolari', dimostrando che, nella 'lotta' tra il potere giudiziario e il potere politico che ha segnato profondamente la vita della Repubblica, il secondo ha la capacità di reazione agli attacchi del primo, mandando segnali 'minacciosi' ai magistrati 'scomodi'[3777].

6. **(Segue) l'abolizione del giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno**

La legge n. 18/2015, recante «Disciplina della responsabilità civile dei magistrati», ha

---

responsabilità per l'«immotivata inosservanza dei criteri generali di ermeneutica legislativa e la conseguente emissione di atti o provvedimenti determinati da interpretazioni della legge strettamente personali o manifestamente difformi dalla consolidata giurisprudenza» (art. 2, comma 2, lett. *e*). Si tratta di una previsione che appare motivata dalle stesse ragioni che ispirarono l'inserimento di una fattispecie simile, successivamente abrogata, all'interno della nuova disciplina degli illeciti disciplinari introdotta dalla riforma dell'ordinamento giudiziario, sicché possono riproporsi i rilievi critici espressi in relazione ad essa. Cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., pp. 408 ss. e G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, in *Studium Iuris* 2007 p. 397 s. V. anche A. ANZON, *La responsabilità del giudice*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova 2004, pp. 253 ss.

[3775] Cfr. la proposta Versace, cit., la quale prevede che i magistrati, a garanzia del pieno ristoro del danno, debbano sottoscrivere una polizza assicurativa per la responsabilità civile (art. 2).

[3776] Art. 7 del disegno di legge Tommassini, cit. Nella relazione illustrativa di tale disegno la previsione del divieto è così giustificata: la responsabilità è destinata ad essere «vana» per «la stipula invalsa di polizze» dai «costi oltremodo modesti, che sono palesemente nulle, perché contrarie» agli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c.

[3777] Non è del resto una novità, nella vicenda dei rapporti fra il potere politico e la magistratura, che i progetti di legge in materia di giustizia vengano presentati nei momenti di più forte tensione per «lanciare dei segnali», quasi a dire che il potere politico è «sovrano» e dispone delle «armi» per «riportare all'ordine» il potere giudiziario: cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., *passim*.

Per quanto riguarda l'àmbito specifico della responsabilità dei magistrati, giova ricordare che anche in materia disciplinare non è mancata la presentazione di progetti di legge con palesi vizi di legittimità costituzionale, che, proprio per ciò, più che veri e propri atti d'iniziativa legislativa, sembrano costituire la reazione impropria a comportamenti di alcuni magistrati non graditi al potere politico (cfr. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in ID., *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti* 2018, p. 182 nota 43).

ISSN 2279-7238

modificato in più punti la legge n. 117/1988[3778].

Le novità principali sono due.

Una è di natura processuale e consiste nell'abolizione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria proposta nei confronti dello Stato (art. 3)[3779]: una scelta drastica, determinata probabilmente dalla convinzione che il giudizio 'preliminare' di ammissibilità, condivisibile in linea di principio come strumento per bloccare iniziative pretestuose che potrebbero avere effetti negativi sull'amministrazione della giustizia, si era trasformato in realtà in un ostacolo quasi insuperabile per l'instaurazione di un giudizio nel merito.

Tuttavia, il fatto che le domande di risarcimento presentate non avessero superato nella gran parte dei casi il giudizio di ammissibilità (quindi, la presenza di un dato oggettivo, ma di carattere meramente 'statistico')[3780] non dimostra di per sé il malfunzionamento del filtro, potendo accadere che un'alta percentuale di domande venga respinta perché priva dei requisiti previsti dalla legge. Occorrerebbe, dunque, dimostrare, attraverso una ricerca approfondita — della quale, però, non sembra esservi traccia[3781] —, che nella realtà dei fatti il giudizio, anziché svolgere positivamente la funzione di filtro, per una distorta interpretazione giurisprudenziale si sia configurato come uno sbarramento. Bisognerebbe, poi, una volta accertato che vi sia stato un malfunzionamento del filtro, valutare se sia opportuno porvi rimedio sopprimendolo oppure correggendolo[3782].

[3778] Sulla legge n. 18/2015, cfr., tra i primi commenti della dottrina, F. AULETTA, G. VERDE, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.* 2015, pp. 898 ss.; F. BIONDI, *La nuova disciplina della responsabilità civile dello Stato (e dei magistrati). Osservazioni a prima lettura*, in *Studium Iuris* 2015, n. 9, pp. 960 ss.; ID., *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, in *Quest. giust.* 2015, pp. 165 ss.; M.R. DONNARUMMA, *La riforma della legge "Vassalli" sulla responsabilità civile dei magistrati: "passaggio storico" o mero bluff?*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 2015, n. 1; F. CORTESE e S. PENASA, *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. prev.* 2015, pp. 1026 ss.; G. VERDE, *Non è questa la strada per ricomporre l'equilibrio tra i poteri*, in *Guida al dir.* n. 13/21 marzo 2015, pp. 17 ss.; G.M. SALERNO, *Risarcibilità, colpa grave, rivalsa: ecco le novità*, *ivi*, pp. 23 ss.; AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, cit., cc. 281 ss.; A. ZACCARIA, *La nuova responsabilità civile dei magistrati (rectius: dello Stato): esempio di 'travisamento' (non del fatto, bensì) del diritto (europeo)*, in *Studium Iuris* 2015, n. 10, pp. 1085 ss. Per commenti più approfonditi cfr. AA. VV., *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n, 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, cit.
Per i commenti critici pubblicati sulla stampa, cfr. G.C. CASELLI, *Il governo ha aperto la caccia ai magistrati*, in *Il Fatto Quotidiano*, 28 febbraio 2015; M. TRAVAGLIO, *Ma i politici quando pagano?*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1° marzo 2015; P. MOROSINI, *Intervista* a *Il Fatto Quotidiano*, 3 marzo 2015; B. TINTI, *Toppa dei giudici all'errore politico*, in *Il Fatto Quotidiano*, 28 aprile 2015.

[3779] Cfr. G. SCARSELLI, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, cit., cc. 326 ss.

[3780] Cfr. G. CAMPANELLI, *Lo "scudo" giurisprudenziale quale principale fattore della "inapplicabilità" della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?*, in AA. VV., *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, a cura di G. Campanelli, Pisa 2013, pp. 53 ss.

[3781] Cfr. E. CESQUI, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo una questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto*, in *Quest. giust.* 2015, n. 3, p. 199.

[3782] Ipotizziamo che «il filtro non fosse esistito: che cosa sarebbe accaduto? È certo che quella stessa magistratura che in sede di esame preventivo aveva ritenuto così tante domande manifestamente infondate da non giustificare — diciamo così — il rinvio a giudizio, quelle stesse domande le avrebbe respinte in seguito al processo. Dunque, il risultato finale, quanto alla responsabilità, sarebbe stato lo stesso, con la sola differenza che, in un sistema già oberato da un eccesso di cause, si sarebbero aggiunti tanti inutili "processi al processo". Il che è insensato […]». Così P. TRIMARCHI,

ISSN 2279-7238

Al di là della discussione sull'opportunità della decisione del legislatore di eliminare il filtro rappresentato dal giudizio di ammissibilità[3783], la quale avrebbe potuto essere bilanciata dall'introduzione di una norma che punisca chi esercita azioni temerarie contro i giudici [3784] , la decisione del legislatore aveva posto un problema di legittimità costituzionale, che sarà superato — come si è già detto — con la sentenza n. 164/2017 della Corte costituzionale.

Alcuni commentatori, facendo spesso riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia, avevano obiettato che la scelta del legislatore di sopprimere il giudizio di ammissibilità, comportando, sia pure indirettamente, una lesione dell'indipendenza dei giudici, si pone in contrasto con la Costituzione[3785].

Altri, invece, avevano sostenuto che si tratterebbe di una scelta rientrante nella discrezionalità del legislatore, eventualmente suscettibile di una valutazione in termini negativi sul piano dell'opportunità, ma non censurabile per un vizio di legittimità costituzionale[3786]. La previsione del filtro di ammissibilità — si è osservato — è stata valutata positivamente dalla Corte costituzionale per la funzione di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura che essa svolge, assumendo in tal senso un «rilievo costituzionale», ma ciò non significa che la Corte abbia riconosciuto l'indispensabilità del filtro: è il contesto normativo che sarebbe decisivo per la Corte costituzionale, e l'impianto della nuova legge non potrebbe dirsi irrispettoso di quel sistema di garanzie richiesto

---

Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge, Relazione al convegno «La responsabilità civile dei magistrati», Milano 17 aprile 2015, Palazzo di Giustizia, § 6 (reperibile al seguente indirizzo internet: *http://www.dannopsichico.org/HTML/documentazione/danno%20non%20patrimoniale/La%20responsabilit%C3%A0%20civile%20-%20Pietro%20Trimarchi.pdf*).

[3783] In senso favorevole all'eliminazione, tra gli altri, in dottrina, R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC* n. 4/2017.
Sulla posizione critica della magistratura associata, cfr. R.M. SABELLI, *Responsabilità giudici: non slogan, più equilibrio*, in *Guida al dir.* n. 49-50/20 dicembre 2014.
Secondo il Vicepresidente del C.S.M. Giovanni Legnini sarebbe stato preferibile prevedere una «valutazione preliminare diversamente strutturata» come «argine all'uso distorto del diritto di agire» (cfr. l'*Intervista* a *la Repubblica*, 26 febbraio 2015).

[3784] Cfr. L. VIOLANTE, *Intervista* al *Corriere della Sera*, 25 febbraio 2015.

[3785] Cfr. G. AMOROSO, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria*, in *Quest. giust.* 2015, n. 3, pp. 184 ss.; E. CESQUI, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo una questione procedurale*, cit., p. 199; M.R. DONNARUMMA, *La riforma della legge "Vassalli" sulla responsabilità civile dei magistrati*, cit., p. 6; L. Di MAJO, *Profili critici della nuova disciplina della "nuova" responsabilità civile dei magistrati: oltre la previgente disciplina?*, in *DPERonline* n. 1/2016, p. 12.

Tra gli interventi pubblicati sui quotidiani, cfr. E. MACCORA, *Intervista* a *la Repubblica*, 25 febbraio 2015; M. MADDALENA, *Intervista* a *Il Fatto Quotidiano*, 26 febbraio 2015; P. DAVIGO, *Intervista* a *Il Fatto Quotidiano*, 27 febbraio 2015. V. anche G. Di LELLO, *Magistrati, chi sbaglia paga. Ma in procura manca il «filtro»*, in *il manifesto*, 25 febbraio 2015.

[3786] Cfr. in tal senso, in dottrina, F. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità*, in *Nomos: le attualità nel diritto* n. 3/2016, p. 23.

Tra i commenti di stampa, V. SPIGARELLI, *Intervista* a *L'Opinione delle Libertà*, 28 febbraio 2015.

ISSN 2279-7238

implicitamente dalla Costituzione per la disciplina della responsabilità civile dei magistrati (si pensi, ad esempio, allo scudo protettivo rappresentato dall'azione contro lo Stato, alla previsione della clausola di salvaguardia, ecc.)[3787].

Tuttavia, può rilevarsi che, se nella giurisprudenza costituzionale manca un'affermazione inequivocabile circa la necessaria presenza del giudizio di ammissibilità, il che lasciava alcuni margini di incertezza, sembra difficile poter sostenere che l'indicazione della stessa giurisprudenza sia stata, prima della citata sentenza n. 164/2017 — di cui si parlerà diffusamente tra poco —, nel senso di rimetterne la previsione alla discrezionalità del legislatore. Nella sentenza n. 18/1989, dopo l'affermazione che la disciplina della responsabilità civile dei magistrati deve essere compatibile con l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, è infatti contenuta l'affermazione che il giudizio di ammissibilità «garantisce adeguatamente il giudice» da azioni che possono mettere a rischio la concreta attuazione di detti valori[3788]. La sentenza n. 468/1990 ha sottolineato, in modo ancora più marcato, l'importanza del filtro di ammissibilità per l'indipendenza dei magistrati[3789].

7. (Segue) l'estensione della responsabilità per colpa grave: l'introduzione della fattispecie riguardante il «travisamento del fatto o delle prove» e il problema della c.d. «clausola di salvaguardia»

L'altra novità è di carattere sostanziale e concerne la definizione della «colpa grave»[3790].

In base al nuovo testo, costituiscono colpa grave:

a) la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea.

In relazione a questa ipotesi, vanno segnalati tre cambiamenti rispetto alla legge n. 117/1988. Primo: l'aggettivo «manifesta» prende il posto di «grave» (non pare, tuttavia, un cambiamento di rilievo). Secondo: l'aggiunta, come oggetto della violazione manifesta, del diritto dell'Unione europea (è dubbio che si tratti di una novità sostanziale, posto che la parola «legge» non dovrebbe qui intendersi in senso stretto come atto normativo deliberato dal Parlamento nazionale, ma estensivamente come atto-fonte, quindi come diritto, sia dello Stato italiano, sia dell'Unione europea). Terzo: la soppressione del riferimento alla negligenza inescusabile (questo cambiamento dovrebbe ampliare la sfera di responsabilità

[3787] Questa lettura interpretativa è stata prospettata dal Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane, avv. Beniamino Migliucci, nel suo intervento al Convegno «La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. Dal referendum del 1987, alla Legge n. 117 del 1988, alla recente riforma introdotta dalla Legge n. 18 del 2015. Le ragioni di un percorso travagliato» svoltosi nell'aula Falcone-Borsellino del Tribunale di Rimini il 29 aprile 2015.

[3788] V. *supra*, § 2.

[3789] V. *supra*, § 2.

[3790] Cfr. E. SCODITTI, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Quest. giust.* 2015, pp. 175 ss.

ISSN 2279-7238

del giudice, anche se viene da chiedersi se possa realizzarsi in concreto una violazione manifesta non determinata da negligenza inescusabile).

Nel nuovo comma 3-*bis* vengono precisati gli elementi da considerare per valutare la sussistenza della violazione manifesta: «[…] ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea».

b) l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento. Ma non viene più richiesto che sia «determinata da *negligenza inescusabile*».

c) la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Anche qui va segnalato che è stata cancellata l'espressione «determinata da *negligenza inescusabile*».

d) l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Qui vi è un'aggiunta perché il testo della legge n. 117/1988 non faceva riferimento ai provvedimenti cautelari reali.

e) il travisamento del fatto o delle prove

Quest'ultima fattispecie rappresenta un elemento di novità perché non era contemplata dal testo originario della legge n. 117/1988. È una fattispecie sulla quale si sono appuntati i rilievi critici dei commentatori[3791] e che ha destato forti preoccupazioni all'interno della magistratura, perché la valutazione dei fatti e delle prove è l'essenza dell'attività giurisdizionale[3792], e vi sarebbe il rischio di contestazioni continue alle scelte dei giudici che potrebbero paralizzare la giustizia o influenzarne negativamente l'amministrazione.

La c.d. «clausola di salvaguardia», che almeno formalmente permane, potrebbe rappresentare un argine. La sua formulazione è stata però modificata. Il nuovo art. 2, comma 2, della legge n. 117/1988 recita: «Fatti salvi i commi 3 e 3-*bis* ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove».

Alla luce di questa formulazione, che non sembra tra le più felici, ci si è chiesti se la clausola di salvaguardia continui a operare.

[3791] Cfr., tra gli altri, G. VERDE, *Una questione di legittimità su basi fragili*, in *Guida al dir.* n. 24/6 giugno 2015, p. 27.

[3792] «Chiunque entri in un'aula giudiziaria vedrà che le parti del giudizio si rimpallano reciprocamente l'accusa di travisare i fatti o le prove. In realtà si tratta di diverse e fisiologiche ricostruzioni dei fatti. E il giudice deve sceglierne una o proporne una terza. Ma questo è il cuore, l'essenza dell'attività giurisdizionale. La formula dunque è vaga e invasiva del nucleo dell'attività di giudizio». Sono parole di N. ROSSI, *Intervista* a *Il Sole 24 Ore*, 26 febbraio 2015. Per altre considerazioni critiche, cfr. C. NORDIO, *Intervista* a *Il Messaggero*, 26 febbraio 2015.

ISSN 2279-7238

Alcuni si sono espressi in senso affermativo[3793]: «lo spazio assegnabile al travisamento dovrebbe restringersi a eccezionali e abnormi casi limite di ricostruzione manifestamente e macroscopicamente errata dei fatti e dei dati probatori»[3794].

Altri, invece, in senso negativo, sostenendo che la clausola di salvaguardia sarebbe stata in realtà eliminata, dal momento che è prevista «l'inapplicabilità della stessa nei casi di dolo e colpa grave, limitandola pertanto al solo caso di diniego di giustizia, per il quale, stante la definizione di cui all'art. 3, poco o nessuno spazio parrebbe residuare all'attività interpretativa»[3795].

Interpretando in questo modo l'art. 2, comma 2, lo si renderebbe però privo di senso, perché si ricaverebbe la norma secondo cui i magistrati rispondono per l'attività interpretativa e per la valutazione dei fatti e delle prove: l'esatto contrario di quanto è scritto nel testo dello stesso comma 2, il quale è formulato ponendo una regola generale (l'irresponsabilità per l'attività di interpretazione delle norme) e un'eccezione alla regola stessa (i commi 3 e 3-*bis* ed i casi di dolo). Un esito interpretativo, dunque, che appare illogico e che mal si accorda con l'esclusione della responsabilità disciplinare per l'attività interpretativa di norme di diritto e per la valutazione dei fatti e delle prove (fermo restando che, neppure nell'àmbito disciplinare, detta esclusione si traduce nel riconoscimento della liceità di qualunque comportamento del magistrato nell'esercizio delle funzioni: art. 2, comma 2, del decreto legislativo n. 109/2006).

Al di là di ciò, non si può dimenticare che la Corte costituzionale ha affermato che deve essere salvaguardata l'autonomia del giudice nell'interpretazione delle norme di diritto e nella valutazione dei fatti e delle prove. Seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 18/2015, si dovrebbe allora ritenere che non possa dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, a meno che il giudice abbia agito con dolo o che abbia tenuto un comportamento gravemente colposo.

Non può comunque essere trascurata la realtà. La complessità del sistema delle fonti, l'ipertrofia legislativa[3796] e l'"oscurità' delle leggi[3797] rendono sempre più difficile l'attività dell'interprete[3798], per il quale si allarga la gamma delle possibili soluzioni (e, se è

[3793] P. TRIMARCHI, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, cit., § 3.

[3794] G. FIANDACA, *Cari giudici, dormite sonni tranquilli*, in *Panorama*, 11 marzo 2015, p. 48.

[3795] F. DAL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile del magistrato per fatto dello Stato*, cit., p. 190 s. e *Commento all'art. 24*, in AA. VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani, Bologna 2018, I, p. 172; R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit., c. 350 (dove si parla di «scatola vuota»).

[3796] Cfr. G. ROSSI, *L'alluvione legislativa e le «grida» spagnole*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 ottobre 2010 (estratto rielaborato dell'intervento presentato al convegno organizzato dal C.S.M. in occasione della Giornata europea della Giustizia civile, Milano 25 ottobre 2010).

[3797] M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010.

[3798] Cfr., in argomento, tra i contributi più recenti, S. SILEONI, *Mal interpretate perché mal scritte: il problema della qualità tecnica redazionale delle leggi e i conseguenti problemi interpretativi*, in *Paradoxa* 2015, n. 2, pp. 48 ss.
Il problema non è nuovo. All'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, quando il tema della responsabilità civile dei magistrati entrò nell'agenda politica con il 'decalogo Spadolini', si era osservato che rendere più severa la disciplina

ISSN 2279-7238

consentito ironizzare, approvando la legge in questione, che non può certo essere presa a modello per la tecnica redazionale utilizzata[3799], il legislatore ha voluto dimostrare la bontà della previsione di una clausola di salvaguardia per i giudici…). La linea di confine tra l'interpretazione ammessa e quella non ammessa sembra spesso incerto. Si avverte «il peso crescente della interpretazione antiletterale, teleologica e, soprattutto, sistematica»[3800]. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in un sistema giudiziario culturalmente non ben predisposto ad accettare il valore del precedente, appare instabile e incapace di assicurare una uniforme interpretazione del diritto[3801].

Va, infine, segnalato che, in base all'art. 4 della legge n. 18/2015, i giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo (quindi, non per colpa grave) e i cittadini estranei alla magistratura che sono componenti di organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove.

8. **(Segue) la responsabilità dello Stato italiano per la violazione del diritto europeo commessa dal giudice nazionale e la responsabilità civile dei magistrati**

La legge n. 18/2015 — stando all'art. 1 (rubricato «Oggetto e finalità») — ha introdotto «disposizioni volte a modificare» la legge n. 117/1988 «al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche *alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea*».

È opportuno ricordare che lo Stato italiano era stato condannato in sede europea. Con la sentenza 24 novembre 2011, causa C-379/10 (Commissione c. Italia), la Corte di giustizia aveva dichiarato che, escludendo la responsabilità dello Stato per le violazioni del diritto europeo determinate dall'interpretazione di norme di diritto nonché dalla valutazione dei fatti e delle prove e limitando tale responsabilità ai casi di dolo e colpa grave, lo Stato italiano è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per le violazioni del diritto europeo commesse dai loro organi giurisdizionali di ultimo grado[3802].

La sentenza in questione aveva obbligato lo Stato italiano ad intervenire per conformarsi agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

---

della responsabilità civile «rischierebbe di far pagare ai singoli giudici le difficoltà interpretative connesse ad un modo di legiferare sempre meno chiaro e coerente». Cfr. G. NEPPI MODONA, *Ma i giudici non debbono pagare le colpe dei politici*, in *la Repubblica*, 17 agosto 1982.

[3799] Per le critiche della dottrina alla formulazione del testo della legge n. 18/2015, cfr. R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit., c. 352 (il quale parla di legge «con molte ambiguità e incoerenze»); G. VERDE, *Non è questa la strada per ricomporre l'equilibrio tra i poteri*, cit.

[3800] V. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare*, in AA. VV., *Magistratura, Csm e principi costituzionali,* a cura di B. Caravita, Roma-Bari 1994, p. 137.

[3801] V. ZAGREBELSKY, *La roulette russa dei giudici-lavoro*, in *La Stampa*, 1° maggio 2012.

[3802] Cfr. G. FERRI, *La responsabilità dello Stato per la violazione del diritto Ue commessa dal giudice nazionale e la legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, pp. 633 ss.

ISSN 2279-7238

L'intervento richiesto al legislatore nazionale era però circoscritto alla responsabilità dello Stato, e non riguardava la responsabilità del magistrato[3803].

L'intervento avrebbe dovuto comportare l'inserimento nell'ordinamento italiano di una norma secondo la quale, in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione, commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, il soggetto danneggiato può esercitare un'azione nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento del danno, a prescindere dalle cause che hanno determinato la violazione stessa e, quindi, dalla responsabilità del giudice.

Si è, però, osservato, in dottrina, che da tale intervento sarebbe derivata una situazione problematica all'interno dell'ordinamento nazionale. Infatti, si sarebbe creata un'irragionevole disparità di trattamento fra i soggetti danneggiati dalla violazione del diritto europeo e quelli danneggiati dalla violazione del diritto interno[3804], perché i primi avrebbero potuto ottenere il risarcimento dallo Stato in ogni caso in cui si fosse dimostrata la violazione del diritto europeo, mentre i secondi avrebbero potuto essere risarciti soltanto ove ricorressero le condizioni previste dall'art. 2 della legge n. 117/1988. Inoltre, nell'àmbito dei soggetti danneggiati dalla violazione del diritto europeo, vi sarebbe stata un'irragionevole disparità di trattamento fra quelli danneggiati dagli organi giurisdizionali di ultimo grado e quelli danneggiati dagli altri organi giurisdizionali, che a differenza dei primi non potrebbero essere risarciti[3805].

Sarebbe stato necessario, pertanto, un intervento del legislatore italiano di portata più ampia rispetto a quello richiesto dalla Corte di giustizia, appunto per evitare che la disciplina normativa risultasse esposta al rischio di una censura da parte della Corte costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.[3806].

La legge n. 18/2015 ha realizzato un intervento più esteso di quello richiesto dalla Corte di giustizia[3807], recependo le indicazioni della dottrina di cui si è appena detto. Ha infatti riconosciuto il diritto del soggetto danneggiato ad agire contro lo Stato per violazione manifesta del diritto dell'Unione europea non solo quando essa sia stata commessa dal giudice di ultimo grado, ma anche quando sia stata commessa da ogni altro giudice. Ha poi equiparato, con apposite previsioni che la Corte costituzionale considererà come costituzionalmente necessarie, la situazione dei cittadini danneggiati dalla violazione del

[3803] Questo aspetto è messo bene in evidenza da P. TRIMARCHI, *Risarcimento del danno. Responsabile lo Stato, non il giudice*, in *Corriere della Sera,* 3 dicembre 2011.

[3804] V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo*, cit., p. 375; C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso* Traghetti del Mediterraneo *contro* Italia, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, p. 678. V. anche G. CALVI, *Intervento* al convegno «Per una effettiva responsabilità civile dei magistrati: la nostra proposta di riforma della legge "Vassalli"», organizzato dalla Camera penale di Roma, con il patrocinio della Fondazione internazionale per la giustizia Enzo Tortora, Roma, 26 ottobre 2010 (reperibile al seguente indirizzo internet: *https://www.radioradicale.it/scheda/314056/per-una-effettiva-responsabilita-civile-dei-magistrati-la-nostra-proposta-di-riforma*).

[3805] F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un «brutto» colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.* 2006, p. 842.

[3806] V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo*, cit., p. 375.

[3807] Cfr. G. CAMPANELLI, *L'incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, cit., c. 307 s.

ISSN 2279-7238

diritto europeo a quelli danneggiati dalla violazione del diritto interno[3808].

Ma, come si è già visto, vi è stato un intervento del legislatore sulla disciplina interna della responsabilità civile in nessun modo collegabile alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Va evidenziato che, per effetto della legge n. 18/2015, si è realizzata una divaricazione tra la responsabilità dello Stato e la responsabilità civile del magistrato (proprio per questo si è parlato di un cambiamento che segna la «fine del parallelismo»). Infatti, mentre il vecchio testo della legge n. 117/1988 disponeva che lo Stato dopo il risarcimento «esercita l'azione di rivalsa», il nuovo testo prevede che lo Stato, per il tramite del Presidente del Consiglio dei Ministri, «ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa» nei confronti del magistrato nei seguenti casi: *a*) diniego di giustizia; *b*) colpa grave nella fattispecie di violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione europea; *c*) colpa grave nella fattispecie di travisamento del fatto o delle prove. Si richiede, però, che le ipotesi *b*) e *c*) siano determinate da «negligenza inescusabile» o —ciò che appare difficilmente comprensibile — da «dolo».

Quanto agli altri casi di responsabilità dello Stato, non essendovi indicazioni nella legge, ci si è chiesti in dottrina se ciò significhi che è preclusa l'azione di rivalsa, il che potrebbe suscitare dubbi di legittimità per l'irrazionalità della scelta legislativa, oppure se lo Stato abbia la mera facoltà di esercitarla, il che determinerebbe una situazione di illegittimità costituzionale più grave, perché lasciare l'esercizio dell'azione di rivalsa alla discrezionalità del Governo significherebbe mettere in pericolo l'indipendenza dei magistrati[3809].

9. La sentenza della Corte costituzionale n. 164/2017: la dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità concernente l'abolizione del giudizio di ammissibilità della domanda risarcitoria

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 164/2017, ha respinto l'eccezione di legittimità costituzionale concernente l'abolizione del filtro di ammissibilità (art. 3, comma 2, della legge n. 18/2015)[3810].

La Corte ha sottolineato che, nella materia in esame, occorre perseguire il delicato bilanciamento tra due interessi contrapposti: il diritto del soggetto ingiustamente

[3808] «È appena il caso di sottolineare, al proposito, che l'intervento riformatore non era evidentemente limitabile alle sole violazioni del diritto europeo, se non al prezzo di determinare una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle violazioni delle norme del diritto nazionale che fossero all'origine, anch'esse, di danno per il cittadino» (sentenza costituzionale n. 164/2017, punto 5.3 del Considerato in diritto).

[3809] R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit., c. 351. V. anche F. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità*, cit., pp. 22 e 27.
Nel senso che sia esclusa un'azione di rivalsa facoltativa G. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2015, p. 18; R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit., p. 19; F. SORRENTINO, *Sull'attenuazione della clausola di salvaguardia in materia di responsabilità civile del magistrato: questioni ancora aperte?*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/sull-attenuazione-della-clausola-di-salvaguardia-i_27-06-2018.php, nota 32.

[3810] Per alcuni commenti alla sentenza, cfr. A. CERRI, *Considerazioni problematiche sulla "rilevanza indiretta" e sul "riscontro" del vizio di costituzionalità lamentato nella fattispecie concreta all'esame del giudice* a quo e L. LONGHI, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati al giudizio della Corte costituzionale: i sottili equilibri tra diritto del danneggiato da un provvedimento giudiziario e tutela dell'indipendenza della funzione giurisdizionale in attesa del tempo*, in *Giur. cost.* 2017, pp. 1519 ss.

ISSN 2279-7238

danneggiato da un provvedimento giudiziario ad ottenere il ristoro del danno subìto[3811] e la tutela della funzione giurisdizionale, mettendo al riparo i magistrati da possibili condizionamenti esterni[3812].

Tale bilanciamento — ha osservato la Corte — è stato effettuato dalla legge n. 18/2015 con «una più netta divaricazione tra la responsabilità civile dello Stato nei confronti del danneggiato che le istituzioni europee chiedevano con forza di espandere e la responsabilità civile del singolo magistrato». Il legislatore «ha cioè mirato a superare la piena coincidenza oggettiva e soggettiva degli àmbiti di responsabilità dello Stato e del magistrato e, in tale prospettiva, ha ritenuto di ampliare il perimetro della prima a prescindere dai confini, più ristretti, della seconda, così stemperando il meccanico ed automatico effetto dell'accertamento della responsabilità dello Stato sul magistrato nel giudizio di rivalsa»[3813].

Nel contesto di un rinnovato bilanciamento normativo «i cui termini sono rimessi alla discrezionalità del legislatore», si colloca «nei limiti della ragionevolezza» la scelta di abolire il filtro di ammissibilità, specie se riguardata alla luce dei principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. «*Non è costituzionalmente necessario, infatti, che, per bilanciare i contrapposti interessi di cui si è detto, sia prevista una delibazione preliminare dell'ammissibilità della domanda contro lo Stato*, quale strumento indefettibile di protezione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Tale esigenza può essere infatti soddisfatta dal legislatore per altra via: ciò è quanto accaduto con la legge n. 18 del 2015, per un verso mediante il mantenimento del divieto dell'azione diretta contro il magistrato e con la netta separazione dei due àmbiti di responsabilità, dello Stato e del giudice; per un altro, con la previsione di presupposti autonomi e più restrittivi per la responsabilità del singolo magistrato, attivabile, in via di rivalsa, solo se e dopo che lo Stato sia rimasto soccombente nel giudizio di danno; per un altro ancora, tramite il mantenimento di un limite» per la rivalsa (la misura della rivalsa non può, infatti, superare una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali)[3814].

Avendo il *giudice a quo* invocato a fondamento dell'eccezione di legittimità costituzionale i precedenti giurisprudenziali[3815] — le sentenze costituzionali n. 2/1968, n. 18/1989 e n. 468/1990 —, la Corte costituzionale ha ritenuto di dover precisare che la decisione di rigetto non contrasta con la sua giurisprudenza e neppure può ritenersi in disarmonia con essa[3816].

Infatti, la sentenza n. 2/1968 si è limitata ad affermare in termini generali, come già

[3811] La Corte, richiamando la sentenza n. 2/1968, ha ribadito che «una legge che negasse al cittadino danneggiato dal giudice qualunque pretesa verso l'amministrazione statale sarebbe contraria a giustizia».
[3812] Punto 5.3 del Considerato in diritto.
[3813] Punto 5.3 del Considerato in diritto.
[3814] Punto 5.3 del Considerato in diritto. Il corsivo è mio.
[3815] Sul precedente della Corte costituzionale, in generale, cfr. AA.VV., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* a cura di M. Pedrazza Gorlero, Padova 2008.
[3816] In senso conforme, in dottrina, A. M. MARZOCCO, *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro «non è costituzionalmente necessario»*. Nihil novi, in *Giur. cost.* 2017, pp. 1961 ss.

ISSN 2279-7238

ricordato, l'esigenza di prevedere «condizioni e limiti» alla responsabilità del magistrato, avuto riguardo alla situazione normativa dell'epoca: affermazione che risulta neutra rispetto al *thema decidendum*[3817]. L'affermazione contenuta nella sentenza n. 18/1989 relativa alla «garanzia adeguata» derivante dal preventivo giudizio di ammissibilità rispetto alla proposizione di azioni manifestamente infondate o temerarie «non individua di certo, in tale rimedio, la soluzione unica e costituzionalmente obbligata affinché un sistema di responsabilità civile non risulti strutturalmente lesivo dell'autonomia ed indipendenza della magistratura, incidendo sul "perturbamento della serenità" del giudice»[3818]. Parimenti, l'affermazione della sentenza n. 468/1990 «circa la "indispensabilità di un 'filtro' a garanzia della indipendenza ed autonomia della funzione giurisdizionale" assume una connotazione diversa rispetto a quella propugnata dal tribunale rimettente di soluzione costituzionalmente imposta»: occorre, infatti, «rammentare l'assoluta peculiarità della prospettiva da cui tale affermazione trasse origine: quella, cioè, dell'estensione del meccanismo del filtro alle azioni di danno promosse per fatti anteriori alla sua entrata in vigore; azioni che — se pure fortemente limitate nei presupposti, in base all'abrogato art. 55 cod. proc. civ. — avevano, però, come destinatario diretto il magistrato. Come dire che il riferimento all'"indispensabilità di un 'filtro'" quale garanzia dell'indipendenza ed autonomia del giudice risultava riferito ad un sistema così congegnato, del tutto diverso da quello odierno che non prevede forme di responsabilità diretta del magistrato»[3819].

Tuttavia, se ragionando astrattamente si può convenire che il filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria non è indispensabile per garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, potendo l'una e l'altra essere garantite dal complesso delle disposizioni che formano la disciplina della materia in questione, è lecito esprimere qualche perplessità di fronte alla negazione, da parte della Corte costituzionale, dell'esistenza di indicazioni nella propria precedente giurisprudenza riguardo alla necessità, sul piano costituzionale, di tale filtro.

La lettura del 'precedente' fatta dalla Corte costituzionale è in realtà funzionale all'esito del giudizio voluto dalla stessa Corte, ossia al rigetto della questione. La sentenza di rigetto esprime probabilmente la volontà della Corte non sovraesporsi politicamente, lasciando al legislatore la responsabilità politica di una scelta che non costituisce sicuramente una violazione palese della Costituzione e che — sono parole della Corte — non sembra nell'attuale contesto normativo pregiudicare la «serenità del giudice» e comportare una «deriva verso la "giurisprudenza difensiva"». Parole che potrebbero derivare anche da una valutazione degli effetti della legge nei primi due anni di applicazione e, quindi, dalla considerazione che i timori espressi dalla magistratura al momento dell'approvazione della stessa legge erano infondati o quantomeno eccessivi[3820].

[3817] Punto 5.4 del Considerato in diritto.
[3818] Punto 5.4 del Considerato in diritto.
[3819] Punto 5.4 del Considerato in diritto.
[3820] Cfr. C. MORELLI, *Giudici sempre assolti*, in *Italia Oggi*, 21 gennaio 2017.

ISSN 2279-7238

In definitiva, dunque, l'abolizione del filtro rappresenterebbe una scelta politica, rientrante nella discrezionalità legislativa, che spetterà eventualmente all'organo della rappresentanza politica correggere qualora «l'attuazione nel tempo» dimostrasse, con reiterati abusi dell'azione risarcitoria, che è stata inopportuna[3821].

10. Considerazioni conclusive: i limiti della responsabilità civile dei magistrati e la tutela del cittadino di fronte agli errori giudiziari

All'inizio di questo studio si è messo in evidenza che la Costituzione, pur senza menzionare espressamente all'art. 28 la categoria dei magistrati, sancisce il principio di responsabilità giuridica del magistrato, quale impiegato pubblico[3822], che è chiamato a rispondere secondo le leggi «penali, civili e amministrative» per gli atti commessi in violazione dei diritti. La responsabilità civile dei magistrati per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali ha, quindi, sicuro fondamento costituzionale[3823].

[3821] Punto 5.4 del Considerato in diritto.

[3822] Sul rapporto d'impiego dei magistrati, cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino 1990, pp. 199 ss.

[3823] Poiché la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che l'art. 28 Cost. si applica anche ai magistrati e che la responsabilità per gli illeciti da loro commessi nell'esercizio delle funzioni istituzionali si estende allo Stato, non si vede la ragione per la quale si dovrebbe inserire nella Costituzione una norma che lo esplicitasse.

Tuttavia, nella XVI legislatura il Governo aveva presentato un disegno di legge recante «Riforma del titolo IV della parte II della Costituzione» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 4275) che, nell'ambito della II sezione-*bis* intitolata «Responsabilità dei magistrati», disponeva che i «magistrati sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti» (art. 113-*bis*, comma 1) e che la «responsabilità si estende anche allo Stato» (art. 113-*bis*, comma 3). Quanto alla responsabilità dei magistrati, era però previsto che essi fossero responsabili «al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato», ossia — com'è scritto nella Relazione introduttiva al disegno di legge — «alle stesse identiche condizioni» (cfr., in dottrina, F. P. LUISO, *La responsabilità civile*, in AA. VV., *Il progetto di riforma del titolo IV della parte II della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011 n. 4275*, in *Foro it.* 2011, n. 10, V, pp. 290 ss.). Il disegno di legge costituzionale prevedeva, dunque — sono ancora parole della Relazione introduttiva —, «un'unica disciplina comune per tutti gli impiegati civili dello Stato», che attualmente non sussiste perché, al di là della speciale disciplina valevole per i magistrati, la legislazione ordinaria contempla, non senza ragionevole motivo, un trattamento differenziato per alcuni di essi (si pensi, in particolare, agli insegnanti della scuola pubblica, che, se per i danni arrecati personalmente a terzi per gli atti funzionali compiuti in violazione di diritti rispondono come gli altri pubblici dipendenti, per i danni provocati dagli alunni rispondono non in maniera diretta e solo nei casi di dolo o colpa grave nella vigilanza, essendo previsto che, «salvo rivalsa» nei casi indicati, l'amministrazione «si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi» [art. 61 della l. n. 312/1980]).

ISSN 2279-7238

Il legislatore, dopo un lungo periodo di tempo in cui la materia è stata regolata dalle norme del codice di procedura civile che risalivano al periodo precedente l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e che per la loro formulazione non potevano ritenersi pienamente in sintonia con il dettato costituzionale, ha approvato una legge sulla responsabilità civile dei magistrati — la n. 117/1988 — che ha ampliato la sfera della responsabilità, armonizzandola con l'art. 28 Cost., con alcune cautele tendenti a tutelare la funzione giurisdizionale.

Tuttavia, pochissimi sono i casi in cui i magistrati sono stati dichiarati responsabili in sede civile e si può affermare che, dopo la legge n. 117/1988, la situazione è rimasta sostanzialmente inalterata.

La domanda che verrebbe da porsi è allora la seguente: si può parlare di una situazione di 'disagio costituzionale'?

Il legislatore sembra avere avvertito questo 'disagio' intervenendo con la legge n. 18/2015, con l'intento di rendere «effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati» (art. 1).

Le due responsabilità, che il legislatore con una scelta che ha destato alcune perplessità ha disciplinato congiuntamente, vanno però distinte.

Quanto alla responsabilità dello Stato, essa è stata estesa, prima di tutto per gli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, e, poi, come si è visto, per esigenze di 'armonizzazione' con l'ordinamento interno, alle quali — secondo la Corte costituzionale — il legislatore italiano non poteva sottrarsi. La responsabilità dello Stato per gli errori commessi da organi giudiziari che danneggino i cittadini dovrebbe quindi ritenersi in tal senso una responsabilità dotata di maggiore effettività.

Quanto alla responsabilità civile dei magistrati, che copre un'area meno estesa di quella dello Stato, anche se dai confini incerti[3824], il discorso è diverso. Bisogna tenere presente che l'istituto della responsabilità civile incontra dei limiti particolari con riferimento

---

Ma, quanto all'art. 28 Cost., la Corte ha affermato che, per i magistrati, vi sono specifiche esigenze costituzionali che giustificano, e anzi impongono, un trattamento particolare, sicché l'applicazione ai magistrati della normativa generale che attualmente regola la responsabilità dei pubblici impiegati (artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 3/1957), non circoscrivendo i presupposti della colpa grave e non prevedendo 'filtri', metterebbe a rischio l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che non solo sono valori costituzionalmente tutelati ma rappresentano probabilmente dei princìpi supremi. Per garantire l'unicità di trattamento, al legislatore ordinario non resterebbe allora che estendere agli altri pubblici dipendenti le particolari garanzie previste per i magistrati: una soluzione che non sembra però ragionevole e forse non risulterebbe neppure compatibile con l'art. 28 Cost. Sulla formulazione dell'art. 113-*bis*, comma 1, cfr. criticamente, tra i commenti pubblicati sulla stampa, V. ONIDA, *Quella spada sul capo dei giudici*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 marzo 2011. In dottrina, cfr. M. VILLONE, *La "riforma epocale" della giustizia nel ddl costituzionale AC 4275: continuità o rottura?*, in *Costituzionalismo.it*, 22 maggio 2011, § 9 e R. ROMBOLI, *Una riforma "epocale" della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri? (osservazioni al ddl costituzionale n. 4275 presentato alla Camera il 7 aprile 2011)*, in *Rivista AIC* n. 3/2011.

[3824] V. *supra*, § 8.

ISSN 2279-7238

all'attività giurisdizionale. In un sistema costituzionale che tutela l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, quali valori strumentali all'imparzialità della giurisdizione, gli spazi di applicazione della responsabilità civile del magistrato sono inevitabilmente ristretti. Le ipotesi di dolo e diniego di giustizia sono rarissime. La rinnovata disciplina della colpa grave, che consente di condannare i magistrati che abbiano tenuto comportamenti inaccettabili, è difficile che possa trovare applicazione in un elevato numero di casi: se è possibile ipotizzare qualche accertamento in più della responsabilità civile dei magistrati rispetto al passato, si fatica a vedere all'orizzonte un cambiamento della situazione rispondente all'aspettativa di un magistrato obbligato a 'pagare di tasca propria' per gli errori commessi, che è un'aspettativa malriposta (anche perché i magistrati godono generalmente di una copertura assicurativa[3825]).

L'azione per ottenere il risarcimento per i danni derivanti da un provvedimento giudiziario dovrebbe comunque essere un rimedio estremo.

Gli errori giudiziari si riparano anzitutto nel processo. La legge n. 18/2015 ha confermato la previsione che l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata solo quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione, la cui attuale disciplina legislativa, con la previsione di 'tre gradi' di giudizio (com'è noto, la Costituzione non esige che vi sia il giudizio di appello: l'art. 111, comma 7, prevede che contro le sentenze è «sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge», postulando un giudizio di merito e lasciando alla discrezionalità del legislatore l'introduzione di un secondo giudizio di merito, che rappresenta una garanzia in più) e della possibilità di ricorrere contro i provvedimenti che limitano la libertà personale (al Tribunale della libertà e poi, in base all'art. 111, comma 7, in Cassazione), dovrebbe offrire ampie garanzie al cittadino, sebbene l'esperienza insegni che si rivelano talvolta insufficienti. Se il processo 'non funziona', occorrerebbe rimuovere le cause che ne impediscono il funzionamento e comportano una lesione dei diritti individuali, anche attraverso ritardi che possono rappresentare in concreto un diniego di giustizia.

Se i magistrati commettono errori gravi, non rimediabili all'interno del processo, devono poter essere chiamati a risponderne civilmente, perché altrimenti si creerebbe una situazione incompatibile con l'art. 28 Cost.

È assai dubbio, però, che la responsabilità civile costituisca lo strumento più idoneo, perché l'attività decisoria del giudice presenta caratteristiche che non consentono di assimilarla all'esercizio di altre funzioni e professioni. Infatti, essa interviene a risolvere situazioni litigiose e perciò implica sempre un 'danno' per la parte soccombente. Inoltre, deve basarsi su valutazioni di prove e interpretazioni giuridiche che sono spesso

[3825] Qualora si volesse prefigurare l'ipotesi di una responsabilità diretta del magistrato (v. *supra*, nota 103), permanendo la copertura assicurativa, ugualmente non si potrebbe dire che il magistrato 'paga di tasca propria'. Tuttavia, andrebbe rilevato che il premio assicurativo, oggi di importo modesto per tutti i magistrati, potrebbe diventare assai costoso per i magistrati che esercitano le funzioni più rischiose (ed è forse prevedibile che, in tal caso, vi sarebbe una 'fuga' dagli uffici giudiziari più esposti).

ISSN 2279-7238

controverse[3826]. Vi è dunque il rischio che, nel dubbio, il giudice scelga la soluzione per lui meno rischiosa e, quindi, che si verifichi una distorsione 'difensiva' del processo decisorio che può condurre all'esito opposto a quello desiderato: con l'affermazione non di una 'giustizia giusta', ma di una giustizia meno giusta perché condizionata dagli interessi forti[3827]. Non può essere privo di significato il fatto che in tutti gli Stati di democrazia pluralista il giudice non soggiace alle comuni regole di responsabilità civile per i danni cagionati da errori nell'esercizio delle sue funzioni. In alcuni (tra i quali il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America) il giudice gode di immunità assoluta [3828], a garanzia dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, mentre in altri (come, ad esempio, la Francia) risponde indirettamente, essendo necessario che la parte danneggiata promuova un'azione contro lo Stato, che potrà esercitare successivamente l'azione di rivalsa contro il magistrato[3829].

Più appropriato ed efficace è lo strumento della responsabilità disciplinare[3830], che opera su un piano diverso, ponendosi a garanzia del soddisfacente esercizio delle funzioni nelle condizioni materiali date[3831], ma può punire comportamenti scorretti dei magistrati che hanno danneggiato i cittadini[3832].

I magistrati che 'sbagliano' dovrebbero inoltre incontrare una 'sanzione' nel loro percorso professionale, non potendo giustificarsi che quelli che operano con diligenza siano equiparati, ai fini dell'avanzamento in carriera, ad altri che sono gravemente negligenti, e si

---

[3826] Per queste considerazioni, cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio di distorsione delle decisioni. Ecco perché non va introdotta quella norma*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2011.

[3827] Cfr. ancora P. TRIMARCHI, *Rischio di distorsione delle decisioni*, cit.
Non sono osservazioni nuove. La preoccupazione per i possibili effetti negativi di un ampliamento della responsabilità civile sull'autonomia e indipendenza della magistratura era emersa dal dibattito che ha preceduto il *referendum* del 1987. Cfr., tra gli interventi più efficaci sulla stampa dell'epoca, F.M. AGNOLI, *"Ti assolvo, così non sbaglio"*, in *Avvenire*, 28 marzo 1986.

[3828] V. VIGORITI, *Responsabilità del giudice*, II, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma 1991, p. 2 s.

[3829] Sul tema della responsabilità civile dei magistrati in un'ottica comparata, cfr., oltre alle opere in precedenza citate, M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità civile dei giudici*, Milano 1988. Tra i contributi più recenti cfr. G. GRASSO, *La responsabilità civile dei magistrati nei documenti internazionali e negli ordinamenti di Francia, Spagna, Germania e Regno Unito*, in AA. VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, cit., cc. 309 ss. V. anche AA. VV., *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. L'analisi di una scelta sbagliata*, 2015, in https://www.autonomiaeindipendenza.it/wp-content/uploads/2016/08/Resp__civile_magistrati.pdf.

[3830] Tra le opere di carattere generale sul tema, cfr. M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITIELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano 2010 e S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Milano 2013.

[3831] G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano 1977, p. 832; ID., *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento*, cit., p. 788.

[3832] Cfr. P. TRIMARCHI, *Intervento* al Convegno «La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà», organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati, Roma, Residenza di Ripetta, 16 maggio 2012 (reperibile al seguente indirizzo internet: https://www.radioradicale.it/scheda/352528/la-responsabilita-civile-dei-magistrati-le-proposte-di-modifica-tra-disinformazione-e/stampa-e-regime). V. anche E. LUPO, *Intervento*, ivi e L. VIOLANTE, *Intervista* a *Cronache del garantista*, 26 aprile 2015.

ISSN 2279-7238

dovrebbe ragionare sui meccanismi più opportuni per migliorare un sistema di valutazione della professionalità che non ha corrisposto alle attese[3833].

Senza voler considerare, poi, la possibile sanzione rappresentata dalla critica dell'opinione pubblica, che andrebbe però esercitata in modo argomentato e meno scomposto di quanto normalmente avviene[3834].

Ciò che importa è comunque che il cittadino, il quale abbia patito un'ingiustizia, trovi una forma di riparazione.

Sotto tale profilo, la Costituzione non si mostra inadeguata. Essa, infatti, offre un rimedio ai soggetti danneggiati dal cattivo funzionamento della giustizia, prevedendo che la «legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» (art. 24, comma 4)[3835]. L'istituto della riparazione degli errori giudiziari che, se è estraneo all'argomento della responsabilità dello Stato e del giudice, dal momento che non presuppone una responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale (e appunto perciò non comporta un ristoro commisurato all'entità del danno subìto, ma un'indennità determinata sulla base di criteri equitativi[3836]), disciplinato con norme adeguate, può costituire uno strumento a sostegno del danneggiato e, in particolare, di chi abbia sofferto un'ingiusta detenzione. Occorre, infatti, tenere presente che un numero considerevole di doglianze trae origine da misure cautelari personali che vengono applicate e poi sconfessate dall'esito finale del processo. Tali misure, che quando siano state applicate per delitti che non lo consentono potrebbero dar luogo a una responsabilità del magistrato per grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, quando invece — come spesso succede — scaturiscano dalla presunta sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, non consentono a chi le subisca ingiustamente di trovare una tutela nella legge n. 117/1988, operando per la valutazione delle prove la clausola di salvaguardia.

Di qui allora l'importanza di un'apposita normativa per tutelare, al di là dell'ipotesi dell'errore giudiziario riconosciuto con revisione della sentenza di condanna (art. 643 c.p.p.), i soggetti ingiustamente colpiti da misure restrittive della libertà personale, per i quali

---

[3833] Dai dati raccolti dall'Ufficio statistico del C.S.M. (reperibili al seguente indirizzo internet: *http://www.csm.it/documents/21768/137951/Valutazioni/06706f39-ce6a-432c-bea2-45726330b9a4*) risulta che dal 2008 al 2016 su un totale di 16.097 valutazioni di professionalità quelle non positive sono state 183 e quelle negative 104. Nell'anno 2016 su 1855 valutazioni quelle non positive sono state 7 e quelle negative 6.
Sul tema delle valutazioni dei magistrati, cfr. di recente G. ZACCARO, *Valutazioni di professionalità dei magistrati: lacune del sistema e soluzioni*, in *La magistratura* 2017, n. 1-2, pp. 82 ss.

[3834] Cfr. M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.* 1969, III, pp. 15 ss. e in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, Bologna 1974, pp. 270 ss.

[3835] Secondo la Corte costituzionale, nell'attuazione della norma vi è un'ampia discrezionalità legislativa. In mancanza di indicazioni precise ricavabili dalla lettera dell'art. 24, comma 4, Cost. e dai lavori preparatori, spetta al legislatore definire l'ambito dell'errore, che potrebbe essere circoscritto alla materia penale (e, in quest'ambito, riferirsi ai casi di carcerazione conseguente ad una sentenza irrevocabile di condanna o, più ampiamente, a qualunque caso di carcerazione preventiva ingiustamente scontata) o estendersi «all'intero campo della funzione giurisdizionale» (cfr. la sentenza n. 1/1969, punto 4 del Considerato in diritto).

[3836] Secondo la giurisprudenza ordinaria, la «riparazione dell'errore giudiziario, come quella per l'ingiusta detenzione, non ha natura di risarcimento del danno ma di semplice indennità o indennizzo in base a principi di solidarietà sociale per chi sia stato ingiustamente privato della libertà personale o ingiustamente condannato» (cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di cassazione, sez. IV penale, 20 marzo 2012, n. 10878).

ISSN 2279-7238

è espressamente previsto il «diritto a un'equa riparazione» (artt. 314 e 315 c.p.p.): normativa che andrebbe però probabilmente rivista, tenendo meglio conto delle conseguenze che la vicenda giudiziaria comporta sul piano personale, familiare e sociale[3837].

11. (Segue) l'obiettivo del legislatore di riequilibrare il rapporto tra potere giudiziario e potere politico con le nuove norme sulla responsabilità civile dei magistrati: critica

Nella relazione introduttiva al disegno di legge governativo da cui è scaturita la legge n. 18/2015[3838] si fa riferimento all'esigenza di un «riequilibrio delle posizioni politico-istituzionali coinvolte»[3839].

Ad un intervento in una materia che dovrebbe riguardare i magistrati e i singoli individui, come soggetti che possono essere danneggiati dai comportamenti dei primi, il legislatore sembra quindi attribuire un significato più ampio, di politica costituzionale, coinvolgente il sistema dei poteri dello Stato.

Ma va osservato che l'obiettivo di un bilanciamento fra il potere giudiziario e il potere politico non sembra essere alla portata di una legge avente ad oggetto la responsabilità civile dei magistrati[3840].

A meno che, forse, si voglia pensare a una legge così 'punitiva' da indurre i magistrati a 'battere in ritirata', rinunciando a quell'"attivismo' che si è diffuso nel corpo giudiziario sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso e che ha aumentato progressivamente il peso della magistratura nel sistema politico-istituzionale: un 'attivismo' reso possibile da una serie di fattori che hanno mutato profondamente l'assetto della stessa magistratura[3841], e che, se non si può negare che sia stato cavalcato da alcuni magistrati con una propensione al protagonismo, si deve ammettere che è stato favorito dall'arretratezza della disciplina legislativa in vari settori dell'ordinamento e dalla spinta dell'opinione pubblica, desiderosa di una risposta ai nuovi problemi di una società in rapida trasformazione, quando non indotto da una precisa scelta del legislatore, il quale in varie circostanze ha volontariamente

---

[3837] Cfr. C. NORDIO, *Intervista* al *Quotidiano Nazionale*, 8 marzo 2017.
I risarcimenti dello Stato per ingiusta detenzione superano di gran lunga quelli per errori riconosciuti con la revisione del giudicato: cfr. L. MILELLA, *I conti della Giustizia che sbaglia. 700 milioni spesi in risarcimenti*, in *la Repubblica*, 23 gennaio 2017.

[3838] Cfr. il disegno di legge d'iniziativa del Ministro della Giustizia Orlando, comunicato alla presidenza del Senato il 24 settembre 2014 (*Atti Senato*, XVII Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1626, p. 3).

[3839] Cfr., criticamente, tra i commenti pubblicati sulla stampa, B. TINTI, *Com'era facile quando erano solo delinquenti*, in *Il Fatto Quotidiano*, 31 ottobre 2014.

[3840] E neppure da una legge di riforma dell'ordinamento giudiziario. Cfr. G. FERRI, *Ordinamento giudiziario e Costituzione*, in AA. VV., *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, a cura di G. Ferri e A. Tedoldi, Napoli 2016, pp. 29 ss.

[3841] Cfr. G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in ID., *La magistratura in Italia*, cit., pp. 14 ss.

ISSN 2279-7238

abdicato al proprio ruolo[3842], delegando ai giudici un ruolo di 'supplenza'[3843]. Una legge che, però, comprimendo la sfera di autonomia e indipendenza della magistratura, finirebbe col superare i limiti che la Corte costituzionale ha posto all'azione del legislatore.

Oppure che si voglia considerare l'approvazione in sé della legge sulla responsabilità civile dei magistrati contro la volontà della magistratura associata come un atto che, riaffermando il primato degli organi democraticamente legittimati (cioè dimostrando che le leggi possono essere approvate senza il consenso dei magistrati[3844]), determina un riequilibrio tra i poteri dello Stato[3845].

Il fatto che nella relazione citata sia stata affacciata la prospettiva di un «superamento definitivo di un conflitto ancora in corso» — quello, par di capire, fra il potere giudiziario e il potere politico, anche se più che di conflitto sembra si possa parlare nell'epoca attuale di un rapporto problematico, con un'alternanza di momenti di contrapposizione e di distensione, a seconda dell'impatto delle iniziative giudiziarie sulla politica e dei tentativi di quest'ultima di limitare la sfera d'intervento della magistratura — non deve meravigliare, però, perché storicamente il tema della responsabilità civile dei magistrati è sempre stato affrontato in chiave politico-istituzionale. Le proposte di cambiamento della disciplina di detta responsabilità hanno, infatti, rappresentato un'"arma impropria' contro l'"esorbitanza' della magistratura. Di fronte ad azioni dei magistrati del pubblico ministero che hanno colpito la classe politica è stata ricorrente la 'minaccia' di un cambiamento della responsabilità civile e, più ampiamente, della responsabilità giuridica dei magistrati, come testimonia la nota vicenda del *referendum* del 1987[3846].

Potrebbero così avere colto nel segno quei commentatori che hanno visto nella legge n. 18/2015 non tanto la risposta a una precisa richiesta della Corte di giustizia per conformare il diritto interno a quello europeo, non tanto la risposta ad una esigenza obiettiva di maggiore effettività della responsabilità civile dei magistrati nella logica di una giustizia più garantista (ossia più attenta ai diritti individuali), quanto piuttosto un'operazione d'immagine.

Un'operazione con la quale la rappresentanza politica avrebbe inteso segnalare l'esistenza di un problema all'interno della magistratura che si riverbera negativamente sui cittadini come utenti del servizio giustizia e avrebbe voluto dare dimostrazione della propria capacità di fare, rivendicando di avere dato concretezza al principio che 'chi sbaglia paga' (il quale,

---

[3842] V. ZAGREBELSKY, *Se la politica abdica non è colpa dei giudici*, in *La Stampa*, 11 settembre 2013.

[3843] Sul fenomeno della c.d. supplenza, cfr. S. SENESE, *Il problema della «supplenza» della magistratura*, in *Città e Regione* 1977, n. 3, pp. 49 ss.; G. NEPPI MODONA, *Fisiologia e patologia della supplenza giudiziaria*, in *Pol. dir.* 1983, pp. 380 ss.; M. CAMMELLI, *Crisi dei meccanismi regolativi e supplenza giudiziale*, in AA. VV., *Storia d'Italia - Annali XIV - Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, pp. 555 ss.

[3844] I quali in passato hanno esercitato un condizionamento improprio sull'attività del legislatore, esercitando talvolta, anche grazie al consenso dell'opinione pubblica, un 'potere di veto'. Cfr. G. FERRI, *La responsabilità dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, cit., p. 177, nota 34.

[3845] Cfr. D. STASIO, *I giudici: «Ci vogliono normalizzare»*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 febbraio 2015.

[3846] V. *supra*, § 4.

ISSN 2279-7238

considerate le peculiarità dell'attività giurisdizionale, costituisce uno slogan ingannevole se applicato ai magistrati), e lanciando così segnali 'minacciosi' al potere giudiziario[3847] .

ABSTRACT

La disciplina della responsabilità civile dei magistrati, contenuta nella legge n. 117/1988, è stata modificata dalla legge n. 18/2015. Il saggio, dopo una parte introduttiva dedicata all'inquadramento del tema della responsabilità civile dei magistrati nell'àmbito costituzionalistico e ai cambiamenti della normativa in materia avvenuti nel corso del tempo, parla delle modifiche introdotte dalla legge n. 18/2015, soffermandosi in particolare sull'abolizione del giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno e sull'estensione della responsabilità per colpa grave. Il saggio prosegue analizzando la sentenza della Corte costituzionale n. 164/2017, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'abolizione del giudizio di ammissibilità della domanda risarcitoria. Il saggio si conclude con alcune osservazioni critiche sulla responsabilità civile come strumento di tutela del cittadino dagli errori giudiziari e come strumento per riequilibrare i rapporti tra potere politico e potere giudiziario.

The civil liability of magistrates, as defined by Law 117/1988, was modified by Law 18/2015. After an introduction on the civil liability of magistrates in the Constitution and on changes over time, this essay focuses on Law 18/2015. In particular, it focuses on the abolition of the court that originally decided compensation eligibility, and on extending liability for serious misconduct. The essay then analyses Constitutional Court Decision 164/2017, which reviewed a challenge to the constitutional legitimacy of Law 18/2015, declaring the challenge to be unfounded. Finally, the essay critically evaluates civil liability as a means of protecting citizens against miscarriages of justice, and as a tool to redress the balance of power between politics and the judiciary.

PAROLE CHIAVE: magistrati; responsabilità civile; errore giudiziario; colpa grave; responsabilità dello Stato

KEYWORDS: Magistrates; Civil liability; Miscarriage of justice; Serious misconduct; State liability

[3847] G. PELLEGRINO, *La legge manifesto*, in *la Repubblica*, 26 febbraio 2015.

ISSN 2279-7238

Il nuovo codice dei contratti pubblici e l'arbitrato amministrato da parte dell'Autoritá Nazionale Anticorruzione*

di Marcello di Francesco Torregrossa**

SOMMARIO: - 1. L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo. - 2. L'arbitrato nelle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici. - 3. L'arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. L'arbitrato nel Codice del processo amministrativo

L'applicabilità dell'istituto dell'arbitrato all'interno del diritto amministrativo ha richiesto un intervento espresso da parte del legislatore, in quanto, per lungo tempo, si è ritenuto che un istituto caratterizzato dall'essere collegato ad una spiccata autonomia privata, insita nel rimedio extragiudiziale, fosse in contrasto con la natura delle controversie nelle quali era in gioco un interesse pubblico e, in particolare, un atto autoritativo, per natura destinato a incidere unilateralmente sugli interessi del privato[3848].

La dottrina, in assenza di una espressa posizione codicistica, poneva particolare attenzione alle sole liti arbitrali in materia di lavori pubblici e alle ipotesi di arbitrato obbligatorio[3849]. Tuttavia, venuta successivamente in evidenza una nuova concezione dell'attività amministrativa (incentrata sul modello della partecipazione del destinatario del

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca "Autonomia individuale e autonomia collettiva", Università Tor Vergata di Roma.

3848 Cfr. A. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in Studi in onore di Cesare Grassetti, Milano 1980, p. 1 ss., e in Scritti giuridici, Milano 1999, vol. IV, p. 2157 ss.; G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano 1989, p. 1 ss.; V. GASPARINI CESARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in Aa.Vv., L'arbitrato. Profili sostanziali, a cura di G. Alpa, Torino 1999, p. 1010 ss.

Inoltre, con riferimento ai primi contributi *in subiecta materia,* v. P. CALAMANDREI, *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in Giur. it., 1924, I, p. 759 ss.; E. CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo, I, Le fonti*, Padova, 1957; E. FAZZALARI, *L'arbitrato nell'attività della regione*, in Riv. dir. proc., 1974, p. 368 ss; E. GUICCIARDI, *Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale*, in Riv. dir. pubbl., 1943, I, p. 259 ss., e in Studi di giustizia amministrativa, Torino 1967, p. 488 ss.; M. LA TORRE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. dir. pubbl., 1935, I, p. 327 ss.; G. MIELE , *Limiti alla ammissibilità dell'arbitrato nelle controversie amministrative*, in Nuova rass., 1950, p. 1841 ss.

3849 Si veda in tema di arbitrato nel settore dei lavori pubblici P. PASTORE, *L'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, 2a ed., Milano 1961; G. PINI, *Arbitrato e lavori pubblici*, Milano 1964.

ISSN 2279-7238

provvedimento e sulla preminenza dello strumento consensuale anche nei rapporti pubblici), l'analisi sull'arbitrato in ambito amministrativo ha modificato i passati paradigmi logici e giuridici, sviluppando nuovi confini applicativi, soprattutto con riferimento alle controversie riguardanti i diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tradizionalmente, infatti, la giurisprudenza civile e amministrativa ritenevano non compromettibili in arbitrato tali diritti soggettivi, poiché - in primo luogo - esso era considerato uno strumento alternativo alla giurisdizione civile ordinaria, di guisa che, nel caso di lite rientrante tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il ricorso all'arbitrato avrebbe significato una evidente deroga al rapporto tra le giurisdizioni predisposto normativamente[3850].

Su altro versante, l'incompromettibilità si giustificava con la sopravvenuta indisponibilità dei diritti soggettivi attribuiti dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: la decisione di devolvere *tout court* specifiche materie al giudice amministrativo mirava ad uniformare la trattazione delle situazioni giuridiche di interesse legittimo (data per non disponibile) e di diritto soggettivo, con la conseguenza che l'eventuale e sola ammissione della deferibilità ad arbitri delle controversie relative a diritti avrebbe determinato una elusione della volontà legislativa in relazione alla concentrazione di tutte le controversie nella giurisdizione amministrativa[3851].

Ulteriore argomentazione a sostegno di questa impostazione giuridica si rinveniva nell'impossibilità di impugnare il lodo presso la Corte d'appello ordinaria, rappresentando anch'essa una inammissibile ipotesi di deroga al riparto di giurisdizione voluto dal legislatore, dal momento che «*laddove la legge* [prevedeva] *la giurisdizione esclusiva, ogni intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria* [risultava] *precluso perché norme di legge siffatte* [erano] *formulate in modo da non autorizzare il "ritaglio" di competenza a favore del giudice ordinario per quanto riguarda ipotetiche sentenze arbitrali e loro impugnazioni*»[3852].

Il costante quadro giurisprudenziale così ricostruito è stato sin dall'inizio accompagnato da isolate decisioni e da alcune voci dottrinali, secondo cui – *ex adverso* – l'ordinamento giuridico, nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ammetteva la

[3850] Sul punto, *ex multis*, cfr. Cass. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, p. 1860, con nota di C.M. BARONE; Cass. 16 ottobre 1989, n. 4145, in Rass. avv. Stato, 1989, I, p. 327 ss.; Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, in Foro it. 1993, I, p. 3367. Nello stesso senso, v. anche Cons. Stato 20 dicembre 1997, n. 1872; Cons. Stato, 12 febbraio 1996, n. 148. Sotto questo profilo, l'eventuale clausola compromissoria o compromesso erano considerati inevitabilmente nulli. In tal senso, cfr. Cons. Stato 4 maggio 2004, n. 2726; Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, 12166, in Foro it. 1994, I, p. 2472 ss.; Cons. Stato 13 febbraio 1996, n. 148; Cass., sez. un., 10 maggio 2001, n. 190, in Giur. it. 2001, p. 2377 ss.

[3851] Così Cass., sez. un., 11 aprile 1990, 3075, in Riv. arb., 1991, p. 275.

[3852] Si veda G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., p. 205.

ISSN 2279-7238

validità della clausola compromissoria nelle questioni aventi ad oggetto situazioni di diritto soggettivo perfetto, suscettibili di transazione[3853].

Tale contrario orientamento poneva la propria *ratio* giuridica nei principi desumibili dall'art. 806 c.p.c., in virtù del quale non si riteneva che dalla norma attributiva della giurisdizione fossero ricavabili altri limiti, oltre alla indisponibilità, per la compromettibilità in arbitrato dei diritti soggettivi.

Sotto questo profilo, infatti, le disposizioni presenti nel codice di procedura civile, ai fini della corretta valutazione del compromesso, inducevano a ritenere che l'inderogabilità della competenza giurisdizionale non incidesse sulla disponibilità della situazione giuridica da parte delle parti, bensì unicamente sulla preferenza della cognizione di un giudice amministrativo rispetto a quello ordinario, senza gravare in alcun modo sulla validità dello stesso compromesso[3854].

Del resto, la scelta legislativa di devolvere ad una specifica giurisdizione una intera materia non determinava *ex se* la mutazione della posizione soggettiva rilevante, considerato che proprio alla sua sostanziale natura giuridica occorrerebbe fare riferimento per individuare i limiti dell'arbitrabilità.

Parallelamente, la corrente di pensiero in esame contestava il tralatizio dogma secondo cui l'arbitrato costituiva un rimedio delle controversie alternativo alla sola giurisdizione civile: l'arbitrato avrebbe carattere alternativo in quanto esso rappresenterebbe semplicemente uno strumento lecito ed ulteriore per risolvere le controversie, al pari di altri strumenti giuridici, come la transazione, dove le parti esprimerebbero la volontà di definire la lite insorta al di fuori della giurisdizione statale[3855].

[3853] Secondo la Cass., sez. un., 5 agosto 1948, n. 1384, in Foro it., 1948, I, p. 820 ss.. «*si potrebbe obbiettare che non sono compromettibili le vertenze, per la cui risoluzione sia stato, dal legislatore, predisposto un organo giurisdizionale speciale, come nel caso attuale. Ciò non è esatto. Non esiste, né nel nostro diritto processuale, né nel nostro diritto sostanziale, un principio generale, in base al quale dovrebbe escludersi la compromettibilità delle vertenze devolute ad un organo giurisdizionale speciale.* […] *Dall'art. 806 cod. proc. civ., per contro, si deduce un principio generale diverso; e, cioè, che sono compromettibili tutte le controversie, eccettuate quelle tassativamente indicate nell'art. 806; ed, in particolar modo, quelle non transigibili, perché relative a diritti indisponibili*»

[3854] Cfr. V. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in Foro it., 1956, I, p. 484 ss. In tal senso, si veda anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, tomo II, Milano 1971, p. 199 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, vol. I, p. 252 ss.; V. DOMENICHELLI, *giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in Riv. dir. proc. amm., 1996, p. 238 ss.; C. SELVAGGI, *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in Riv. Arb., 1992, p. 455 ss.; C. CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità per arbitri*, in *Riv. Arb,*. 2003, p. 249 ss.; S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, p. 325 ss; A. BARRELLA, *Incompatibilità tra giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in Riv. arb., 2000, p. 203 ss.; M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Torino 2004, p. 10 ss.

[3855] Sul punto, si veda, tra gli altri, M.S. GIANNINI, A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa*, in Enc. dir., vol. XIX, Milano 1970, p. 229 ss.; N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in Riv. trim.

ISSN 2279-7238

Secondo tale orientamento, l'arbitrato rappresenta quindi uno strumento di risoluzione delle controversie fondato sull'autonomia privata e, come tale, l'ordinamento lo riconosce e lo disciplina, prevedendo al contempo una vincolatività all'accordo compromissorio e al lodo. Di conseguenza, attesa la sua natura intrinseca, il rimedio in esame presenterebbe senza alcun dubbio carattere alternativo alla giurisdizione civile, ma anche alla stessa giurisdizione amministrativa[3856].

Oltre all'apporto dottrinale, l'estensione dell'ambito applicativo dell'arbitrato al diritto amministrativo ha avuto un fondamentale contributo dall'opera adeguatrice della Corte costituzionale[3857], la quale, sulla base del presupposto che *"l'arbitrato è un istituto di diritto comune, che trova applicazione anche nel campo del diritto amministrativo"*[3858], ha negato la possibilità che esso potesse qualificarsi come istituto di diritto speciale. In tal modo, la Corte ha contribuito in maniera sostanziale a ricondurre, per quanto possibile, l'arbitrato all'interno del diritto comune.

Alla luce di ciò, il legislatore, attraverso l'art. 6, secondo comma, della legge 21 luglio 2000 n. 205, recante *"Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa"*, ha fatto proprie le suddette osservazioni dottrinali e giurisprudenziali, disponendo che "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*".

Tale previsione è stata sostanzialmente riprodotta nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), all'art. 12, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 195, ad eccezione del rinvio agli artt. 806 ss. del c.p.c., con la conseguenza che il riformulato art. 12 c.p.a. (rubricato come "*Rapporti con l'arbitrato*") stabilisce che "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile*", facendo così intendere la chiara volontà legislativa di applicare la disciplina processualcivilistica[3859].

---

dir. proc. civ., 2004, p. 41 ss.; G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in Riv. dir. proc., 2003, p. 371 ss.

Con particolare riferimento ai rapporti tra la «giurisdizione arbitrale» e la «giurisdizione statale», cfr. G. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in Riv. arb., 2002, p. 633 ss.

[3856] Cfr. G. VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in Riv. Arb., 2001, p. 414 ss. secondo cui «*le parti manifestano soltanto la volontà di deferire la controversia al giudice privato e di escludere il giudice statale*».

[3857] In tema di sentenze della Corte costituzionale si v., tra gli altri, A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative,* in Enc. giur., vol. I, 2005, p. 8 ss.; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 36 ss. Si v. anche S. CASSESE, *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in Giornale del diritto amministrativo, 1996, 6, p. 524 ss.

[3858] S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, p. 317.

[3859] In dottrina, cfr. L. ACQUARONE e C. MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in Dig. disc..

ISSN 2279-7238

Come è evidente dalla lettura dell'art. 12 c.p.a., la norma contempla due limiti particolarmente stringenti ai fini dell'utilizzo dell'arbitrato in campo amministrativo: il primo, di natura oggettiva, circoscrive l'ambito applicativo alle sole controversie aventi ad oggetto i diritti soggettivi; il secondo limite, invece, prevede la legittimità del solo arbitrato rituale e di diritto, escludendo, pertanto, sia quello irrituale, che quello secondo equità.

Di conseguenza, maggiori difficoltà interpretative si riscontrano in ordine a due differenti problematiche: la prima inerente alla portata applicativa del riferimento ai diritti soggettivi, ossia se possano essere investiti da arbitrato, ad esempio, anche i profili relativi al risarcimento del danno provocato da lesione degli interessi legittimi; la seconda afferente alla possibilità di devolvere all'arbitrato tutte le controversie di competenza del giudice amministrativo, ivi comprese quelle riconducibili alla giurisdizione generale di legittimità, oppure solo quelle concernenti la sua giurisdizione esclusiva[3860].

Sotto quest'ultimo profilo, la tesi prevalente era quella di natura maggiormente restrittiva, che riconosceva la possibilità di compromettere in arbitri solo le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.), in quanto, nel caso di appello del lodo arbitrale si sarebbe assistito ad una deroga alla giurisdizione, per effetto dell'affidamento al giudice ordinario – la Corte d'appello – di controversie per loro natura spettanti al giudice amministrativo[3861].

A tale impostazione si replicava che l'introduzione dell'art. 12, sebbene riproduttivo sostanzialmente dei contenuti della previgente normativa, ha rovesciato la precedente impostazione, dal momento che esso, in primo luogo, si inserisce all'interno del Libro I, Titolo I, Capo III del codice , con lo scopo di disciplinare a tutto tondo la giurisdizione amministrativa, dettando una norma di chiusura del Capo, cui sembrerebbe potersi riconoscere una portata applicativa sicuramente più estesa e, come tale, riferibile a tutta la giurisdizione amministrativa.

Inoltre, il medesimo art. 12 ha risolto anche in modo esplicito la questione relativa alla impugnazione del lodo. Infatti, l'espresso riferimento agli articoli 806 c.p.c. e seguenti determina l'applicabilità anche degli artt. 827-830 c.p.c. relativi all'impugnazione davanti alla Corte d'appello.

---

pubbl., IV ed., vol. I, 1987, p. 371; G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, p. 201 ss.

[3860] V. A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in Giornale del diritto amministrativo, n. 2/2013, p. 208.

[3861] In tal senso, cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 14090, secondo cui tale disposizione doveva intendersi quale norma di stretta interpretazione, in quanto avrebbe comportato una deroga alla giurisdizione, affidando al giudice ordinario, in sede di impugnazione del lodo, controversie che, in assenza dell'arbitrato, sarebbero di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dunque, a seguito del citato art. 6, c. 2, sarebbero stati compromettibili in arbitrati soltanto i diritti soggettivi di cui alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente la mera idoneità della pretesa a formare oggetto di transazione.

ISSN 2279-7238

Sebbene sia stato sollevato un dubbio di costituzionalità per tale soluzione, in ragione della sottrazione della controversia al giudice naturale costituito, deviando pertanto dal fine normativo dell'unicità della sede e della concentrazione delle tutele all'azione giudiziaria[3862], l'intento legislativo, posto alla base del nuovo Codice del processo amministrativo, tende univocamente alla conferma dell'arbitrato quale strumento di diritto comune e all'unità del rito arbitrale. In tale ipotesi, pertanto, la soluzione adottata risulta giustificata dall'esigenza, considerata prevalente da parte del legislatore, di conservare la certezza del rito arbitrale, attraverso lo svolgimento del giudizio di impugnazione del lodo secondo la disciplina del codice di rito civile e, pertanto, dinanzi alla Corte di appello[3863].

Per contro, con riferimento alle controversie relative alla risarcibilità dei danni derivanti da lesioni degli interessi legittimi, a fronte di una tesi favorevole all'estensione dell'arbitrato alle controversie risarcitorie, in quanto ad essere coinvolto non sarebbe l'esercizio del potere pubblico ma solo le conseguenze patrimoniali dell'esercizio illegittimo (o mancato esercizio o esercizio tardivo) del potere, appare maggiormente rispettosa del dato testuale l'impostazione che prevede il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi come una forma di tutela di tale specifica situazione giuridica. Tale impostazione è stata anche confermata dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui il potere del giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova "materia" attribuita al giudice amministrativo, ma una forma di tutela "ulteriore" rispetto a quella classica demolitoria, con la conseguenza che il risarcimento da lesione di interesse legittimo riguarderebbe, esclusivamente, la tutela di questa situazione giuridica soggettiva e, come tale, non compromettibile in arbitri ai sensi dell'art. 12, comma 1.

Inoltre, lo stesso inquadramento codicistico della norma sembra confermare tale impostazione, stante la chiara distinzione offerta dal Codice del processo amministrativo in

---

[3862] Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge n. 166/2002*, in Urb. e app., 2002, p. 1005. Così P. DE LISE, *Verso L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, p. 1196-1197, lo stesso argomento veniva utilizzato dall'Autore, prima della legge n. 205/2000, per sostenere l'inammissibilità dell'arbitrato nelle materie di giurisdizione esclusiva, confluendo l'arbitrato *«nell'alveo della giurisdizione ordinaria, attraverso i mezzi di impugnazione del lodo. Ammettere un tale giudizio, infatti, significherebbe alterare il riparto tra le giurisdizioni e negare la stessa ragione dell'esistenza del giudice amministrativo».*

[3863] Cfr. A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in Giornale del diritto amministrativo, n. 2/2013, p. 207. *"Questa soluzione sarebbe comunque condivisibile nell'ipotesi in cui la Corte di appello, in sede di impugnazione del lodo, fosse chiamata a pronunciarsi sulla sola fase rescindente, ablativa del lodo. Ciò in quanto, in tale ipotesi, non verrebbe neppure lambita l'area di indagine sottesa all'originaria situazione giuridica soggettiva protetta. Diversamente nell'ipotesi in cui fosse interessata anche la fase rescissoria, poiché in tal caso la pronuncia della Corte di appello finirebbe per incidere sul merito. Peraltro, per scindere fase rescindente (al giudice ordinario) e fase rescissoria (al giudice amministrativo) sarebbe necessario un apposito intervento legislativo. Scissione che finirebbe comunque per ingenerare confusione e per reintrodurre elementi di specialità nel rito".* Cfr. inoltre C. CONSOLO, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi di obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie),* in AA.VV., Arbitrato e pubblica amministrazione, Milano, 1980, p. 154; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in Giust. civ., 2000, II.

ISSN 2279-7238

ordine alle controversie relative ad interessi legittimi e quelle riguardanti diritti soggettivi (art. 7, comma 1), nonché, in particolare, la chiara demarcazione tra le forme di tutela dell'interesse legittimo e quelle del diritto soggettivo (art. 7, comma 7). In tale quadro, quindi, la formula giuridica contenuta nell'art. 12, che fa espresso riferimento ai diritti soggettivi, non può ritenersi idonea a comprendere forme di tutela differenti e riferibili a situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo[3864].

2. L'arbitrato nelle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici

Individuata la disciplina dell'arbitrato in ambito pubblico secondo quanto previsto dal codice del processo amministrativo, si deve comunque osservare che l'ordinamento giuridico estende, con i dovuti accorgimenti, l'istituto dell'arbitrato anche alla materia dei contratti pubblici, così come stabilito dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che recepisce le direttive 2014/23/UE sulle concessioni, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

In ragione dell'art. 1, comma 1, lett. aaa), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che indicava la necessità di una "*razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari;* […]", la disciplina descritta dagli artt. 209 – 210 del d.lgs. n. 50/2016 non presenta particolari discrasie rispetto a quella previgente del d.lgs. n. 163/2006, fatta salva la decisione di eliminare l'applicazione dell'arbitrato volontario in materia di contratti pubblici.

Nello specifico, l'art. 209 prescrive, al primo comma, che *"le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri.*

L'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici".

Atteso che anche in questo caso il legislatore circoscrive l'ambito applicativo alle sole controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici (sebbene successivamente sia stato esteso anche alle concessioni e ai soggetti indicati espressamente

[3864] Cfr. A. PAJNO, *La giurisdizione*, in Diritto processuale amministrativo, a cura di A. SANDULLI, 2 ed., Milano, 2013.

ISSN 2279-7238

dalla legge Anticorruzione del 2012 e ripresi dallo stesso articolo del nuovo Codice dei contratti pubblici, come dimostra la lettura della suddetta norma), la disciplina, nei successivi commi, prevede alcuni adempimenti formali diretti ad esaltare, da un lato, la natura volontaria di tale rimedio e – dall'altro – a garantire la massima trasparenza.

Sotto il primo profilo, in virtù delle considerazioni in punto di diritto svolte dalla Corte costituzionale in merito al c.d. arbitrato obbligatorio[3865], l'art. 209, comma 3, stabilisce la nullità della clausola compromissoria inserita – senza previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione – nel bando o nell'avviso (o nell'invito, per le gare senza bando), riservando in ogni caso all'aggiudicatario la facoltà di ricusare tale clausola attraverso una comunicazione da inviare entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione[3866].

Con riferimento invece alla finalità di trasparenza amministrativa, il legislatore prescrive, sempre a pena di nullità, l'indicazione nel bando dell'inserimento della clausola compromissoria e fa divieto alle parti di accordarsi, una volta insorta la controversia, sul deferimento ad arbitri in assenza di esplicitazione nel bando di gara.

Sotto questo profilo, la formulazione di tale divieto ("è vietato in ogni caso il compromesso") e la sua collocazione all'interno dell'art. 209, comma 2, hanno determinato la sua ricostruzione ermeneutica secondo due differenti canoni interpretativi: il primo criterio, che ha trovato maggiore riscontro nella giurisprudenza amministrativa in quanto aderente al dato testuale legislativo e rigoroso nell'attuazione del principio di trasparenza, riconosceva al divieto in esame una natura assoluta, idonea a considerare nulla qualsiasi clausola compromissoria in assenza di una sua previsione nel bando di gara; il secondo, per lo più di impostazione dottrinaria, basato sulla nota distinzione tra compromesso e clausola

---

[3865] Cfr. E. FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, nota a Cass. civ., S.U. 10 febbraio 1992, n. 1458, in Riv. arb., 1993, p. 211 ss. Solo la concorde volontà dei contraenti consente di evitare la giurisdizione statale. La legge 10 dicembre 1981, n. 741, contenente norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, reintroduceva un arbitrato "di fatto" obbligatorio fissando la regola per cui *"la competenza arbitrale può essere esclusa solo con l'apposita clausola inserita nel bando o invito di gare, oppure nel contratto in caso di trattativa privata"*. Così, la Corte costituzionale, con sentenza 9 maggio 1996, n. 152, che dichiarava l'incostituzionalità della disposizione, rilevando che questa attribuiva alla sola amministrazione (e non ad entrambe le parti, come nel Capitolato del 1962) la facoltà di scelta.

[3866] Riguardo alla modalità della comunicazione, la disposizione non indica una forma particolare, dovendosi intendere, pertanto, che si possa ricorrere a qualsiasi strumento di comunicazione; riguardo al termine per la comunicazione, diversi elementi fanno propendere per la tesi dell'aggiudicazione provvisoria. V. G.B. DE LUCA, *La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*, Tesi di dottorato, Luiss Guido Carli, a.a. 2012/2013, il quale osserva che *«quando il d.lgs. n. 53 del 2010 ha voluto riferirsi all'aggiudicazione definitiva, lo ha espressamente precisato. In questo senso, si vedano, infatti, le seguenti disposizioni: art. 1, comma 1, lettera c) (relativo all'art. 11, comma 10 e comma 10-ter, c.c.p.); art. 2, comma 1, lettere b) e d) [relativo all'art. 79, comma 5, lettera a), e comma 5-bis, c.c.p.]; art. 8, comma 1, lettera c) (relativo all'art. 245, comma 2, e comma 2-ter, c.c.p.); artt. 9, 10 e 11 (che hanno introdotto gli artt. 245-bis, 245-ter e 245-quater c.c.p.)».*

ISSN 2279-7238

compromissoria[3867] (il cui tratto differenziale risiede proprio nel fatto che, mentre il compromesso riguarda le controversie già insorte, la clausola compromissoria riguarda quelle future) limitava l'ambito applicativo di tale divieto alle sole ipotesi di lite o controversia insorta, consentendo, in ogni momento, purché prima della stessa controversia, la possibilità per le parti di accordarsi per un arbitrato, nella sua classica funzione di ordinario rimedio alternativo al giudizio civile.

Per quanto attiene invece alla natura giuridica dell'autorizzazione preventiva, la Corte costituzionale, con la sentenza 9 giugno 2015 n. 108, avente ad oggetto in via principale la problematica inerente alla sua applicazione nei confronti degli arbitrati che siano già stati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012 (che ha introdotto l'istituto dell'autorizzazione preventiva)[3868], con un *obiter dictum* ha svolto due considerazioni particolarmente interessanti: da un lato, ha sostenuto che la scelta di prevedere una autorizzazione da parte dell'amministrazione si configura come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la previsione di restrizioni a tutela di interessi generali (tra cui le esigenze di contenimento dei costi delle controversie e la tutela degli interessi pubblici coinvolti); dall'altro, ha riconosciuto una parità sostanziale tra le parti, in quanto la stessa libertà contrattuale, che si esprime nella autorizzazione, si può riscontrare nello strumento riservato alla parte privata, consistente nella facoltà di ricusare la clausola compromissoria.

In definitiva, l'arbitrato delineato dall'art. 209 del Codice appalti è indubbiamente un rimedio diverso rispetto a quello disciplinato dal codice di procedura civile negli artt. 806 e ss., atteso che il primo, nonostante il rinvio alle disposizioni del codice di rito ad integrazione di quanto non previsto nella disciplina pubblica, presenta proprie caratteristiche, come emerge chiaramente dall'analisi dei limiti, sopra descritti, posti alla convenzione arbitrale di cui all'art. 209, in deroga alle previsioni *ex* art. 808 c.p.c.

[3867] Cfr. E. ODORISIO, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici,* in C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, 2° ed. Padova, p. 180. Cfr. altresì S. LA CHINA, *L'arbitrato. IL sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 33 ss.; G. VERDE, *La convenzione d'arbitrato*, in G. VERDE (a cura di), Diritto dell'arbitrato, Torino, 2005, p. 71 ss.; ID., *Lineamenti di diritto dell' arbitrato*, Torino, 2006, p. 51 ss.

[3868] Atteso che per "conferito" si intende l'arbitrato per il quale siano già stati nominati gli arbitri e che per "autorizzato" l'arbitrato per il quale sia intervenuta una autorizzazione dell'organo di governo, la Corte, attraverso una lettura costituzionalmente orientata di quanto disposto dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190/2012, ha affermato che *"lo ius superveniens consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti. Non si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta deroga all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale".*

ISSN 2279-7238

Sul punto, l'art. 209, comma 10, prevedendo espressamente che *"ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice"*, afferma in modo chiaro che – a differenza di altre discipline speciali di diritto dell'arbitrato, come ad esempio quello societario – in tema di contratti pubblici l'unica disciplina applicabile è quella stabilita dal d.lgs. n. 50/2016, di talché, esclusa la coesistenza di due arbitrati, le parti non sono libere di scegliere tra un modello di arbitrato regolamentato dal codice di rito e quello del Codice dei contratti pubblici[3869], ma devono necessariamente fare riferimento a quest'ultimo.

Dunque, l'unico arbitrato cui si può ricorrere in materia di contratti pubblici è quello descritto dagli artt. 209 e 210 del d.lgs. n. 50/2016 e la relativa disciplina è solo in parte quella processualcivilistica, in quanto si prevede una necessaria integrazione con le disposizioni, appunto, del Codice in esame, confermandosi così la *ratio* esplicitata dalla legge delega, volta all'emanazione di una normativa che fosse, per un verso, indipendente e, sull'altro, non si discostasse da quella ordinaria per quanto riguarda le modalità di svolgimento dell'arbitrato.

3. L'arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici e la Camera arbitrale dell'ANAC

Nonostante l'espressa volontà del legislatore delegante mirasse verso una modalità equivalente tra arbitrato pubblico ed ordinario, la disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, per quanto attiene alle forme di arbitrati cui l'amministrazione può far ricorso, si rileva particolarmente restrittiva sia rispetto ai tipi di arbitrato disciplinati dal codice di procedura civile, che riguardo alla disciplina amministrativa previgente. Quest'ultima, come è noto, al pari del diritto comune, distingueva due tipologie di arbitrato: l'arbitrato libero e l'arbitrato amministrato[3870].

[3869] Così E. ODORISIO, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 182. Comunque, lo stesso problema si è posto con riferimento all'arbitrato societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, dove si distinguono la tesi dell'esclusività dell'arbitrato societario e quella del «doppio binario».

[3870] Cfr. in tema di arbitrati rituali e irrituali, *ex multis*, L. BIAMONTI, voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., vol. II, Milano, 1958, p. 940 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3a ed., Milano 1988, p. 23 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, p. 93 ss.; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. Bove, C. Cecchella, Il nuovo processo civile, Milano, 2006, p. 99 ss.; G. VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.* 2005, p. 670 ss.; C. PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, 4, p. 1325; S. AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in Alpa (a cura di), L'arbitrato: profili sostanziali, Torino, 1999, p. 1 ss.T. GALLETTO, in AA. VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, diretto da M. RUBINO SAMMARTANO, Bologna, p. 404; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, 3, p. 993 ss.; S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, *Appendice di aggiornamento alla XIII ed.*, Padova 2007, p. 155 ss.; E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in L'arbitrato, a cura di C. Cecchella, Milano, 2005, p. 381 ss.

ISSN 2279-7238

Nel primo, le parti e gli arbitri gestivano il procedimento in totale libertà sfruttando appieno l'art. 816-*bis* c.p.c., ossia la libertà di "*stabilire le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento*", senza nessun ausilio esterno. E nel caso in cui fossero sorte difficoltà di natura procedurale, queste sarebbero state risolte o di comune accordo tra le parti stesse ovvero, in subordine, dagli arbitri o dal giudice ordinario.

L'arbitrato amministrato invece presupponeva la presenza di una convenzione sottoscritta da entrambe le parti che richiamasse il regolamento predisposto da una terza istituzione, pubblica o privata, diretta a dettare preventivamente le regole e la gestione del giudizio.

Tale distinzione, se poteva avere un significato nella vecchia disciplina laddove l'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva l'ammissibilità di entrambe le forme di arbitrato negli schemi procedimentali amministrativi, non ha più ragion d'essere nell'attuale quadro normativo, dal momento che l'amministrazione deve ricorrere necessariamente alla sola fattispecie amministrata.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare come già i meccanismi della precedente disciplina dell'art. 241 avessero dato luogo a dubbi di legittimità costituzionale nella parte in cui stabilivano *ex lege* la trasformazione da arbitrato libero ad amministrato in caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro.

Segnatamente, l'art. 241 del vecchio Codice degli appalti disponeva la composizione del collegio arbitrale secondo un numero prefissato *ex lege* (tre componenti), sulla base del seguente criterio di ripartizione: ogni parte indicava il proprio arbitro di competenza e di comune accordo – ovvero, su loro mandato, gli stessi arbitri indicati – nominavano il terzo arbitro in qualità di Presidente del collegio.

Solo in caso di mancato accordo su quest'ultimo, il legislatore obbligava le parti a porre in essere l'arbitrato amministrato, integrando il precedente accordo arbitrale con il regolamento dell'ente previsto dalla stessa normativa, cui spettava la nomina dell'arbitro mancante[3871].

Pertanto, la scelta di aderire ad un arbitrato amministrato da parte di una istituzione terza era prescritta direttamente dalla legge, con la conseguenza che si poteva parlare di arbitrato "obbligatoriamente amministrato" e, come tale, a detta di alcuni, incostituzionale in quanto limitativo della volontà delle parti nella scelta degli arbitri e contrario al principio di ragionevolezza, dal momento che solo l'accordo o meno delle parti sulla nomina del terzo arbitro risultava determinante nell'opzione tra la forma libera e amministrata[3872].

A tali affermazioni, parte della dottrina sosteneva che la scelta legislativa non limitava, in realtà, la volontà e la libertà delle parti poiché non sottraeva loro la possibilità di nominare il terzo arbitro, ma si limitava a prevedere un meccanismo in grado di garantire l'operatività, e quindi l'efficacia, della convenzione arbitrale, non molto diversamente da quanto previsto

[3871] V. F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato*, in Riv. dir. proc., 2002, p. 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in Riv trim. dir. e proc. civ., 2008, p. 993 ss.

[3872] Per i riferimenti, v. E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e lavori pubblici*, cit. p. 312 ss.

ISSN 2279-7238

nell'arbitrato di diritto comune con l'art. 810 c.p.c. in forza del quale é disciplinato, per la stessa ragione e con i medesimi poteri, l'intervento del Presidente del Tribunale[3873].

Nonostante i dubbi sollevati dalla previgente formulazione normativa, sulla base dei criteri direttivi forniti dalla citata legge delega, l'art. 209, comma 4 del nuovo Codice dei contratti pubblici[3874] ha rafforzato l'ambito applicativo dell'arbitrato amministrato nelle controversie afferenti all'esecuzione dei contratti pubblici, stabilendo la sua operatività non più come meccanismo procedimentale per superare il dissenso delle parti in ordine alla nomina del Presidente del collegio, bensì prevedendolo come unico istituto applicabile *in subiecta materia*. Sicché la nomina del Presidente del collegio é ormai direttamente effettuata da parte della Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, istituita presso l'Autorità nazionale anticorruzione.

Nello specifico, la procedura per la designazione del terzo arbitro, effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale[3875], si compone di due differenti fasi, così come espressamente disciplinate dai Comunicati n. 2 e n. 8 del 2016: la prima si caratterizza per l'utilizzo di un sorteggio digitalizzato, mediante il quale formare un elenco di quindici soggetti, che garantisca la presenza, tra i primi undici, di tre estratti ricompresi in ciascuna delle categorie indicate nelle lettere a) e b) dell'art. 210 comma 7 (avvocati, ingegneri e architetti), e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. c) del medesimo articolo (professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e dirigenti della pubblica amministrazione). Nella seconda fase, fatte salve eventuali motivate controindicazioni provenienti dalle parti interessate, il Consiglio designa il presidente del collegio arbitrale sulla base di criteri predeterminati dalla Camera stessa e valutando l'appropriatezza del *curriculum* personale dei sorteggiati rispetto all'oggetto della controversia da decidere[3876].

[3873] Così E. ODORISIO, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, cit., p. 202, il quale afferma che, al massimo, si può *«discutere l'opportunità di tale scelta da un punto di vista di politica legislativa,* [ma] *non si può certo ritenere che si tratti di un sistema irragionevole».*

[3874] "*Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale di cui all'articolo 210. Ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'arbitro di propria competenza scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Il Presidente del collegio arbitrale è designato dalla Camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo di cui al comma 2 dell'articolo 210, in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce*".

[3875] Ai sensi dell'art. 210, comma 4, del nuovo Codice dei contratti pubblici, "*Il consiglio arbitrale, composto da cinque membri, è nominato dall'ANAC fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto, nonché dotati dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla medesima Autorità. Al suo interno, l'ANAC sceglie il Presidente. L'incarico ha durata quinquennale ed è retribuito nella misura determinata dal provvedimento di nomina nei limiti delle risorse attribuite all'Autorità stessa. Il Presidente e i consiglieri sono soggetti alle incompatibilità e ai divieti previsti dal comma 10*".

[3876] La volontà legislativa di rafforzare il ruolo della Camera arbitrale istituita presso l'ANAC, investendola di una centralità ordinamentale nella risoluzione delle controversie extragiudiziali, trova ulteriore conferma nella decisione di assegnare a tale organismo una funzione regolatoria per l'applicazione dell'arbitrato all'erogazione da parte del Fondo di solidarietà di prestazioni in favore degli investitori in banche soggette a

ISSN 2279-7238

In tale quadro, se già la vecchia formula legislativa aveva sollevato perplessità circa la sua legittimità costituzionale, la nuova disposizione sembrerebbe presentare un carattere ancor più autoritativo della precedente, incidendo profondamente sulla volontà comune delle parti, inteso come unico presupposto per evitare la giurisdizione statale e devolvere la controversia alla risoluzione tramite arbitrato. Ciò in quanto, in primo luogo, obbliga il soggetto aggiudicatario ad accettare unicamente l'arbitrato amministrato e, una volta aderito senza effettuare alcuna comunicazione nell'esercizio della relativa facoltà di ricusazione, obbliga lo stesso a rivolgersi alla Camera arbitrale costituita presso l'ANAC, limitando l'autonomia privata sia al momento costitutivo della clausola arbitrale, sia con riferimento alla modalità di svolgimento dello stesso rimedio stragiudiziale, attraverso l'imposizione *ex lege* del regolamento di un solo ente terzo.

Alla luce di ciò, in definitiva, sarebbe opportuno interrogarsi, in primo luogo, sulla conformità della legge delega del nuovo Codice degli appalti rispetto ai principi dettati in materia da parte della Carta costituzionale e, conseguentemente, sulla legittimità delle norme inserite nel decreto legislativo lesive del principio volontaristico, proprio dell'istituto dell'arbitrato.

ABSTRACT

L'iniziale assenza di una normativa generale sull'utilizzo dell'arbitrato in ambito amministrativo ha indotto la giurisprudenza a ritenerlo inapplicabile alle controversie pubbliche, avuto riguardo all'inconciliabilità tra l'interesse pubblico insito nell'attività delle amministrazioni e la forte autonomia privata sottesa a tale rimedio extragiudiziale.

Il legislatore, facendo proprie le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, ha definitivamente previsto nel Codice del processo amministrativo l'arbitrato rituale di diritto quale strumento di risoluzione per le controversie concernenti i diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo, stabilendo, tuttavia, specifici limiti al suo utilizzo.

procedure di risoluzione.

Segnatamente, il decreto del Presidente del Consiglio 28 aprile 2017 n. 82, provvedimento attuativo dell'art. 1, comma 859, l. 28 dicembre 2015 (legge di stabilità 2016), ha assegnato alla Camera arbitrale (art. 4) la funzione di disporre linee guida al fine di rendere omogenea, da parte dei collegi arbitrali, l'applicazione degli indici e degli elementi d valutazione della sussistenza delle violazioni degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nonché la funzione, nel caso di costituzione di più collegi arbitrali, di disciplinare i criteri per la distribuzione dei procedimenti tra i singoli collegi in ragione dell'omogeneità oggettiva o soggettiva delle questioni o, ancora, dell'identità della banca emittente gli strumenti finanziari subordinati.

ISSN 2279-7238

Sempre in campo pubblico, l'ordinamento giuridico ha esteso l'istituto dell'arbitrato anche alla materia dei contratti pubblici, inserendolo, da ultimo, negli articoli 209 e 210 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Gli adempimenti prescritti in tali disposizioni, ai fini dell'applicabilità dell'arbitrato alle liti derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, hanno sollevato alcuni dubbi di legittimità, con particolare riferimento all'autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione e al meccanismo della nomina del terzo arbitro, in quanto espressione, rispettivamente, di una deroga alla parità sostanziale tra le parti e di una limitazione della volontà delle stesse.

Sotto quest'ultimo profilo, la decisione legislativa di ammettere nel nuovo Codice dei contratti pubblici solo l'arbitrato amministrato da parte della Camera arbitrale dell'ANAC ha riaperto la necessità di valutare la vigente normativa con le osservazioni effettuate dalla Corte costituzionale nella pronuncia del 9 giugno 2015, n. 108.

The initial absence of a general regulation on use of arbitration in the administrative sphere has led jurisprudence to consider it inapplicable to public controversies, having regard to the irreconcilability between the public interest and the strong private autonomy underlying to this extrajudicial procedure.

Taking into account the considerations made by Constitutional Court, legislator definitively established the arbitration in the Code of the administrative process as legal instrument for the settlement of disputes, providing, however, specific limits to its use.

The judicial system has also extended institution of arbitration to the public contracts, including it in articles 209 and 210 of the legislative decree 18 April 2016, n. 50.

The requirements set in these provisions, in relation to applicability of arbitration to disputes arising from the execution of public contracts, have raised some doubts of legitimacy, with particular reference to prearranged authorization of the administration and mechanism of appointment of the third arbitrator, because notwithstanding the substantial equality between the parties and their will.

From this latter point of view, the legislative decision to admit in the Code of public contracts only the arbitration administered by ANAC Arbitration Chamber reopened the need to evaluate the new legislation with the observations made by Constitutional Court in its sentence 9 June 2015, n. 108.

KEYWORDS: ARBITRATO; ARBITRATO AMMINISTRATO; CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO; CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI; ANAC.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Lo Studium Urbis e la memoria dei suoi caduti[3877]

di Fulco Lanchester[**]

Sommario: 1-Introduzione; 2-La dinamica dello Studium Urbis; 3-Lo Studium Urbis e la prima guerra mondiale; 4-Le posizioni dei docenti; 5-I caduti e il loro ricordo nella memoria stratificata e selettiva;6-Conclusioni.

1-*Introduzione*

Il tema P*rima guerra mondiale ed Universita'* costituisce un argomento apparentemente arato sia per quanto riguarda il contributo dei docenti che quello degli studenti.

Giulio Cianferotti ha, ancora di recente, evidenziato in modo esemplare la posizione dell'accademia italiana nei confronti della Germania nel 1914-15 [3878]ed il suo sostanziale schierarsi, al di là delle posizioni politiche dei singoli, contro il germanesimo tradizionale come forma di impegno culturale ed ideologico nello sforzo bellico. L'anno scorso Elisa Signori ha ,invece, posto in risalto il ruolo dei docenti e degli studenti sulle opposte barricate nel periodo della neutralità e poi in maniera unitaria durante il conflitto[3879].

E', dunque, indubbio che l'Università italiana si fosse allineata con la posizione dell'Esecutivo (come d'altro canto fecero in tutta Europa gli Istituti di istruzione superiore), infilandosi nella fornace che- come ha osservato proprio quest'anno Emilio Gentile - avrebbe dichiarato la perdita di centralità del continente già nella prima fase della

[3877] Relazione al Convegno "*1918-La Sapienza, la prima guerra mondiale e la pace*", tenutasi in Aula Magna dell'Università La Sapienza di Roma il 7 novembre 2018.

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato – Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma "La Sapienza".

[3878] V. G. Cianferotti, ***1914 : le università italiane e la Germania*, Bologna, Il Mulino,2016.**

[3879] V. E. Signori, *Perché la guerra? Voci e argomenti della comunità accademica italiana 1914-1918,*in *Minerva armata. Le università e la grande guerra,* a cura di G.P. Brizzi – E. Signori, Bologna,Clueb,2017,pp.19 ss.

ISSN 2279-7238

guerra civile europea[3880]. Dopo il secondo conflitto mondiale una simile realtà venne certificata dallo stesso Raymond Aron, che provvide a recuperare una precedente previsione di Alexis de Tocqueville dopo il 1848 sulla prospettiva di lateralità dell'Europa rispetto a Stati Uniti e Russia (allora Unione sovietica)[3881].

In un simile contesto si devono valutare in maniera realistica gli avvenimenti globali, derivanti dallo spostamento degli assi geopolitici con quelli dell'ordinamento italiano, avendo come centro l'intervento in guerra, ma anche la memoria dello stesso nel corso del tempo.

Dal punto di vista più generale il primo conflitto mondiale costituisce una tappa significativa del *Sonderweg nazionale* che, dopo il fallimento della fase liberal democratica, influì sullo sbocco autoritario a tendenza totalitaria rappresentato dal fascismo, per arrivare a seguito del crollo dello Stato e delle sue Forze Armate nel 1940-1943, all'avvento della Repubblica e della Costituzione.

Da quello più specifico dell'Ateneo romano, ritengo che esso, invece, fornisca la possibilità di evidenziare –da un lato-il ruolo di questa Università in quegli avvenimenti come Ateneo della Terza Italia, la cui parabola si inserisce nell'ambito di un secolo di storia italiana dal 1870 al 1980; dall'altro la peculiare dinamica della memoria del primo conflitto mondiale nello *Studium Urbis* attraverso la vicenda del monumento ai caduti di Amleto Cataldi(1882-1930).

In questo quadro, in primo luogo, il mio intervento vuole ricordare alcuni aspetti di questa vicenda, evidenziando prima di tutto sia l'influenza dei docenti universitari (politici e non) che l'importanza delle manifestazioni studentesche romane nel corso degli avvenimenti che portano al cosiddetto *maggio radioso*, con lo strappo (sostanziale anche se non formale) alla forma di governo parlamentare sulla base di una strategia convergente che unì piazza e parte delle classe dirigente.

[3880] V. E. Gentile, *Ascesa e declino dell'Europa nel mondo : 1898-1918,*Milano,Garzanti,2018
[3881] V. R. Aron,*Appellons les choses par leur nom(1er juin 1945)*,in Idem,*„Politique française.Articles 1944-1947,*Paris,Editions des Fallois,2016.

ISSN 2279-7238

In seconda istanza, provvederò a fornire notizie sul ruolo apicale dei docenti –politici (Salandra,1853-1931, e Orlando,1860-1952, in prima posizione)e sull'azione dei docenti che continuarono la loro azione *propagandistica e di gestione (*penso ad es. a Vittorio Scialoja) e in alcuni casi (assistenti e liberi docenti) *sul campo*, mentre gli studenti venivano arruolati per l'80%(numeri forniti dal Rettore Tonelli)[3882], fornendo un pesante tributo di sangue.

Concluderò mettendo in evidenza la significativa vicenda del monumento ai caduti di Amleto Cataldi, che permette di valutare gli andamenti rapsodici,ma collegati con lo sviluppo dei differenti regimi della esperienza della guerra, dando l'occasione per situare la stessa e interpretarla con l'occhio asciutto nell'ambito di una ricostruzione stratificata della memoria.

2-*La dinamica dello Studium Urbis*- Non è certo per patriottismo di Ateneo , ma la vicenda romana possiede una peculiare importanza per approfondire sia il tema dei rapporti tra società civile- classe dirigente ed istruzione superiore nei momenti topici della vita del Paese, sia l'argomento dei conflitti armati e dei rapporti internazionali, sia infine quello complesso della memoria.

Lo *Studium Urbis* nel periodo 1870/1970 divenne progressivamente l'Università dello Stato nazionale accentrato e per alcuni decenni il più rilevante produttore e/o recettore di classe dirigente del Paese, in un equilibrio peculiare tra Accademia e ceto politico, al di là della forma di Stato adottata dall'ordinamento.

In sintesi, lo *Studium Urbis* (allora unico Ateneo romano) ha progressivamente esplicato per circa un secolo un ruolo centrale nel campo dell'istruzione superior (ed in particolare nell'ambito delle scienze giuridico-politiche),che si rifletteva nel politico. Il punto di svolta di una simile vicenda è stato- senza dubbio- il secondo decennio del secolo XIX e gli avvenimenti del 1915 lo certificano.

[3882] V. A. Tonelli, *Parole del Rettore Prof. Alberto Tonelli per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1916-1917*, in *Annuario per gli anni accademici 1916-1917*, DCXIV dalla fondazione,Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1917, pp. 2-12

ISSN 2279-7238

Dopo circa un decennio di incertezze iniziali, l'Ateneo romano fu oggetto ,infatti, un forte investimento da parte del ceto politico nazionale nel periodo 1880-1900(ricordo in primo luogo il ruolo di Guido Baccelli(1830-1916), ordinario di Clinica medica e per sette volte ministro della Pubblica istruzione) [3883] , per poi dimostrare una sua crescente egemonia nell'ambito del periodo liberale giolittiano fino agli anni '20 del secolo scorso. Già nell'immediato primo dopoguerra gli stessi Rettori Scaduto [3884] e Sanarelli [3885] evidenziarono come l'Ateneo romano fosse oramai divenuto il maggiore d'Italia per numero di studenti (superando così la sede di Napoli, allora unico ateneo dell'Italia meridionale), con un incremento che aggravava i problemi delle strutture e del personale già insufficienti in origine[3886].

Dai primi anni Venti al mutamento di regime, con la nascita dello Stato di massa non democratico, incrementò la prospettazione dello *Studium Urbis* come università della terza Italia, già presente a fine Ottocento[3887]. Nel secondo dopoguerra questa funzione proseguì per forza di inerzia fino alla fine degli anni Sessanta nell'ambito dell'ordinamento democratico pluralista per poi implodere nel decennio successivo di fronte alla defragrazione dell'istruzione superiore e alla crisi del sistema politico-costituzionale.

3-L*o Studium Urbis e la prima guerra mondiale* - Poche ma significative notizie sul ruolo dell'Università nella crisi del Maggio [3888] 1915 (dove il Parlamento fu sostanzialmente esautorato sulla base della prerogativa regia dal potere esecutivo e dalla classe dirigente).

[3883] Su cui v. recentemente L.Borghi, ***Il medico di Roma : vita, morte e miracoli di Guido Baccelli (1830-1916)*,Roma,Armando,2015 e I. Quaresima,** *Guido Baccelli : sintesi di una vita,* Roma,Prospettive,2012.

[3884] F. Scaduto, *Inaugurazione dell'anno scolastico 5 novembre 1921. Aumento della studentesca. Cause ed effetti. Parole del Rettore Prof. Francesco Scaduto*, in *Annuario per gli anni accademici 1921-1922,* DCXIX dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza",Roma, 1922, pp. 5-8

[3885] G. Sanarelli, *Inaugurazione dell'anno scolastico 19 novembre 1922. Crisi dell'alta cultura e dovere nazionale della produzione scientifica*. Discorso del Rettore Prof. Giuseppe Sanarelli Senatore del Regno, in *Annuario per gli anni accademici 1922-1923*, DCXX dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1923, pp. 7-36

[3886] Per la dinamica degli studenti v. N.Spano, *L' Università di Roma*,Roma,Luzzatti,1935,con pref. di P. De Francisci.

[3887] Si v. per questo in modo esplicito G.De Vecchi di Val Cismon,*L'Università di Roma*,discorso pronunciato per l'inaugurazione della Città universitaria in Roma,31 ottobre 1935(XIV), in Idem,*Bonifica fascista della cultura,*Milano,Mondadori,1937,pp.207 ss.

[3888] Dal 23 febbraio al 2 marzo la tensione politica interventista aveva costretto il Rettore Tonelli a sospendere,su deliberazione del Consiglio accademico, le lezioni; in aprile era stato contestato il corso di Cesare De Lollis,ordinario di letteratura francese e esponente neutralista. Il 17 aprile il De Lollis aveva schiaffeggiato a Villa Borghese lo studente Ercolino Maselli, avendolo riconosciuto tra i contestatori;il 22 il suo Corso era stato sospeso.

ISSN 2279-7238

Com'è noto, il 26 di aprile 1915 venne firmato il cosiddetto patto di Londra tra Italia e potenze dell'Intesa, sciogliendo nell'ambito dell'art. 5 dello Statuto le illusioni della forma di governo parlamentare giolittiana. Entro un mese l'Italia sarebbe dovuta entrare in guerra e le quattro settimane successive furono determinanti. Il tutto avvenne però nel corso della settimana tra domenica 9 e domenica 16 maggio. L'arrivo di Giolitti (1842-1928) a Roma evidenziò la posizione precaria della maggioranza governativa all'inizio della settimana, provocando le dimissioni di Salandra la sera di giovedì 13. Di qui scaturirono imponenti dimostrazioni nelle piazze in tutt'Italia, ma soprattutto a Roma dove era arrivato Gabriele D'Annunzio(1863-1938), fino alla riconferma del Governo dimissionario il 16.

Nino Valeri ha individuato, tra gli altri, in ciò che successe in quella settimana il prodromo degli avvenimenti degli anni Venti, responsabilizzando il Re, il Governo e buona parte della classe dirigente per ciò che avvenne[3889]. In questo specifico contesto, che vide velocemente concludersi un anno di neutralità nelle trattative tra gli opposti fronti, alcuni dei docenti universitari romani di quel periodo erano esponenti politici di primo piano che determinarono gli avvenimenti. Salandra, Orlando, Luzzatti lo fecero in maniera diretta all'interno del Governo e del Parlamento, mentre il Rettore Tonelli (1849-1920), De Viti de Marco(1858-1943), Maffeo Pantaleoni(1857-1924) ed anche Gaetano Salvemini(1873-1957) presero direttamente la parola nell'ambito delle manifestazioni alla Sapienza di S. Ivo ,dove nel pomeriggio di venerdì 14 maggio venne letta l'incendiaria lettera di Gabriele D'Annunzio contro il *barattiere* Giolitti. In quella data (lo ricorda anche il *Corriere della sera* del 15 maggio) vi furono manifestazioni significative in tutta la città di Roma con la partecipazione guidata anche del personale dei *ministeri (ad es. il personale del Ministero delle finanze*) o dei postelegrafonici di via del Seminario, ma furono gli studenti ad esercitare sugli avvenimenti un ruolo determinante. Gli studenti di Lettere e Giurisprudenza (ma anche quelli dell'Istituto Superiore di Scienze economiche che allora non di dipendeva dal Ministero della P.I. ma da quello dell'Agricoltura e dell'Industria) rappresentarono infatti la massa di manovra che da S. Ivo, da palazzo Carpegna, dalla zona di via di Ripetta e dai licei storici del centro (Visconti, Tasso, Umberto I e Mamiani) oppure da caffè come Aragno

[3889] V. N. Valeri,*L'Italia della 'bella epoca' e La marcia su Roma*, in AA.VV. **Trent'anni di storia politica italiana, 1915-1945, Torino,Eri,1962,passim. Per una sintesi storiografica v. ora N. La Banca,(a cura di),*Dizionario storico della prima guerra mondiale,*Roma- Bari , 2016,, passi.**

ISSN 2279-7238

in via del Corso o S. Eustachio assediarono il Parlamento o i palazzi del potere[3890]. In quelle giornate di Maggio essi manifestarono il loro antigiolittismo ed un interventismo diversificato per le giustificazioni, ma unitario dal punto di vista dello scopo contro il cosiddetto *parlamentarismo*.

Questo ruolo strategico (utilizzato in questo caso ai fini di sostenere il Governo Salandra ed il suo ministro degli esteri Sonnino) spiega perché tradizionalmente le università venissero allocate lontano dai palazzi del potere e chiarisce anche le motivazioni del regime fascista di fornire una collocazione decentrata ed unitaria alla città universitaria dello Stato autoritario di massa, costruita negli anni Trenta. Non si trattò solo di applicazione dell'ideologia dello *Stato ecclesiastico*[3891] , ma anche consapevolezza dei pericoli che il potere affronta di fronte alle masse studentesche non controllate. Questo contribuisce a spiegare alcuni aspetti della vicenda italiana post 1968 e le differenze con la Francia dello stesso periodo.

Dopo l'entrata in guerra docenti e studenti percorsero strade diverse: gli studenti si arruolarono in massa; mentre i docenti più anziani manifestarono la loro adesione allo sforzo bellico ed i più giovani –come già detto- si offrirono volontari o furono richiamati[3892].

Lo storico Alberto Maria Ghisalberti (1894-1986) ha descritto nel suo libro testimonianza *Ricordi di una storico allora studente in grigioverde : guerra 1915-18*[3893] la vicenda vissuta dagli studenti nella preparazione, durante e nel periodo successivo al conflitto . Il volume è interessante perché evidenzia il percorso di preparazione, l'esperienza e il ritorno di una generazione.

[3890] V. il Rettore Tonelli nel 1918 ricordò "quando i giovani studenti *a chiari segni e spesso con esuberante vivacità* (corsivo mio!), manifestarono la recisa simpatia per l'Intesa…" v.A. Tonelli, *Parole del Rettore Prof. Alberto Tonelli per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1918-1919,* in *Annuario per gli anni accademici 1918-1919*, DCXVI dalla fondazione,Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1919, p. 6.

[3891] V. S. Panunzio,*Teoria dello Stato fascista,Appunti di lezioni*,Padova,Cedam,1937,p.16,ma anche prima nella prolusione dello stesso al corso di Dottrina generale dello Stato alla Sapienza nel 1927 (*Il sentimento dello Stato*,Roma,Libreria del Littorio,1927,II parte).

[3892]Riferisce il *Corriere della sera* de 22 maggio che lo stesso Cesare De Lollis, ordinario di letteratura francese, duramente contestato durante i mesi precedenti per le sue posizioni, era già alla frontiera come ufficiale dei bersaglieri.

[3893] V. A.M. Ghisalberti, *Ricordi di una storico allora studente in grigioverde : guerra 1915-18,* Roma Edizioni dell'Ateneo, 1982,passim.

ISSN 2279-7238

Proprio il 15 maggio i professori Alberto Tonelli, Maffeo Pantaleoni, Guido Castelnuovo(1865-1952),Giulio Pittarelli (1852-1934) inviarono un telegramma di plauso al presidente del Consiglio (Salandra)[3894], accompagnandolo con le firme di 47 ordinari [3895] e di 21 liberi docenti [3896] dell'Ateneo. Sempre il 15 maggio il *Giornale d'Italia* evidenziò come gli allievi ingegneri di S. Pietro in Vincoli fossero invece stati *convocati* per la mattina successive alle 8,30 per esprimere al Quirinale la loro adesione al Sovrano. Il *Messaggero del* 20 maggio 1915 certifica, inoltre, come nel cortile della Sapienza di S. Ivo *la gioventù si fosse offerta alla Patria,* decidendo di arruolarsi in massa, e come nel corso del comizio fossero intervenuti verbalmente prima l'ordinario di Diritto commerciale Cesare Vivante(1855-1944)[3897] e poi il Rettore Tonelli, che aveva rimembrato le tradizioni della gioventù dall'antichità romana sino a Curtatone e Montanara. In un clima di esaltazione patriottica circa cinquecento studenti, partecipanti alla manifestazione, si spostarono in piazza della Minerva dov'era situato il Ministero della Pubblica istruzione e vennero arringati dal ministro Pasquale Grippo(1845-1933) e dal prof. Arnaldo Piutti(1857-1928), che si trovava in quel momento nell'edificio. Il *Resto del Carlino* dello stesso giorno riferisce che il corteo degli studenti si diresse, dopo una sosta in Piazza del Collegio Romano, al Quirinale per inneggiare al Sovrano e poi in via XX settembre per esprimere la loro "simpatia" nei confronti del Ministro della Guerra generale Vittorio Zupelli(1859-1945) e del Capo di Stato Maggiore generale Luigi Cadorna(1850-1928).

Un simile contributo venne notato anche dal Sovrano che, riferisce *Il corriere della sera* del 22 maggio, che il giorno prima -nel corso di una udienza del Consiglio comunale di Roma - si era congratulato con il Rettore dell'Università Tonelli (che era anche consigliere comunale) per il "bello e confortante entusiasmo mostrato dalla gioventù studentesca". Il

[3894] Per iniziative simili in altri Atenei v. *Il corriere della sera*,16 maggio,1915.

[3895] Armellini,Ascoli,Bignami,Benini,Ceradini,Cavaglieri,Ceci,Corbino,Ciricione,Concetti,Cuboni,Ceci,Cosa,Contarelli,Di Legge, Della Valle ,De Sanctis, De Viti de Marco,De Ruggero,De Stefani, ,Formichi, Festa ,Ghilarducci, Giorgis, Giovannone,Gisi(?),Albert,Luciani,Lomonaco,Lanciani,Marchiafava,Magini,A.Nazari,V.Nazari,Partis,Pestalozza,Pirotta,Reina,Ruggeri,Silla,Sergi,Schupfer,Simoncelli,Scaduto,Vivante,Varisco,Venturi. Una simile azione può essere recuperata in molte sedi universitarie v. ad esempio G.Solitro, Padova nella guerra : 1915-1918,Padova ,Draghi,1933,pp.72-73.

[3896] Almagià, Baldoni, Misconcini(?) ,Caruccio,Cimbali,De Blasi,D'Alpugo,Eredia,Giannini,Crisostomo,Guarini,Lombroso,Navarese,Orrei,Palazzo,Rosati,Sereni,Segrè,Zenotti,Trevisanino.

[3897] Su Vivante v. A. Scimè,C.V.,*Il contributo alla storia del pensiero .Diritto*(2012)

ISSN 2279-7238

Messaggero del 2 giugno evidenzia, infine, che un migliaio di studenti, riuniti nel Cortile di S. Ivo alla Sapienza vennero salutati dal Rettore Tonelli e poi si recarono inquadrati verso la Caserma di S. Antonio in via Paolina (vicino a S. Maria Maggiore) per essere arruolati, ripetendo le scene già viste del luglio 1914 a Berlino, Vienna e Parigi. In quella stessa data in Campidoglio Antonio Salandra pronunziò il suo noto discorso [3898], che riassumeva la posizione del Governo nell'anno trascorso e le motivazioni dell'entrata in guerra.

4-Le posizioni dei docenti- Non ho il tempo per soffermarmi in modo analitico sull'Università romana durante il conflitto, che ridusse ed orientò la sua attività allo sforzo bellico, ma chi esamini le prolusioni agli anni accademici del periodo può verificare come siano strettamente collegate agli avvenimenti.

In questa prospettiva dall'elenco delle prolusioni pubblicato nell'Annuario del 1923[3899] si evidenziano interventi che risultano significativi per il momento bellico. Nel 1914, durante il periodo della neutralità, Dionisio Anzilotti(1867-1950), l'internazionalista che aveva superato l'impostazione risorgimentale di Pasquale S. Mancini(1817-1888) del diritto internazionale basato sul principio di nazionalità, affrontò il rapporta tra Stato e diritto internazionale sulla base di una visione dualistica dello stesso[3900]. Nel triennio successivo le prolusioni certo furono più militanti. Nel 1915-16 l'igienista Giuseppe Sanarelli(1864-1940) profilò, infatti, il suo intervento sulla base di una netta contrapposizione con la cultura tedesca accusata di aspirazioni imperialiste[3901], mentre il senatore del regno e nuovo direttore dell'Istituto di Fisiologia Senatore Giulio Fano(1856-1930) nel 1917-18

[3898] V. A. Salandra, *I discorsi di guerra, con alcune note*,Milano Treves,1922,pp.33 e ss.Si v. in particolare :*Il "Sacro Egoismo,, pei' l'Italia (18 ottobre 1814),*pp. . 1 ss.*; La neutralità armata (3 dicembre 1914),* pp. 9 ss.*; La preparazione degli animi (7 marzo 1915),* pp 19 ss. *; Alla vigilia della dichiarazione di guerra (20 maggio),* pp.25 ss.

[3899] Elenco dei discorsi inaugurali pronunciati dall'anno scolastico 1870-871 all'anno scolastico 1922-1923, in Annuario per gli anni accademici 1922-1923, DCXX dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1923, pp. 79-81

[3900] D. Anzilotti, *Il concetto moderno dello Stato e il Diritto internazionale*, in *Annuario per gli anni accademici 1914-1915*, DCXII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1915, pp. 16-33. Su Anzilotti v. G.P.Nitti,D.A.,in DBI,vol.3(1961) e L.Passero, Dionisio Anzilotti e la dottrina internazionalistica tra Otto e Novecento,Milano,Giuffrè,2010.

[3901]G. Sanarelli, *La cultura germanica e la guerra per l'egemonia mondiale,* in *Annuario per gli anni accademici 1915-1916,* DCXIII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1916, pp. 22-77(pubblicata anche **Collana Colitti" di conferenze e discorsi, N. 11 : Giuseppe Sanarelli ... La cultura germanica e la guerra per l'egemonia mondiale / Casa editrice Cav. Giov. Colitti e figlio,s.l.,(1916).Su Sanarelli v. ora R.Giulietti-A.Ricci,** *Giuseppe Sanarelli : ricerca scientifica e coscienza politica* ; nel 150. dalla nascita dell'illustre medico savinese, Monte San Savino,Arti grafiche Francini, 2014.

ISSN 2279-7238

provvide ad analizzare il rapporto tra *fisiologia e civiltà,* sostenendo da un lato come "la guerra che i barbari hanno scatenato" fosse stato per moltissimi "un evento inatteso" .[3902] Le parole di Fano, al di là della sua impostazione chiaramente positivistica, evidenziano come " la selvaggia eloquenza dei fatti attuali " obbligava a riconoscere "la cecità ottimistica che aveva invaso il mondo occidentale"[3903],prospettando il pericolo della "nuova civiltà dei barbari" che doveva essere combattuta non solo per il territorio , ma soprattutto per ribadire la civiltà[3904]. Alle parole di Fano che potrebbero essere estese anche al quarto di secolo successivo, corrisponde l'anno dopo la prospettiva dello studioso di diritto romano Pietro Bonfante(1864-1932),che si cimentò sulle basi future dello Stato libero in un momento di cui il problema della ricostruzione e della riconversione dallo stato bellico erano in prima linea. La sua posizione risultava significativamente orientata su prospettive federaliste a livello europeo(con una prima tappa franco-italiana) per superare i pericoli di un ripetersi dei conflitti a livello continentale, ma anche lucidamente consapevole delle difficoltà di pervenirvi[3905].

Il distacco dalla cultura germanica venne visto come una emancipazione- liberazione, con il relativo recupero delle tradizioni e della specificità nazionali, ma nello stesso tempo fu difficile e condizionata dallo schieramento bellico . Si tratta di processo complicato le cui radici possono essere recuperate già alle soglie del primo decennio del secolo nello scontro accademico culturale che vie contrapposti sintomaticamente Orlando e Luzzatti,da un lato, e Pantaleoni, De Viti de Marco e Schupfer(1833-1925) nel caso della libera docenza di Vitagliano Gaetano presso la Facoltà di Giurisprudenza[3906].

[3902] V. G. Fano, *Fisiologia e Civiltà,* in *Annuario per gli anni accademici 1917-1918*, DCXV dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1918, pp. 14-34; su Fano v. M.Crespi,G.F.,in DBI,vol.44(1994).

[3903] Idem, p.5.

[3904] Ibidem ,p.20.

[3905] V. P. Bonfante,Le basi future dello Stato libero in Annuario per gli anni accademici 1918-1919, DCXVI dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1919, pp. 13-41.Su Bonfante v. la voce **,P.B.,in DBI, vol.12(1971),su cui le critiche di V. Marotta, «Mazziniano in politica estera e prussiano in interna»Note brevi sulle idee politiche di Pietro Bonfante , in romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/giuristi/article/download/85/84.

[3906] V. la questione relativa al concorso per la cattedra di Contabilità di Stato presso l'Istituto superiore di Scienze commerciali di Roma che aveva coinvolto appunto Vitaliano Gaetano e poi quello per la libera docenza dello stesso presso la Facoltà di Giurisprudenza. Il Gaetano, allievo di Luzzatti e Orlando, venne accusato tra l'altro di essere troppo legato alla metodologia della dottrina tedesca, incompatibile con l'ordinamento italiano e venne difeso da V.E. Orlando Il contenuto giuridico della Legge del bilancio (a proposito di una recente pubblicazione sulla Rivista di diritto pubblico,1911, n. 5-6,con una lunga recensione al suo volume su *Il contenuto giuridico della legge del bilancio*,Roma Officine grafiche italiane,1919. Significativamente nel 1919 lo stesso Gaetano pubblicò la propria prolusione al corso di Diritto pubblico presso l'Istituto superiore di Scienze commerciali, respingendo le impostazioni tedesche ed aderendo alle

ISSN 2279-7238

In tutti questi interventi si nota un differenziato distaccarsi dai parametri dello Stato liberale oligarchico per penetrare progressivamente e con soluzioni differenziate in quello di massa che avanza. Tuttavia è evidente che la classe dirigente liberale di allora non possedesse i parametri necessari per sciogliere le problematiche in modo adeguato. Se si vuole il dibattito oramai si svolse tra docenti o futuri docenti dello Studium Urbis(ad es. Rocco,Gentile,Del Vecchio e Santi Romano), perché con l'allargamento del suffragio le ipotesi degli anni Ottanta del secolo XIX di Vittorio Emanuele Orlando (personalità dello Stato) e di Gaetano Mosca(teoria della classe politica) erano considerate superate[3907]. Santi Romano(1875-1947),futuro presidente del Consiglio di Stato dal 1928 e-poi- incaricato fino al 1944 allo *Studium Urbis*, lo accerterà nella sua famosa prolusione pisana;Alfredo Rocco,futuro rettore della Sapienza di S. Ivo, nella relazione romana al Congresso dell'Associazione nazionalista romana del 1914 proporrà, invece, una visione socialdarwinistica che costituirà il filo rosso delle posizioni della costruzione dello Stato fascista in un complesso legame di continuità rinnovamento [3908].Giovanni Gentile[3909] e Giorgio del Vecchio[3910], che molto si spesero nella propaganda interventista, verranno chiamati nel corso del conflitto o subito dopo a Roma e caratterizzeranno con la loro opera i primi anni Venti dell'Ateneo. Su tutto si evidenzia però, dopo Caporetto, la consapevolezza che lo sforzo bellico doveva essere cementato dalla concordia nazionale .In questa prospettiva è significativo che il Rettore Tonelli anticipi il 12 Novembre 1917 la necessità- ricordata anche dal documento presentato alla Camera dagli ex –Presidenti del Consiglio Giolitti-Salandra-Luzzatti-Boselli il 14 dello stesso mese e confermati dai successivi discorsi del presidente del Consiglio Orlando(resistere,resistere,resistere) del dicembre successivo- che "nel pericolo incombente l'Italia [sappia]ritrovare la suprema energia che valse altre volte le più violente crisi della vita nazionale". Nel corso di quel

prospettive v. G.Vitagliano, *Diritto di Stato e Diritto di popolo,*Discorso tenuto all'Istituto Superiore di Studi Commerciali in Roma per l'inaugurazione dell'anno accademico 1918-19,Caserta,tip. Libreria moderna,1919.

[3907] V. su questo F.Lanchester, *Alfredo Rocco e le origini dello Stato totale,* in "*Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo"*, a cura di E. Gentile, F. Lanchester e A. Tarquini, Roma, Carocci, 2010, pp. 15-38

[3908] V. A. Rocco..*Scritti e discorsi politici ,I, La lotta nazionale della vigilia e durante la guerra : 1913-1918,*Milano,Giuffrè,1938(con pref. di B. Mussolini).Per l'azione di Rocco nella sede universitaria patavina v. G. Solitro, ***Padova nella guerra : 1915-1918*,cit.,pp.11 ss.**

[3909] G. Gentile, *Il concetto moderno della scienza e il problema universitario*, in *Annuario per gli anni accademici 1920-1921,* DCXVIII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1921, pp. 12-40

[3910] G. Del Vecchio, *La Giustizia, in Annuario per gli anni accademici 1922-1923,* DCXX dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1923, pp. 37-112

ISSN 2279-7238

discorso Tonelli si disse ,infatti, certo che l'Italia , "sorretta dalla giurata unione dei cittadini, dimentichi di ogni divisione di parte, [sarebbero stati] saldi e concordi nel comune intento di tener alto lo spirito pubblico per la difesa unitaria,necessaria quella che fa fronte al nemico"[3911].

5-I caduti e il loro ricordo nella memoria stratificata e selettiva –Nell'ambito di questa relazione sull'Università di Roma e il primo conflitto mondiale voglio , infine, soffermarmi sul ricordo dei caduti, perché lo stesso risulta indicativo sia della cultura civile e accademica sia delle forme di Stato e di regime nel tempo.

Durante il conflitto e fino al 1921 la commemorazione dei caduti si pone in continuità con la tradizione laico-risorgimentale. Essi sono testimoni (martiri) laici dell'Unità nazionale e vengono evocati nelle relazioni di Tonelli[3912], Simoncelli[3913]e Scaduto[3914] in coerenza con questa impostazione. In particolare Tonelli ricorda non soltanto gli studenti, ma anche i docenti e il personale amministrativo caduto sul campo, evidenziando anche

[3911] A. Tonelli, *Parole del Rettore Prof. Alberto Tonelli per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1917-1918*, in *Annuario per gli anni accademici 1917-1918*, DCXV dalla fondazione,Università degli studi di Roma "La Sapienza", cit, pp.4. Salandra, che dopo la sua sostituzione con Paolo Boselli(1838-1932), era divenuto preside di Giurisprudenza spiega come avesse concordato con Orlando, Boselli(che era stato professore incaricato di Scienza delle finanze all'Università di Roma dal 1871 al 1874), Luzzatti e Giolitti, davanti al Presidente della Camera Giuseppe Marcora(1841-1927), proprio nel novembre il citato documento presentato poi ai membri della Camera dei deputati(vi su questo A. Salandra, *Discorsi di guerra, cit.*,pp141 ss .).

[3912] A. Tonelli, *Parole del Rettore Prof. Alberto Tonelli per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1916-1917*, in *Annuario per gli anni accademici 1916-1917*, DCXIV dalla fondazione, cit. pp. 2-12

[3913] V.V. Simoncelli, *Discorso commemorativo degli studenti caduti per la patria letto dal Prof. Vincenzo Simoncelli nell'Aula Magna il dì 4 giugno 1916*, in *Annuario per gli anni accademici 1916-1917*, DCXIV dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza",Roma, 1917, pp. 6-15,ma anche Idem,Commemorazione di Giacomo Venezian letta dal Prof. Vincenzo Simoncelli nell'Aula Magna il dì 6 febbraio 1916, in Annuario per gli anni accademici 1915-1916, DCXIII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1916, pp. 76-91

[3914] *Inaugurazione del monumento agli studenti caduti per la patria. 5 giugno 1921*, in *Annuario per gli anni accademici 1920-1921*, DCXVIII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1921, pp. 41-60.

ISSN 2279-7238

rimorsi di tipo concorsuale.[3915] Lo stesso monumento di Cataldi[3916](v. foto n.1-a. e 1-b.), corredato dal nome dei caduti sul basamento e frutto di una sottoscrizione nazionale, venne inaugurato- nonostante alcune perplessità sulla coerenza artistica di contesto- nel giugno del 1921 nel cortile borrominiano di S. Ivo,con una iscrizione sintetica, che configura l'unità nel ricordo del sacrificio al di là delle divisioni che il Paese stava attraversando. L'iscrizione originale, che potete leggere nell'opuscolo riproposto in stampa anastatica, si inquadra latamente nell'ambito della strategia che Georg Mosse ha definito come *nazionalizzazione delle masse*[3917] e che in quei mesi traguardava la parte, per divenire memoria –variamente interpretata- del sacrificio bellico. Essa si correlava con le celebrazioni che proprio nel novembre di quell'anno avrebbero portato alla inumazione del *milite ignoto* all'Altare della Patria[3918]. Per la cerimonia alla Sapienza di S. Ivo il rettore Scaduto, esimio ecclesiasticista, ricordò da una lato le parole di Salandra, dall'altro quelle del primate belga cardinale Mercier *patriotisme et endurance*(*patriottismo e resistenza*) del natale 1914[3919].

Dopo la marcia su Roma ed in particolare dopo il 1925 la situazione cambiò in modo incisivo e la costruzione nel primo lustro degli anni Trenta dello *Studium urbis* piacentiniano vide lo spostamento del monumento al centro del quadriportico degli eroi come simbolo della *religione politica fascista*(v. foto n.2-a; 2-b;2-c;2-d.). Lo *Stato ecclesiale* venne celebrato non soltanto con i nomi dei caduti nella grande guerra, ma-in *progress- con quelli* del

[3915] V. le parole del Rettore Tonelli per la scomparsa sul campo del prof. Luciano Orlando , libero docente e assistente di algebra, capitano di complemento del Genio e padre di Ruggero(futuro noto giornalista), che era stato ostacolato nelle sue aspirazioni accademiche in A. Tonelli , *Inaugurazione dell'anno accademico 11 novembre 1915*, in *Annuario per gli anni accademici 1915-1916* DCXIII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1916,,pp.15-16 . Per la ripresa del tema da parte di un altro Rettore e matematico che unisce il ricordo di Orlandi a quello della prima medaglia d'oro al VM dell'Università (Carlo Mazzaresi) v. F. Severi, *Parole pronunciate dal Rettore il 25 novembre 1923 dinnanzi al Monumento dei professori e degli studenti caduti per la patria, in Annuario per gli anni accademici 1923-1924*, DCXXI dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1924, p.356. Sui retroscena universitari della questione v. http://matematica.unibocconi.it/autore/luciano-orlando>.

[3916] Il Rettore Tonelli nel novembre 1918 comunicò che il corpo accademico aveva "deliberato di concorrere all'erezione di un monumento nell'interno della Università per ricordare ai posteri questo nobile esempio di virtù patriottica), v. A. Tonelli, Parole del Rettore Prof. Alberto Tonelli per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1918-1919, in Annuario per gli anni accademici 1918-1919, DCXVI dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1919, p. 6.

[3917] V.G. Mosse,*La nazionalizzazione delle masse*, Bologna,Il mulino,1974 e O.Janz e L. Klinkhammer (a cura di), *La morte per la patria. La celebrazione dei caduti dal Risorgimento alla Repubblica*, Roma, Donzelli, 2008 e più di recente P. Genovese, *Il culto dei caduti della Grande Guerra nel 'progetto pedagogico' fascista,* in "Annali online della Didattica e della Formazione Docente" Vol. 8, n. 12/2016, pp. 83-114 .

[3918] Sul *milite ignoto è significativo che , oltre al Douhet*, i proponenti a livello politico fossero Giuriati e De Vecchi di Val Cismon.

[3919] V. *Lettre pastorale de son eminence le cardinal Mercier archevêque de Malines — primat de Belgique sur le patriotisme et l'endurance,*Paris,Biblioteque des Ouvrages documentaires,1915.

ISSN 2279-7238

movimento fascista,del Pnf, dei caduti dell'A.O.I. e poi della Spagna, iscritti su nove steli marmoree nell'ambito di un quadriportico in cui erano presenti i simboli dell'italianità(Vittorio Emanuele II e Garibaldi ad es.)[3920].

Nonostante il Concordato del 1929, nell'ambito della nuova università non venne specificamente prevista una Cappella per il culto cattolico(esisteva tuttavia un locale sotto la scalinata di Giurisprudenza adibito a questo scopo). Le celebrazioni religiose erano invero effettuate o all'aperto sulla scalinata del Rettorato dietro la Minerva oppure nell'Aula I di Giurisprudenza). Dai filmati dell'Istituto Luce si evidenzia come dopo le celebrazioni religiose o politico- militari la massa di docenti e studenti si recasse a rendere omaggio in corteo al monumento di Cataldi.

Al di là dei carteggi per la costruzione di una Cappella che si ebbero tra il 1936 e il 1943 recuperabili nell'Archivio storico dell'Ateneo, è significativo che subito dopo il crollo del regime(segnato poco prima dall'arrivo a S. Lorenzo del Pontefice il 19 luglio 1943 in occasione del bombardamento alleato) e la liberazione di Roma(giugno 1944) venne a sostanziarsi il radicale mutamento di prospettiva nella memoria dei caduti. Si trattò di un significativo tentativo di cancellare le tracce più evidenti della religione politica fascista attraverso il recupero della vocazione originaria cattolica e di quella risorgimentale.

Il progetto per la costruzione della Cappella universitaria al posto del Quadriportico è dello stesso Marcello Piacentini(1881-1960), sottoposto nel periodo a processo di epurazione. Il progetto in questione prevedeva lo spostamento del monumento di Cataldi che venne collocato nel giardino di Mineralogia(vicino a Scienze politiche e Giurisprudenza) al posto della *Vedetta goliardica* di Giovanni Nicolini(1872-1956), donata all'Ateneo dallo stesso Mussolini nel 1935. La Convenzione internazionale tra Pio XII (rappresentato dal Cardinale Raffaello Carlo Rossi,1886-1948, accompagnato a sua volta dal sostituto segretario di Stato monsignor Giovanni Battista Montini e dal principe Carlo Pacelli,1903-1970),ed il Rettore Caristia (alla presenza tra gli altri di Vittorio Emanuele

[3920] Per quanto riguarda l'A.O.I. dal Discorso del Rettore Pietro De Francisci per l'apertura dell'anno accademico 1936/37 viene comunicata l'attribuzione della laurea h.c. ai seguenti caduti in quella campagna:Luigi Michelozzi (Giurisprudenza, MAVM);Flavio Ottaviani(Ingegneria,MAVM);Cedo Consanni(Scienze ec. ;MAVM);Giorgio Rocco di Torrepadula(Scienze politiche;MOVM);Francesco Bellofiore(Scienze sc.;proprosto MAVM);Dr Emanuele Stolfi(Medico;attribuzione specializzazione)(v. *Annuario 1936-1937,*Roma,Tip. Paolini,1937,p.19 ss.Si fa presente che sulle lapidi dismesse risultano anche i seguenti nomi: Alberto Pesce;Giorgio Follera(,Nicola Tagliaferri e Corrado Dalzini.

ISSN 2279-7238

Orlando) prevedeva l'esborso di settanta milioni di lire da parte del Pontefice per la costruzione e l'uso perpetuo di una cappella per il culto cattolico.

I lavori della Cappella vennero iniziati - significativamente – dopo le elezioni del 18 aprile 1948 e terminarono per le celebrazioni dell'anno santo del 1950(V. Foto n.3-a.). La Cappella prevedeva non soltanto una chiesa di impianto *ovoidale,* ma anche una cripta per i caduti corredata da una *deposizione* marmorea di Giovanni Prini(1877-1958)(v.Foto 3-b.). Il complesso marmoreo, alla cui base sono ricordati dall'Autore i due figli caduti (Giuliano,medaglia d'oro dei sommergibilisti, e Vitaliano Ferdinando, in Russia durante il secondo conflitto mondiale), rappresenta un Giuseppe di Arimatea che coopera alla deposizione del Cristo, ma con un atteggiamento che fa pensare- e questa è una personale interpretazione- al gesto del Conte Ugolino, evidenziando il rimorso e il cordoglio profondi dell'autore.

La statua di Cataldi oggi risulta corredata da una nuova iscrizione latina che- oltre a certificare il passaggio dalla morte alla immortalità- unisce *tutti* i caduti nei conflitti dal 1848 sino al 1945.Si tratta dell'anestetizzazione di un conflitto sulla memoria della guerra civile che risulta evidente.

Il Rettore Caronia(1884-1977), antifascista e costituente[3921], nel 1945 aveva ricordato i venticinque caduti[3922] della Resistenza partigiana nel clima ricostruttivo che porterà l'Aula magna della Sapienza ad essere il luogo in cui si tennero i Congressi nazionali dei principali partiti politici del dopoguerra(PCI,DC,Pd'A,Psi,ecc.). Con il 1948 il nuovo rettore Cardinali(1879-1955), già preside di Lettere e filosofia e senatore del Regno su proposta di Giuseppe Bottai(1895-1958), evidenzierà nella sua relazione annuale come nella nuova

[3921] Su Caronia v. A. Pavan, *G.C.*, in DBI,vol.34(1988).

[3922]Pilo Albertelli (medaglia d'oro; docente al liceo Umberto I, che gli viene intitolato);Mario Fioretti (giovane magistrato nato nel 1912 - ucciso il 4 dicembre 1943);Manfredi Azzarita(1912-1944) capitano di complemento di cavalleria , laureato in Scienze politiche;- Medaglia d'oro al V.M);Manlio Gelsomini(1907-1944; medico dell'Umberto I,Medaglia d'Oro al V.M alla memoria);Armando Ottaviani(laureato in Lettere e filosofia,partigiano,trucidato alle Fosse ardeatine);Fernando Agnini(iscritto alla Facoltà di medicina,medaglia di bronzo al V.M.);Amilcare Baldoni(impiegato ucciso nella strage di Vacone (Rieti);Mario Batà(tenente di compl. Genio, studente di ingegneria M.O.V.M.);Francesco Bezzi(laureando in medicina,partigiano combattente);
Marcello Bonetti;Romualdo Chiesa(studente della Facoltà di Ingegneria ,Medaglia d'Oro VM,morto alle Fosse Ardeatine);Giuseppe Cicerchia;Domenico de Giovanni;Francesco Denaro;Cosimo de Nicco;Claudio Fiorentini;Pietro Fumaroli s.ten. complemento fucilato per rappresaglia il 1° ott.1943;Giorgio Giorgi- Fosse ardeatine;Massimo Gizzio- Facoltà di giurisprudenza- ucciso durante una manifestazion studentesca alla fine di gennaio 1944 ;Vittorio Marimpietri(partecipò al secondo conflitto mondiale e poi,partigiano, fu fucilato alle Fossa Ardeatine);Orlando Orlandi Posti- fucilato alle Fosse Ardeatine- Medaglia d'Argento al VM alla memoria;Attilio Peloso;Remo(Renzo) Pensuti-Fosse Ardeatine;Romeo Rodriguez Pereira, tenente dei carabinieri MOVM, fucilato alle Fosse ardeatine;Felice Salemmi.

ISSN 2279-7238

Cappella vi fosse appunto la cripta, dedicata sia ai caduti di tutte le guerre che ai più eminenti tra i professori[3923]

La normalizzazione degli anni '50 significò il necessario oblio per non creare tensioni . Mentre la struttura edilizia dello *Studium Urbis veniva adeguata progressivamente* ad uno sviluppo della popolazione studentesca che rendeva oramai carente il complesso piacentiniano, i resti delle nove lapidi che stavano alle spalle del monumento ai caduti di Cataldi nel Quadriportico e che erano state danneggiate nel periodo successivo al 25 luglio 1943 vennero dismessi nel 1959 ,attribuendone il degrado agli effetti dei bombardamenti che non colpirono però l'area[3924].

Le vicende dell'ultimo cinquantennio –se si eccettua la singolare trasformazione della cripta della Cappella e il trasferimento al piano superiore del monumento di Prini- non hanno condotto a novità di rilievo. Nell'aprile 2011 all'ingresso della Facoltà di Giurisprudenza è stata (ri)collocata la lapide del 1872 che ricorda i caduti risorgimentali[3925] .Durante questo lungo periodo, nonostante le vicende che hanno caratterizzato il nostro Ateneo il monumento di Cataldi, invero ossidato e poco riconoscibile, è rimasto testimone rispettato anche dalle avverse fazioni studentesche che si sono confrontate nell'area dal 1968 come silente testimone del sacrificio della Comunità universitaria per la Comunità nazionale.

6-Conclusioni- Per concludere, lasciatemi dare i numeri. L'anniversario del 1918, che oggi celebriamo, si connette anche con quelli del 1848, del 1938,del 1948,del 1968 ,del 1978 e del 2008.

A settanta anni dall Costituzione repubblicana del 1948 è, infatti, necessario ricordare la prima guerra mondiale e la conclusione del processo di raggiungimento dell'Unità nazionale nella consapevolezza che la difesa della Patria rimane sacro dovere del cittadino (art. 52 Cost.), ma anche che l'Italia ripudia la guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali(art. 11 Cost). Questi precetti della Costituzione, che si

[3923] V. G. Cardinali, *Relazione del Rettore Magnifico Prof. Giuseppe Cardinali tenuta nell'Aula Magna il 4 dicembre 1948*, in *Annuario per gli anni accademici 1948-1949*, DCXLVI dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1951, pp. 6-16

[3924] V. promemoria n. 3105 dell'Ingegnere Capo Francesco Guidi (25 agosto 1959).

[3925] https://www.uniroma1.it/it/node/14856

ISSN 2279-7238

inseriscono in una prospettiva del conflitto armato volto a scopi difensivi , devono essere integrati anche dalla consapevolezza che i fantasmi del passato possono ritornare. La crisi finanziaria del 2008 ha indebolito, nell'ambito della riqualificazione degli assi geopolitici, le strutture dello Stato sociale e rischia di delegittimare la stessa democrazia rappresentativa. Gli incubi dello Stato autoritario a tendenza totalitaria, che investiron l'Italia ed altri ordinamenti europei durante gli anni Venti –Trenta, devono essere sempre presenti, così come la vergogna aberrante delle leggi razziali del 1938, che hanno colpito la comunità ebraica, che proprio nello Statuto albertino del 1848 e nel processo di unificazione nazionale aveva visto lo strumento principe di integrazione. E' necessario ricordare, in questa occasione, che anche gli studenti e i professori di origine ebraica che combatterono durante la prima guerra mondiale vennero discriminati nel 1938 ed è bene che l'Università romana ricordi le sue colpe, come stanno- d'altro canto facendo anche altri Atenei.

Infine, durante il decennio 1968-1978 questa Università fu al centro del sommovimento che portò a tensioni e a vittime anche tra i docenti. Nel 1978 Aldo Moro e,poi, nel 1980 Vittorio Bachelet, entrambi docenti della Facoltà di Scienze politiche, furono uccisi. Bachelet venne assassinato proprio sulle scale della sua Facoltà e una targa, che aspetta di essere ricollocata, lo ricorda. Anche loro, come Ezio Tarantelli (1985) e Massimo D'Antona(1999), sono quindi rappresentati virtualmente nel monumento di Cataldi, che vigila qui accanto non più sulla base di una religione politica, ma di una religione civile, collegata con gli ideali risorgimentali e fondata saldamente sulla Costituzione repubblicana del 1948.

ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238



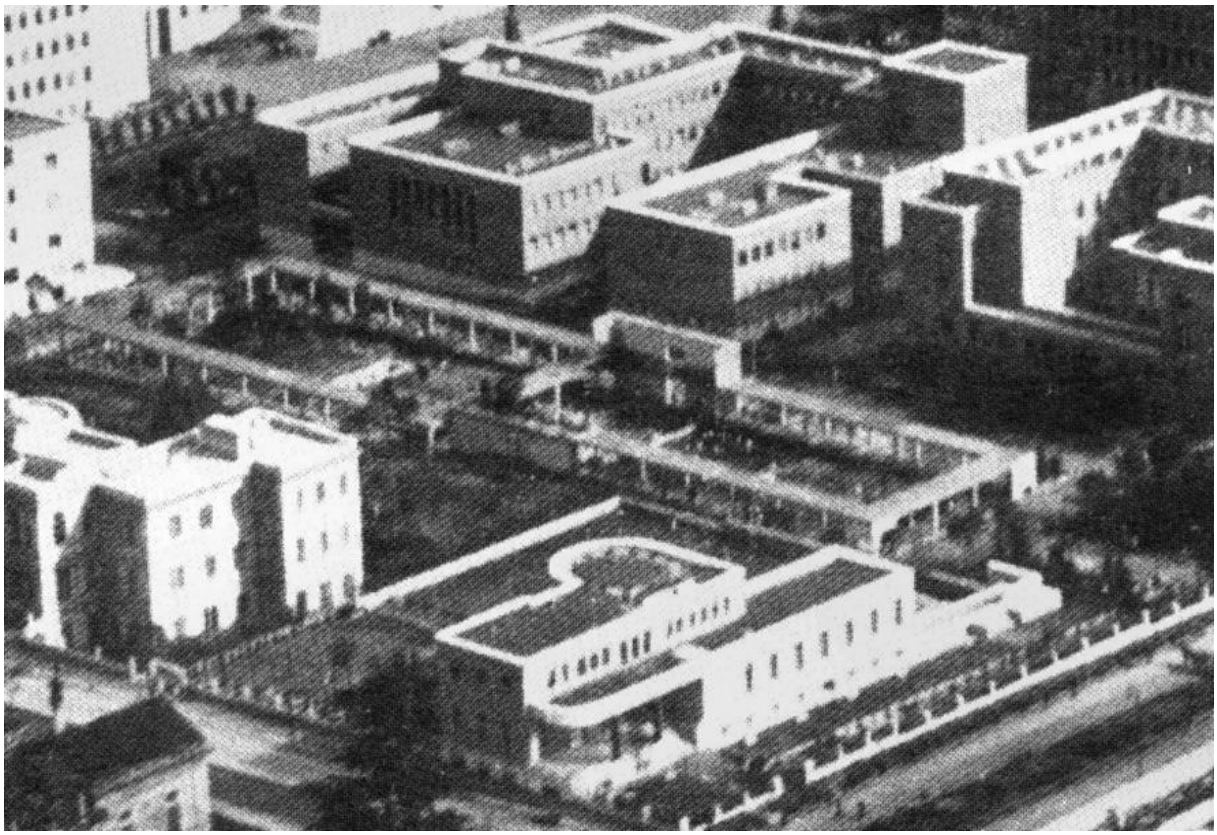
ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238



Annuale 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238



Annuale 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238



VANNI PRIMI. «La Grande Pietà» Cripta dei Caduti un
versitari nella nuova Cappella

ISSN 2279-7238



ISSN 2279-7238


ALLA MEMORIA
DEGLI STUDENTI DI QUESTA UNIVERSITA'
CHE STRETTI IN FIDA SCHIERA
PUGNARONO PER LA GRAN PATRIA ITALIANA
A CORNUDA A VICENZA A VENEZIA A ROMA
E CHE NELLE PUGNE PIÙ RECENTI CONCORSERO
ELETTI DALLA MORTE
A NUTRIRE DEL SANGUE GENEROSO
LA SACRA PIANTA DELLA LIBERTA'
A MOSTRARE COL FATTO
CHE COMPIMENTO DELLA SCIENZA
E' L' AMORE OPEROSO DEL BENE
GLI STUDENTI DEL 1872

ISSN 2279-7238

L'Università italiana in guerra: al fronte e nella società civile (1914-'19)*

di Elisa Signori**

SOMMARIO: 1. Tra pace e guerra – 2. Una guerra di cervelli – 3. Pro patria mori

A cento anni dalla fine della Grande guerra molti aspetti di quel complesso ciclo di eventi, nonché il suo bilancio finale, appaiono ancora controversi e si riaffaccia in diverse occasioni pubbliche una narrazione, che recupera retoriche eroicizzanti e nazionalistiche, mettendo in ombra l'impatto devastante del conflitto al fronte e nella società civile. In queste righe si assume il punto di vista del sistema universitario del Regno per comprendere i modi del suo protagonismo nel conflitto, ove fu in prima linea con le conoscenze scientifiche e le coscienze di studenti e professori, ma soprattutto in prima linea con l'arruolamento dei suoi 42.000 mobilitati e la quotidiana litania dei suoi lutti. Murray Butler, dal suo osservatorio alla Columbia University, scrisse che il tentativo di tante università europee di funzionare come se la guerra non esistesse, era un «empty sham», una vuota finzione[1]. Il giudizio è in parte corretto anche per gli atenei italiani ma, insieme a causare questo impoverimento, la guerra fu il motore di iniziative scientifiche e sperimentali innovative e destinate a proficuo sviluppo.

1. Tra pace e guerra

«Su questo immenso campo di guerra europea c'è gloria per tutti. Gloria per chi si sente uomo civile e come uomo civile sente di amare la Patria. E siccome io amo la Patria, desidero che anche noi Italiani si scenda in lizza per conquistare la gloria che spetta agli uomini forti. […] quando il sangue è speso bene non c'è da è piangere e guai a farne economia. Le ruote della Storia hanno bisogno di olio rosso per girare bene. […] E' questo l'anno della gloria […] e noi che corriamo all'avanguardia del nazionalismo la bramiamo come una promessa d'amore. Chi è giovane di corpo e di anima vuole questa guerra purificatrice, perché in essa sta la nostra vita, la nostra esuberanza, la nostra VITTORIA. E sappia il Re ed il Governo il desiderio dei Giovani Italiani perché dei Giovani è l'Italia, dei Giovani che […] domani canteranno il peana della Vittoria sui campi di S. Giusto»[2].

Chi si rivolge ai compagni dell'Università di Pisa con questo appello alle armi è Ivo Stojanovich, studente di giurisprudenza, e il contesto è il febbraio del 1915. Nel suo discorso ritroviamo, tra echi futuristi, dannunziani e marinettiani, molte delle componenti

* Relazione al Convegno "*1918-La Sapienza, la prima guerra mondiale e la pace*", tenutasi in Aula Magna dell'Università La Sapienza di Roma il 7 novembre 2018.

** Professore ordinario di Storia contemporanea presso l'Università degli Studi di Pavia.

[1] Nicholas Murray Butler a J.W.Burgess, 19 October 1914, Columbia University Archives, lettera citata in TOMÁS IRISH, *The University at war, British, France and the United States*, Londra, Palgrave Macmillan, 2015.

[2] *XXIX maggio 1924 : l'Università di Pisa celebra i suoi gloriosi caduti nella guerra MCMXV - MCMXVIII*, Pisa 1924, pp. VII –IX.

ISSN 2279-7238

dell'interventismo studentesco che infiammò gli atenei italiani: l'idea della guerra come farmaco, rigeneratore morale della nazione, l'aspirazione alla gloria, l'esaltazione della gioventù virile, l'amor di patria come elemento qualificante della personalità, il sacrificio della vita come opzione naturale e conseguente del patriottismo, il rigetto dell'internazionalismo. Rappresentativo degli umori interventisti è anche il monito al re e alle camere del parlamento, imputate, queste ultime, di dare «miserandi esempi di antipatriottismo». Classe 1893, arruolato nel 48° reggimento di fanteria, Stojanovich sarebbe caduto sulla Cima 4 del Monte San Michele un anno e mezzo più tardi, il 6 agosto 1916[3].

E'un altro studente già al fronte, Giacomo Morpurgo, fiorentino, iscritto a Lettere presso l'Istituto superiore di Firenze, a rievocare l'entusiasmo della mobilitazione pro-intervento culminata a Roma in una manifestazione restata per lui indimenticabile: «io ricordo tutto – annota in un diario – attraverso la visione di quel popolo immenso che mosse su da Piazza del Popolo al Ministero della guerra, al Quirinale, ad acclamare la guerra[…]. Certo, quando la gridavamo, quando la chiedevamo eccitati, esultanti, frementi non si pensava precisamente agli aspetti giornalieri della guerra: ne vedevamo la gloria luminosa, ma non la paziente opera quotidiana[…]. Ora che ne vediamo i particolari necessariamente meno belli e assai dolorosi, è indispensabile che ognuno di noi non perda di vista quella visione bellissima della guerra che ci apparve in quello sfolgorante maggio romano: la visione completa della guerra redentrice» [4]. Nelle sue parole si intravvede l'impatto traumatico della realtà di trincea, per nulla eroica, ma anche la ribadita fedeltà ai valori e alle finalità nazional-patriottiche della guerra, che sole continuavano a dare senso ai sacrifici imposti.

Arruolato nell'8° reggimento degli Alpini, Morpurgo, appena ventenne, sarebbe caduto il 6 ottobre 1916 nell'assalto della Busa Alta in val di Fiemme.

Sono due testimonianze tra le tante che si possono richiamare, entrambe emblematiche dell'*animus* col quale molti giovani vissero la guerra mondiale dopo averla vagheggiata nel periodo della neutralità. Non si può certo generalizzare tale attitudine, che tuttavia conosce innumerevoli attestazioni, e semmai è diversamente declinata in senso nazionalista o democratico-risorgimentale – il conflitto come ultima guerra del Risorgimento, l'obiettivo *delenda Austria* per la liberazione dei popoli dal gioco imperiale – o irredentista – la risposta al grido di dolore dei fratelli oppressi a Trento e Trieste -. Ma certo il coinvolgimento emotivo della gioventù studentesca è concordemente raccontato da fonti giornalistiche e prefettizie, interne e esterne alla comunità accademica. Così come è raccontata l'originale saldatura inter-generazionale realizzatasi tra studenti e professori, alcuni dei quali interpreti

[3] Su Ivo Stojanovich,insignito di medaglia di bronzo alla memoria, già fondatore della Pro Italia Studentium Actia, nucleo iniziale del Comitato di preparazione e mobilitazione civile di Pisa cfr. MARIO LECCI, *Commemorazione del sottotenente Ivo Stojanovich, letta al Comitato pisano di preparazione e mobilitazione civile*, *Assemblea generale 17 marzo 1917*, s.l. [1917].

[4] Cfr. ADOLFO OMODEO, *Momenti della vita di guerra. Dai diari e dalle lettere dei caduti 1915-1918,* Torino, Einaudi 1968, I ed. Bari 1934, p.182 .

ISSN 2279-7238

di quelle stesse istanze, tra interventismo democratico di ispirazione risorgimentale e nazionalismo militante.

«Non si attribuisca a tenerezza nostalgica per i professori e per gli studenti fra i quali ho vissuto cinquant'anni se dico di loro che furono i primi a sentire e a diffondere la necessità della guerra. Lo dico con l'esperienza di ministro dell'interno, costretto a frenare esuberanze, a sciogliere dimostrazioni, a impedire manifestazioni contro professori stranieri o reputati germanofili, a chiudere università e licei» [5]. Così Salandra nei suoi ricordi conferisce una sorta di primogenitura interventista al mondo accademico e ne conferma il ruolo di aggregazione e di propulsione dell'agitazione pro intervento.

Il coinvolgimento delle *élites* intellettuali e accademiche italiane è poco noto oltre che largamente atipico rispetto a quanto avvenne nei contesti degli altri paesi belligeranti.

Per l'Italia infatti la guerra non si era posta, come in Francia, quale risposta obbligata ad un'invasione, che faceva scattare *l'union sacrée*. Quanto alla Triplice Alleanza, di cui l'Italia era membro subalterno, come è noto, essa vincolava l'intervento dei paesi *partners* a un'intesa preliminare e lo prevedeva soltanto nel caso di un'aggressione subìta e non nell'eventualità di una attacco offensivo come quello sferrato dall'Austria alla Serbia dopo l'ultimatum. L'Italia si trovava, dunque, nella condizione di poter scegliere.

Di fronte al dilemma pace/guerra, il mondo universitario italiano, eterogeneo e frammentato, conobbe un'intensa esperienza di *engagement* : dapprima espresse posizioni differenti, che, a partire dall'autunno-inverno 1914, vennero polarizzandosi pro o contro l'intervento fino all'*escalation* del «radioso maggio» 1915.

Rimane assodato che quella che si espresse rumorosamente pro intervento fu una risoluta minoranza della comunità accademica, alla quale rimasero estranei i non pochi studenti e professori del tutto alieni dall'impegno politico mentre si schierò all'opposizione il frastagliato fronte dei neutralisti.

Sul versante neutralista mancò peraltro un linguaggio e una linea comune all'interno degli atenei: pacifismo cattolico, antimilitarismo anarchico, neutralismo liberale e socialista vi erano rappresentati sia tra gli studenti che tra i docenti, attivi però su fronti politici e culturali differenti, non comunicanti e persino antagonisti [6]. Ne conseguì che la visibilità del neutralismo fu assai scarsa nel perimetro accademico: non aggregò comizi studenteschi, non seppe inventare occasioni e argomenti di comunicazione efficace, rimase affidata a voci anticonformiste, via via più isolate e talvolta violentemente contestate nelle aule e fuori.

2. Una guerra di cervelli

[5] ANTONIO SALANDRA, *L'intervento* (1915), Milano 1930, p.311. Su questi temi mi permetto di rimandare al mio *Perchè la guerra? Voci e argomenti della comunità accademica italiana 1914-1918* in *Minerva armata. Le Università e la grande guerra*, a cura di G.P. Brizzi e E.Signori, Bologna, Clueb 2017, pp. 19-38.

[6] *Abbasso la guerra! Neutralisti in piazza alla vigilia della Prima guerra mondiale*, a cura di FULVIO CAMMARANO, Firenze, Le Monnier, 2015 e *L' Italia neutrale 1914-1915* , a cura di GIOVANNI ORSINA E ANDREA UNGARI, Roma, Rodorigo, 2016

ISSN 2279-7238

«This war has been a battle of brain», così H.A. Fisher osservava nel 1917 a proposito delle università britanniche, ma che si trattasse di una inedita «guerra di cervelli», che vedeva protagonisti professori, studenti e le stesse istituzioni accademiche lo si può confermare per tutte le nazioni belligeranti, Italia compresa[7]. L'espressione risulta pregnante in molteplici ambiti nei diversi momenti di questo processo storico: anzitutto l'università fu, come s'è detto, con tutta la sua autorevolezza politico-culturale il luogo di un confronto serrato di opinioni, linguaggi, costruzioni retoriche sul tema pace/guerra; a guerra dichiarata, messi a tacere dubbi e discordie, combatté con le risorse delle «scienze utili», dalla chimica alla medicina, inventando, sperimentando e producendo applicazioni funzionali allo sforzo bellico, ma, al tempo stesso, s'impegnò ad influire sulla tenuta della società civile recitandovi, grazie ad un'azione di capillare propaganda patriottica e di assistenza organizzata, il ruolo di superiore agenzia educativa della nazione; forte di questa duplice missione di competenza scientifica e di pedagogia patriottica, si esercitò infine a prevedere e predisporre strategie per il dopoguerra, ad esempio sul terreno del diritto, delle future relazioni e assetti internazionali, della politica economica, finanziaria, energetica etc.

Nel 1924 Vittorio Emanuele Orlando riassunse alcuni aspetti di tale impegno: «La medicina ha dato maestri e scolari alle ambulanze e agli ospedali da campo; l'ingegneria al Genio e alle costruzioni militari; le scienze positive alla ricerca di congegni per l'offesa e la difesa, per cui non mai più mostruosa guerra fu combattuta, dai profondi gorghi del mare alle pure altezze dei cieli. La facoltà giuridica sembrava essere meno fortunata […] Le schiere che ogni anno uscivano dalle nostre aule apparivano qualche volta […] come retori e sofisti dell'epoca nostra, anelanti alla conquista della vita con le sole parole sonanti. Ebbene quelle schiere sono accorse alle trincee, han dato alla Patria, con la parola e coll'ingegno, il sangue e la vita: hanno esse costituito il poderoso nerbo di quella mirabile ufficialità improvvisata che comandò compagnie e battaglioni, non inferiore agli ufficiali professionali né per intelligenza tecnica, né per eroismo e spirito di sacrificio»[8]. Orlando metteva così a confronto le competenze acquisite negli studi medici e ingegneristici con le virtù morali e la capacità di comando degli studenti di formazione umanistica per celebrarne la concorde dedizione nell'emergenza bellica.

In una relazione ufficiale del 1920 leggiamo un più articolato bilancio del contributo delle università redatto per il ministro della Pubblica Istruzione: i dati, raccolti con l'invio di un questionario *ad hoc* ai tutti i rettori degli atenei, statali e liberi, nonché ai direttori delle scuole e istituti di istruzione, confluirono in un testo dal tono tra burocratico e celebrativo e tuttavia ricco di informazioni, sia sulle scelte normative assunte in tempo di guerra per regolare l'attività di professori e studenti, italiani e stranieri, sia sulle attività di ricerca e sulle iniziative di assistenza e di propaganda realizzate da ciascuna università[9].

---

[7] H.A.FISHER, *British Universities and the War*, New York-Boston 1917, p.XIII, cit in IRISH, *The University at war, British, France and the United States,* cit, p.1.

[8] V.E. ORLANDO, *L'Università e la guerra*, in *XXIX maggio 1924 : l'Università di Pisa celebra i suoi gloriosi caduti* cit. p.XVI.

[9] MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE, *Le Università e gli Istituti di istruzione superiore in Italia durante la guerra. Relazione presentata a S.E. il Ministro della Pubblica Istruzione*, Roma ,Tipografia Operaia Romana, 1920.

ISSN 2279-7238

E' un panorama disuguale e incompleto da cui peraltro emergono alcuni elementi di grande interesse. Anzitutto, la funzione della guerra come acceleratore della creatività e produttività scientifica: laboratori e istituti di ricerca, reparti medici e centri sperimentali, nuovi o preesistenti e potenziati, ovunque diversificandosi, investono energie e risorse su specifici problemi. Il caso della chimica di guerra è assai noto, per la sperimentazione e produzione di gas tossici e dei relativi antidoti, ad esempio, all'Università di Napoli[10]. Ma passi da gigante sono compiuti in campo medico con progressi clamorosi in ambito diagnostico, terapeutico, chirurgico e farmacologico. Basti ricordare la chirurgia maxillo-facciale per le lesioni da arma da fuoco praticata con successo all'università di Bologna[11] o gli avanzamenti nella riabilitazione neuromotoria degli invalidi di guerra, come nei reparti meccano-terapici allestiti all'Università di Pavia[12], o ancora alla psichiatria di guerra che approfondì casistiche prima ignote[13].

Secondariamente, la relazione illustra il poderoso sforzo organizzativo, che vide sorgere per iniziativa di professori e studenti una nebulosa di organismi con finalità assistenziali e propagandistiche: dalle Case del soldato ai Segretariati studenteschi femminili per la produzione di beni di conforto, dagli Uffici notizie, deputati a far da tramite tra il fronte di guerra e le retrovie ai Comitati d'aiuto per le famiglie dei richiamati, per gli orfani di guerra e, dopo Caporetto, per i profughi dalle zone occupate; e ancora gli Uffici legali, l'Opera per i libri agli studenti in prigionia, i cicli di conferenze, le mostre, le edizioni di opuscoli, libri, manifesti e cartoline di ispirazione patriottica e gli intrattenimenti, musicali e teatrali, le passeggiate familiari e le vendite di beneficienza finalizzate a sottoscrizioni sino alla gestione di cucine economiche.

Impegno individuale e collettivo si intrecciavano coordinati dall'Unione generale degli Insegnanti italiani (UGII), fondata proprio nel 1915, e dall'Associazione Nazionale Professori Universitari (ANPU). Sono maestri prestigiosi, avanti nell'età, sono riservisti o inabili alla leva o esonerati a vario titolo, oltre alle studentesse, a presidiare gli atenei e a dar vita a questa multiforme attività.

D'altronde, l'altra faccia della medaglia universitaria illustrata nella relazione è quella di un'istituzione messa alla prova da aspre difficoltà organizzative e strutturali.

«Ahimè quanto pochi nelle nostre aule. Ogni fioritura nuova, appena si affaccia all'Università, è presa nel turbine. Noi non li vediamo ormai, i nostri giovani, che quando tornano per brevissimo congedo dal campo. In certe facoltà l'elemento femminile è

[10] Ivi, pp.18-21.

[11] STEFANO ARIETI, *La scuola di medicina di Bologna e la prima guerra mondiale: nuove esperienze in chirurgia maxillo-facciale*, in *Minerva armata. Le università e la Grande guerra*, a cura di Gian Paolo Brizzi, Elisa Signori, Bologna, Clueb, 2017pp.217-227

[12] Paolo Mazzarello, Giorgio Mellerio, *Il Collegio Universitario Borromeo e la sanità pavese durante la Grande guerra* in *Minerva armata* cit., pp.163-174,

[13] Sulla ricerca e assistenza neuropsichiatrica si veda per il contesto emiliano FRANCESCO PAOLELLA, *La neuropsichiatria in Emilia-Romagna durante la guerra* in *Una regione ospedale. Medicina e sanità in e Emilia-Romagna durante la Prima guerra mondiale*, a cura di Fabio Montella, Francesco Paolella, Felicita Ratti , Bologna, Clueb 2010, pp.67-110

ISSN 2279-7238

divenuto assolutamente dominante se non proprio esclusivo»[14]. Così Prospero Fedozzi, rettore dell'Università di Genova, osservava sconsolato nell'autunno del 1917 e in ogni ateneo italiano il rettore avrebbe potuto far sua questa immagine di aule spopolate e di anomala femminilizzazione dell'uditorio. Nel corso della guerra, infatti, si era enormemente amplificato il fenomeno degli studenti che potremmo dire «virtuali»,

passati in Università come meteore e subito richiamati o, per l'esonero dalla frequenza, addirittura

mai entrati in un'aula così come si avvertì ovunque la crescente incidenza sul totale della popolazione studentesca delle studentesse, passate tra il 1915 e il 1918 dal 18,6% al 23,5% delle iscrizioni nelle università e istituti d'istruzione superiore del Regno[15].

Atenei desertificati, cattedre vacanti, corsi affidati per incarico agli stessi docenti, per lo più anziani, carenza di organico, cliniche prive di personale sanitario, risorse ridotte al lumicino: insomma, una normalità stravolta e una faticosa tenuta della funzionalità didattica e di ricerca, a causa delle tasse diminuite, dei finanziamenti ministeriali tagliati, del blocco del reclutamento, della mobilitazione per il fronte, e dei lutti, contrappunto incessante dei quarantuno mesi di guerra.

Dunque le fonti ci trasmettono un'immagine dell'università intimamente contraddittoria: da un lato, valorizzata come crogiolo di energie scientifiche e morali per la guerra, dall'altro, annichilita a causa dell'ecatombe nella quale fu sacrificata una moltitudine di giovani e meno giovani, studenti e studiosi che abbandonarono per le trincee le loro aule, i laboratori e le biblioteche.

3. Pro patria mori

Durante la guerra le università « dimostrarono di essere ancora, non soltanto il luogo sacro alla scienza e all'austerità degli studi, bensì un tempio di fede, una fucina di nobili sentimenti. Professori e studenti gareggiarono in più parti, come a' bei giorni del nostro Risorgimento nel chiedere per sé l'ambito onore di correre in servizio della Patria, anche quando l'età o la salute o la particolare posizione scientifica avrebbero potuto giustificare altri e men pericolosi uffici […]. I giovani, educati da una nobile schiera di maestri, non esitarono a far sacrificio della loro vita; e il più bel fiore di nostra stirpe tinse del suo sangue le balze del Carso e il piano dell'Isonzo e dallo Stelvio al mare rinnovò le gesta del più puro eroismo»[16].

Così si legge nella citata relazione del 1920 e le parole alate di Filippi, direttore generale al ministero della Pubblica Istruzione, retoricamente infiorano la realtà di un tributo

[14] *Discorso del Rettore Prof. Prospero Fedozzi per l'inaugurazione dell'anno accademico 1917-'18*, in *Annuario della Regia Università degli studi di Genova*, Genova, 1918, p.8

[15] Per i dati sulle iscrizioni cfr. MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE, *Statistica della popolazione scolastica delle università e degli Istituti superiori*, Roma, Libreria dello Stato, 1925, pp. 45-47, 95-97, 145-147, 195-197.

[16] MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE, *Le Università e gli Istituti di istruzione superiore in Italia durante la guerra,* cit.p.14

ISSN 2279-7238

altissimo di vite umane, sul quale è importante soffermarsi per dare concretezza al percorso sin qui seguito.

Parliamo di numeri, dunque, e di una *élite* intellettuale, in formazione, promettente o già matura per competenze acquisite, falcidiata e sottratta per sempre alla vita attiva e al suo ruolo politico-culturale nella società italiana.

Che l'arruolamento in massa della gioventù italiana nella Grande guerra abbia visto come sua componente rilevante gli studenti universitari, divenuti, dopo breve addestramento, un pilastro dell'ufficialità di complemento, è un dato acquisito. Basti pensare al complesso dei 40.210 studenti arruolati sul totale della pur elitaria popolazione universitaria maschile, che annoverava complessivamente 27.991 iscritti nel 1915-'16 giungendo progressivamente fino a 40.148 unità nel 1918/'19.

Molto più contenuti risultano i dati sull'arruolamento di docenti, aiuti, assistenti, impiegati e subalterni – 1739 nel complesso –, che riflettono la composizione per età delle comunità accademiche, ove le classi d'età chiamate alle armi, dai 18 ai 42 anni, erano modestamente rappresentate.

Tuttavia, considerando affidabili i dati sull'arruolamento, restano tuttora da verificare quelli sulla mortalità effettiva e appaiono largamente inattendibili le stime complessive offerte al proposito, ossia sui caduti al fronte, per malattie contratte in servizio, per postumi di ferite, in prigionia.

Loro fonte comune è la citata relazione ministeriale del 1920 fondata peraltro su rilevazioni realizzate nel 1919 e indicate come approssimative. Se tuttavia si consultano le fonti d'archivio dei singoli atenei, la conclusione è che quelle tabelle, fotografando un primo e provvisorio censimento delle perdite, finiscono per dare un'immagine non solo parziale, ma persino distorta della realtà.

Basti a dimostrarlo qualche caso: la relazione ministeriale annota 180 lutti tra gli studenti dell'Università di Torino, che tuttavia pubblicò nel 1920 un elenco di 205 nomi di suoi studenti caduti, ossia il 13,8 % in più, con i relativi profili biografici[17].

A Napoli nel 1944 il rettore Adolfo Omodeo, insediato dopo la liberazione della città dall'occupazione nazista, provvide a sostituire le lapidi in ricordo dei caduti universitari della Grande Guerra, andate distrutte nell'incendio provocato dalle truppe tedesche. Una grande lastra marmorea venne così incisa con 350 nomi, ben di più del dato ufficiale fermo a quota 274.

A Pavia, la ricognizione ministeriale conta tra gli studenti 135 nomi e altri 2 tra i docenti e assistenti; eppure tra il 1919 e il 1923 il rettorato mise a fuoco un bilancio di 170 caduti tra gli studenti e di 4 tra i professori e aiuti[18].

[17] GIOVANNI GORRINI, *L' Università di Torino a' suoi prodi caduti per la patria, 1915-1918* , Torino, Paravia 1920.
[18] ELISA SIGNORI, *L'Ateneo di Pavia e la Grande guerra*, in *Almum Studium Papiense. Storia dell'Università di Pavia,* vol 2 *Dall'età austriaca alla nuova Italia* Tomo II, a cura di Dario Mantovani, Milano, Cisalpino,2017, pp.1169-1192.

ISSN 2279-7238

All'Università di Bologna nel 1920 erano segnalati 129 studenti caduti, ma studi recenti hanno accertato un contributo di vite ben più drammatico pari a 179 casi, 50 in più[19].

A Padova gli studi condotti sulle carte d'archivio sono approdati a definire un risultato plausibile di 210 studenti caduti, ossia ben di più (+16%) dei 180 censiti nella citata relazione[20].

Infine di alcuni istituti ancora non riconosciuti come università o scuole superiori non si tenne conto nella citata Relazione e gli studenti caduti di quella sede non furono conteggiati: è il caso della Regia Scuola superiore di commercio di Venezia, Ca' Foscari, fondata nel 1868, ma parificata come istituto universitario statale solo nel 1936. I dati relativi al coinvolgimento della Scuola veneziana non vennero censiti e dunque nemmeno il dato dei suoi 70 caduti in guerra[21].

Non stupisce tanta incertezza sui dati quantitativi, quando si pensi che a un secolo di distanza anche il numero complessivo dei soldati e ufficiali italiani, morti al fronte o comunque per cause belliche, è avvolto in una «ingiustificabile indeterminatezza»[22]. Questa contabilità drammatica, tuttavia, va precisata se si vuole valutare pienamente la perdita secca di vite umane subita dalle comunità accademiche, dalle famiglie, dalla società, se insomma si vuole andare oltre la retorica del « bel fiore di nostra stirpe» per quantificare la brutale amputazione sofferta.

La variabilità dei dati è in gran parte spiegata con le modalità di elaborazione collettiva del lutto adottate dagli atenei: ai riti di rimpianto e cordoglio, occasioni per una commemorazione solenne e collettiva che lenisse la sofferenza dei sopravvissuti, si aggiunse la pratica, formalizzata dal ministero della Pubblica Istruzione già durante la guerra, del conferimento delle lauree *ad honorem*. Queste costituivano una simbolica conclusione dei *curricula* troncati dalla guerra e, con una sorta di inadeguato, ma volenteroso indennizzo, il corpo accademico, proclamando dottori i suoi caduti, solennizzava la loro inclusione perenne nel perimetro dell'istituzione, che li aveva accolti per prepararli a un avvenire, di cui erano stati defraudati[23].

---

[19] In proposito si vedano le pagine on line *Albo d'onore degli studenti caduti nella prima guerra mondiale* nel sito https://archiviostorico.unibo.it/it/patrimonio-documentario. L'università di Bologna nel 2018 ha rintracciato le famiglie di 14 caduti su 47 nuovi nominativi di studenti caduti individuati grazie alla ricerca d'archivio. La notizia della consegna delle lauree *ad honorem*, in www.corriere.it/scuola/universita/18_settembre_11/bologna-laurea-ad-honorem-gli-studenti-caduti-grande-guerra.

[20] PIERO DEL NEGRO, *Gli studenti dell'Università di Padova caduti nelle due guerre mondiali*, in *Le Università e le guerre dal Medioevo alla Seconda guerra mondiale*, Bologna, Clueb, 2011, p.115-23

[21] Sugli studenti caduti della Scuola veneziana si veda la pagina *I caduti cafoscarini* nel sito https://www.unive.it/data/33895/

[22] PIERLUIGI SCOLÈ , *I morti*, in *Dizionario storico della prima guerra mondiale*, a cura di Nicola Labanca, Bari, Laterza, 2014, p.178

[23] Sui riti di cordoglio e celebrazione dei caduti mi limito qui a citare JAY WINTER, *Remembering war: the Great War between memory and history in the twentieth century*, New Haven, Yale University Press, 2006; STEPHANE AUDOIN-ROUZEAU-ANNETTE BECKER, *14-18, retrouver la guerre*, Paris, Gallimard, 2000; OLIVER JANZ, *Lutto, famiglia, nazione nel culto dei caduti della prima guerra mondiale in Italia*, in *La morte per la patria,* a cura di OLIVER JANZ-LUTZ KLINKHAMMER, Roma, Donzelli 2008; FRANCESCO CABERLIN , *Università e nazionalismo di fronte alla Grande Guerra: il caso degli atenei toscani*, "Annali di storia delle Università italiane" n.14, 2010, pp. 341-355.

ISSN 2279-7238

Per predisporre gli albi d'onore allora pubblicati, per i quadri fotografici che incorniciavano d'alloro i volti dei caduti i rettorati raccolsero dunque notizie dalle famiglie, dai commilitoni, dai compagni, dalle autorità militari, vagliando ciascun caso – ad esempio quello dei dispersi, la cui sorte si chiariva talvolta a distanza di molto tempo – in modo di non far mancare a nessuno anche tardivamente la laurea *ad honorem* e di iscriverne tutti i nomi sui monumenti e sulle lapidi poste a loro ricordo tra le mura degli atenei.

La ricognizione non era priva di filtri: ad esempio, il dato sui prigionieri fu forse occultato, stante il diffuso pregiudizio, che assimilava l'esperienza della prigionia a una ridotta combattività se non addirittura alla diserzione. E non era nemmeno facile individuare tutti, perché la guerra aveva amplificato il fenomeno degli studenti «virtuali», passati in università come meteore per l'esonero dalla frequenza. Molti si trasferivano da una sede all'altra, lasciando tracce labili, e le famiglie, travolte dal lutto, non sempre davano notizia della loro morte: le informazioni giunsero agli uffici con uno stillicidio di singoli casi, che si protrasse ben addentro gli anni Venti. A fine 1919 il numero complessivo delle lauree *ad honorem* era di 1800 e 600 i diplomi d'ingegneri conferiti nelle Università e negli Istituti di studi superiori del Regno.

In definitiva, il dato ufficiale dei caduti per causa bellica, pari a 2308, di cui 2240 studenti, va certamente accresciuto in una misura variabile tra il 15 e il 30 % , e commisurato al totale delle iscrizioni si attesta a un'incidenza oscillante dal 6 al 15% della popolazione universitaria maschile.

La vittoria ebbe dunque un prezzo altissimo e la falcidie di energie intellettuali e giovanili molto pesò nel dopoguerra: invece della vagheggiata rigenerazione morale della nazione la società italiana sarebbe scivolata in una lunga crisi, culminata in una guerra civile e nell'avvento della dittatura.

ISSN 2279-7238

La guerra e la volontà collettiva degli Stati: riflessioni sulla prolusione di Dionisio Anzilotti *il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale per gli anni accademici 1914-1915*, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

di Sergio Marchisio*

Nel bel ricordo dedicato al Maestro dal titolo *Rencontres avec Anzilotti*, del 1992, Roberto Ago scriveva: "Se c'è stato un uomo che, nel corso della sua vita, ha fatto della scienza giuridica un'opera d'arte questo è stato Dionisio Anzilotti[24]. Dell'opera di Anzilotti gli internazionalisti sono ancora, non v'è dubbio, ammiratori riconoscenti, nonostante il tempo trascorso e le successive elaborazioni che hanno superato le sue posizioni. Egli fu infatti il vero fondatore in Italia del diritto internazionale inteso come diritto positivo, con l'abbandono di ciò che restava della scuola di diritto internazionale, eclettica ed avulsa dalla realtà, formatasi sulla scia di P.S. Mancini[25].

Una delle caratteristiche del pensiero scientifico di Anzilotti è stata il suo rapido adattarsi all'evolversi della dottrina europea, specie tedesca, della quale ebbe una conoscenza approfondita, nel periodo di passaggio dal giusnaturalismo al positivismo giuridico. Quell'esigenza di "pensare e ripensare", lo portò a modificare in modo sostanziale tesi anteriormente sostenute su problemi fondamentali del diritto internazionale[26]. In un arco di vita che si dipanò dalla seconda metà del secolo dell'Unità italiana fino al secondo dopoguerra, nel 1902 Anzilotti iniziò l'insegnamento nell'Università di Palermo, dalla quale passò, dopo appena un anno, a quella di Bologna. Qui, nel 1906 fu promosso ordinario, per poi essere trasferito nel 1911 alla cattedra di diritto internazionale nell'Università di Roma La Sapienza, che inaugurò con la famosa prolusione sulla formazione del Regno d'Italia, di cui ricorreva il cinquantenario.[27] A partire dal 1920, la sua carriera proseguì con l'assolvimento di importanti funzioni internazionali, in qualità di giudice della Corte permanente di giustizia internazionale, della quale fu a lungo presidente[28].

Pur accompagnato da un'inesauribile ansia di revisione, Anzilotti rimase sempre convinto positivista e dualista, in un'epoca in cui il concetto tradizionale del diritto internazionale come diritto di natura era caduto in discredito di fronte alla nuova

---

* Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università Sapienza di Roma

[24] R. Ago, *Rencontres avec Anzilotti*, in European Journal of International Law, (sezione dedicata a *The European Tradition of International Law: Dionisio Anzilotti*), 1992, pp. 92-99.

[25] P. Ziccardi, *Caratteri del positivismo dell'Anzilotti*, in Rivista di diritto internazionale, 1953, pp. 22-29.

[26] T. Perassi, *Dionisio Anzilotti*, in Rivista di diritto internazionale, 1953, pp. 14-15.

[27] S. Marchisio, *L'utilizzo delle categorie giuridiche del diritto internazionale nel processo d'unificazione italiana*, in Nomos. Le attualità nel diritto, 3, 2017, pp. 1-22.

[28] Cfr. le brevi ma incisive riflessioni di Ch. De Visscher, *Dionisio Anzilotti*, in La Comunità internazionale, 1951, pp. 251-252, sul contributo di Anzilotti all'opera collettiva della Corte.

ISSN 2279-7238

concezione del positivismo giuridico, per il quale la scienza giuridica non può far discendere il diritto dalla mera razionalità, ma dalla volontà di un'autorità[29]. Egli seguì, raffinandole e rielaborandole, le indicazioni del movimento scientifico tedesco della fine secolo XIX.

In questo contesto, il problema del fondamento del diritto internazionale costituiva il tema centrale, con la conseguente proliferazione di teorie, talvolta artificiose, in materia di fonti e di soggetti. È sufficiente menzionare la teoria del diritto pubblico esterno, che rappresentava il diritto internazionale come parte del diritto statale, configurandolo quale prolungamento deputato a regolare i rapporti con l'estero; quella dell'auto-limitazione dello Stato, che negava l'esistenza stessa del diritto internazionale, non potendo la capacità di auto-obbligarsi dello Stato che essere fondata sulle norme dell'ordinamento interno. A tali teorie, la Prolusione del 1914-1915, qui riprodotta, dedica ampie riflessioni critiche.

Anzilotti aderì, tra il 1905 e il 1920, alla teoria della volontà collettiva, enunciata soprattutto da Triepel, per il quale le norme del diritto internazionale erano da considerare jus *super partes* in quanto riportabili ad una volontà risultante dalla fusione della volontà degli Stati. Nel 1905, del resto, con il lavoro su *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Anzilotti aveva anche consolidato la sua posizione dualista, convinto sostenitore della separazione tra il diritto internazionale e il diritto interno[30]. Nella Prolusione del 1914-1915, Egli elaborò ulteriormente la teoria della volontà collettiva, che successivamente ripudierà[31]. Dopo la creazione della Società delle Nazioni, in linea con l'elaborazione della Scuola viennese di Kelsen e Verdross e le critiche alla teoria della volontà collettiva elaborate da Tommaso Perassi nella sua *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* del 1917[32], Anzilotti sostenne che il diritto deve in ogni caso essere creato da processi di produzione appositamente preordinati dall'ordinamento giuridico e identificò nella norma fondamentale *pacta sunt servanda* la fonte necessaria del carattere vincolante di tutte le norme del diritto internazionale, comprese quelle consuetudinarie, qualificate come accordi taciti.

La Prolusione del 1914-1915 va letta tenendo presenti due chiavi di lettura: la prima, come ho detto, riguarda l'adesione dell'autore alla teoria della volontà collettiva; la seconda, invece, riguarda lo *status* dell'uso della forza nel diritto internazionale. Il 24 luglio 1914, l'Austria-Ungheria aveva dichiarato guerra alla Serbia, dando inizio al conflitto, e nell'aprile 1915, l'Italia si era unita alle Potenze alleate contro gli Imperi centrali.

Appare quindi giustificata la confessione iniziale di Anzilotti (e molti professori di diritto internazionale sarebbero tentati di farla agli studenti ancora oggi) circa il profondo scetticismo sulla "legittimità" e "utilità" della disciplina professata, poiché in quel momento la guerra metteva a nudo l'estrema fragilità "di un preteso ordinamento giuridico dei

[29] G. Gaja, *Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti*, in European Journal of International Law, 1992, pp. 123-138.
[30] D. Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905.
[31] Anche in D. Anzilotti, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, 1956, p. 618 ss.
[32] T. Perassi, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale,* Roma, 1917.

ISSN 2279-7238

rapporti tra gli Stati". Anzilotti denunciava anche quanto sbagliato e pericoloso fosse abituare i popoli a confidare nel diritto in un campo in cui la parola spettava fatalmente alla forza. Si trattava di correggere una visione erronea del diritto in genere, e del diritto internazionale in particolare.

Anzilotti scriveva in un momento in cui il diritto internazionale non poneva limiti all'uso della forza e gli Stati non erano tenuti a invocare un diritto specifico per perseguire i propri interessi attraverso l'esercizio dello *jus ad bellum*[33]. Solo dopo il 1919, con il Patto della Società delle Nazioni, creata nella prospettiva di realizzare uno strumento per il mantenimento della pace, le potenze vincitrici della prima guerra mondiale si sarebbero proposte di escludere, in futuro, il ricorso degli Stati alla violenza bellica quale unico mezzo per affermare le proprie rivendicazioni. L'art. 10 del *Covenant* stabiliva infatti l'obbligo degli Stati di rispettare e mantenere l'integrità territoriale e l'indipendenza politica di tutti i membri della Società contro ogni aggressione esterna. Con gli artt. 11-15, i membri della Società si impegnavano, in caso di controversie che potessero condurre a violazioni del Patto, a non ricorrere alle armi prima di avere esperito mezzi di soluzione arbitrale o giudiziale, o di aver sottoposto la controversia al Consiglio. L'art. 16 prevedeva, in caso di violazione di tali obblighi da parte di uno Stato membro, l'interruzione delle relazioni economiche e commerciali ed eventualmente l'adozione di sanzioni militari, per la cui esecuzione era attribuito al Consiglio un potere raccomandatorio. Un sistema di limitazione, quindi, ma non di proibizione dell'uso della forza.

Nella Prolusione Anzilotti mette in guardia dalla tentazione di confondere il diritto con le aspirazioni ideali e si pone la questione fondamentale di sapere come fosse possibile risolvere il problema strettamente giuridico della guerra. Ripercorrendo la storia delle dottrine del diritto internazionale, Egli richiama il modo in cui i primi internazionalisti (Vitoria, Gentili, Grozio e i giusnaturalisti) avevano risposto al quesito attraverso la dottrina della guerra giusta; in quella concezione, la guerra era da considerare mezzo lecito solo se intrapresa per gli scopi consentiti dal diritto naturale. Ma Anzilotti mette in luce i limiti di questa impostazione, soprattutto la relatività della valutazione di una guerra come giusta o ingiusta a seconda del soggetto dalla cui parte ci si colloca. Peraltro, si trovava ad affrontare il problema in un contesto diverso, dato che il positivismo aveva eliminato ogni distinzione fra varie categorie di guerre[34]. Poiché la forza era utilizzata nelle relazioni internazionali soprattutto per la soluzione di conflitti d'interesse estranei alla sfera del diritto, Anzilotti è indotto a dimostrare perché la guerra andava considerata indifferente al diritto.

Ecco quindi il tema evocato dal titolo della Prolusione circa il nuovo concetto dello Stato. Si tratta della parte meno convincente della Prolusione, che dimostra chiaramente la

[33] G. Nolte, *From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations*, in European Journal of International Law, 2002, pp. 1087-1089.
[34] A. Cassese, *Realism v. Artificial Theoritical Constructs. Remarks on Anzilotti's Theory of War*, in European Journal of International Law, 1992, p. 149 ss.

ISSN 2279-7238

difficoltà di far quadrare la realtà del fenomeno giuridico quale si manifestava nella comunità internazionale dell'epoca con le premesse della teoria del fondamento del diritto internazionale nella volontà collettiva degli Stati. La netta formulazione dell'accordo concepito come fatto pregiuridico avente per virtù propria, indipendentemente dalla preesistenza del diritto oggettivo, l'idoneità a produrre diritto, conduce Anzilotti a configurare la dicotomia Stato persona e Stato legislatore. Se "la funzione costitutrice dell'ordine giuridico non è dunque funzione giuridica, ma semplicemente una premessa del diritto", lo Stato legislatore è al di sopra e la di fuori del diritto e sfugge ad ogni limitazione giuridica. La guerra essendo a sua volta un mezzo di ricambio - e quindi di creazione - del diritto doveva essere considerata estranea al mondo del diritto internazionale.

Anzilotti rileva come nel diritto interno il superamento della dicotomia poteva sembrare possibile mediante la teoria della divisione dei poteri, presupposto della concezione dello Stato come Stato di diritto, il quale esplica ogni sua attività *secundum jus*, in una forma di auto-limitazione. Ma la necessità di distinguere tra Stato legislatore e Stato esecutore anche nell'ambito della divisione dei poteri, confermava, per l'insigne giurista, la posizione del primo come indipendente da ogni vincolo giuridico. Nel diritto internazionale prodotto della volontà collettiva, lo Stato è insieme creatore e destinatario delle norme, che trova "bell'e formate" (*è il toscano che scrive!)*. La costituzione dell'ordine giuridico precede quindi lo Stato, il quale ne è solo membro. Trova così giustificazione, ancora una volta, la teoria della volontà collettiva, perché la formazione delle norme non può che essere opera di una volontà concreta, che è appunto la volontà collettiva. Ma la conclusione del ragionamento è che quando si costituisce la volontà collettiva come volontà nuova rispetto alle volontà individuali dei singoli Stati e come sintesi di esse, gli Stati non agiscono in veste di soggetti del diritto internazionale e quindi ad esso subordinati, ma come creatori dell'ordine, senza che si possa da essi applicare alcun limite. Quindi, per ritornare al punto di partenza, "la guerra è nelle sue cause e nelle sue finalità fuori dal diritto perché è attività diretta alla costituzione del diritto", è un modo per cambiare il diritto, per provocare una nuova volontà collettiva.

C'è tuttavia qualcosa nell'argomentazione di Anzilotti, così attento a restare fedele al metodo giuridico, che non appare del tutto convincente. Anzitutto, era corretto affermare che la guerra fosse nel 1914-1915 del tutto "fuori" dal diritto internazionale? In realtà è vero che il diritto internazionale positivo prendeva in considerazione la guerra: da un lato, attribuiva agli Stati lo *jus ad bellum*, e non lo sottoponeva a limiti o condizioni; dall'altro lato, le Convenzioni dell'Aia del 1899 e 1907, basate sui principi di umanità da applicare nei conflitti armati, avevano codificato il primo capitolo del diritto internazionale umanitario, diretto a regolare l'esercizio della forza da parte degli Stati nel corso delle guerre internazionali e l'identificazione dei crimini di guerra (*jus in bello*). Quindi, più che conseguenza della natura della guerra come strumento per modificare il diritto vigente, la questione fondamentale era l'assenza di una proibizione espressa relativa all'uso della forza

ISSN 2279-7238

nelle relazioni internazionali per la soluzione di conflitti o controversie. Del resto, lo stesso Anzilotti concludeva la sua Prolusione affermando che compito della civiltà era di far sì che l'ordine giuridico si avvicinasse progressivamente all'ideale etico. E questo avverrà progressivamente nei decenni successivi. Il Patto della Società delle Nazioni istituì un sistema di sicurezza collettiva in base al quale gli Stati membri erano tenuti a sottoporre le eventuali controversie al Consiglio della Società. Solo dopo l'esaurimento delle procedure previste dal Patto, era consentito il ricorso a misure unilaterali in reazione a eventuali illeciti di cui gli Stati membri fossero vittime. Senza definirla - e questo fu un limite grave - la guerra d'aggressione veniva vietata.

Lo stesso Anzilotti ebbe modo di ripensare a questi aspetti e di constatarne l'evoluzione sul piano giuridico: l'uso della forza non poteva più essere considerato estraneo al mondo del diritto, come dimostravano i numerosi casi di cui si occupò nella sua veste di giudice della Corte permanente di giustizia internazionale. Uno in particolare dovette farlo riflettere sull'evoluzione intervenuta, quello relativo all'intervento armato dell'Italia e conseguente occupazione militare dell'isola di Corfù a titolo di rappresaglia per non aver accettato la Grecia le onerose e umilianti condizioni della riparazione richiesta dall'Italia. L'eccidio della missione italiana presieduta dal generale Enrico Tellini, era avvenuto il 27 agosto 1923, tra Janina e Santi Quaranta, nella zona in cui stava procedendo, su mandato della Conferenza degli ambasciatori, alla delimitazione del confine greco-albanese.

La posizione italiana verteva sull'esclusione della Società delle Nazioni dal novero degli enti competenti a trattare la questione. Si sostenne, anzitutto, che la controversia con la Grecia riguardava l'onore e la dignità nazionale e come tale era esclusa dalle controversie contemplate negli artt. 11-15 del Patto, quasi a ricordo di quelle clausole eccettuative poste nei trattati di arbitrato, che normalmente escludevano dalla sfera di applicazione dei medesimi le controversie vertenti su questioni relative all'onore e alla dignità dello Stato.

La seconda argomentazione dell'Italia fu che l'occupazione militare di Corfù non costituiva un atto di guerra. Ciò conduceva, ancora una volta, ad escludere la competenza della Società delle Nazioni. Ed è interessante notare il ragionamento attraverso il quale il governo italiano giustificò la propria condotta, ricorrendo al concetto di occupazione pacifica, eseguita, più precisamente, a titolo di pegno. Tale concetto era chiarito da Mussolini in un telegramma inviato il 1° settembre 1923 al delegato italiano alla Società delle Nazioni, Antonio Salandra. Vi si affermava che il diritto applicabile era il «diritto delle genti», in base al quale l'occupazione di Corfù era da considerare legittima, a titolo di rappresaglia, o contromisura, nel diritto internazionale. Ora, sul punto il governo italiano consultò in via informale proprio Dionisio Anzilotti, giudice della Corte permanente di giustizia internazionale. Nella relazione che il Ministro d'Italia all'Aia Maestri Molinari inviava a Mussolini il 5 settembre 1923 è riportata la risposta nettamente negativa di Anzilotti al quesito se fosse o meno opportuno deferire la controversia con la Grecia alla

ISSN 2279-7238

Corte. Le condizioni gli sembravano infatti sfavorevoli alla posizione dell'Italia, perché – egli diceva – «noi appariamo esserci fatta giustizia da noi …contro lo spirito e la lettera degli artt. 12 e 15 del Patto»[35].

Il giudizio dell'insigne giurista era dunque che l'occupazione di Corfù fosse contraria al Patto della Società delle Nazioni e che non potesse sostenersi l'estraneità del caso rispetto al quadro istituzionale della Società. Anzilotti si spingeva, anzi, fino a prefigurare la possibile adozione di sanzioni nei confronti dell'Italia. Pertanto, l'ipotesi di ricorso alla Corte, sia in forma di richiesta di parere consultivo, che mediante deferimento della controversia in sede contenziosa, era considerato da Anzilotti sfavorevole per gli interessi dell'Italia.

Quale cambiamento, quindi, rispetto alla teoria della guerra "fuori dal diritto internazionale"! Del resto, la teoria della volontà collettiva cedette presto il passo a nuove impostazioni del problema del fondamento del diritto internazionale, che consentirono di superare quel punto dell'azione dello Stato legislatore, insieme alla guerra come mezzo da esso utilizzato per creare nuovo diritto, "al di fuori" di ogni diritto obiettivo. L'attuale configurazione della comunità internazionale e del suo diritto parte infatti dal presupposto che al suo interno l'organizzazione dei rapporti sociali segue un modello particolare, nel quale le funzioni dell'ordinamento giuridico (produzione, accertamento e attuazione del diritto) sono affidate agli stessi destinatari delle norme. Si tratta di un sistema policentrico, in cui i soggetti che creano le norme coincidono con i destinatari delle stesse[36]. La guerra, a sua volta, può anche essere configurata come mezzo di ricambio del diritto, ma si tratta di un *mezzo illecito* e ciò fa la differenza rispetto al tempo della Prolusione di Anzilotti. In tal senso questo contributo ci aiuta a comprendere non solo la difficoltà del professore a spiegare come giurista alla comunità accademica della Sapienza, l'immane tragedia della guerra, ma anche il lento cammino del diritto internazionale verso il definitivo ripudio della guerra nell'art. 2.4 della Carta delle Nazioni Unite, in un tempo in cui il Maestro si era ormai ritirato dalla vita pubblica, fino alla fine, intervenuta nell'estate del 1950.

[35] S. Marchisio, *Il caso Tellini: l'uso della forza nel diritto internazionale e nel "diritto delle genti",* in O. Ferrajolo (a cura di), *Il caso Tellini. Dall'eccidio di Janina all'occupazione di Corfù*, Milano, Giuffré, 2005, pp. 45-66.
[36] Cfr. A. Malintoppi, *Su la "gestione" delle funzioni nell'ordinamento internazionale*, in Rivista di dirtto internazionale, 1975, pp. 749-753.

ISSN 2279-7238

Dall'idea di Europa alla costruzione europea

di Giuliano Amato*

Cento anni fa, nel nuovo clima determinato dalla vittoria e dalla pace, il nostro Ateneo inaugurava l'anno accademico 1918-1919 con una prolusione di Pietro Bonfante. Buona parte di essa era dedicata alle condizioni per la costruzione di uno Stato libero al di sopra della nazione e Bonfante, nonostante esplicitamente menzionasse gli Stati Uniti d'Europa di cui si era preso a parlare, riteneva tale costruzione possibile in contesti "più primitivi" di quello europeo, come il Canada ad esempio. Perché? Perché la nazione –scriveva- agli europei appare come una meta, una meta assoluta. E le nuove idee, il nuovo ordine che molti invocano in nome in primo luogo della pace, faranno molta fatica ad affermarsi.

Non aveva torto Bonfante. L'idea di Europa era cresciuta nel corso dei secoli, dal Medio Evo sino al primo Novecento ma a nutrirla non era stata la politica, erano stati i tanti fili della cultura europea; da quelli inizialmente stesi dai monaci e dai professori che, di convento in convento, da università a università, avevano diffuso valori etico-religiosi e principi giuridici comuni; dagli architetti e dagli stessi artigiani, che lo stesso avevano fatto con le tecniche e con gli stili costruttivi. Ne era uscito –per usare le parole di Federico Chabod - "un certo abito civile, un certo modo di pensare e di sentire, proprio dell'europeo e diverso, ben diverso, da tradizioni, memorie e speranze di Indiani, Cinesi, Giapponesi, Etiopi ecc.". Ed è ancora Chabod a citare Burke, che vedeva una "somiglianza di consuetudini sociali e di forme di vita", per cui "nessun europeo potrebbe essere completamente esule in alcuna parte d'Europa".

Già, ma bastava tutto questo a generare anche l'unità organizzativa e politica degli europei? Per porre fine alla guerra una tale unità era stata propugnata sin dalla fine del '700. Lo aveva fatto Kant, che aveva affidato la pace perpetua all'allineamento dei popoli, in primis europei, in un'unica federazione. Lo aveva fatto Victor Hugo, preconizzando la fusione delle "gloriose individualità" europee in una comune fratellanza, sino a che "si mostrerà un cannone in un museo come si mostra oggi uno strumento di tortura, meravigliandosi che ci sia potuto essere". Mentre il nostro Giuseppe Mazzini avrebbe propugnato l'unità nazionale come passo propedeutico alla creazione della Federazione Europea.

L'aspirazione, dunque, c'era da tempo e i federalisti del '900, ciascuno a suo modo, avrebbero anche fornito il disegno: Richard Nikolaus Coudenove Kalergi, straordinario anticipatore che già negli anni '20 lanciò l'unione paneuropea, propose la comunità del carbone e dell'acciaio e propose addirittura l'Inno alla gioia come inno europeo; Luigi Einaudi, che arrivò alla messa a fuoco dei tributi con cui alimentare un futuro bilancio europeo; Carlo Rosselli, che vide nell'Europa federale la dimensione più adatta all'affermazione dei diritti

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

ISSN 2279-7238

sociali del lavoro; per non parlare di Altiero Spinelli, Ernesto Rossi ed Eugenio Colorni con il loro Manifesto di Ventotene.

Eppure, far scoccare la scintilla dell'integrazione e condurre poi avanti il relativo processo sarebbe stato tutt'altro che semplice, tant'è che dopo la prima guerra mondiale i progetti cominciavano ad esserci, ma non se ne fece nulla. Perché? Per quello che abbiamo letto nella prolusione di Bonfante di cento anni fa e che sarebbe stato lucidamente e amaramente ribadito da Lucien Febvre, nelle sue lezioni sull'Europa agli studenti parigini al termine della seconda guerra mondiale. Sì, la cultura, le religioni, il diritto, gli stili di vita comuni li avevamo, ma la nostra unità non era quella di un popolo, era quella di un contesto di tratti comuni a culture nazionali, che coltivavano anche le loro diversità e ne facevano ragioni identitarie. Ai fini dell'integrazione europea, era essenziale che queste diversità fossero orientate a comporsi, non a contrapporsi.

Ebbene, l'antinomia con cui non avremmo mai smesso di fare i conti è stata (ed è) quella fra la propensione a comporsi e la propensione a contrapporsi, compresenti, sempre, nelle identità nazionali che dovevano (e devono) riconoscersi nella casa comune europea. L'europeismo si affida ovviamente alla prima, ma gli storici realisti gli ricordano la forza della seconda, di cui –scrive Febvre- non ci si deve mai dimenticare. E lo stesso Febvre che pure si affida in conclusione delle sue riflessioni alla speranza, la piccola speranza di una bella poesia di Charles Péguy, scrive senza mezzi termini che "gli Stati uccidono l'Europa", "perché gli Stati sono sempre lì ad impedire che quella realtà prenda corpo; e dietro gli Stati, le nazioni".

Dopo la prima guerra mondiale è questo che è successo, tant'è che, passati pochi anni, si è arrivati alla seconda. Ed è stato solo dopo la seconda, vale a dire dopo la shoah, dopo un numero di morti, militari e civili, mai visto prima nella storia, che la coscienza europea si è ribellata. Davanti alle distese di croci sotto le quali stavano fratelli, figli, padri, vittime a quel punto tutte eguali di una follia umana senza pari, la parola d'ordine "basta guerre fra noi" diveniva ineludibile. E, con Auschwitz nel cuore, la forza dell'orrore diveniva più forte della forza degli Stati. Ma attenzione, non sino al punto di sradicarla, di provocare la catarsi del mondo nuovo. Intanto quello che essa riuscì ad attivare non fu una costituente federalista, ma un processo di integrazione, che si sarebbe sviluppato –come disse Schuman il 9 maggio 1950 – via via che fosse cresciuta la solidarietà fra gli europei (realistica ammissione, quella di Schuman, di una tensione fra poli opposti che – lui pensava- solo il tempo avrebbe potuto sperabilmente cancellare). E poi nulla ci garantiva contro futuri passi indietro, giacché quel fuoco sotto la cenere continuava ad esserci.

Insomma, nel valutare il percorso che allora si avviò, non dimentichiamo mai l'antinomia e quindi la tensione mai rimossa con cui esso ha dovuto e deve fare i conti. Antinomia e tensione che non sono, come qualcuno pensa, fra ideologia e realtà, fra retorica dell'identità comune e durezza delle identità nazionali. No, la drammaticità storica della vicenda europea è che essa si fonda su valori, su sentimenti, su modi di vita che sono tutti veri, autentici, dall'una e dall'altra parte. Autentica è l'idea d'Europa di Burke e di Chabod, autentiche sono le tradizioni costituzionali comuni che hanno esaltato in Europa più che altrove la rule of law,

ISSN 2279-7238

autentica è la stessa aspirazione a vivere uniti nelle nostre diversità. Ma autentiche sono sempre state, e sono rimaste, queste diversità, capaci di composizione, ma mai spogliate di quei tratti identitari pronti a far scattare le contrapposizioni e quindi a mettere a repentaglio l'unità.

Certo, quando, riuniti a Roma per la firma del Trattato istitutivo della Comunità economica Europea, gli Stati fondatori scrissero nel Preambolo: "Determinati a porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli d'Europa", essi erano convinti di avviare così un processo che avrebbe richiesto tempo, ma che nel tempo sarebbe stato irreversibile e irrefrenabile. Così dettava dentro di loro la fortissima motivazione etica che bruciava nelle loro coscienze a pochissimi anni dalla fine della guerra. Quella che ho definito la forza dell'orrore. Così era allora e così certo fu per molti anni a seguire. Ma se fu necessaria quella forza per fare i primi passi, che cosa avrebbe potuto accadere quando essa fosse inesorabilmente scemata per il passare del tempo e il succedersi delle generazioni? Una volta esaurito quell'impellente messaggio messianico, come Joseph Weiler lo avrebbe definito, in quale direzione ci avrebbe portato l'immanenza della tensione fra unità e diversità? I fautori della "ever closer integration" di solito citano, una dopo l'altro, il passaggio che ho appena ricordato del Preambolo del Trattato di Roma e la solenne dichiarazione di Stoccarda, nella quale i Capi di Stato e di governo confermarono il loro "impegno a progredire verso una unione sempre più stretta fra i popoli e gli Stati della Comunità europea". Nessuno notò che l'unione, a quel punto, non era solo fra i popoli, come nel 1957, ma era fra i popoli e gli stati; gli stati, *die herren der vertraege*, avrebbe osservato Lucien Febvre. Era il 1983.

Ma procediamo con ordine. Nei primi decenni, sia pure fra pause e scosse, il processo di integrazione fu realmente tale e-quel che più conta- non soltanto portò alla progressiva unificazione del mercato, ma fece emergere i valori comuni della civiltà europea, i diritti degli europei non connessi soltanto all'economia, gli architravi di un sistema di governo comune, che rappresentasse non solo gli Stati, ma anche direttamente i cittadini europei. Ed ecco i Capi di Stato e di Governo che già nel 1972 pongono la tutela dell'ambiente al fianco dello sviluppo economico fra le priorità comuni, ecco lo stesso formato, divenuto Consiglio Europeo, che nel 1978 conferma la volontà di salvaguardare i principi della democrazia rappresentativa, della supremazia del diritto, della giustizia sociale e del rispetto dei diritti dell'uomo, come elementi essenziali della partecipazione alla Comunità. Ecco, l'anno dopo, l'elezione diretta del Parlamento europeo, di per sé inconcepibile in una comune organizzazione internazionale fra Stati. Ecco, infine, lo straordinario lavoro della Corte di Giustizia, che i diritti dei cittadini li fa emergere al livello europeo, non solo sulla base dei Trattati, ma riconducendoli alle tradizioni costituzionali comuni, e dando quindi forza, per questa via, al patrimonio comune, alla civiltà comune europea così come si era venuta formando nelle nostre distinte esperienze costituzionali. Uniti nelle nostre diversità.

È un vero e proprio crescendo, che può avvalersi di una complessiva sintonia fra Corte di Giustizia, nel ruolo testé rammentato una vera apripista, e istituzioni politiche europee, nonché fra queste stesse istituzioni e le arene politiche nazionali. Accade così che le formule utilizzate dalla Corte nelle sue sentenze, a partire da quella sulle tradizioni costituzionali comuni,

ISSN 2279-7238

vengono codificate nei trattati. Ed accade che questi progressi nell'integrazione sono condivisi non solo a Bruxelles e dal Parlamento europeo, ma dalla grande maggioranza delle forze politiche nazionali.

Poi qualcosa è venuto cambiando, per una certa fase facendo da controcanto ai passi integrativi che pure continuavano, da ultimo con una forza tale da farne temere il sopravvento. Fu una esemplare vicenda di canto e controcanto il Trattato di Maastricht, che ci dette bensì la moneta unica e la Banca Centrale Europea, portando al livello europeo prerogative e poteri fra i più tipici, prima, degli Stati nazionali. Tuttavia, agli Stati Nazionali lasciò tutte intere le politiche economiche e fiscali, affidando la convergenza necessaria per la stabilità dell'euro al loro coordinamento. E fu così che per questioni fra le più delicate ed importanti le sedi europee presero a servire non per trovare insieme soluzioni europee, ma per comporre fra di loro i diversi interessi nazionali; un cambio di passo e di fini del cui peso ci si sarebbe resi sempre più conto via via che tali interessi avrebbero preso a divergere e a determinare vere e proprie fratture.

Ma prima che questo accadesse un'altra vicenda di canto e controcanto va ricordata, quella imperniata sulla Costituzione per l'Europa. La Convenzione che l'avrebbe scritta fu convocata in un momento nel quale l'aspirazione federalista era ancora forte. Nel maggio del 2000 il Ministro degli Esteri tedesco, Joschka Fischer, tenne un discorso alla Humboldt University, nel quale dichiarò esaurito il metodo funzionalista del passo dopo passo e disse che era giunto il momento di tentare il passo finale, quello federale. Il suo divenne, per la Convenzione, un mandato non meno importante di quello, peraltro ben più cauto, del Consiglio europeo che la convocò nel dicembre dello stesso anno. Quello che tuttavia uscì dalla Convenzione fu, insieme, un Trattato e una Costituzione, i governi ne vollero accentuare i caratteri di Trattato e alla fine fu com'è noto bocciato dai due referendum, francese e olandese, del 2005. Ma per la storia successiva quello che più conta è che i suoi contenuti furono poi largamente ripescati dal Trattato di Lisbona, oggi vigente, che negli articoli ne accoglie le novità di maggiore integrazione, ma nelle dichiarazioni e nei protocolli annessi, ribadisce le competenze degli Stati e il loro ruolo essenziale. Canto e controcanto.

Quello che stava accadendo era un lento e progressivo risveglio delle diversità nazionali, evidentemente non più assoggettate all'incontrastabile primato delle ragioni europee. Era un segnale importante, di cui i vecchi europeisti delle prime generazioni avevano colto il significato. Kohl mi diceva: "Facciamo presto, quelli che verranno dopo non saranno europeisti come noi". E aveva ragione. La forza dell'orrore, del messaggio messianico dell'unità contro la guerra stava ormai svanendo dalle coscienze. Epperò, negli anni dopo Maastricht il cammino sembrava inalterato, nessuno contestava il primato del diritto europeo, si andava verso l'entrata in funzione dell'euro, le fratture fra di noi erano di là da venire.

Poi è arrivata la crisi economico finanziaria sono arrivati flussi più intensi di immigrati proprio mentre diminuivano anche da noi i posti di lavoro, è arrivato il terrorismo. Ed ecco le fratture fra di noi: prima la frattura Nord/Sud, fra paesi economicamente e finanziariamente forti e paesi con alto debito pubblico, che pesa sul funzionamento dell'Eurozona e dell'Unione

ISSN 2279-7238

Bancaria, rendendo impossibile portarle a compimento, giacché il rischio da non correre è proprio la condivisione dei rischi; poi la frattura Est/Ovest, con alcuni paesi dell'Est che hanno messo in discussione il primato stesso del diritto europeo e il rispetto della rule of law. E sono fratture –si noti- dovute non soltanto ai governi, ma a moti di opinione pubblica sollecitati da movimenti populisti, che hanno giocato con successo la carta antieuropea e del ritorno alle sovranità nazionali. Quando la paura c'è, diventa una formidabile carta politica, che- come ha dimostrato il referendum sulla Brexit – ben può essere giocata contro l'Europa. Certo si è che, in questa fase, hanno preso piede torsioni identitarie in chiave nazionalista, che hanno rinfocolato identità anche culturali sempre più contrapposte e sempre meno disponibili alla composizione, ostili, spesso, non solo agli immigrati da paesi terzi, ma anche agli altri europei (è per l'appunto il caso di Brexit).

Le conseguenze si vedono, non solo nei paesi in cui quei movimenti hanno conquistato la maggioranza, ma anche negli altri, dove i partiti più moderati, per il timore di essere sbalzati di sella, fanno sempre più proprie le istanze delle estreme. Significa però questo che siamo tornati al punto di partenza, in una sorta di gioco dell'oca nel quale gli Stati, dopo un lungo percorso, hanno effettivamente sconfitto l'ideale stesso dell'Unione e aspettano solo che si sgretoli? Penso proprio di no, e lo penso per due ragioni.

La prima è che nel corso degli anni le istituzioni europee hanno acquisito un radicamento e una solidità in grado di proteggere la loro legittimazione e quindi la loro autorità, al di là delle critiche corrosive che pure stanno subendo da ultimo. Basti pensare alla sfida alla rule of law, e quindi all'Unione europea, lanciata dalla Polonia con le sue leggi sul pensionamento dei giudici (a partire da quelli della Corte Costituzionale) per sostituirli con giudici di nomina governativa. La Commissione ha deferito la Polonia alla Corte di Giustizia e ci si chiedeva se una eventuale decisione di condanna sarebbe stata ottemperata. Ebbene, è bastato un provvedimento cautelare di sospensione perché il governo polacco si adeguasse. L'autorità europea è stata rispettata, così come, in circostanze assai meno estreme, la stessa cosa è stata fatta, nei confronti della Commissione, dal governo italiano in tema di indebitamento, dopo che era stato minacciato il contrario.

Ma le istituzioni non solo stanno reggendo, esse hanno anche dimostrato, durante gli ultimi difficili anni, di essere in grado di adeguarsi e di innovare, fosse pure a pezzi e bocconi e lasciando quindi aperte forti criticità. Non dimentichiamo che siamo arrivati alla crisi finanziaria che ha messo in difficoltà l'euro, senza che nessuno strumento fosse stato predisposto per fronteggiarla. Ebbene negli anni stessi della crisi si sono rafforzate le procedure per prevenire i disavanzi eccessivi, si è creato il meccanismo europeo di stabilità per intervenire nelle emergenze degli Stati e delle banche, si sono fatti passi avanti (a metà, lo so bene) nell'Unione bancaria. Per non parlare della Banca Centrale Europea, che ha ora nella sua Santa Barbara sia le OMT sia il QE, operazioni entrambe battezzate dalla Corte di Giustizia Europea, nonostante i dubbi tedeschi. Insomma, gli antieuropeisti parlano, frenano, deviano anche i corsi di azione europea. Ma questa, in realtà, non si è mai fermata e ha dimostrato, per

ISSN 2279-7238

ciò stesso, che l'Unione, pur criticabile per eccessi da un lato e per carenze dall'altro, è comunque vitale e non ha mai cessato di esserlo.

E arrivo alla seconda ragione che mi porta a credere nel futuro europeo. L'antieuropeismo che è cresciuto, il sovranismo che lo alimenta e che in più paesi ha gioco facile nel far prevalere i suoi stereotipi sull'ostile elitismo burocratico europeo una cosa la dimostrano di sicuro: la forza dell'originaria motivazione europea si è spenta da tempo, se ne è andata con le generazioni che la portavano dentro di sé. Il grosso di coloro che oggi fanno opinione, come pure di coloro che le opinioni le subiscono e le fanno proprie, è costituito dalle generazioni ora adulte, cresciute in Europa e che dell'Europa non hanno avvertito l'impellenza etica, né hanno avuto modo di confrontare i benefici che essa ha portato con l'assetto che la precedeva (cominciano a rendersene conto ora gli inglesi, alla vigilia della loro sempre più probabile uscita). Molti di costoro non sono antieuropei, sono semplicemente lontani dall'Europa, la vivono come un dato di fatto, non come un valore, certo non come una necessità. Per questo finiscono facilmente per convenire con coloro che antieuropei lo sono davvero. Ma pesano davvero tanto e sono loro il nostro futuro?

Intanto, leggendo le sequenze recenti di Eurobarometro, impariamo che l'opinione dei cittadini di tutti gli Stati membri a favore dell'Europa è in crescita, supera ampiamente il 60%. Inoltre, la critica più condivisa alle istituzioni europee non è che fanno troppo (anziché lasciare agli Stati), ma che non fanno abbastanza. Si noti che questo vale anche per gli italiani. C'è poi ovunque una netta divaricazione fra le generazioni più giovani e quelle intermedie e più anziane. Il favor per l'Europa è sempre e invariabilmente più largo fra i giovani, in misura tale da portare a concludere che i giovani, specie quelli scolarizzati, sono, in realtà, europeisti.

Perché lo sono? Perché, a differenza delle generazioni che immediatamente li precedono, essi hanno avuto una formazione europea. L'hanno avuta nella scuola primaria, che li ha abituati alla multietnia e non alla chiusura nazionale; l'hanno avuta negli studi superiori, nel corso dei quali, Erasmo o non Erasmo, hanno viaggiato per tutta Europa creandosi amicizie in altri paesi; l'hanno avuta dopo gli studi, andando a lavorare altrove, per periodi anche brevi, ovvero essendo in contatto con loro amici che l'hanno fatto. Insomma, la loro realtà è europea e ne sono consapevoli. Antonio Megalizzi era un esponente esemplare di queste generazioni.

Non traggo da questa constatazione alcuna conclusione deterministica. Dico solo, al contrario, che, pur consapevole dell'importanza decisiva dell'originario messaggio messianico per spingere le diversità nazionali a comporsi nel processo di integrazione, non ritengo che la sua perdita porti con sé la fine di tale processo. Non lo ritengo perché tra i frutti, non sempre considerati, dell'integrazione che comunque si è realizzata, c'è stato il nascere di generazioni che ne sono segnate, perché ne sono stati segnati gli anni della loro formazione. E allora, forse inaspettatamente per alcuni, c'è un nuovo europeismo che sta prendendo corpo. Diamogli il tempo di assumere le redini. È ben possibile che ritrovi il percorso tracciato dai suoi progenitori. La piccola speranza è tutta qui. Ma non è poi tanto piccola, se la sapremo coltivare.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Protocole 14 : la lettre de cachet de la CEDH l'Europe des juges en droits de l'Homme unie dans la diversité ?*

di Christophe Germann**

"La fonction de juge dans les vallées ne peut être achetée. Elle ne peut en outre être exercée que par des Confédérés."

Article 4 du Pacte fédéral du premier août 1291[1]

In memoriam Antonio Zorzi Giustiniani

SOMMAIRE: Résumé en anglais - English summary. - 1. Nouvelle légitimité pour la Convention européenne des droits de l'Homme. - 1.1. Le peuple suisse plébiscite les juges "étrangers". - 1.2. Le problème du juge "acheté" par les pouvoirs politiques. - 1.3. Le protocole 14 CEDH : le prix du succès qui anéantira celui-ci ? - 2. Un pouvoir illimité du juge unique "étranger acheté" pour dénier justice ? - 2.1. L'Europe des juges, désunie dans la diversité - 2.2. Le marteau solitaire de la conviction intime. - 2.3. La régression nationale populiste et le choc des juridictions. - 3. Conclusions : pétition pour une réforme urgente du Protocole 14 CEDH.

1. Nouvelle légitimité pour la Convention européenne des droits de l'Homme

1.1. Le peuple suisse plébiscite les juges "étrangers"

Le 25 novembre 2018, une double majorité du peuple et des cantons helvètes a clairement rejeté une initiative populaire de l'Union Démocratique du Centre (UDC), un parti basculant vers l'extrême droite, intitulée "Le droit suisse au lieu

* Une version courte de cette contribution est parue dans le quotidien suisse Le Temps du 12 novembre 2018 et a fait l'objet d'un entretien diffusé par Arte, voir liens sur www.diversitystudy.eu sous la rubrique "Publications".

** Docteur en droit, avocat et professeur adjoint à l'Université Webster (Genève) ; contact : info@germann-avocats.com.

[1] Selon une narration bien ancrée, les représentants des cantons d'Uri, Schwyz et Unterwald se réunirent le 1er août 1291 sur la prairie du Grütli pour sceller une alliance qui allait donner naissance à la Confédération helvétique. Les termes de cette alliance sont inscrits dans le Pacte fédéral, un document conservé au Musée des chartes fédérales de Schwyz. La recherche scientifique relativise toutefois cette version des faits, voir O. PAUCHARD, *Le Pacte de 1291 sous la loupe des historiens*, dans Swissinfo, 1 août 2009 :www.swissinfo.ch/fre/le-pacte-de-1291-sous-la-loupe-des-historiens/554840 Lire également J. FAVROD, *Que s'est-il réellement passé en 1291 ?*, dans *Le Temps*, 4 août 2016: https://www.letemps.ch/suisse/sestil-reellement-passe-1291 Pour une traduction du pacte par l'administration fédérale: www.admin.ch/gov/fr/accueil/conseil-federal/histoire-du-conseil-federal/pacte-federal-1er-aout-1291.html

ISSN 2279-7238

de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)".[2] Cette initiative était inscrite dans un populisme xénophobe de longue haleine ayant abouti notamment à empêcher une adhésion de la Suisse à l'Union européenne, à interdire la construction de minarets en Suisse ainsi que, plus généralement, à stigmatiser en Suisse l'étranger comme hostile et le requérant d'asile comme abuseur.[3] Dans son essence, cette initiative pour l'"autodétermination" aspirait à subordonner le droit international au droit national suisse. Dans ce sens, elle voulait empêcher que des litiges puissent être soumis utilement à des tribunaux supra-nationaux, en particulier sur la base de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). Selon le gouvernement suisse, l'initiative aurait risqué d'entraîner un affaiblissement de la protection des droits de l'homme, notamment ceux garantis par la CEDH.[4]

Le peuple suisse jouit d'une liberté à exprimer ses opinions publiques et sa volonté politique des plus évoluées grâce à l'institution de l'initiative populaire lui permettant de modifier la constitution fédérale sans intermédiaires et à tout moment.[5] Par son plébiscite historique du 25 novembre 2018, la Suisse a gratifié la CEDH d'une nouvelle légitimité érigée sur le socle de la démocratie directe. Sur le plan du droit interne, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme peut avoir une influence particulièrement positive en Europe sur l'administration de la justice dans les États à tendance autoritaire ou dirigés par des partis populistes, puisque les juridictions nationales sont censées mettre en œuvre et appliquer elles-mêmes la Convention non seulement dans leurs constitutions et législations, mais également dans leurs jugements et décisions. En matière de jurisprudence, le grand mérite de la CEDH aujourd'hui, c'est en premier lieu d'éduquer les juges nationaux

2 Avec un taux de participation de 47,7 %, soit de 2'585'802 de citoyennes et citoyens, l'initiative populaire pour l'"autodétermination" a été rejetée à hauteur de 66.2 % des votants.

3 Au sujet de l'initiative populaire contre la construction de minarets, lire C. GERMANN, *La diversité humaine à l'appel du minaret*, dans *Le Courrier*, 7 décembre 2009 : https://lecourrier.ch/auteur/christophe-germann/ ; cf. aussi décision de la Cour du 28 juin 2011 dans l'affaire Ligue des Musulmans de Suisse et Autres c. Suisse, no 66274/09, CEDH - dans le meilleur des mondes possibles, cette décision d'irrecevabilité motivée de manière détaillée et prise non pas par un juge unique, mais à la majorité par sept magistrats, fournit un exemple à suivre en matière d'accès à la Cour conformément à l'article 6 CEDH.

4 Le Conseil fédéral avait estimé qu'en cas d'acceptation de cette initiative, la Suisse aurait pu être systématiquement et durablement empêchée d'appliquer certaines dispositions de la CEDH. À long terme, l'exclusion de la Suisse du Conseil de l'Europe n'était pas à exclure, ce qui aurait eu les mêmes effets qu'une dénonciation de la CEDH et aurait envoyé un signal négatif aux autres États ; cf. www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html

5 Conformément aux articles 138 à 139 b de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101), une révision totale or partielle de celle-ci peut être demandée par le biais d'une initiative populaire. Une initiative peut être présentée sous forme de texte déjà rédigé ou d'une suggestion générale. De ces deux formes d'initiatives populaires fédérales, la plus fréquemment utilisée est l'initiative qui se présente sous la forme d'un projet rédigé. Pour qu'une initiative populaire aboutisse, les initiants doivent récolter, dans un délai de 18 mois, 100'000 signatures de personnes ayant le droit de vote. Par ces signatures, ces personnes se déclarent favorables à soumettre l'initiative à la votation populaire. Le parlement est ensuite chargé d'examiner si l'initiative respecte les principes de l'unité de la forme, l'unité de la matière et les règles impératives du droit international. Si ce n'est pas le cas, il peut la déclarer totalement ou partiellement nulle. Si l'initiative populaire est déclarée valable par le Parlement, elle est soumise à la votation populaire. Le Conseil fédéral et le Parlement peuvent choisir de lui opposer un contre-projet direct ou indirect. Voir également Administration fédérale, *L'initiative populaire : 125 ans d'histoire* : www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/dossiers/125-ans-initiatives-populaires.html

ISSN 2279-7238

aux droits de l'Homme, cette éducation "européenne" profitant le plus aux juges issus de juridictions aux politiques oppressives et discriminatoires, notamment en protégeant leur indépendance de magistrats à l'égard des pouvoirs politiques en place dans leurs propres États.

1.2. Le problème du juge "acheté" par les pouvoirs politiques

Malgré son but hostile à la cause des droits de l'Homme, l'initiative pour l'"autodétermination" a eu néanmoins le mérite indéniable de thématiser non seulement la problématique du juge "étranger" (fremder Richter), mais aussi et surtout celle du juge "acheté" (gekaufter Richter), éléments qui restent d'actualité et méritent aujourd'hui un débat critique plus large en Europe. En effet, il est notoire que les juges sont susceptibles de manquer d'impartialité lorsque des différends judiciaires touchent aux intérêts des pouvoirs publics, en premier lieu le gouvernement, l'administration et les partis politiques ainsi que les secteurs économiques hybrides que l'Etat subventionne ou dans lesquels il a investi.[6] En Suisse par exemple, les partis ont une emprise déterminante sur la sélection, la nomination et la confirmation de magistrats aux niveaux cantonal et fédéral. A ce sujet, un ancien président du Tribunal fédéral Claude Rouiller critiquait à juste titre dans un entretien accordé au quotidien Le Temps la réélection périodique contraignant les juges fédéraux à conserver des rapports étroits avec le parti qui les a présentés : "Vu de l'extérieur, ce n'est pas sain, même si ces rapports restent formels et si les juges fédéraux sont certainement indépendants dans l'accomplissement de leur mission."[7] Le problème des juges "étrangers" et "achetés" concerne toutefois non seulement les justiciables suisses, mais aussi les ressortissants de tous les pays européens qui sont parties de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les partis politiques et autres acteurs ou facteurs ayant un impact sur la carrière professionnelle d'un magistrat sont susceptibles de peser sur la conviction intime des juges - phénomène bien connu dans de nombreux pays et problématique amplement médiatisée aux États-Unis en 2018 lors du processus de nomination de Brett Kavanaugh comme juge à la Cour suprême américaine.[8] Dans des affaires sensibles et controversée, par exemple en matière d'avortement ou de discrimination sur la base de la nationalité, les juges qui se laissent tenir en laisse par les pouvoirs politiques perdent toute légitimité et sabotent ainsi l'idéal d'une justice impartiale et indépendante, sereine au-delà de la mêlée politicienne

[6] L'affaire de la loi genevoise « Cinéforom » portée devant le Tribunal fédéral est un cas d'école, cf. C. GERMANN, *« Atteinte aux mœurs » en cinéma subventionné ?*, dans *Le Courrier*, 3 mars 2017: https://lecourrier.ch/2017/03/06/atteinte-aux-moeurs-en-cinema-subventionne/

7 D. MASMEJAN, *« Les partis se partagent les sièges du Tribunal fédéral comme si c'était un gâteau »*, dans *Le Temps*, 12 septembre 2014: www.letemps.ch/suisse/partis-se-partagent-sieges-tribunal-federal-cetait-un-gateau Le Groupe d'Etats contre la Corruption GRECO du Conseil de l'Europe critique la proximité des juges fédéraux avec les partis politiques et émet des recommandations visant à améliorer le système dans son rapport d'évaluation de la Suisse concernant la prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs du 15 mars 2017, points 99 à 101.

8 Lire notamment Editorial Board, *How Brett Kavanaugh Failed*, in *New York Times*, 4 octobre 2018, qui donne un aperçu des avis hostiles à la nomination de ce juge.

ISSN 2279-7238

du quotidien, une éventualité qui transforme la séparation de ces pouvoirs en fiction. Afin de prévenir la propension des États à contrôler indûment leurs juges - dans le meilleur esprit de Montesquieu - la Cour européenne des droits de l'Homme offre au justiciable une instance censée être plus impartiale. En d'autres termes, par le fait même d'être appliquée par des juges "étrangers" qui sont, en cette qualité, *a priori* plus neutres, la CEDH est un instrument mettant fidèlement en œuvre l'article 4 du Pacte fédéral du premier août 1291 cité au début de cette contribution : "*La fonction de juge dans les vallées ne peut pas être achetée.*"[9] Par contre, le problème de la prohibition des juges "étrangers" contenue dans le même article 4 de ce Pacte, qui a la valeur symbolique d'un acte fondateur de perception quasi mythologique dans le discours politique helvétique, est devenu aujourd'hui sensiblement plus épineux en pratique. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Protocole 14 au 1er juin 2010, la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé à perdre un élément crucial de sa légitimité, perte susceptible de s'aggraver encore par une fragmentation croissante des cultures politiques nationales en Europe liées aux droits fondamentaux.[10]

Nul besoin de parapluie lorsqu'il fait beau temps. La règle consiste à présumer l'intégrité de tout juge, sans discrimination aucune. Toutefois, comme l'a notoirement proclamé Carl Schmitt, "Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle."[11] Le juge unique disposant du pouvoir de trancher définitivement en matière de droits fondamentaux peut usurper cette "souveraineté" en cas de tempête - ni vu, ni connu - et y sera d'autant plus enclin s'il provient d'un État adepte des situations d'exception.[12] Dans notre contexte, il

9 Voir note 2 supra.

10 Le Protocole 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 13 mai 2004, amendant le système de contrôle de la Convention, contient des modifications de la procédure de plainte individuelle afin de donner à la Cour les moyens et les outils utiles pour un rejet rapide et efficace d'une plainte irrecevable. L'article 12 de ce protocole modifie dans ce sens la teneur de l'article 35 al. 3 CEDH. Il s'agit d'un protocole d'amendement. Contrairement au protocole additionnel, le protocole d'amendement modifie le texte de la CEDH et entre uniquement en force lorsque tous les Etats parties l'ont ratifié. La Russie était le seul membre du Conseil de l'Europe à s'opposer à la ratification de ce protocole, bloquant ainsi la réforme de la Cour. Le 15 janvier 2010, avec 392 voix sur 450, la Douma d'Etat russe a finalement donné son feu vert à la ratification.

11 C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, 15.

12 Dans ce contexte, il convient de garder à l'esprit les travaux préparatoires de la CEDH et l'évolution ultérieure du projet initial vers un droit de requête individuelle; cf. J. H. GERARDS / L. R. GLAS, *Access to justice in the European Convention on Human Rights system*, dans *Netherlands Quarterly of Human Rights 2017*, Vol. 35(1) 11–30, qui résument la *ratio pactis* envisagée initialement et l'historique de son développement après la chute du Mur de Berlin en ces termes (références omises) : "The drafters envisaged the Convention as an instrument that would be 'an early warning system to sound the alarm in case Europe's fledgling democracies began to backslide toward totalitarianism' and one that would strengthen 'the resistance [. . .] against insidious attempts to undermine our democratic way of life from within or without', that is, protecting States from communism. The drafters therefore seemed to see the Convention system as a safeguard of general justice; the protection of individual human rights was not at the forefront of their concerns. This is not surprising as the individual right to petition was regarded as 'a dream unlikely to ever be realized' in the early 1950s. Furthermore, up to the 1990s, individuals had an 'inferior' status in the system because the right remained optional and individuals did to not have standing before the Court. By the 1990s, however, all States had accepted the right. Furthermore, Protocol 11 (1998) made acceptance of the right mandatory and thereby 'fully institutionalized' it 'as the motor of the enforcement machinery under the Convention'. Providing individuals justice thus gained importance."

ISSN 2279-7238

convient de rappeler également le fameux précepte du Lord Chief Justice Hewart : "Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done."[13]

1.3. Le protocole 14 CEDH : le prix du succès qui anéantira celui-ci ?

Depuis plusieurs années, la Cour européenne des droits de l'Homme est submergée de requêtes individuelles (plus de 79 700 étaient pendantes au 31 décembre 2016). Or la quasi-totalité de ces requêtes (environ 95 %) est rejetée, sans examen sur le fond, pour ne pas avoir rempli l'un des critères de recevabilité prévus par la CEDH. En 2016, par exemple, sur 38 505 requêtes réglées par la Cour, 36 579 ont été déclarées irrecevables ou ont été rayées du rôle de la Cour.[14] Cette situation provoque une double frustration, comme l'observe la Cour elle-même. D'une part, ayant l'obligation de répondre à chaque requête, la Cour n'est pas en mesure de se concentrer dans des délais raisonnables sur les affaires nécessitant un examen sur le fond. D'autre part, des dizaines de milliers de requérants se voient inexorablement déboutés de leur action. Pour tenter de faire face à ce problème et garantir une administration efficace de la justice, les États parties à la CEDH ont adopté le Protocole 14 prévoyant, entre autres, la possibilité que des requêtes "manifestement irrecevables" puissent être traitées par un juge unique assisté de rapporteurs non judiciaires et non plus par un comité de trois juges. Cet instrument institue également un nouveau critère de recevabilité lié à l'importance du préjudice subi par un requérant. Il vise à décourager l'introduction de requêtes par des personnes ayant subi un "préjudice insignifiant", notion intrinséquement des plus floue et sujette à interprétation d'autant plus problématique qu'aucune voie de recours est ouverte contre une décision d'irrecevabilité basée sur une telle motivation...[15] Le Protocole 14 permet par-là aujourd'hui à un juge unique "étranger" de faire la sourde oreille aux affaires qui lui sont attribuées grâce à une marge d'appréciation proprement arbitraire, cela formellement pour décharger la Cour et,

13 R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256, 259 ('R v Sussex Justices'); cf. l'article d'A. RICHARDSON OAKES / H. DAVIES, *Justice must be seen to be done: A contextual reappraisal*, dans *Adelaide Law Review* 2016, 37 (2), 461-494, qui analysent le dictum du juge Hewart dans le contexte des débats du début du siècle dernier quant à la composition de la Cour permanente de justice internationale. Selon ces auteurs, la composition de la magistrature reste aujourd'hui un sujet actuel, les impératifs portant sur la représentation démocratique et la redevabilité prenant le devant de la scène. Sous cet angle, l'apparence de la justice serait mieux servie par des juges qui reflètent la communauté qui les a nommé pour servir dans un tribunal. Le principe du "juste reflet" ("fair reflection principle") des normes juridique internationales appelle une attention renouvelée sur la question de la composition de la magistrature, ce qui donne une actualité contemporaine au postulat de Lord Hewart et illustre le lien dynamique entre l'évolution des normes de droit nationale et international. Au sujet du principe du juste reflet, voir notamment Sophie Turenne (sous la direction de), Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study, Springer, Berlin 2015.

14 Pour des statistiques actualisées, voir Cour européenne des droits de l'Homme, www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fre

15 Conseil de l'Europe - Cour européenne des droits de l'homme, *Guide pratique sur la recevabilité* du 28 février 2017, p. 7. Pour une introduction très brève, voir la vidéo de la CEDH datée de 2012 sur la recevabilité sur www.youtube.com/watch?v=FxfCnu2m6nw Cf. N. VOGIATZIS, *The admissibility criterion under article 35(3)(b) ECHR: A 'significant disadvantage' to human rights protection?* dans *International and Comparative Law Quarterly* 2016, 65(1), 185-211.

ISSN 2279-7238

en cas d'abus, avec pour effet, en cas d'abus de ce pouvoir sans garde-fou, d'empêcher l'accès à la justice. Le Protocole 14 mutile ainsi sévèrement la CEDH sur le plan même de ses propres normes fondamentales en matière de procès équitable articulées par l'article 6, cela par un mécanisme que l'on ne saurait raisonnablement légitimer par des préoccupations d'économie procédurières aussi importantes soient-elles.[16] Conclure à l'irrecevabilité d'une affaire qui dérange au niveau politique, est le moyen le plus efficace pour la passer sous silence, cela au moyen de règles sur l'irrecevabilité que l'on peut impunément appliquer de manière contraire à leur but. Comment vérifier s'il y a abus ? - En vertu du Protocole 14, il incombe à un juge unique de déterminer de manière définitive l'irrecevabilité d'une requête - en d'autre termes, le juge unique dispose du dernier mot, qui ne peut pas faire l'objet d'un recours quelconque. Par-là, il n'y a plus aucun garde-fou effectif contre une décision arbitraire d'un juge "étranger", qui peut ainsi aisément abuser de son pouvoir, celui-ci étant en pratique illimité. Même lorsqu'une requête est compatible avec la CEDH, et que toutes les conditions formelles de recevabilité ont été remplies, le juge unique peut néanmoins la déclarer irrecevable au motif d'un "défaut manifeste de fondement" sans autre motivation.[17] Ainsi, par hypothèse, presque tous les coups sont permis au juge unique dès lors que sa décision formellement définitive ne sera plus sujette à aucune vérification par ses pairs. Le Protocole 14 fourni par-là au magistrat mal intentionné (ou minimaliste, prosélyte, insuffisamment qualifié ou tout simplement craintif pour sa carrière professionnelle) une véritable "lettre de cachet" pour refuser d'entendre les justiciables comme bon le lui semble.[18]

2. Un pouvoir illimité du juge unique "étranger acheté" pour dénier

16 La déclaration de la Conférence de haut niveau réunie à Copenhague les 12 et 13 avril 2018 à l'initiative de la présidence danoise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe résume le processus de réforme de la CEDH lancé en 2010 et rappelle au point 48 en particulier que "le droit de recours individuel reste une pierre angulaire du système de la Convention. Toutes réformes et mesures futures devraient être guidées par la nécessité de renforcer davantage la capacité du système de la Convention à répondre aux violations de celle-ci avec promptitude et efficacité." Au point 49, la Conférence exprime sa vive préoccupation face au grand nombre de requêtes toujours pendantes devant la Cour. Elle note que des mesures supplémentaires devront être prises au cours des années à venir afin de continuer à accroître la capacité de la Cour à gérer sa charge de travail. Par ailleurs, la section de la déclaration dédiée à la sélection et l'élection des juges de la Cour (points 55 ss.) ne préconise aucun garde-fou juridique susceptible de répondre spécifiquement à la préoccupation thématisée dans cet article, se bornant à mettre l'accent sur l'exigence d'élir les candidats les plus qualifiés et les plus compétents conformément à l'art. 21 CEDH, qui prescrit notamment que les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire.

17 *Guide pratique*, op. cit., p. 55. Pour un exemple de lettre standardisée émanant de la Cour en cas d'irrecevabilité décidée par un juge unique, voir la contribution critique de Helena De Vylder, Stensholt v. Norway: Why single judge decisions undermine the Court's legitimacy, 28 mai 2014, sur le blog "Strasbourg Observers" : https://strasbourgobservers.com/2014/05/28/stensholt-v-norway-why-single-judge-decisions-undermine-the-courts-legitimacy-2/

18 Selon Le Larousse, édition de 2005, la "lettre de cachet" est une lettre close par le cachet personnel du roi, destinée à transmettre un ordre ponctuel à un officier ou à un corps chargé de l'exécuter. (...) Alors qu'elles sont utilisées à de multiples fins et dans des domaines très variés de l'exercice du pouvoir, la mémoire collective, nourrie des indignations révolutionnaires, ne retient que leur utilisation à des fins répressives. Manifestation des prérogatives judiciaires du monarque, elles sont en effet souvent porteuses d'ordres d'incarcération, prononcés sans aucune forme de procès.

ISSN 2279-7238

justice ?

2.1. L'Europe des juges, désunie dans la diversité

"Unie dans la diversité", telle est la devise de l'Union européenne ; à plus forte raison, cela devrait être le *leitmotiv* du Conseil de l'Europe à la lumière de sa raison d'être et de la composition de ses membres encore plus hétérogène. Or, la diversité peut être à double tranchant.[19] Ainsi, selon une étude récente du Pew Research Center basé à Washington, les Européens de l'Ouest et de l'Est perçoivent différemment l'importance de la religion, les minorités et les questions sociales clés. Par rapport aux Européens de l'Ouest, moins de citoyens d'Europe centrale et orientale accueilleraient des musulmans ou des juifs dans leur famille ou leur quartier, étendraient le droit au mariage aux couples de même sexe ou élargiraient l'octroi de la nationalité aux personnes nées hors de leur pays. Ces différences ressortent d'une série d'enquêtes réalisées par le Pew Research Center entre 2015 et 2017 auprès de quelque 56'000 adultes dans 34 pays d'Europe de l'Ouest, centrale et orientale. Elles continuent de diviser le continent plus d'une décennie après l'élargissement de l'Union européenne bien au-delà de ses racines en Europe de l'Ouest pour inclure, notamment, les pays d'Europe centrale tels que la Pologne et la Hongrie, et les pays baltes que sont l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie. Le rapport conclut que, dans certains cas, "la fracture continentale dans les attitudes et les valeurs peut être extrême."[20]

Il va sans dire que ces différences de mentalités et de parcours historiques récents en Europe ne sauraient laisser les juges nationaux indifférents et insensibles dans l'exercice de leurs fonctions. Dans ce contexte, la répartition interne des affaires au sein de la Cour européenne des droits de l'Homme entre juges uniques tel que pratiquée sans transparence sur la base du Protocole 14 a rendu le système largement incompatible avec une interdiction légitime du "juge étranger". En réalité, la Cour siégeant en formation de juge unique est devenue une véritable loterie pour le justiciable, qui peut s'avérer truquée dans de nombreux cas de figure. Par exemple, un juge russe nommé sous l'influence de Poutine peut être amené à déterminer la recevabilité d'une requête déposée par une homosexuelle irlandaise invoquant la CEDH contre une discrimination sur la base de l'orientation sexuelle en Irlande. Idem pour un juge turque nommé sous l'influence d'Erdogan quant à la violation de liberté d'expression dont serait victime un journaliste français en France. Idem pour une juge polonaise nommée sous l'influence de Kaczyński ou un juge hongrois sous la tutelle d'Orban quant à la violation du droit d'être entendu dans une procédure judiciaire impliquant un requérant d'asile musulman en Allemagne en lien avec la protection de la famille. Sur plus de 95 % des requêtes déclarées irrecevables chaque année par les juges

19 Pour la variante culturelle du concept de la diversité en lien avec le droit du commerce international, voir l'étude de Germann Avocats de 2010 pour le Parlement européen au sujet de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée en 2005 par l'UNESCO : www.diversitystudy.eu

20 Lire le résumé français du rapport Pew du 29 octobre 2018 sur http://www.pewforum.org/2018/10/29/les-europeens-de-louest-et-de-lest-percoivent-differemment-limportance-de-la-religion-les-minorites-et-les-questions-sociales-cles/

ISSN 2279-7238

uniques de Strasbourg, la probabilité statistique d'un nombre non négligeable d'abus ou autres dysfonctionnements liés à la personne du magistrat unique n'est pas à exclure d'emblée. Le justiciable se trouve ainsi face à un juge unique au pouvoir exorbitant et incontrôlable, qui, au prétexte que la requête serait "manifestement mal fondée" ou le "préjudice insignifiant" selon son interprétation personnelle et, cas échéant, culturellement ou autrement biaisée, a carte blanche pour faire la sourde oreille et dénier ainsi justice. De surcroît, une décision d'irrecevabilité permettra à l'État concerné de faire valoir une fausse légitimité de ses propres lois et décisions attaquées par un individu qui serait véritablement victime d'une violation de la CEDH - l'effet pervers ultime du Protocole 14 est de puiser dans l'autorité morale de la CEDH pour contester à la victime le recours au droit.

2.2. Le marteau solitaire de la conviction intime

Peut-on faire subir à une homosexuelle irlandaise le marteau d'un juge "étranger" (russe) ayant fait carrière dans un régime homophobe ? - Peut-on faire subir à un journaliste français un juge "étranger" (turque) ayant gravi les échelons de la magistrature dans un état autoritaire qui persécute ses propres journalistes ? - Peut-on faire subir à un requérant d'asile musulman en Allemagne un juge "étranger" (polonais ou hongrois) par hypothèse inféodé à un pouvoir politique ouvertement islamophobe ? - C'est dans ces constellations que l'interdiction du "juge étranger" acquiert toute sa légitimité, notamment en vertu du principe du juste reflet.[21] Dans ces exemples, l'Irlande, la France et l'Allemagne pourront injustement clamer victoire juridique grâce à des "juges étrangers" qui auraient été disqualifiés, dans une constellation inverse, comme "juges achetés" dans leurs propres juridictions nationales, parce que trop obséquieux à l'égard des pouvoirs politiques en place. Des justiciables ressortissants de pays démocratiques doivent dans ces hypothèses subir le verdict de "juges étrangers" de régimes autoritaires et systèmes similaires hostiles à la liberté, à l'égalité et et à la solidarité, ce qui réduit tous les bienfaits de la CEDH à néant. Le juge unique à pouvoir décisionnel définitif, c'est une présomption de pensée unique contraire à la diversité humaine, dont l'effet peut être dévastateur pour le respect des droits de l'Homme - le justiciable subira dans ce cas de figure une double injustice, d'abord celle du juge "acheté" au niveau national et ensuite celle du juge "étranger" unique provenant d'une juridiction lui imposant, cas échéant, une interprétation de la CEDH contaminée par une appréciation et conviction juridique viciée ou de qualité inférieure, cela sous couvert du marteau de l'irrecevabilité.[22] Afin de pallier au risque de subir une telle situation de justice sommaire

21 Cf. note 5 supra.

22 En pratique, les juges baseraient leurs décisions sur le filtrage préalable des affaires par du personnel administratif (rapporteurs non judiciaires), ce qui empire le problème sous l'angle de la responsabilité ; cf. J. H. GERARDS / L. R. GLAS, op. cit., décrivent cette pratique de la manière suivante (références omises): "The work of single judges has hugely increased the efficiency of deciding on admissibility matters, and has contributed to a fast reduction of the Court's backlog. This may be regarded as a great gain from a perspective of procedural access to justice, since in all these cases the Court is actually looking into the individual complaints. However, there is a downside from the

ISSN 2279-7238

des plus arbitraires, il faudrait un collège d'au moins deux juges provenant de diverses juridictions pour conclure à l'irrecevabilité d'une requête, ce qui permettrait un véritable débat argumenté - dans le meilleur esprit de la théorie sur l'action communicative de Jürgen Habermas et de son éthique du discours - et, par-là, un contrôle social entre magistrats nationaux siégeant à la Cour européenne des droits de l'Homme.[23]

2.3. La régression nationale populiste et le choc des juridictions

Les affaires ayant opposé des nationalistes turcs à la Suisse niant le caractère de génocide des atrocités de masse commises par l'empire Ottoman contre le peuple arménien constitue un exemple emblématique non seulement de la complexité de certains cas portés devant la Cour, mais également de l'asymétrie dans l'accès à la justice liée à la problématique du juge unique thématisée ici.[24] Un juge unique originaire d'une juridiction nationale à tendance autoritaire, qui refuserait de déclarer recevable une affaire portant sur la violation de la liberté d'expression basée sur l'article 10 CEDH, sera perçu par le justiciable comme dénué d'impartialité, sauf s'il s'agit d'une affaire de propagande d'État véhiculée par des individus ressortissants ou sympathisants de l'État à tendance autoritaire. Dans ce cas de figure, le Protocole 14 a donc institué une partie de dés pipés à deux poids et deux mesures : un juge unique turc, russe, polonais, hongrois etc., d'une proximité douteuse envers le pouvoir qui l'a nommé, bloque par hypothèse une affaire de liberté d'expression portée par des membres du groupe Femen dénonçant de la discrimination contre les femmes et, l'encre de sa signature à peine séchée, déclare recevable une affaire liées à des actes de violence verbale commis par des activistes anti-avortement ou homophobes se prévalant de la liberté d'expression. Ces hypothèses illustrent également les zones grises de l'attribution des affaires aux juges uniques par la Cour - alors que celle-ci croule aujourd'hui un peu moins sous les dossiers, nul ne sait hors temple qui applique dans l'urgence de manière sommaire quels critères à quels cas concrets.[25]

---

perspective of substantive access to justice. It has been well documented that non-judicial rapporteurs (Registry officers) sift through, assess and categorise the many incoming applications. When they allocate cases to the single judges, these are presented with lists containing single-sentence descriptions of each case. Relying on the quality of these preparatory documents, the judges usually simply rubber-stamp them, without looking into the file. Given that the single-judge decisions currently make up nearly 80% of all the applications disposed of, this means that in all these cases, the decisions are taken in substance by Registry staff. (...)"; cf. également note 26 infra.

23 Voir en particulier J. HARBERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

24 CourEDH, Perincek c. Suisse, no 27510/08, Grande Chambre, (arrêt) 15 octobre 2015 et CourEDH, Mercan et autres c. Suisse, no 18411/11, (arrêt) 28 novembre 2017.

25 L'auteur de cette contribution a demandé par courrier à la Cour en novembre 2018 de l'informer sur la pratique actuelle de l'attribution des affaires aux juges uniques dans le cadre d'un cas particulier; à ce jour, il n'a reçu aucune réponse. Sur son site officiel sous la rubrique "Traitement des affaires et méthode de travail", la Cour se borne à informer à ce sujet par un document de 2011 intitulé "Premier bilan de la section de filtrage" comme suit (extrait): "La section de filtrage fonctionne depuis le début de l'année 2011. Elle a principalement pour fonction de procéder à un tri immédiat, précis et complet des affaires afin d'assurer que toutes les requêtes sont aiguillées sur la bonne voie procédurale, qu'il s'agisse de les soumettre à un juge unique pour une prise de décision rapide ou de les envoyer à un

ISSN 2279-7238

Selon certains historiens et juristes, le droit international gratifierait l'humanité d'un effet "civilisateur" sur les nations, hypothèse bien évidemment teintée d'ethnocentrisme.[26] Si cette interprétation était néanmoins vraie, force serait alors de constater que le développement n'est pas le même dans toutes les nations à une époque donnée. Concrètement, dès lors que les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme restent, en tant qu'individus, sociologiquement d'obédience nationale quant à leur carrière professionnelle et imprégnation politique, économique et socio-culturelle, un justiciable d'une État "civilisé" peut se retrouver face un juge d'un pays "retardé". A l'ère du "national trumpisme" ravageur il est fort à craindre qu'un nombre croissant de pays européens subiront une régression populiste par effet de contamination, ce qui pourra aboutir à terme, dans le pire des scénarios possibles, à mettre la CEDH hors jeu par le fait de juges uniques peu scrupuleux ou peu courageux contribuant à imposer le joug de l'extrême droite.

A première vue, tout portait le peuple suisse à rejeter en 2018 l'initiative populiste pour l'"auto-détermination" sans la moindre réserve. En effet, le principe de prévisibilité *pacta sunt servanda* - les accords internationaux doivent être honorés - et l'impératif d'une justice affranchie de "juges achetés" exigeaient un rejet massif de l'initiative de la droite xénophobe.[27] Passé le frisson du verdict populaire, qui n'est jamais prévisible et acquis d'avance, il convient toutefois de saisir aujourd'hui le momentum offert par l'institution de la démocratie directe en Suisse, qui a permis aux citoyennes et citoyens de se prononcer directement sur cette question. Le débat ayant précédé cette votation historique, soit une large discussion critique et contradictoire d'une grande qualité ayant façonné l'opinion publique helvétique, se doit maintenant d'être poursuivi et canalisé de sorte à perfectionner la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'Homme d'une manière utile et bénéfique à l'Europe entière. Dans ce but, il est nécessaire de donner une instruction citoyenne à tous les gouvernements des États membres de la CEDH à revoir substantiellement le Protocole 14 quant à l'article 35 CEDH, cela dans le but de remplacer le juge unique amené à décider de la recevabilité d'une requête par un collège de magistrats issus de juridictions à cultures juridiques diverses. De manière alternative ou complémentaire, la création de nouveaux tribunaux supra-nationaux de première instance à l'échelle régionale en Europe pourrait être également envisagée, en s'inspirant par exemple du modèle des *federal circuit courts* aux États-Unis qui déchargent la Cour suprême.

comité de trois juges ou à une chambre qui les examinera conformément à la politique de priorité de la Cour." ; cf. également note 23 supra.

[26] Lire par exemple M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge, CUP, 2001.

[27] Pour une discussion critique au sujet des moyens juridiques pour surmonter le déficit démocratique dans le cadre de négociations d'accords internationaux, cf. T. COTTIER / C. GERMANN, *Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven*, dans D. THÜRER et al. (sous la direction de), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, pp. 77–96.

ISSN 2279-7238

3. Conclusions : pétition pour une réforme urgente du Protocole 14 CEDH

Dans un État de droit démocratique, la politique est au droit ce que la musique militaire est à la musique tout court, et vice-versa. Jusqu'à la malheureuse entrée en force du Protocole 14 en 2010, la Convention européenne des droits de l'Homme avait contribué à un meilleur équilibre entre la politisation du droit et le respect du droit en *realpolitik* au sein des pays qui ont accepté sa juridiction. Face au danger croissant d'un "national populisme" qui déborde, il devient aujourd'hui plus urgent que jamais de réformer le système afin de protéger la Convention contre des juges uniques quasi omnipotents, que l'on ne saurait présumer infaillibles par simple soucis d'économie procédurière.

En l'état actuel, la CEDH - victime de son propre succès - est devenue un jeu de hasard vulnérable à de la tricherie "décisionniste" susceptible de mettre le justiciable à la merci de juges "étrangers et achetés" issus de nations aux rationalités juridiques et irrationalités politiques incompatibles. Au vue de la légitimité juridique et de l'autorité morale acquises par la Cour européenne des droits de l'Homme avant l'entrée en vigueur du Protocole 14, cette situation choque d'autant plus le sentiment de justice dès lors qu'elle parasite depuis 2010 une réputation préalablement irréprochable. Cette légitimité ne semble plus être donnée aujourd'hui et, qui plus grave est, largement vidée de son noyau, elle suscite un faux-semblant pervers d'autorité morale gravement nuisible aux droits de l'Homme. Si l'Union européenne et ses membres, juridictions principales en nombre de pays et justiciables parmi les parties à la CEDH, devait se désintégrer un jour, la Cour européenne des droits de l'Homme se devra de survivre en tant que gardienne des valeurs existentielles du Vieux Continent dans son ensemble. Si l'Union européenne parvient à surmonter la marée populiste, elle le devra à la protection et la promotion de ces mêmes valeurs. Par conséquent, en tant qu' Européennes et Européens de cœur et d'esprit, il nous faut sans délai exiger une réforme du Protocole 14 pour sauvegarder la CEDH, précieuse boussole jurisprudentielle à la quête d'un monde meilleur pour plus de 800 millions de justiciables . Dans ce sens, sabrons le goulot et demandons aux États qui sont parties à la CEDH l'amendement suivant au moyen d'une pétition intitulée "*Réforme urgente du Protocole 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)*" à signer en-ligne par tout un chacun sur www.change.org :

1) La question de la recevabilité d'une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme doit être décidée par deux juges issus de pays de cultures juridiques diverses.

ISSN 2279-7238

2) Si les deux juges n'aboutissent pas à une décision unanime, un troisième juge issu d'une juridiction aussi neutre que possible tranchera sur la base d'une motivation raisonnée.

3) Les argumentaires et débats des juges seront publics (enregistrement sonore mis en ligne).[28]

Cette pétition est censée stimuler un large débat critique sur la réalité actuelle et un avenir désirable des droits de l'Homme en Europe et au-delà.

Résumé en anglais - English summary

Can an Irish homosexual be subjected to the hammer of a "foreign" (Russian) judge who has made a career in a homophobic regime? - Can a French journalist be subjected to a "foreign" (Turkish) judge who has risen through the ranks of the judiciary in an authoritarian state that persecutes its own journalists? - Can a Muslim asylum-seeker in Germany be subjected to a "foreign" (Polish or Hungarian) judge from a country whose government is openly Islamophobic? - In these constellations the prohibition of the "foreign judge" acquires some justification when it comes to assess the impartiality of a supra-national tribunal such as the European Court of Human Rights. In these cases, Ireland, France and Germany may unfairly claim legal victory thanks to "foreign judges" who would have been disqualified as "bought judges" in their own national jurisdictions. In these configurations, citizens of democratic countries must endure the summary final sentence of single "foreign judges" presenting a proximity with authoritarian regimes, a situation which challenges all the benefits of the European Convention on Human Rights (ECHR).

On 25 November 2018 the Swiss people bravely rejected a so-called "popular initiative" aimed at modifying the federal constitution that was proposed by the populist right wing party Democratic Union of the Centre (UDC in French and SVP in German) under the slogan "Swiss law instead of foreign judges (initiative for self-determination)". This initiative was part of UDC's long-standing campaign - previously led by a billionaire - to market xenophobic populism in Switzerland. It had, however, the merit of thematizing not only the problem of "foreign" judges, but also and above all that of "bought" magistrates. This problem concerns not only Swiss citizens, but the inhabitants of all the European countries that are parties to the European Convention on Human Rights. In Switzerland, for example,

28 Adresse de la pétition (état au 1 janvier 2019) : https://www.change.org/p/les-gouvernements-des-pays-qui-sont-parties-à-la-cedh-réforme-urgente-du-protocole-14-de-la-convention-européenne-des-droits-de-l-homme-cedh.

ISSN 2279-7238

judges are likely to lack impartiality when litigation affects the interests of public powers, primarily the government, its administration and political parties. Thus, judges who let themselves be leashed by political parties lose all legitimacy and thus sabotage the ideal of justice, a reality that transforms the separation of powers into fiction. In order to correct this realpolitik in the best spirit of Montesquieu, the European Court of Human Rights offers the litigant a supra-national instance of judicial recourse likely to be more impartial. In other words, by the very fact of being applied by "foreign" judges who are, in that capacity, a priori more neutral, the European Convention on Human Rights is an institution that faithfully implements Article 4 of the old Federal Pact of First August 1291: "*The function of judge in the valleys can not be bought.*" On the other hand, the problem of the prohibition of "foreign" judges contained in the same article 4 of this Treaty, which keeps symbolic value in the Swiss political discourse, has today become considerably more difficult to materialize in practice. Indeed, since the entry into force of Protocol 14 to the ECHR in 2010, the European Court of Human Rights has begun to lose a crucial element of its legitimacy. Protocol 14 allows a single "foreign" judge to screen cases with an unrestricted margin of appreciation, formally in order to discharge the Court and, in case of abuse, to deny access to justice. Concluding the inadmissibility of a politically disturbing affair is the most effective way of ignoring it. The allocation of cases between single judges according to current practice renders the system arguably incompatible with a legitimate prohibition of "foreign" judges. Thus in practice, due to the absence of any effective legal safeguards against arbitrary decisions, Protocol 14 provides to the ill-intentioned magistrate (or simply a minimalist or insufficiently qualified judge) a "lettre de cachet" to arbitrarily refuse to hear the litigants. For example, a Russian judge appointed under the influence of Putin may have to determine the admissibility of a petition filed by an Irish homosexual invoking the ECHR against discrimination on the basis of sexual orientation in Ireland. The same for a Turkish judge appointed under the influence of Erdogan on the violation of freedom of expression that a French journalist in France would suffer. The same for a Polish judge appointed under the influence of Kaczyński or a Hungarian judge under the influence of Orban on the violation of the right to be heard in a judicial procedure involving a Muslim asylum seeker in Germany in connection with family protection.

Of more than 95 % of the applications declared inadmissible each year by single judges in Strasbourg, the probability of a significant number of abuses can not be ruled out from the outset. The litigant thus faces a single judge with an exorbitant and uncontrollable power, who, upon the pretext that the request is "manifestly ill-founded" or that it concerns an "insignificant prejudice" according to his personal interpretation, has "carte blanche" to turn a deaf ear and deny so justice. Moreover, a decision of inadmissibility will allow the State concerned to assert a false legitimacy of its own laws and decisions against an individual who is genuinely a victim of a violation of the ECHR - the ultimate perverse effect of Protocol 14 is to draw in the moral authority of the ECHR to challenge the victim's

ISSN 2279-7238

recourse to law. In order to mitigate the risk of such a situation, a panel of at least two judges from different political and legal cultures and jurisdictions would be needed to determine the admissibility of the application, which would allow a genuine debate compliant with discourse ethics, and thereby a social control between national magistrates sitting in the Court. This contribution calls for a reform of Protocol 14 to safeguard the European Convention on Human Rights and invites the reader to sign an online petition aimed at promoting and implementing the modifications along the lines as follows:

1) The question of the admissibility of an application to the European Court of Human Rights must be decided by two judges originating from jurisdictions of diverse political and legal cultures.

2) If the two judges fail to reach a unanimous decision, a third judge, originating from a jurisdiction as neutral as possible in cultural terms shall have the casting vote.

3) The arguments and debates of the judges shall be public.

ISSN 2279-7238

"Voter Suppression" e "*Statutory Interpretation*": il sistema delle "purghe" elettorali dell'Ohio al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti*

di Mario Altomare **

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il quadro normativo di riferimento: dal *National Voter Registration Act* (NVRA) all'*Help America Vote Act* (HAVA) – 3. I fatti oggetto della controversia – 4. Il caso al vaglio della Corte Suprema, passando per le pronunce della *District Court* e della *Court of Appeal for the Sixth Circuit* – 5. La giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *voter suppression* – 6. Conclusioni

1. Premessa

Con la sentenza pronunciata l'11 giugno 2018 sul caso *Husted, Ohio Secretary of State v. A. Philip Randolph Institute et. al.*[29] la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affrontato le complicate problematiche connesse all'iscrizione degli aventi diritto al voto nei registri elettorali, una materia capace di impattare enormemente sul sistema di tutela del *right to vote* portando con sé i pericolosi riflessi delle discriminazioni razziali che risalgono alla ben nota *Jim Crow era*[30].

Più in particolare, si è trattato di una controversia al centro della quale si pone la delimitazione del perimetro entro il quale gli Stati possono muoversi per stabilire le norme che disciplinano modalità e requisiti per l'esercizio del diritto di voto.

La sentenza in esame è stata sostenuta da una risicata maggioranza di cinque a quattro, spaccando così la Corte tra il prevalente orientamento conservatore, favorevole all'adozione di requisiti più stringenti nell'accesso al voto, per scongiurare i tentativi di brogli, e sostenuto anche dal Giudice Anthony Kennedy detentore del c.d. *swing vote,* e l'orientamento dei giudici di area *liberal,* più inclini invece a ridurre gli ostacoli sostanziali e procedurali in ordine all'esercizio del diritto di voto. I giudici conservatori hanno avallato così una delle più aggressive *voter-purge practice* vigenti nel Paese, per l'appunto quella disciplinata dalla legislazione statale dell'Ohio che, come conferma uno studio dell'agenzia

*Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottorando di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

[29] Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, causa *Husted, Ohio Secretary of State v. A. Philip Randolph Institute et. al,* 138 S. Ct. 1833, No. 16-980, (2018)

[30] Jim Crow era il nome identificativo derivante dalla caricatura satirica del tipico "nero" che viveva negli Stati del Sud, appena affrancato dalla condizione di schiavitù. Erano i tempi della segregazione razziale sancita dalle leggi *Jim Crow* (dagli anni Ottanta dell'Ottocento agli anni Cinquanta del secolo scorso) che vietavano alla popolazione nera di esercitare la gran parte dei propri diritti civili. Sul punto cfr. KLARMAN J. M., *From Jim Crow to Civil Rights. The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, New York, Oxford University Press, 2004; GODSIL D. R., *Race Nuisance: The Politics of Law in the Jim Crow Era,* in *Michigan Law Review,* Vol. 105, n. 3, 2006, pp. 505-558.

ISSN 2279-7238

di stampa americana *Reuters*[31], ha avuto l'effetto, tra il 2011 e il 2016, di rimuovere più di due milioni di nominativi dai registri elettorali, colpendo in particolare la popolazione nera: si stima, infatti, che il tasso di cancellazione dai *voter rolls* relativo agli abitanti nei quartieri afroamericani sia stato più del doppio rispetto a quello subito dalla popolazione bianca.

La sentenza in commento si inserisce pertanto nel più ampio quadro del fenomeno del *voter suppression*, ben conosciuto negli Stati Uniti, dove, soprattutto a partire dalle elezioni di *mid-term* del 2010, la gran parte degli organi legislativi statali ha approvato un sistema di norme che hanno reso più complicato l'esercizio del *right to vote*, ad esempio stabilendo severi requisiti di identificazione al seggio degli aventi diritto al voto o imponendo oneri particolari in merito al procedimento di registrazione elettorale[32]. All'attenzione di molti commentatori politici e analisti si è posto il problema dell'impatto di simili leggi restrittive del diritto di voto sugli esiti delle elezioni, che è certamente più importante in uno Stato come l'Ohio, annoverato tradizionalmente tra gli *swing States* presidenziali[33], ovvero quegli Stati in bilico il cui elettorato non esprime chiari orientamenti politici a favore dei Repubblicani o dei Democratici. Lo Stato dell'Ohio, diviso tra il voto repubblicano delle aree rurali e quello democratico delle grandi città e della zona del Lago Erie, possiede infatti una rilevanza notevole sul risultato elettorale finale, in quanto, essendo uno degli Stati più popolosi, assegna un elevato numero (18) di Grandi Elettori.

Oltre a quanto si è appena osservato, è anche interessante notare che, se prima delle elezioni presidenziali del 2012 le Corti erano intervenute per bloccare l'effetto dirompente delle norme limitative dell'esercizio del *right to vote*[34], la sentenza della Corte Suprema del 2013 nel caso *Shelby County v. Holder* ha invece aperto la strada a più ampi margini di manovra da parte degli Stati per l'elaborazione di una normativa restrittiva del diritto di voto[35]. In questa direzione, con la pronuncia nel caso *Husted,* la Corte Suprema, nel dichiarare la

[31] L'indagine condotta da Reuters è disponibile al seguente link: https://www.reuters.com/article/us-usa-votingrights-ohio-insight-idUSKCN0YO19D.

[32] BRENNAN CENTRE FOR JUSTICE, *Election 2016: Restrictive Voting Laws by the Numbers*, 28 settembre 2016, disponibile online al link https://www.brennancenter.org/analysis/election-2016-restrictive-voting-laws-numbers.

[33] La lista dei c.d. *swing States* o *battleground States* ricomprendeva nell'ultima tornata elettorale presidenziale del 2016 i seguenti Stati: il Michigan, la Florida, il North Carolina, l'Ohio, il Winsconsin, lo Iowa, la Pennsylvania, il Maine, il Colorado, la Georgia, la Virginia, il Colorado, il Nevada, l'Arizona, il New Hampshire.

[34] Tra gli altri si possono citare le decisioni *State of South Carolina v. United States of America and Erick Holder Jr.*, U.S. District Court, District of Columbia, No. 1:12-cv-203 del 2012 e *Texas v. Holder,* U.S. District Court, District of Columbia, No. 12-cr-00128 del 2012.

[35] Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, causa *Shelby County, Alabama, Petitioner v. Eric H. Holder, Jr., Attorney General, et al*, 5570 U.S. (2013), No. 12-96 del 25 gennaio 2013. Si ricordi che la sentenza *Shelby County* smantellò la sezione 4 del *Voting Rights Act* (VRA) dichiarandola incostituzionale ed esentando così gli Stati tradizionalmente segregazionisti, specificamente indicati nella suddetta norma, dall'obbligo di ricevere l'approvazione federale per poter modificare le proprie leggi elettorali. La Corte si richiamava al principio di eguaglianza formale, ritenendo che la puntuale indicazione degli Stati "sospetti" di cui all'art. 4 del VRA violasse la sfera di sovranità loro pienamente spettante. (per un approfondimento delle riflessioni della dottrina statunitense sulla sentenza cfr. BALDWIN B., *Backsliding: The United States Supreme Court, Shelby County v. Holder and the Dismantling of Voting Rights Act of 1965*, in *Berkeley Journal of African – American Law & Policy*, Vol. 16, n. 2, 2015, pp. 251-262; ISSACHAROFF S., *Voting Rights at 50*, in *Alabama Law Review*, Vol. 67, n. 2, 2016, pp. 387-414; per le riflessioni della dottrina italiana sulle implicazioni della medesima sentenza cfr. MARTINUZZI A., *U.S.A.: prosegue lo smantellamento del Voting Rights Act? Il recente caso dell'Ohio*, in *forumcostituzionale.it*, 30 ottobre 2014; ARAVANTINOU LEONIDI G., *La demolizione del Voting Rights Act 1965 e le sue implicazioni per la Presidential Election 2016*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2015).

ISSN 2279-7238

conformità alla legge federale delle operazioni di cancellazione dai registri elettorali disposte dall'Ohio, di fatto consente di rimuovere all'incirca un milione di nominativi dalle liste elettorali, utilizzando la tecnica di interpretazione della legislazione corrente (c.d. *statutory interpretation*) in cui la questione primaria da risolvere riguarda la presunta antinomia tra legge statale e legge federale[36].

Ai fini di questa analisi è importante considerare innanzitutto le finalità che stanno alla base della legge federale che determina i casi e le condizioni in cui è possibile disporre la cancellazione degli elettori dai registri elettorali, ossia il *National Voter Registration Act* del 1993. In questo contributo si intende esaminare l'*opinion* della maggioranza e le opinioni dissenzienti e concorrenti, per poi rintracciare le linee di continuità con un percorso giurisprudenziale della Corte Suprema che in passato ha sostenuto gli Stati nell'implementazione di leggi restrittive del *black vote,* ignorando così la realtà del *voter suppression*. Nelle considerazioni conclusive si cercherà di comprendere quale possa essere l'impatto della pronuncia in esame sul piano della tutela del diritto di voto in generale e, in particolare, sul voto degli elettori che appartengono ai gruppi di minoranza e alle categorie più vulnerabili della società statunitense.

2. Il quadro normativo di riferimento: dal *National Voter Registration Act* (NVRA) all'*Help America Vote Act* (HAVA)

Le regole di registrazione nelle liste elettorali sono contenute nel *National Voter Registration Act*, meglio conosciuto come *Motor Voter Act*[37], approvato dal Congresso nel 1993 ed entrato in vigore il primo gennaio 1995. Gli obiettivi congiuntamente perseguiti dal legislatore federale con il NVRA consistono innanzitutto nell'accrescere il numero dei cittadini idonei ai fini dell'iscrizione nei registri elettorali e, quindi, della partecipazione alle votazioni elettive e, in secondo luogo, nell'assicurare il controllo delle liste elettorali, riducendo gli errori e sanzionando le frodi che occorrono in fase di registrazione, per proteggere l'integrità delle operazioni di voto[38]. Per raggiungere il primo dei due obiettivi indicati, le disposizioni del NVRA contemplano cinque diverse fattispecie che possono giustificare la cancellazione del nominativo di un avente diritto al voto dai registri elettorali: 1) la richiesta esplicita dell'elettore di essere rimosso dai *voter rolls*; 2) avere subito condanne penali definitive; 3) la perdita della capacità elettorale per infermità mentale o 4) per morte; infine, per ciò che più interessa in questa analisi, 5) il cambio di residenza. Per quanto

[36] *Husted v. A. Philip Randolph Institute – Leading Case: 138 S.Ct. 1833 (2018)*, in *Harvard Law Review*, Vol. 132, 2018, p. 437.

[37] Come previsto dal *National Voter Registration Act* gli elettori possono registrarsi tramite l'ausilio delle banche dati del *Department of motor vehicles* (DMV) che ha il compito di emettere le patenti di guida e le carte di identità e di trasmettere i dati alle autorità elettorali per facilitare la partecipazione al voto degli elettorali e le operazioni di registrazione.

[38] SMITH C., *Husted v. A. Philip Randolph Institute: How Can States Maintain Their Voter Rolls?*, in *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Vol. 13, n. 2, 2018, p. 120.

ISSN 2279-7238

riguarda invece l'obiettivo di assicurare che i registri elettorali siano accurati e aggiornati periodicamente, il NVRA impone agli Stati di implementare «*a general program that makes a reasonable effort to remove the names of ineligible voters from the official lists of eligible voters*»[39] in caso di morte dell'elettore o di suo trasferimento. Inoltre questi *gneral programms* risultano sottoposti al rispetto della c.d. *Failure-to-Vote Clause*, secondo cui gli Stati non possono rimuovere un individuo dai registri elettorali per la sua omessa partecipazione al voto[40].

La legge federale in esame prevede, inoltre, una *two-step guideline* per consentire agli Stati di attenersi al meglio a questi principi. Pertanto, le autorità statali competenti devono trasmettere una *confirmation letter* all'indirizzo indicato dall'elettore, a cui viene richiesto di completare un avviso pre-indirizzato e preaffrancato per confermare per iscritto la sua residenza. Se l'elettore omette di rispedire l'avviso alle autorità competenti e se risulta che non ha votato in nessuna elezione tenutasi nel periodo compreso tra la comunicazione dell'avviso e la seconda elezione federale generale, il suo nominativo verrà cancellato dai registri elettorali statali[41].

Tuttavia, le disposizioni del NVRA lasciavano una certa incertezza «over what states are allowed to do to reach the safe harbor of the two-step confirmation process […]»[42]. Per questo motivo l'*Help America Vote Act,* del 2002 chiariva che la *Failure-to-Vote Clause* non poteva intendersi nel senso di impedire agli Stati di avvalersi della procedura descritta sopra, ma, semplicemente, che la mancata partecipazione al voto non può costituire l'*unico* criterio in base al quale disporre la cancellazione dai registri elettorali. La disposizione aggiunta alla *section* 8 (b)(2) del NVRA recita così: «except that nothing in this paragraph may be construed to prohibit a State from using the procedures described in subsections (c) and (d) to remove an individual from the official list of eligible voters»[43]. Oltre a ciò, l'HAVA rende esplicitamente obbligatoria la rimozione degli aventi diritto al voto dai registri elettorali quando si verificano le due condizioni del mancato rinvio dell'avviso di verifica del cambio di residenza e della omessa partecipazione al voto nelle due successive elezioni federali. Infine, una ulteriore novità consiste nell'introduzione dell'obbligo per gli Stati di mantenere «in a uniform and nondiscriminatory manner, a single, uniform, official, centralized, interactive computerized statewide voter registration list»[44].

3. I fatti oggetto della controversia

[39] *National Voter Registration Act 1993*, *section* 8 (a)(4).
[40] NVRA, *Section* 8, (b)(1) – (2).
[41] NVRA, *Section* 8, (d)(1)(B)(ii).
[42] SMITH C., *Op. cit.*, p. 122.
[43] *Help America Vote Act*, Pub. L. 107-252, *section* 903.
[44] HAVA, *Section* 303 (a)(1)(A).

ISSN 2279-7238

Il caso oggetto di questa disamina trae origine dalla vicenda del sig. Harmon, residente nello Stato dell'Ohio, il quale aveva omesso di votare nelle elezioni presidenziali del 2012 e nelle elezioni medio termine del 2010 e del 2014. Si era recato alle urne soltanto nel novembre 2015 in occasione di un referendum sulla legalizzazione della marijuana e aveva scoperto in quella circostanza di essere stato cancellato dal registro elettorale statale, senza, a suo dire, aver ricevuto alcun avviso pre-indirizzato dalle autorità statali, come richiede la normativa vigente.

Su iniziativa del ricorrente principale, il A. Philip Randolph Institute, organizzazione del lavoro istituita per sostenere migliori e più adeguate condizioni di lavoro per gli afroamericani e per la tutela dei diritti civili, veniva quindi denunciata una delle due procedure adottate dallo Stato dell'Ohio ai fini della determinazione dei casi in cui un elettore può essere cancellato dai registri elettorali: il c.d. *Supplemental Process*. Questo sistema prevede la predisposizione di una lista in cui vengono inseriti, a cura delle competenti autorità statali, i nominativi degli elettori che non hanno partecipato alle elezioni per un periodo di due anni e ai quali viene quindi trasmesso un avviso di verifica per chiedere di confermare per iscritto la loro residenza. Nel caso di omessa risposta e di omessa partecipazione nelle operazioni di voto in un arco di altri quattro anni vengono rimossi dai registri elettorali, assumendo come definitivo il cambio di residenza.

Non veniva invece posto in discussione l'altro sistema vigente nello Stato, ossia il c.d. *National Change of Address* (NCOA), che funziona come un *database* in cui vengono immagazzinati i dati relativi ai cambi di residenza degli elettori dell'Ohio. Anche in questo caso, agli elettori che risultano inseriti nel *database* viene trasmesso un avviso per confermare il cambio di residenza. L'eventuale omessa risposta e la mancata partecipazione in alcuna elezione nei successivi quattro anni costituiscono i presupposti per procedere alla cancellazione dai registri elettorali. Ma questo sistema, a differenza del *Supplemental Process*, si attiva esclusivamente sulla base dei cambi di residenza degli aventi diritto al voto.

4. Il caso al vaglio della Corte Suprema, passando per le pronunce della *District Court* e della *Court of Appeal for the Sixth Circuit*

Nel primo grado di giudizio la Corte distrettuale del *Southern District of Ohio* (*Eastern Division*) aveva respinto la tesi dei ricorrenti evidenziando che la cancellazione dai registri elettorali avviene non solo se l'elettore non ha partecipato ad alcune elezioni ma anche se omette di rispedire l'avviso di conferma del cambio di residenza[45]. La Corte d' Appello del *Sixth Circuit*, invece, ribaltando la decisione, aveva sostenuto che il *Supplemental Process* dell'Ohio prevede di ricorrere al "*failure to vote*" come presupposto al fine di avviare le

[45] Corte Distrettuale del *Southern District of Ohio, Eastern Division* del 29 giugno 2016, causa *A. Philip Randolph Institute, et al v. Jon Husted*, Case No. 2:16-cv-303, No. 16-3756.

ISSN 2279-7238

operazioni di eliminazione dei nominativi degli elettori inidonei dai registri elettorali: «trigger constitutes perhaps the plainest possible example of a process that 'result[s] in' removal of a voter from the rolls by reason of his or her failure to vote»[46]. Il Segretario di Stato dell'Ohio ha proposto quindi ricorso alla Corte Suprema avverso la sentenza della Corte d'Appello e la massima istanza giurisdizionale si è invece pronunciata in senso sfavorevole alle tesi delle parti convenute, stabilendo che la procedura vigente nell'Ohio è conforme alla normativa federale.

La maggioranza dei giudici della Corte ha ritenuto che le disposizioni del NVRA non pongono alcun divieto per lo Stato dell'Ohio di considerare la omessa partecipazione al voto (*failure to vote*) come un "innesco" (*trigger*) per procedere alla comunicazione dell'avviso pre-indirizzato e preaffrancato ai fini dell'accertamento del cambio di residenza dell'elettore. Anzi, si è sottolineato che la normativa federale di riferimento prevede come obbligatoria la rimozione degli elettori dai *voter rolls* qualora questi non siano andati a votare per alcune consultazioni e non abbiano risposto all'avviso trasmesso dalle autorità competenti.

La *opinion* della maggioranza ha precisato, inoltre, che il *Supplemental Process* dell'Ohio segue "alla lettera" la legge federale: è pacifico, infatti, che l'Ohio non procede alla cancellazione dai registri elettorali per motivi di cambio di residenza a meno che l'elettore tralasci di rispedire l'avviso di conferma *e* di votare nei futuri quattro anni.

Il Giudice Alito ha quindi respinto le singole argomentazioni delle parti convenute. In primo luogo, è stata rigettata la tesi secondo la quale il *Supplemental Process* intende l'omissione del voto in una doppia valenza: sia per spedire l'avviso di verifica che come condizione per la cancellazione dai registri elettorali. La maggioranza dei giudici supremi ha rilevato invece come la *Failure-to-Vote Clause*, così come originariamente delineata nel NVRA e poi meglio precisata con l'HAVA, in realtà impedisce il ricorso alla mancata partecipazione al voto (*nonvoting*) come «the sole criterion for removing a registrant, and Ohio does not use it that way […]. Ohio removes registrants only if they have failed to vote *and* have failed to respond to a notice»[47].

In secondo luogo, è stata respinta l'interpretazione della *Failure-to-Vote Clause* così come formulata dai convenuti, secondo la quale tale clausola consentirebbe agli Stati di considerare il "*nonvoting*" come causa di rimozione dei nominativi dai registri elettorali soltanto *dopo* la mancata rispedizione dell'avviso di verifica da parte dell'elettore. Ne è derivato che, come sostengono i *respondents,* ogni altro uso del "*failure to vote*", incluso come presupposto ai fini della trasmissione dell'avviso di verifica, risulterebbe vietato. In sostanza, questa interpretazione alternativa della clausola – che, si ricordi, così come emendata dalle disposizioni dell'HAVA, recita: «except that nothing in this paragraph may

[46] Corte d'Appello degli Stati Uniti (*Sixth Circuit*) del 23 settembre 2016, causa *A. Philip Randolph Institute et. al. v. Jon husted, Secretary of State,* 838 F.3d 699 (2016), No. 16-3746.

[47] Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Husted, Ohio Secretary of State v. A. Randolph Institute et. al.,* 138 S. Ct. (2018), p. 1843 (*majority opinion*).

ISSN 2279-7238

be construed to prohibit a State from using the procedures described in subsections (c) and (d)» – è volta a considerarla alla stregua di una eccezione alla regola generale che proibisce di ricorrere alla mancata partecipazione al voto come unica causa di cancellazione dai registri elettorali. Tale interpretazione è stata ritenuta non convincente per tre motivi. Innanzitutto perché contraria alla stessa lettera della clausola, che in realtà non stabilisce una eccezione alla regola generale contro l'uso del "*nonvoting*". Infatti, nel testo della clausola si legge che essa non può impedire agli Stati di avvalersi della procedura descritta nelle *subsections* (c) e (d). Il contenuto della clausola è stato modificato con l'HAVA e «sets out not an exception, but a rule of interpretation. It does not narrow the language that precedes it; it clarifies what that language means»[48]. In secondo luogo, la maggioranza della Corte ha sottolineato come l'interpretazione fornita dalle parti convenute fosse superflua ed illogica: per cui, se la clausola fosse considerata alla stregua di una eccezione, «it would seem to follow that prior to HAVA, the Failure-to-Vote Clause did outlaw what subsection (c) and (d) specifically authorize. And that, of course, would be nonsensical»[49]. In terzo luogo, se l'interpretazione alternativa fosse accolta, sarebbe stato difficile comprendere il motivo per cui il Congresso abbia deciso di inserire in un altro articolo dell'HAVA la regola secondo la quale «no registrant may be removed solely by reason of a failure to vote», stabilita nella *section* 303 (a)(4)(A). Sarebbe dunque ridondante aggiungere in alcune disposizioni di un testo di legge uno specifico divieto che in realtà è già contenuto in altre disposizioni del medesimo atto normativo in termini più generali.

Detto ciò, è importante considerare che l'interpretazione della *Failure-to-Vote Clausa* seguita dalla Corte mette in evidenza come agli Stati sia fatto esplicito divieto di fare uso del mancato voto come unico motivo per eliminare gli elettori dai registri elettorali e come tale proibizione valga «on any ground, not just because of change of residence»[50].

Nella parte finale della *opinion* di maggioranza, il Giudice Alito ha concluso facendo riferimento alle divergenze tra le parti convenute in giudizio e il Congresso e lo Stato dell'Ohio nell'attuazione della *policy* della rimozione dei nominativi dai registri elettorali (*policy disagreement*), disaccordo volto a contestare la omessa partecipazione alle elezioni come un indicatore affidabile per assumere il cambio di residenza di un elettore. Ma, come ha affermato lo stesso Giudice Alito, «this case presents a question of statutory interpretation, not a question of policy»[51]. Pertanto, la Corte non sarebbe competente su tale questione, dovendo limitarsi a verificare la conformità della legislazione statale al diritto federale.

Mentre la *dissenting opinion* del Giudice Sotomayor è stata criticata perché esula dalla lettera delle disposizioni del NVRA, la cui interpretazione si è rivelata necessaria ai fini della soluzione di questo caso, ed è volta a denunciare un nuovo caso di *voter suppression*. Nella *majority opinion* si è tenuto invece a precisare come la normativa federale di riferimento proibisca i sistemi statali di cancellazione dai registri elettorali che appaiono discriminatori,

[48] *Ivi*, p. 1844
[49] *Ibidem.*
[50] *Ivi*, p. 1845.
[51] *Ivi*, p. 1851.

ISSN 2279-7238

ma si è sottolineato come nella presente controversia i convenuti non abbiano proposto alcuna istanza o reclamo su questo punto.

In accordo con la opinione della maggioranza, il Giudice Thomas nella sua *concurring opinion* vi ha aggiunto alcune problematiche di ordine costituzionale come ulteriore motivo di rigetto della interpretazione delle disposizioni del NVRA mossa da parte dei convenuti. Il *Justice* Thomas ha rilevato, infatti, che l'interpretazione dei *respondents* finirebbe per impedire agli Stati di considerare il mancato voto come elemento di prova del cambio di residenza di un elettore. Una simile interpretazione sarebbe confliggente con il testo costituzionale e l'esperienza storica, dato che entrambi «confirm that States have the exclusive authority to set voter qualifications and to determine whether those qualifications are satisfied»[52]. Pertanto, come ha affermato il Giudice Thomas, il fatto che la lettura individuata dalla Corte «avoids serious constitutional problems is an additional reason why, in my view, today's decision is undoubtedly correct»[53].

Nella opinione dissenziente, redatta dal Giudice Breyer e alla quale si sono aggiunti anche i Giudici Kagan, Ginsburg e Sotomayor, si è messo in rilievo come il *Supplemental Process* sia contrario tanto allo spirito quanto alla lettera della normativa federale[54]. Ciò perché viola non solo la *Failure-to-Vote Clause,* ma anche il dovere, sancito dal NVRA, di compiere "sforzi ragionevoli" per la cancellazione degli elettori inidonei dai registri elettorali. Secondo il Giudice Breyer, infatti, la mancata rispedizione dell'avviso di verifica non può rivelarsi uno strumento utile e ragionevole per accertare il cambio di residenza di un elettore, che in realtà può avvenire per i motivi più vari e contingenti. Osservando «the human tendency not to send back cards received in the mail»[55] e le statistiche diffuse a livello statale che mostrano che nel 2012 più di un milione di cittadini americani registrati nell'Ohio non hanno rispedito l'avviso di verifica, secondo i giudici dissenzienti non si può ragionevolmente concludere che questi elettori abbiano effettivamente lasciato la propria residenza.

Nel suo *dissent* separato la *Justice* Sotomayor ha rilevato, invece, come la maggioranza della Corte abbia in realtà ignorato gli scopi del NVRA, diretto a rafforzare la partecipazione al voto degli elettori e ad aumentare il numero delle iscrizioni nei registri elettorali e come il *Supplemental Process* costituisca proprio il tipo di sistema di "purghe" elettorali che la normativa federale mira a contrastare[56], dato che i potenziali effetti di questo sistema sono suscettibili di ostacolare l'esercizio del diritto di voto per le minoranze etniche, i disabili, i veterani e le fasce più povere della popolazione. In questo senso, la *Justice* Sotomayor ha ritenuto che la decisione della Corte Suprema ignorasse la storia del *voter suppression* in America, che nel 2012 ha causato la rimozione dai registri del 10% della popolazione nera

[52] Così THOMS J. *concurring*, p. 1852, citando la sua opinione dissenziente espressa nel caso *Arizona v. Inter Tribal Council of Arizz., Inc.*, 570 U. S. 1, 29 (2013).
[53] *Ivi*, p. 1854.
[54] Cfr. BREYER J., *dissenting*, pp. 1855 ss.
[55] Così nella *opinion* di maggioranza, p. 1849.
[56] SOTOMAYOR S., *dissenting*, p. 1860.

ISSN 2279-7238

di Cincinnati a motivo della inattività elettorale, laddove per la popolazione bianca questa percentuale si era attestata al 4% nello stesso anno[57].

Queste osservazioni svolte dalla *Justice* Sotomayor costituiscono una importante chiave di lettura per comprendere, da un lato, gli effetti del sistema delle "purghe" elettorali connessi al fenomeno del *voter suppression* e, dall'altro, il potenziale impatto di questa sentenza sulle condizioni di esercizio del diritto di voto nell'ordinamento statunitense.

5. La giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *voter suppression*

Per cogliere gli interessanti spunti di riflessione offerti dal *dissent* della *Justice* Sotomayor, appare necessario svolgere una breve analisi sulla storia del fenomeno della "soppressione del voto" negli Stati attraverso gli orientamenti giurisprudenziali della Corte Suprema.

Innanzitutto, occorre notare che già dopo la fine dell'era della Ricostruzione la Corte Suprema aveva consentito l'introduzione dei test di alfabetizzazione e delle *poll taxes* sui votanti tramite la legislazione statale come requisiti per la partecipazione alle elezioni, facendo leva sulla c.d. *facial neutrality* della legge statale (vedi caso *Williams v. Mississippi*, 1868)[58]. Di fatto, però, la legge impugnata (nel caso specifico era quella vigente nel Mississippi che viene ricordato come uno degli Stati che inaugurarono le operazioni di *disenfranchisement*) finiva per discriminare i bianchi più poveri e soprattutto gli afroamericani. I *literacy tests* e i *property requirements* furono poi introdotti anche da altri Stati dopo questa decisione (il North Carolina nel 1900, l'Alabama e la Virginia nel 1901 e la Georgia nel 1908)[59]. Ciò dimostra come il regime segregazionista e discriminatorio statunitense a cavallo del XX secolo si fosse espresso attraverso una diffusa tendenza a livello statale a limitare il diritto di voto delle comunità afroamericane: basti pensare che per oltre settant'anni nessun rappresentante di colore del Sud era stato eletto per ricoprire incarichi federali di alto rango. In questo contesto, la Corte Suprema giocò un ruolo cruciale per consentire l'approvazione di leggi di carattere discriminatorio scarsamente coerenti con i precetti dei *Civili War Amendments*. Ciò è vero anche se si guarda all'inerzia della Corte nell'esperire il suo ruolo tradizionale di *judicial review,* ammettendo che il suo intervento sarebbe stato "*pointless*" quando si trattava di intervenire nel caso in cui uno Stato si fosse rifiutato di registrare gli elettori neri (vedi caso *Giles v. Harris* del 1903)[60]. Tuttavia, la Corte manifestò anche indirizzi giurisprudenziali contraddittori[61]: in *Guinn v. United States* (1915) sostenne che il ricorso alle

[57] *Ivi,* p. 1863.

[58] *Williams v. Mississippi*, 170 U.S. 213 (1898). Sul punto cfr. NEIGHBOR V.H.D., *Becoming a constitutional democracy: the Voting Rights movement in the United States*, in *Public Law and comparative politics*, Barcelona, 1991, p. 5183.

[59] I dati sono riportati in CASONATO C., *Minoranze etniche e rappresentanza politica: I modelli statunitense e canadese*, Trento, Università degli Studi di Trento, 1998, p. 134.

[60] *Giles v. Harris*, 189 U.S. 475, 488 (1903). A proposito di questo caso scrive LIVELY D.E., *The Constitution and Race*, New York-London, ABC-CLIO, 1992, p. 64 rilevando che l'ammissione di un sindacato "privo di scopo" poté costituire una giustificazione accettabile per l'inerzia della Corte nel caso specifico.

[61] Per una analisi della giurisprudenza della Corte Suprema sul contrato degli atti da parte degli Stati che di fatto impedivano l'esercizio del diritto di voto con il XIV e il XV Emendamento cfr. CECCHERINI E., *Eguaglianza del voto*

ISSN 2279-7238

prove di alfabetizzazione danneggiavano la minoranza nera, dato che in forza della *grandfather clause* erano esentati dalla prova coloro i cui antenati avessero determinati requisiti, tra cui quello di aver goduto del diritto di voto prima di gennaio 1866, quindi implicitamente erano ammessi al voto tutti i cittadini bianchi; in *Harper v. Virginia State Board of Elections* (1966), dopo l'approvazione del *Voting Rights Act*, la Corte dichiarò l'illegittimità in tutti i tipi di elezione delle *poll-taxes* stabilite dallo Stato del Virginia perché contrarie alla *equal protection clause* di cui al XIV Emendamento; e ancora nel 1974, sul caso *Hill v. Stone*, la Corte stabilì che l'esercizio del diritto di voto non potesse essere subordinato alla titolarità di una proprietà e al pagamento delle tasse.

Le normative restrittive del diritto di voto degli afroamericani continuarono ad essere approvate dai legislativi statali controllati dai repubblicani anche dopo l'approvazione del *Voting Rights Act* nel 1965[62]. Una legge che il Presidente Johnson definì «one of the most monumental laws in the entire history of the American freedom»[63] e il cui contenuto è stato pesantemente svuotato dalla Corte Suprema nel 2013 con la sentenza *Shelby County v. Holder*, cui già si è fatto cenno.

Più recente è invece la sentenza pronunciata il 18 giugno 2018 sul caso *Gill v. Whitford* con cui la Corte Suprema ha evitato una chiara presa di posizione nei confronti del *partial gerrymandering*, la pratica che opera il disegno dei collegi elettorali al solo scopo di rafforzare il peso elettorale di un determinato partito politico e definita nel caso specifico dal *Chief Justice* Roberts «an unsettled kind of claim». All'unanimità la massima istanza giurisdizionale ha ritenuto che gli attori originari, i quali contestavano l'incostituzionalità delle operazioni di modifica dei distretti messe in atto nello Stato del Wisconsin, non fossero legittimati ad agire in giudizio, in quanto non erano riusciti a dimostrare la lesione diretta del loro diritto di voto e ha deciso così di rimettere il caso alle Corti inferiori, per dare ai ricorrenti una nuova possibilità di provare l'asserita limitazione dell'esercizio del voto nei propri collegi, legandola eventualmente all'attuazione del *redistricting plan* entrato in vigore nel Winsconsin dopo il censimento del 2010. Emerge chiaramente in questo caso come i giudici della Corte Suprema abbiano fissato l'attenzione su un elemento squisitamente procedurale della legittimazione ad agire in giudizio dei ricorrenti, evitando in questo modo di valutare se la asserita violazione del diritto di voto fosse legata alle operazioni di *redistricting* messe in atto nel Wisconsin.

Degna di nota è anche la pronuncia emessa il 25 giugno 2018 in un caso di *racial gerrymandering*, *Abbott v. Perez*, in cui la maggioranza della *Supreme Court*, rappresentata dai cinque giudici di area *conservative,* non ha riscontrato nella configurazione del *congressional district* e dello *state legislative district* del Texas alcuna discriminazione basata sull'appartenenza

e rappresentativit`a delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti, in *Quaderni costituzionali,* n. 2/1997, p. 316.

[62] *Husted v. A. Philip Randolph Institute,* in *Harvard Law Review*, Vol. 132, 2018, p. 444, in cui si sottolinea come le legislazioni statali fossero «cloaked with benign justifications like preventing fraud or ensuring faith in the democratic process. While couched in racially neutral terms, modern voter-suppression tactics similarly target African Americans».

[63] KARLAN P.S., *Maps and misreading: the role of geographic compactness in racial vote dilution litigation*, in *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, Vol. 24, n. 1 1989, p. 183.

ISSN 2279-7238

etnica dei votanti, disponendo così in senso contrario alla pronuncia della Corte distrettuale[64].

6. Conclusioni

Da questo breve *excursus* giurisprudenziale, che ci porta sino alla sentenza presa in esame in questa sede, si può cogliere effettivamente la sussistenza di una linea di tendenza della Corte Suprema ad ignorare spesso la storia della *voter suppression* come strumento tradizionalmente usato dai repubblicani per ostacolare l'esercizio del diritto di voto da parte dei gruppi minoritari. Tendenza che è stata riscontrata con grande chiarezza, come si è visto, dalla *Justice* Sotomayor nella sua *dissenting opinion*, che apre la strada ai sistemi delle "purghe" statali e alla loro possibile e prevedibile concertazione con altri strumenti di soppressione del voto, non necessariamente fondati sul criterio dell'appartenenza etnica, come l'adozione di misure normative volte a limitare il voto anticipato, la predisposizione di severi requisiti di registrazione elettorale o il c.d. *felon disenfranchisement,* cioè leggi che privano del diritto di voto coloro che hanno subito una condanna penale definitiva.

Come ha evidenziato Frances R. Hill[65], con la sentenza *Husted v. A. Philipe Randolph Institute* la Corte Suprema ha adottato un approccio rigido e restrittivo all'interpretazione degli *statues*, evitando così di prendere nella giusta considerazione una delle due finalità che la legislazione federale di riferimento si propone di realizzare, vale a dire quella consistente nell'aumentare i livelli di partecipazione al voto. Perciò sembra che la Corte si sia posta soltanto il problema di permettere la piena attuazione del secondo obiettivo, ossia la eliminazione dai *voter rolls* degli elettori inidonei, definendo «the case as a dry exercise in bureaucratic mechanics and statutory interpretation»[66].

A quanto detto occorre aggiungere come nel caso esaminato emergano le questioni collegate alle discriminazioni che possono sorgere in virtù dell'applicazione delle procedure di registrazione elettorale per gli elettori più poveri (i quali sono soliti spostarsi periodicamente per loro iniziativa o per necessità), per gli anziani (che solitamente hanno più difficoltà a confrontarsi con sistemi burocratici farraginosi), per le minoranze etniche (che nutrono una tendenziale diffidenza per le strutture istituzionali e le agenzie governative) e per le donne (che spesso incontrano difficoltà quando la loro registrazione elettorale sia associata al cognome del marito). Anche se tali questioni non hanno formato specifico oggetto delle domande proposte dalle parti convenute dinanzi alla Corte,

[64] FILIPPI S., *Partisan e racial gerrymandering*: *quattro sentenze della Corte Suprema americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, pubblicato online il 16 luglio 2018.

[65] Professoressa di Diritto costituzionale presso la School of Law dell'Università di Miami. Le riflessioni "a caldo" della Professoressa Hill sul caso *Husted* sono state rese note nel comunicato stampa della University of Miami - School of Law, *U Miami Law Professor Susses Out Husted v. A. Philip Randolph Institute*, pubblicato l'11 giugno 2018, consultabile all'indirizzo https://www.law.miami.edu/press/2018/june/source-alert-u-miami-law-professor-susses-out-husted-v-philip-randolph-institute.

[66] *Husted v. A. Philip Randolph Institute,* in *Harvard Law Review*, Vol. 132, 2018, p. 442.

ISSN 2279-7238

quest'ultima avrebbe potuto considerare l'effetto discriminatorio delle procedure di rimozione degli aventi diritto al voto dai registri elettorali, considerato che sia il NVRA che l'HAVA contengono precise disposizioni su questo particolare aspetto della materia.

Certamente l'impatto più preoccupante della decisione della Corte Suprema si avrà sul piano della formulazione ed attuazione della politica di gestione dei registri elettorali che sarà messa a punto dagli Stati controllati dai repubblicani, che possono guardare alla sentenza *Husted* come alla decisione che preannuncia l'istituzione di un sistema di "purghe" ancora più invasivo e diffuso[67]. Del resto, occorre anche notare che, come è emerso in un recente studio condotto dal *Brennan Center for Justice* della *New York University School of Law*[68], il tasso di cancellazione dai registri elettorali era già aumentato tra il 2014 e il 2016 rispetto al triennio 2006-2008 in tutto il Paese[69], a causa di una certa "debolezza" che ancora oggi connota il quadro normativo e l'azione delle istituzioni politiche nel garantire una adeguata tutela del diritto di voto: ci si riferisce, in particolare, all'abolizione del meccanismo del controllo preventivo, c.d. *preclearance*, a seguito della pronuncia di incostituzionalità della Corte Suprema nel caso *Shelby County v. Holder*, e al venir meno del ruolo del *Department of Justice* (DOJ), quale istituzione deputata al controllo della corretta applicazione delle disposizioni del NVRA[70]. Il nuovo corso impresso dall'amministrazione guidata dal Presidente Trump in materia di procedure di registrazione elettorale ha, infatti, determinato un mutamento significativo nell'impegno del DOJ contro i sistemi discriminatori di "purghe" elettorali: è un dato di fatto che nel caso *Husted v. A. Philip Randolph Institute* il Dipartimento di Giustizia ha presentato le sue memorie in qualità di *amicus curiae* a sostegno della posizione dello Stato dell'Ohio[71] e che nell'estate 2017 il DOJ, in collaborazione con la *Presidential Advisory Commission on Election Integrity*[72], hanno trasmesso richieste di

[67] In tal senso ha preconizzato anche lo stesso Segretario di Stato dell'Ohio, John Husted, che ha dichiarato: «Today's decision is a victory for election integrity. This decision is validation of Ohio's efforts to clean up the voter rolls and now with the blessing nation's highest court, it can serve as a model for other states to use» (La citazione è ripresa da TOBIN J., *The Supreme Court's Husted Decision Will Make it More Difficult for Democrats to Vote*, in *The New Yorker*, 11 giugno 2018, disponibile al seguente link: https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-supreme-courts-husted-decision-will-make-it-more-difficult-for-democrats-to-vote.

[68] BRATER J., MORRIS K., PÉREZ M., DELUZIO C. – BRENNAN CENTER FOR JUSTICE, *Purges: A Growing Threat to the Right to Vote,* New York, New York University School of Law, 2018, reperibile al link: https://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/Purges_Growing_Threat_2018.pdf

[69] Dalla ricerca del *Brennan Center for Justice* risulta che tra il 2014 e il 2016 gli Stati hanno rimosso circa 16 milioni di nominativi di elettori dalle liste elettorali, registrando così una crescita di 4 milioni di "purghe" in più rispetto al triennio 2006-2008.

[70] È necessario precisare, infatti, che sin dal 1993 il DOJ venne incaricato di operare un controllo preliminare, secondo lo schema del meccanismo del *preclearance*, anche sulle procedure di "purghe" elettorali messe in atto dagli Stati. L'attività di controllo del DOJ è stata efficace in diversi casi per contrastare sistematiche violazioni delle disposizioni del NVRA a livello statale, come dimostra il caso dello Stato della Florida, contro il quale, nel 2012, il Dipartimento di Giustizia aveva contestato ed era riuscito ad ottenere la cessazione di pratiche di verifica dell'idoneità al voto che si erano rivelate inaffidabili, approssimative e, di conseguenza, discriminatorie. Sul punto cfr. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Cases Raising Claims Under the National Voter Registration Act*, ultimo aggiornamento del 16 ottobre 2015, consultabile al seguente indirizzo: https://www.justice.gov/crt/cases-raising-claims-under-national-voter-registration-act.

[71] Cfr. *brief amcius curiae of United States supporting Petitioner*, *Husted v. A. Philip Randolph Institute*, No. 16- 980 (2017).

[72] La Commissione che ha operato dall'11 maggio 2017 al 3 gennaio 2018 per indagare sulle presunte frodi elettorali verificatesi durante le presidenziali 2016, al termine delle quali era emerso un dislivello di 3 milioni di voti circa tra quelli ottenuti da Donald Trump e quelli conquistati dalla candidata democratica Hillary Clinton, determinando così un ampio consenso popolare a favore di quest'ultima. Tuttavia, i brogli elettorali non sono stati provati nonostante il

ISSN 2279-7238

informazioni indirizzate a quarantaquattro Stati concernenti il funzionamento delle loro *voter purges practices*[73], sollevando molte perplessità sulle finalità reali di questo atto: «Although the Justice Department has not taken further action so far, the suspicion is that the inquiries could be a precursor to enforcement actions to force states to purge more aggressively»[74].

Da quanto detto emerge chiaramente come la sentenza della Corte Suprema, sin qui analizzata, si inserisca perfettamente in un contesto politico-istituzionale contrassegnato: dal nuovo ruolo che, come si è visto, si trova ad esercitare il Dipartimento di Giustizia sotto l'amministrazione Trump nel campo dei controlli sulle procedure delle "purghe" elettorali vigenti a livello statale; dal fatto che la gran parte degli Stati sia governato dai repubblicani, i quali giustificano la presenza di condizionamenti e restrizioni al diritto di voto, quand'anche di natura discriminatoria, con la necessità di ridurre le frodi elettorali; infine, dalla presenza di una solida maggioranza di destra in seno alla Corte Suprema, consolidatasi soprattutto dopo la nomina di Brett Kavanaugh, Giudice di chiaro orientamento conservatore proveniente dalla Corte d'Appello del Distretto di Columbia, e recentemente ratificata dal Senato, con tutti i rischi che ciò può comportare sulla tenuta del delicato equilibrio costituzionale dei *checks and balances*[75].

Inoltre, resta da vedere come la legislazione sulle "purghe" elettorali adottata da uno *swing State* come l'Ohio influirà sul risultato delle prossime elezioni presidenziali, dato che queste norme appaiono tese a sostenere maggiormente i candidati repubblicani e a penalizzare il voto delle fasce sociali che costituiscono tradizionalmente il bacino elettorale democratico[76].

Tenendo in considerazione questi elementi, appare ragionevole sostenere che, per quanto riguarda il diritto di voto, le opposizioni (Democratici, gruppi a tutela delle libertà civili, *bar associations*) avranno margini di manovra decisamente più ristretti per ostacolare, sia sul piano politico che su quello giudiziario, le prassi e le *policies* volte a condizionare l'affluenza alle urne a discapito, soprattutto, delle minoranze.

lavoro della Commissione. Secondo il Presidente statunitense, la mancanza di prove sarebbe dovuta al rifiuto di numerosi Stati di fornire i dati necessari per svolgere efficacemente l'inchiesta.

[73] Per un esempio di lettera si rinvia al seguente indirizzo: https://assets.documentcloud.org/documents/3881818/SOS-Letter.pdf.

[74] BRATER J., MORRIS K., PÉREZ M., DELUZIO C. – BRENNAN CENTER FOR JUSTICE, *Op. cit.*, p. 6.

[75] Per un'analisi sulle recenti vicende che hanno interessato la composizione della Corte Suprema statunitense cfr. ARAVANTINOU LEONIDI G., *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei* checks and balances?, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2018.

[76] Secondo una indagine della *Reuters*, nelle contee di Cincinnati, Cleveland e Columbus, l'attuazione delle pratiche di '*voter suppression*' ha colpito maggiormente gli elettori che vivono nei quartieri storicamente democratici, in percentuale quasi doppia rispetto a coloro che abitano le zone dove il sostegno per i Repubblicani è molto forte (sul punto v. https://www.reuters.com/article/us-usa-votingrights-ohio-insight/use-it-or-lose-it-occasional-ohio-voters-may-be-shut-out-in-november-idUSKCN0YO19D).

ISSN 2279-7238

ABSTRACT

Nel caso *Husted v. A. Philip Randolph Institute,* la Corte Suprema ha stabilito che la procedura di cancellazione degli aventi diritto al voto dai registri elettorali dello Stato dell'Ohio è conforme alle previsioni della normativa federale di riferimento (*National Voter Registration Act* ed *Help America Vote Act*).
Con l'avallo del sistema delle "purghe elettorali" dell'Ohio, la Corte ha avuto modo di esprimere un orientamento chiaramente conservatore in materia di tutela del diritto di voto, orientamento che occorre collegare al contesto politico-istituzionale in cui si inserisce la sentenza presa in esame in questa sede. Di fatto, la decisione della Corte, presa con una maggioranza di cinque a quattro, riflette la tendenza degli Stati a guida repubblicana di ricorrere a pratiche e procedure che appaiono volti a restringere l'effettivo esercizio del diritto di voto, in particolare, da parte delle minoranze etniche e dei gruppi più vulnerabili della società americana, con la giustificazione della necessità di ridurre le frodi elettorali. A ciò si aggiunge, da un lato, la revisione, sotto l'amministrazione Trump, del ruolo del Dipartimento di Giustizia per reprimere eventuali esiti discriminatori nelle procedure di rimozione dei nominativi dai registri elettorali e, dall'altro lato, la rinnovata composizione della stessa Corte Suprema che contribuisce a consolidare la maggioranza di destra in essa presente.
Nel quadro così delineato è possibile comprendere la reale portata della sentenza in parola, che trova degli interessanti punti di connessione sia con la risalente che con la più recente giurisprudenza della Corte in tema di "soppressione del voto", fenomeno già conosciuto negli Stati Uniti dove i legislativi statali hanno spesso introdotto misure normative finalizzate a rendere più difficile l'esercizio del diritto di voto. Ciò è stato possibile, ad esempio, attraverso la previsione di rigorosi requisiti di identificazione per gli elettori, la pratica del *gerrymandering* o per l'appunto, di procedure di eliminazione dai registri elettorali, sulla base della mancata partecipazione alle elezioni.

In *Husted v. A. Philip Randolph Institute,* the Supreme Court ruled that State of Ohio's process of removing the names of voters from the registration rolls is compliant with the federal laws (*National Voter Registration Act* ed *Help America Vote Act*).
By upholding the Ohio's "voter purges" system, the Court has had the opportunity to express a clear conservative orientation in relation to the protection of the right to vote, within a specific political and institutional context. By a vote of 5-4, the Courts' ruling, actually, reflects the tendency of Republican-controlled States to introduce practices and procedures that seem aimed to restrict the effective exercise of the right to vote, in particular, for minorities and the most vulnerable groups in American society, as a way to prevent electoral frauds. In addition to this, on the one hand, the Trump Administration has reversed course in the implementation of the federal role in voter protection by the Justice Department and, on the other hand, Supreme Court's renewed composition has consolidated its conservative majority. This framework enables understanding the real impact of the Supreme Court decision in *Husted*, which appears in line both with the recent and earlier voting rights jurisprudence concerning voter suppression, a well-known reality in the United States consisting of barriers erected by States that make it harder for certain populations to cast their ballots. These barriers include voter identification laws, practice of gerrymandering and procedures aimed to remove names of ineligible electors from the voter rolls by reason of the failure to vote.

ISSN 2279-7238

PAROLE CHIAVE: diritto di voto, "purghe" elettorali, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, registrazione elettorale, Partito Repubblicano

KEYWORDS: right to vote, voter "purges", Supreme Court of the United States, voter registration, Republican Party

ISSN 2279-7238

A proposito del bilanciamento tra libertà di associazione politica ed esercizio di funzioni giurisdizionali.

Nota a sentenza Corte costituzionale n. 170/2018*

di Marco Mandato**

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, recante «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150», nel testo sostituito dall'art. 1, comma 3, lettera d), numero 2), della legge 24 ottobre 2006, n. 269 (Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 della Costituzione, dalla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura.

Con ordinanza del 28 luglio 2017, iscritta al n. 155 del registro ordinanze e pubblicata della prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale n. 45, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura sollevava questione di legittimità costituzionale avverso l'articolo 3, comma 1, lettera h) del decreto legislativo n. 109/2006, recante "*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*", ritenendolo in contrasto con gli articoli 2, 3, 18, 48 e 49 Cost. In particolare, la disposizione contestata configura come illecito disciplinare "l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici […] che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato"[77].

Il procedimento[78] prendeva avvio dall'esercizio dell'azione disciplinare promossa dal Procuratore generale della Corte di Cassazione nei confronti di un Magistrato attualmente collocato in aspettativa perché eletto Presidente della Regione Puglia al quale veniva

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

77 Per una esauriente spiegazione della ratio costituzionale cfr. BORRÈ, G., voce *Art. 98*, in BRANCA, G., PIZZORUSSO, A., (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pp. 444 ss.; SAITTA, A., voce *Art. 98*, in BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M., *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 1019 ss.; COEN, L., voce *Art. 98*, in CRISAFULLI, V., PALADIN, L., BARTOLE, S., BIN, R., (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 897 ss.; NICOTRA, I., *Riforma dell'ordinamento giudiziario: diritto di associazione e libertà di opinione dei magistrati*, in *Quad. cost.*, n. 1/2004, pp. 131 ss.

78 Per un inquadramento generale cfr. BIONDI, F., *Può un magistrato essere eletto e, nel contempo, essere processato disciplinarmente per essersi iscritto ad un partito?* in *Quad. cost.*, n. 3/2017, pp. 606 ss.

ISSN 2279-7238

contestata la commissione di illeciti disciplinari e, di conseguenza, la violazione dell'articolo 3, comma 1, lettera h) del decreto in commento per aver assunto le cariche di Segretario regionale e Presidente del Partito democratico della Regione Puglia e aver presentato la propria candidatura alla Segreteria nazionale dello stesso[79]. Il Procuratore generale rilevava che, nonostante la titolarità di cariche amministrative di natura elettiva non implichi per legge l'iscrizione formale ad una forza politica, lo Statuto del Partito democratico *'impone'* la stessa per l'espletamento dei mandati elettorali. In questo modo e, in considerazione della partecipazione sistematica e continuativa alla vita del partito, la condotta del Magistrato eletto Presidente della Regione integrava gli elementi costitutivi dell'illecito disciplinare, violando la legge e compromettendo l'immagine di imparzialità e indipendenza degli esponenti dell'ordine giudiziario.

Riassumo brevemente la vicenda processuale sviluppatasi dinanzi alla Corte.

Nel proporre le proprie argomentazioni, la Sezione disciplinare[80] del CSM sottolineava:

a) che il caso affrontato dalla Corte con la statuizione in commento fosse diverso da quello trattato nella sentenza n. 224/2009[81];
b) la rilevanza dei diritti politici – che si assumono fondamentali – in virtù della libertà di esercitare in condizioni di eguaglianza la capacità elettorale passiva alla luce del combinato degli articoli 18 e 49 Cost.;
c) che il Consiglio superiore della Magistratura svincolasse (e non vincola) da un regime autorizzatorio l'esercizio dei diritti politici e il cd. *ius ad officium*[82];
d) che il legislatore consentisse ai Magistrati di presentare la propria candidatura ed essere eletti nelle liste di partito;

[79] In conseguenza della sentenza, il Presidente della Regione Puglia e Magistrato in aspettativa destinatario della pronuncia in commento, il 3 dicembre 2018 ha comunicato di non rinnovare più l'iscrizione al Pd.

[80] Per un sintetico quadro degli orientamenti della Sezione disciplinari cfr. BIONDI, F., *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, pp. 412 ss.

[81] Nel caso di specie, riguardante il collocamento in aspettativa di un Magistrato per un'attività di consulenza tecnica a favore di una Commissione parlamentare, la Sezione disciplinare del Csm – sollevando la questione di legittimità costituzionale avverso art. 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo n. 109/2006 – sosteneva che il divieto formale e assoluto di iscrizione ai partiti politici per i Magistrati andrebbe oltre la nozione giuridica del termine "limitazioni", non bilanciando i diritti politici dei singoli con le esigenze di indipendenza e imparzialità dei Magistrati. Inoltre, evidenziava il rimettente, la disposizione censurata configgerebbe con il principio costituzionale di esercitare i diritti politici in condizioni di eguaglianza e con la libertà di associazione ex articolo 18 Cost. La Corte respingeva la questione di legittimità costituzionale. Pur sottolineando che tutti i Magistrati godono dei medesimi diritti di libertà dei cittadini, il Giudice delle leggi statuiva come sia opportuno che, in considerazione del ruolo e delle funzioni svolte, i Magistrati offrano garanzia di indipendenza e imparzialità, assicurando un'immagine di estraneità agli interessi dei partiti. Trattasi di una necessità rilevante in qualsiasi momento della vita professionale dei Magistrati, senza distinzione tra il collocamento in aspettativa per mandato politico da quello per compiti tecnici. Ciò, per rassicurare i cittadini che le attività di coloro che sono titolari di funzioni giurisdizionali non siano condizionata dalla volontà di favorire una forza politica piuttosto che un'altra. La Corte concludeva evidenziando come non si possano raffrontare il diritto di iscrizione ai partiti politici con quello di elettorato passivo essendo situazioni di ben diversa portata.

[82] Per un ampio resoconto delle posizioni del Csm sull'elettività dei Magistrati cfr. TIRA, E., *Il Csm invita il legislatore a porre dei limiti alle candidature dei Magistrati alle elezioni politiche e amministrative*, in *Rivista Aic*, n. 1/2011.

ISSN 2279-7238

e) che sarebbe problematico coordinare una norma che vietasse l'iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti e l'esercizio del diritto fondamentale di elettorato passivo.

Si costituiva parimenti il Magistrato destinatario della sanzione disciplinare eletto Presidente della Regione Puglia il quale, a propria difesa, evidenziava:

a) come per prassi, i Magistrati fuori ruolo titolari di un mandato elettivo partecipassero all'attività dei partiti politici senza che ciò avesse mai condotto all'avvio di un procedimento disciplinare;
b) come occorresse distinguere la situazione di un Magistrato collocato fuori ruolo per l'espletamento di un incarico tecnico da quella di un Magistrato posto in aspettativa per mandato elettorale;
c) come fosse opportuno bilanciare le esigenze di imparzialità e indipendenza dei componenti l'ordine giudiziario e le libertà costituzionalmente garantite cui agli articoli 18 e 49 Cost.;
d) come fosse indispensabile interpretare restrittivamente le ipotesi che limitano l'iscrizione ai partiti politici;
e) come fosse coessenziale il legame tra esercizio di un mandato politico legittimato dal voto elettivo con la titolarità di cariche dirigenziali nel partito. Ciò perché, in considerazione della strutturazione della rappresentanza politica, sarebbe impossibile scindere l'attività istituzionale dell'eletto dal gruppo politico di riferimento e ritenere che non si possa condividere l'indirizzo politico delineato dal partito nel quale sia coinvolto il titolare di un ufficio elettivo.

Nell'esporre le proprie argomentazioni, la Corte:

a) poneva in risalto la necessità di salvaguardare indipendenza e imparzialità dei Magistrati, come regole deontologiche tali da ispirare qualsiasi comportamento che abbia un rilievo pubblico, in funzione delle funzioni esercitate e della qualifica ricoperta, sottintendendo – di conseguenza – la configurazione di specifici limiti all'esercizio dei diritti politici.

b) sottolineava la necessità che i Magistrati non corrano il rischio di subire condizionamenti nella loro attività in virtù dell'iscrizione ai partiti e della partecipazione sistematica e continuativa all'attività degli stessi;

c) differenziava il diritto di iscrizione ai partiti politici con quello di presentare la propria candidatura elettorale;

d) riteneva che le limitazioni al diritto di iscrizione esprimano uno sfavore della Costituzione verso atteggiamenti suscettibili di evidenziare uno stabile collegamento con i partiti in modo da minare e compromettere – anche in modo apparente – indipendenza e imparzialità dei Magistrati, dal cui rispetto discenderebbe la fiducia della società nei confronti dell'ordinamento giudiziario[83].

[6]Analoghi rilievi nella costituzione dell'Avvocatura dello Stato la quale rilevava la legittimità della disposizione censurata in considerazione della necessità di salvaguardare indipendenza e imparzialità per i Magistrati, in connessione con la

ISSN 2279-7238

La decisione della Corte si pone in perfetta continuità con la precedente statuizione sul tema in commento. Nonostante il caso concreto – definito con la sentenza n. 224/2009 (v. *nota 5)* – sia diverso da quello in esame, ciò che rileva è la portata del principio della libertà di associazione dei Magistrati nonché modalità, forme e ampiezza della facoltà attribuita al legislatore di "stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi ai partiti politici per i magistrati […]" (articolo 98, comma terzo Cost.). Trattasi di una questione importante in quanto include riflessioni congiunte e parallele su principi costituzionalmente rilevanti quali l'associazionismo nei partiti politici – strumenti privilegiati della rappresentanza politica –, la capacità elettorale passiva e l'esigenza di salvaguardare indipendenza e imparzialità dell'ordine giudiziario[84].

Le argomentazioni della Corte affrontano tutti questi punti, attraverso ragionamenti tesi ad avvalorare un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali di riferimento che trovano il loro ancoraggio allo specifico 'ruolo costituzionale' del Magistrato. Ciò è sottolineato nel momento in cui si richiamano le funzioni esercitate e la qualifica ricoperta. Il termine funzioni è stato ampiamente esaltato come si evince dall'analisi del 'considerato in diritto'. Esso viene impiegato complessivamente cinque volte e il Giudice delle leggi ne fa riferimento per ben due volte nel primo periodo del punto 4 del 'considerato in diritto' a distanza di quattro righe. Dai passaggi logici della sentenza, sembra emergere la preoccupazione di valorizzare lo status dei componenti l'ordine giudiziario che, identificando una posizione dell'individuo nella società la quale spiega riflessi all'interno della comunità di appartenenza, deve essere depurato da sospetti di condizionamento politico-partitico e da interferenze – quali l'iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa alla vita dei partiti politici – tali da ledere l'immagine dei Magistrati nei confronti della collettività.

In considerazione della suddetta posizione del Magistrato, la Corte si premura di sviluppare un ampio ragionamento che porti a cogliere l'essenzialità che indipendenza e imparzialità dei Magistrati vengano salvaguardate anche nella dimensione dell'immagine[85] tale per cui la disposizione in commento si caratterizza come eccezionale e speciale, indubbiamente derogatoria rispetto alla regola generale della libertà di associazione politica.

---

funzione esercitata; che i suddetti principi si porrebbero come regole deontologiche rilevanti in qualsiasi momento della vita professionale valendo – senza distinzione alcuna – per tutte le situazioni in cui i Magistrati non esercitino, per un dato periodo, le funzioni istituzionali loro proprie; che siffatto aspetto si giustificherebbe sia in considerazione della natura non illimitata dei diritti politici sia dalla possibilità consentita dal Costituente di introdurre limitazioni alla libertà di associazione politico-partitica.

[84] Cfr. *ex multiis* TIRA, E., *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Forum costituzionale*; DE SANTIS, V., *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2018.

[85] Cfr. in tal senso l'articolo 8 del Codice etico dei Magistrati a mente del quale "Il magistrato garantisce e difende, all'esterno e all'interno dell'ordine giudiziario, l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e di indipendenza. Nell'espletamento delle funzioni elettive in organi di autogoverno, centrale o periferico, opera senza vincolo di mandato rispetto all'elettorato e ai gruppi associativi. Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine".

ISSN 2279-7238

Per questo, potrebbe ritenersi che la Corte configuri l'articolo 3, comma 1, lettera h) del d. lgs. n. 109/2006 come una '*norma di pericolo*', atta ad evitare *ex ante*, in via cautelare e preventiva, comportamenti nocivi della credibilità dell'intera Magistratura a fronte di forme di partecipazione sistematica e continuativa e di legami stabili, formali con attori politicamente rilevanti atti a condizionare in una dinamica 'gerarchicamente' orientata i rapporti con i propri iscritti e privare di legittimità e legittimazione le stesse decisioni giurisdizionali, alimentando nella società civile un sospettoso sentimento di parzialità e faziosità partigiana. Il Giudice delle leggi, dunque, ritiene preminente salvaguardare il prestigio[86] del corpus giurisdizionale, senza che questo possa impedire ai Magistrati di esercitare il proprio diritto elettorale passivo; trattasi di situazioni diverse da quella dell'iscrizione ai partiti, in quanto ciò che sembra contare nel ragionamento della Corte è evitare che l'iscrizione e la partecipazione continuativa e sistematica inducano ad un'identificazione tra funzione giurisdizionale e orientamento politico-ideologico di uno specifico partito. Né, inoltre, l'iscrizione ai partiti preclude ai Magistrati un impegno politico. Difatti, la Corte ritiene legittima non una norma che impedisce la *mera partecipazione* – corollario della democraticità – ma forme di coinvolgimento giuridicamente qualificate – continuative e sistematiche – ritenute inopportune in considerazione della '*figura costituzionale*' del Magistrato e del suo status qualificato rispetto agli componenti della società. Ciò allo scopo di instaurare una sorta di "democrazia protetta"[87] della quale imparzialità e indipendenza dei Magistrati devono costituire espressione.

Nel commentare per primo la sentenza, Salvatore Curreri[88] – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Kore di Enna – ha criticato la Corte di eccessivo formalismo nel momento in cui la stessa ha ritenuto che indipendenza e imparzialità di un Magistrato sarebbero compromesse a causa dell'iscrizione a un partito, mentre ciò non accadrebbe in caso di titolarità di un mandato elettivo in quanto la suddetta carica sarebbe al "servizio di tutti (la rappresentanza istituzionale, di cui all'art. 67 Cost.)".

A dispetto di quest'analisi, sono dell'avviso che il principio di fondo della decisione è equilibrato perché risponde ad una concreta e sentita esigenza, pertanto apprezzabile e condivisibile. Le limitazioni ai diritti politici dei Magistrati sono necessarie e opportune sia per salvaguardare la credibilità di un potere dello Stato sia per non identificare politicamente esponenti del corpo giudiziario le cui decisioni sono suscettibili di incidere sulle libertà civili e politiche delle persone. Per questo, ai Magistrati deve essere imposto un rispettoso comportamento istituzionale improntato al massimo senso dello Stato che ne tuteli

[86] Da intendersi come "qualità propria del magistrato", CAMERLENGO, Q., *«Soltanto per diversità di funzioni»? I magistrati ordinari tra carriera e prestigio*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, p. 308.

[87] CLEMENTI, F., *La libertà di associazione in prospettiva comparata. L'esperienza costituzionale europea*, Padova, Cedam, 2018, p. 61.

[88] CURRERI, S., *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, 2018, in www.lacostituzione.info, reperibile al seguente link http://www.lacostituzione.info/index.php/2018/07/28/magistrati-e-politica-un-equilibrio-quasi-impossibile/

ISSN 2279-7238

l'immagine neutrale 'disegnata' dal Costituente. Nella sua analisi, il Prof. Curreri sembrerebbe non prendere in considerazione due aspetti.

Anzitutto, bisogna osservare che il coinvolgimento del Magistrato – tutore della legge – in attività di natura politica deve essere ben calibrato e contenuto in precisi limiti formali i quali devono contribuire a rafforzarne – anche solo apparentemente – l'immagine imparziale e indipendente. Ciò per ragioni di opportunità istituzionale. L'iscrizione formale ad una specifica forza politica, così come la partecipazione costante alla vita di partito sono sinonimi di militanza attiva e coinvolgente, inadatte a chi è tenuto – per dovere costituzionale – anche semplicemente a presentarsi alla società civile distaccato da ideologie politiche. La neutralità formale – anche apparente – è necessaria perché contribuisce a dare sostanza al ruolo e alla funzione. Verrebbe da dire che, a volte, la forma è la sostanza di una democrazia funzionale e delle sue articolazioni.

Inoltre, come ha rilevato la Corte, è ragionevole distinguere il diritto di iscriversi ai partiti da quello di esercitare la propria capacità elettorale passiva. La libertà costituzionale di associarsi agli stessi non fa dell'iscrizione un diritto fondamentale; l'associazionismo, infatti, può esercitarsi anche con la partecipazione occasionale e saltuaria. Di contro, il diritto di elettorato passivo è senz'altro fondamentale. Lo stesso è espressione della sovranità popolare e del diritto dei cittadini "politicamente attivi" organizzati nel Corpo elettorale[89] di concorrere all'organizzazione politica dello Stato, assumendo direttamente la titolarità di cariche pubbliche e perseguire il benessere collettivo a tutti i livelli di governo. L'articolo 51 Cost. impone a coloro che intendono accedere ai pubblici uffici o che aspirino a un mandato elettivo la titolarità di requisiti positivi e l'assenza di quelli negativi. Per questi ultimi sono note le cause di incandidabilità, ineleggibilità, e – con intensità minore, ma egualmente rilevante – quelle di incompatibilità. Di contro, tra i requisiti positivi sono solitamente ricompresi l'età, la cittadinanza e l'alfabetismo; non è prevista, invece, l'iscrizione formale alle associazioni partitiche, pur in considerazione del ruolo svolto dalle stesse[90].

Il secondo aspetto attiene all'idea che il Magistrato eletto ma non iscritto a un partito possa salvaguardare la propria posizione di imparzialità e indipendenza. È vero, come fa capire il Prof. Curreri, che si tratta di una presunzione. Tuttavia, ritengo – ed è questo il punto fondamentale – che la non iscrizione a un partito rafforzi agli occhi dell'opinione pubblica la credibilità e l'immagine indipendente e imparziale del Magistrato anche se eletto nelle liste di un partito. Infatti, è molto più probabile che egli, pur essendo vicino a posizioni politiche, sia maggiormente propenso a distanziarsene rispetto ai militanti iscritti quando, in dissenso, non ne condivide più le posizioni. A ciò contribuirebbe anche il carattere forte

[89] Cfr. LANCHESTER, F., *Il Corpo elettorale tra recessione del principio elettivo e ruolo delle Corti. Riflessioni sul caso italiano*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1/2017, p. 1. Come viene ricordato, l'espressione Corpo elettorale non si rinviene in nessuna norma del periodo repubblicano. L'unico riferimento positivo è il Regio decreto n. 1993/1928 al cui articolo 46, n. 3 si disponeva che l'elezione dei deputati aveva luogo "con l'approvazione del Corpo elettorale".

[90] Cfr. la nota ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale redatta dal Giudice Sabino Cassese. Il passaggio chiave è indubbiamente quello in cui si evidenzia "che […] i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato ai fini dell'art. 134 Cost."

ISSN 2279-7238

e autorevole del singolo Magistrato prestato alla politica. In questo modo egli eserciterebbe pienamente il proprio mandato istituzionale senza alcun vincolo di partito, ma nell'interesse collettivo. E sarebbe maggiormente propenso, così, a salvaguardare la credibilità e l'immagine della propria figura di Magistrato pur nella titolarità di un mandato istituzionale di natura elettiva a prescindere dal livello di governo.

Pertanto, l'importanza del richiamo alla necessità di allontanare ogni sospetto anche sull'apparente immagine di imparzialità e indipendenza dei Magistrati deve costituire ulteriore elemento volto a differenziare gli stessi dai 'comuni' cittadini: infatti i suddetti principi costituzionali devono essere rispettati a prescindere dalla considerazione dinamica delle loro funzioni. Indipendenza, imparzialità e soggezione esclusiva dei giudici alla legge rappresentano principi che, in un giudizio di bilanciamento con valori altrettanto costituzionalmente tutelati, quali i diritti di contenuto politico, prevalgono perché attengono a beni supremi di primario rilievo costituzionale che coinvolgono l'interesse pubblico ad una corretta amministrazione della giustizia, fenomenologia del principio di legalità formale e sostanziale, rispetto al quale occorre maggior equilibrio nell'esercizio dei diritti politicamente rilevanti. Il rispetto dei citati principi deve essere declinato come un '*dovere continuo*' di essere indipendente e imparziale ogni qual volta il Magistrato pone in essere comportamenti pubblicamente rilevanti[91]. E ciò deve valere – per una questione di opportunità istituzionale – senza alcuna differenziazione tra il collocamento fuori ruolo per motivi tecnici e quello per motivi politici, in quanto, si ribadisce, il baricentro della disposizione censurata dichiarata costituzionalmente legittima è rappresentato esclusivamente dalla valenza costituzionale del ruolo del Magistrato che per la propria qualifica deve essere collettivamente immaginato 'inattaccabile' da formali legami *partiticamente rilevanti*. Questo obiettivo di rilievo costituzionale perseguito dal legislatore è pienamente condivisibile perché lo impongono il contesto e il tempo in cui viviamo che continua ad essere caratterizzato da frequenti tensioni tra politica e Magistratura[92]. La possibilità che i Magistrati, al termine del loro mandato elettivo, possano ritornare ad esercitare la propria attività istituzionale in seno alle aule giudiziarie, potrebbe alimentare sensazioni di solidi legami ideologici e sospetti di faziosità dei Magistrati medesimi nell'esercizio di funzioni giurisdizionali che coinvolgano il personale politico[93].

[91] Cfr. punto 4 del considerato in diritto ove la Consulta parla di "ogni comportamento di rilievo pubblico" e il punto 5 del considerato in diritto ove viene ribadito che indipendenza e imparzialità – nella sostanza e nell'apparenza – costituiscono "requisiti essenziali che caratterizzano la figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica".

[92] Sebbene esuli dal caso in commento, si può ricordare, a riprova di quanto sia teso il clima tra politica e Magistratura, ciò che è accaduto il 27 settembre 2018. Il Plenum del Consiglio superiore della Magistratura ha eletto con 13 voti favorevoli David Ermini – deputato del Partito democratico per due Legislature – alla carica di Vice-Presidente. A seguito di ciò, quest'ultimo chiedeva la sospensione dell'iscrizione formale dal Partito democratico per ragioni istituzionali. Si è da subito scatenata una forte polemica che ha coinvolto il Vice Premier Luigi Di Maio che dubitava dell'indipendenza dell'Ermini e il Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede il quale ha dichiarato di aver preso "atto che all'interno del Csm c'è una **parte maggioritaria di magistrati che ha deciso di fare politica".**

[93] Su questo cfr. FERRI, G., *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza N. 224/2009 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, n. 2/2010, pp. 136 ss.; ZACCARIA, A., *Le chiamate dirette dei Magistrati allo svolgimento di funzioni politiche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, p. 427.

ISSN 2279-7238

La normativa sul divieto di iscrizione dei Magistrati ai partiti politici – suffragata dalla statuizione in commento – può essere vista come uno stimolo per quelli eletti di sforzarsi di ricercare – proprio in ragione del loro ruolo che ne impone un'immagine anche apparentemente *a-politica* in funzione della salvaguardia, concreta e astratta, dell'equilibrio tra poteri e della loro credibilità – un bilanciato e accettabile compromesso tra il legame con i partiti e l'esercizio del libero mandato. È palese, però, che offrire alla collettività un'immagine neutrale, in considerazione delle funzioni svolte, dipenda anche e soprattutto dalla sensibilità istituzionale del singolo Magistrato chiamato ad esercitare un mandato elettivo.

La decisione della Corte ora esaminata consente un ultimo breve spunto di riflessione che concerne gli aspetti propri della democrazia infrapartitica. Gli statuti delle principali forze politiche[94], infatti, condizionano la candidatura e l'elettività nelle proprie liste a coloro i quali assumono lo status formale di iscritto; è evidente, pertanto, che, a fronte del divieto ex articolo 3, comma 1, lettera h) del d. lgs. n. 106/2009 per i Magistrati di iscriversi ai partiti, si verifica una discrasia regolatoria che incide sull'esercizio dei diritti politici in quanto, come sottolineato nelle righe precedenti *(v. supra, p. 6)*, l'iscrizione a un partito non è prevista dalla legge come requisito positivo per la titolarità di un mandato elettivo. Tale contrasto suggerisce, ancora una volta, l'opportunità di una normativa eteronoma ad hoc per la regolazione pubblicistica degli aspetti concernenti la vita politica interna dei partiti politici[95] e una razionalizzazione coordinata e armonica delle regole sottese alla capacità elettorale passiva.

ABSTRACT

Le limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici da parte dei Magistrati sono opportune. Chi esercita funzioni giurisdizionali è tenuto a conformarsi al rispetto di regole deontologiche che, in ragione delle funzioni svolte, contribuiscono a salvaguardarne l'immagine neutrale e indipendente e a non intaccare la fiducia della società nei confronti del potere giudiziario.

The limitations on the right to join political parties by the magistrates are well needed. Who exercises jurisdictional functions is obliged to comply with ethical rules that, by virtue of the functions performed, help to preserve their neutral and independent image and nurture the trust of society toward the judiciary power.

PAROLE CHIAVE: diritti politici; partiti; Magistrati; limitazioni; immagine

[94] Cfr. l'articolo 14 dello Statuto del Partito democratico; l'articolo 3 dello Statuto del Movimento 5 Stelle; l'articolo 29 dello Statuto della Lega; l'articolo 6 dello Statuto di Forza Italia.

[95] In tema cfr., per tutti, LANCHESTER, F., *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.,* n. 3/1988, pp. 487 ss.

ISSN 2279-7238

KEYWORDS: political rights; parties; Magistrates; limitations; image

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

La *notwithstanding clause* come l' «arma» dei Governi provinciali di maggioranza. Il dibattito sui difficili equilibri tra Corti e legislativi nel sistema di protezione dei diritti

di Mario Altomare*

"Section 33 is a sleeping giant within the Charter: now mostly quiet and unthreatening but, if awakened by increased and unnoticed or unopposed use, still capable of significantly changing Canada's constitutional and legislative landscape"[96]. Così si esprime la costituzionalista Barbara Billingsley in riferimento alla *section* 33 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, meglio nota come *notwithstanding clause* o *override clause*, che attribuisce al legislatore il potere di limitare i diritti fondamentali, in un arco temporale limitato di cinque anni (termine ulteriormente prorogabile per un altro quinquennio), a condizione di specificare in un atto normativo la volontà politica di disporre una deroga temporanea alle disposizioni degli artt. 2 e 7-15 della Carta. Si tratta di una disposizione singolare della *Charter* alla quale si è fatto ricorso raramente nel corso della storia della federazione canadese[97], come emerge chiaramente anche dal riferimento alla *section* 33 come un "spleeping [constitutional] giant"[98].

---

* Dottorando di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

[96] B. BILLNGSLEY, *Section 33: The Charter's Sleeping Giant*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 21, 2002, p. 331.

[97] Il ricorso episodico della clausola si è operato soltanto in tre province e un territorio. Si fa riferimento, in primo luogo, al caso Québec, dato che il legislatore della provincia francofona ha utilizzato con più frequenza il potere assegnato dalla *section* 33 della Carta, soprattutto nella prima fase di vigenza della norma, per contrastare il processo di *patriation* e i suoi effetti, ed in maniera generalizzata fino al 1985 e poi, in un caso specifico, nel 1988 per disattendere quanto stabilito dalla Corte Suprema nel caso *Ford v. Canada* e cioè che il divieto all'uso dell'inglese nelle insegne commerciali violasse la libertà di espressione. Oltre al caso quebecchese, la *notwithstanding clause* è stata invocata: dalla provincia di Saskachewan, dapprima nel 1985, per applicare una normativa censurata dalla Corte d'Appello e poi ritenuta legittima dalla Corte Suprema, rendendo così inutile il ricorso alla *override clause*, e poi nel 2017 per non dare seguito alla decisione della *Court of Queen's Bench* nel caso *Good Spirit School Division No 204 v Christ The Teacher Roman Catholic Separate School Division* in cui veniva stabilito il divieto per il Governo provinciale di erogare fondi per consentire agli studenti di fede non cattolica di frequentare scuole cattoliche separate; in Alberta nel 2000 in riferimento al divieto di matrimoni tra coppie dello stesso sesso, prima del giudizio di *reference* della Corte Suprema nel 2004 con cui la materia venne ricondotta nell'ambito della competenza federale; infine, nello Yukon nel 1982 con il *Land Planning and Development Act*, senza però mai entrare in vigore.

[98] B. BILLNGSLEY, *Op. cit.*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 331.

ISSN 2279-7238

Nel quadrimestre considerato, lo "stato di quiete" di cui parla la Billingsley si è nuovamente arrestato a seguito della decisione del Premier dell'Ontario, Doug Ford, di ricorrere alla *section* 33 contro una sentenza della Corte Superiore provinciale che dichiarava incostituzionale la legge che dispone il taglio del numero dei consiglieri comunali di Toronto (per un approfondimento sulla sentenza v. *infra*; sul contenuto e l'*iter* di approvazione della legge si rinvia alle cronache costituzionale canadesi del numero 2/2018 della Rivista). La sentenza del *Justice* Edward Belobaba ha rappresentato uno smacco per il Governo Ford e una vittoria per il Sindaco di Toronto Joh Tory (riconfermato primo cittadino dopo il voto del **22 ottobre**, cfr. *infra*) e per i consiglieri comunali che si erano opposti al *Better Local Government Act* e si erano rivolti alle Corti per ottenere una declaratoria di incostituzionalità relativa alla suddetta legge.

Tuttavia, la sentenza resa dal giudice di primo grado è stata ribaltata il **19 settembre** dalla Corte d'Appello dell'Ontario (sul punto v. *infra*) consentendo così al Governo provinciale di pianificare il voto municipale di Toronto secondo il modello che prevede la riduzione del numero delle circoscrizioni da 47 a 25 e di ritirare l'*Efficient Local Government Bill,* che dichiarava espressamente l'intenzione dell'Esecutivo di procedere ai sensi della *section* 33, specificando di derogare alle previsioni di cui alla *section* 2(b) (libertà di espressione), alle *sections* 7-14 (*legal rights*) e alle *section* 15 (principio di eguaglianza).

Le reazioni alla mossa del Premier Ford di attivare la *override clause* si sono polarizzate sostanzialmente su due posizioni: la prima, volta a sostenere la costituzionalità del *Better Local Government Act*, dato che la *section* 3 della Carta, che riconosce il diritto di voto per le elezioni della Camera dei Comuni e delle Assemblee legislative provinciali e territoriali e il diritto di elettorato passivo ("to be qualified for membership therein"), non si applica alle elezioni municipali, come, tra l'altro, sostenuto dalla giurisprudenza delle *lower Courts*[99]; la seconda posizione manifesta, invece, le criticità

[99] *Jones v. Ontario (AG)* 1988 53 DLR (4th) 273 (Ont. HC); *Rheaume* v. *Ontario (Attorney General)* 1992, 7 O.R. (3d) 22 (C.A.); *Nunziata* v. *Toronto (City) Clerk* 2000, 50 O.R. (3d) 295 (Ont. C.A.)

ISSN 2279-7238

dell'azione del Premier dell'Ontario, il quale viene accusato di non rispettare le *constitutional conventions* e le statuizioni delle decisioni giudiziarie, sollevando, in questa direzione, seri dubbi circa l'uso appropriato della *section* 33.

Oltre a ciò, le maggiori preoccupazioni manifestate da diversi studiosi ed esponenti politici in questi ultimi quattro mesi sono legate ad un eventuale utilizzo più massiccio della *ovveride clause,* che risulterebbe: da un lato, sulla base delle considerazioni svolte dal Premier Ford, il quale ha dichiarato che dal ricorso generalizzato alla *section* 33 non deriverebbe alcun pericolo per la democrazia e ha paventato la possibilità di farne un "routine and repeated use" se ciò si renderà necessario in futuro; dall'altro, dagli annunci provocatori del neo eletto Premier del Québec, Francois Legault, il quale si è detto determinato a presentare al più presto un progetto di legge che proibirà di indossare simboli religiosi per i dipendenti pubblici e ad invocare la *notwithstanding clause,* se gli organi giurisdizionali si pronunceranno contro questo e altri provvedimenti già annunciati in campagna elettorale, che prevedono la riduzione delle quote di immigrazione per la provincia francofona e l'introduzione dei test di conoscenza della lingua francese per gli stranieri.

Come hanno messo in risalto alcuni analisti e studiosi in ques'ultimo quadrimestre, un eventuale ricorso più diffuso alla clausola in parola finirebbe per minare il sistema di equilibrio che informa il settore dei diritti e delle libertà individuali e che affida la protezione di tali diritti, innanzitutto, alle Corti, che dispongono del sindacato diffuso di costituzionalità per disapplicare gli atti normativi contrastanti con le previsioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ma anche al legislatore, cui è attribuito il potere di *legislative override*, per evitare gravi errori o abusi da parte dei giudici nell'interpretazione delle garanzie costituzionali. Un'alterazione di questo delicato equilibrio costituzionale avrebbe la conseguenza di "blindare" invece gli abusi degli organi legislativi, non più suscettibili, una volta posto in essere l'*over-ride*, di essere sanati da alcuna pronuncia giudiziaria o emendamento costituzionale successivi.

D'altro canto, come sottolineano alcuni commentatori politici, non è secondario che il ricorso sistematico alla *section* 33 sia stato minacciato dai Governi provinciali

ISSN 2279-7238

dell'Ontario e del Québec, che godono entrambi del sostegno di una solida maggioranza parlamentare e di una ferrea disciplina interna al *single-party government*, due importanti elementi di forza che consentono di contrastare efficacemente le pratiche ostruzionistiche dei partiti di opposizione e di arginare un eventuale dissenso popolare contro le misure adottate ricorrendo alla *notwithstanding clause*. Pertanto, è proprio in questo contesto politico-istituzionale che i gruppi di interesse, le organizzazioni a difesa dei diritti di libertà, gli enti esponenziali e le associazioni di categoria tendono a ricercare la soddisfazione delle proprie pretese al di fuori dell'arena politica e vedono nelle Corti l'unico vero strumento di opposizione verso le *policies* degli Esecutivi provinciali. Tuttavia, come riconosce da tempo la dottrina italiana [100] e canadese [101], il tentativo di trasferire ai giudici la responsabilità di contrastare il potere della maggioranza e di garantire, in via quasi esclusiva, la protezione dei diritti fondamentali, non risponde alla reale esigenza dei costituenti, che, invece, cercarono di inserire nel sistema della *Charter* alcuni meccanismi di equilibrio che ponessero un freno all'eccessivo attivismo delle Corti: di fatto, si è trattato proprio della *notwithstanding clause* e, inoltre, della *supremacy clause* (*section* 52) e della *reasonable limit clause* (*section* 1).

Sulla base di queste osservazioni, è bene ribadire che la *section* 33 della Carta canadese dei diritti e delle libertà costituisce, in realtà, uno strumento coessenziale alla tradizione politico-costituzionale del Canada, che attribuisce al Parlamento federale e ai legislativi provinciali un importante ruolo di bilanciamento tra i diritti individuali e gli interessi generali della società, privando così i giudici del potere di decidere in via definitiva sulle libertà dei singoli.

[100] Cfr. R.J. SHARPE, *Ordinamento giudiziario e giustizia costituzionale*, Fremont J., Lajoie A., Otis G., Sharpe R.J., Simeon R., Swinton K., Volterra S. (a cura di), *L'ordinamento costituzionale del Canada,* Torino, Giappichelli, 1997, pp. 201-202; Radiciotti M. R., *Protezione dei diritti fondamentali,* judicial review *e* notwithstanding clause *in Canada*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 205.

[101] Debeljak J., *Rights Without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and the British Models of Bills of Rights,* in *Melbourne University Law Review*, Vol. 26, n. 2, 2002, p. 306.

ISSN 2279-7238

Ed è necessario anche riconoscere come il dibattito che si è registrato nel quadrimestre preso in esame abbia dato un contributo di grande rilievo per richiamare il corretto significato da attribuire alla clausola e per invitare alla cautela i Governi provinciali che appaiono intenzionati ad invocarne più diffusamente il meccanismo. Cautela che si impone, non solo per evitare pericolose derive all'interno del quadro politico-istituzionale, ma anche per garantire la stessa sopravvivenza politica delle compagini governative e delle maggioranze parlamentari che li sostengono in Ontario e nel Québec, dato che la loro responsabilità politica sarà sottoposta al giudizio finale del corpo elettorale.

L'auspicio di coloro che hanno partecipato al dibattito di questi ultimi quattro mesi appare, dunque, volto ad evidenziare come la *section* 33 debba essere interpretata nel suo insieme: una clausola che produce l'effetto di porre un limite significativo ma flessibile nei confronti sia del potere legislativo che del potere giudiziario, con la conseguenza di far ricadere il diritto "all'ultima parola" proprio sul corpo elettorale, chiamato ad esprimersi, alla scadenza del quinquennio di validità dell'*override power*, sulla effettiva ragionevolezza della limitazione temporanea ai diritti posta dal legislatore.

ELEZIONI

LE *INCONCLUSIVE ELECTIONS* NEL NEW BRUNSWICK

Il **24 settembre** si è tenuta l'elezione dei MLAs della *New Brunswick Legislative Assembly* per la cinquantanovesima legislatura 2018-2022. I risultati elettorali hanno prodotto una *minority legislature,* in cui il Partito Liberale detiene 21 seggi, uno in meno rispetto al Partito Conservatore, pur avendo ricevuto più voti: i Liberali hanno incassato, infatti, il 37,80 % dei voti, mentre i Conservatori il 31,89%. I due partiti minori invece, ossia il *Green Party* e il *People's Alliance*, hanno conquistato tre seggi ciascuno con un totale dei voti, rispettivamente, del 12,58% e dell'11,88%.

Come hanno sostenuto alcuni analisti, il problema che sta alla base dell'incertezza dei risultati elettorali è dato dal fatto che le norme che disciplinano la fase successiva

ISSN 2279-7238

ad una ipotetica *inconclusive election* (vale a dire, in particolare, il procedimento di formazione dell'Esecutivo e il ruolo che dovrebbero svolgervi il Governo in carica, i partiti politici e la Corona) sono costituite da *unwritten conventions*. Per questo motivo, da molte parti è stata avvertita l'esigenza di predisporre un *Cabinet Manual* che contempli in forma scritta tutte le convenzioni poste a regolare i casi di *minority Governments*, molto frequenti nella storia costituzionale canadese, sull'esempio dell'esperienza britannica e neozelandese che hanno adottato uno strumento simile.

In mancanza di una chiara maggioranza, come previsto dalla prassi e dalle convenzioni costituzionali, il Premier in carica ha l'opportunità di attendere la riunione del nuovo Parlamento per cercare di ottenerne la fiducia. Così aveva sottolineato anche il Premier liberale del New Brunswick, Brian Gallant, annunciando all'indomani delle elezioni di avere ricevuto l'incarico di provare a formare un Governo di minoranza dalla *Lieutenant-Governor*. In realtà, già il leader dei Verdi, David Coon, aveva riconosciuto come, dopo giorni di discussione con i Liberali e i Conservatori, fosse chiara l'assenza di convergenza per giungere ad un accordo condiviso dalle forze politiche. Così il **2 novembre** l'Assemblea ha votato la *motion of no confidence* al Discorso dal Trono proposta dai *Tories* e dalla *People's Alliance* con 25 voti favorevoli e 23 contrari. Alla sfiducia sono seguite le immediate dimissioni del Governo Gallant e il leader dei Conservatori Blaine Higgs ha ottenuto l'incarico di formare un nuovo Gabinetto il **9 novembre**, con l'appoggio esterno della *People's Alliance*. Il **30 novembre** il Governo Higgs ha quindi ottenuto il voto di fiducia con 25 voti a favore e 23 contrari, sulla base di un programma politico, presentato attraverso il *Throne Speech* che apre la seconda sessione della corrente legislatura, che mira a migliorare l'efficienza dei servizi sanitari, delle procedure di accesso all'educazione scolastica e a sostenere le piccole e medie imprese. A ciò si aggiunge l'impegno ad adottare misure volte allo sviluppo della produzione di gas naturale nella regione del Sussex, impegno assunto con la presentazione di un sub-emendamento al Discorso dal Trono, introdotto dal PC in risposta ad un emendamento dell'opposizione, che permette al Governo di intervenire con urgenza per gli abitanti che hanno espresso la loro esigenza allo sviluppo del gas naturale.

LE ELEZIONI IN QUÈBEC E LA FINE DELLA *TWO-PARTY RULE*

Le elezioni dell'**1 ottobre** nella Provincia francofona del Canada sono state vinte per la prima volta dalla *Coalition Avenir Québec*, formazione partitica costituita nel 2011 e guidata dall'ex imprenditore Francois Legault, nuovo Premier provinciale. CAQ è un movimento nazionalista ma non indipendentista, visto che prevede di realizzare un programma politico contrassegnato, da un lato, dall'obiettivo di abbandonare ogni

ISSN 2279-7238

tentativo volto a mettere in discussione lo *status* costituzionale del Québec all'interno della federazione tramite una consultazione referendaria sulla separazione dal *Rest of Canada* (ROC) e, dall'altro, di converso, dalla esigenza di promuovere e difendere gli interessi concreti e i tradizionali valori della Provincia francofona per sviluppare una maggiore efficienza nella conduzione degli affari di governo.

Questi i risultati: CAQ ha guadagnato 74 seggi con il 37,41%, i Liberali 31 seggi con il 24,81% dei voti, *Québec solidaire* ha invece totalizzato 10 seggi con il 16,09% dei suffragi e il *Parti Québécois* (PQ) ha conquistato anch'esso 10 seggi con il 17,06% dei voti.

Dall'analisi di questi risultati è necessario mettere in evidenza due elementi principali: prima di tutto, CAQ è riuscita ad ottenere la maggioranza assoluta dei seggi alla *National Assembly* del Québec, conquistando 74 su 125 seggi totali e superando così di gran lunga la soglia di 63 seggi per far scattare la *majority rule*; in secondo luogo, occorre considerare come la vittoria della CAQ abbia segnato la fine di cinquant'anni di dominio politico tra il PQ e il Partito Liberale. L'emergere della CAQ è andato di pari passo con il declino del PQ, il cui programma indipendentista ha perso molti consensi tra gli elettori del Québec in queste ultime elezioni, anche se il leader dei nazionalisti quebecchesi aveva affermato in campagna elettorale che se fosse stato eletto Premier non avrebbe indetto un referendum durante il primo mandato del PQ, ma il suo piano prevedeva di convocare un congresso nel 2021 sulla *sovereignty issue*, questione che oramai non costituisce più il tema politico dominante nella discussione pubblica. Mentre l'insuccesso dei Liberali sarebbe riconducibile, secondo alcuni commentatori politici, al fatto che il *Liberal Party* sia stato a lungo al potere e questo lo ha reso un facile bersaglio delle frange dell'opposizione; altri, invece, hanno sottolineato come gli ingenti tagli all'assistenza sanitaria e le misure di austerità contenute nella riforma sanitaria approvata dal Governo Couillard uscente abbiano lasciato un segno doloroso nella popolazione della Provincia francofona.

ELEZIONI COMUNALI DI TORONTO

Le elezioni comunali della città di Toronto si sono tenute il **22 ottobre** dopo la decisione del Premier Ford di tagliare il numero dei consiglieri da 47 a 25 membri e nel quadro di una battaglia legale che non si è ancora conclusa. Gli elettori hanno confermato John Tory per un secondo mandato alla carica di Sindaco della città con il 63,49% dei voti. La principale sfidante Jennifer Keesmat è arrivata al 23,59% e gli altri candidati hanno ricevuto un esiguo consenso: Faith Goldy è arrivato al 3.40%, Saron Gebresellassi al 2.01% e sotto l'1% tutti gli altri.

ISSN 2279-7238

Nel quadro di disordine politico-istituzionale suscitato dalla decisione del Premier Ford di ridurre il numero di consiglieri comunali, il Sindaco Tory dovrà dimostrare che un approccio più diplomatico e meno conflittuale con il Governo provinciale produrrà risultati effettivi sulle questioni economiche più delicate per la città, come i finanziamenti per i trasporti pubblici e per l'edilizia popolare, così come è stato ribadito agli elettori nel corso della campagna elettorale.

PARTITI

LA REGISTRAZIONE DEL *PEOPLE'S PARTY OF CANADA*

Il **10 ottobre** Maxime Bernier, già parlamentare conservatore, sfidante dell'attuale leader dei *Tories* canadesi Andrew Scheer nella *leadership election* del 2017, ha compiuto gli adempimenti formali ai sensi del *Canada Elections Act* per la registrazione del partito politico di sua fondazione, il Partito del Popolo del Canada. Bernier, che siede ora come indipendente, ha affermato che il suo partito si batterà per i valori del libero mercato e per la tutela dei cittadini contro il potere dei gruppi di interesse e delle grandi corporazioni. Inoltre, ha voluto sottolineare gli elementi di analogia con le linee programmatiche del *Coalition Avenir Québec,* in particolare sul tema immigrazione, sostenendo di voler ridurre il numero degli immigrati che entrano in Canada per il ricongiungimento familiare e di incoraggiare, invece, gli ingressi per i migranti economici.

PARTI QUÉBÉCOIS, LE DIMISSIONI DEL LEADER JEAN-FRANÇOIS LISÈE

Le quarantaduesime elezioni generali del Québec del **1 ottobre** hanno segnato una sonora sconfitta per il *Parti Québécois* che ha perso quasi due terzi dei suoi parlamentari. Jean-François Lisèe, ormai ex leader del partito, è stato sconfitto nel suo stesso distretto di Rosemont e ha rassegnato le sue dimissioni il **2 ottobre**. Lisée è stato il nono leader del partito ed il secondo, dopo Pauline Marois, ad avere perso il suo seggio nell'Assemblea Nazionale provinciale.

PARLAMENTO

ISSN 2279-7238

L'*ELECTION MODERNIZATION ACT*

Il **13 dicembre** è stato apposto il *Royal Assent* al *Bill* C-76 (*An Act to amend the Canada Elections Act and other Acts and to make certain consequential amendments*), una legge *omnibus* di iniziativa governativa introdotto alla *House of Commons* il 30 aprile scorso e che entrerà in vigore tra sei mesi e potrà, quindi, essere applicata a partire dalle elezioni federali dell'anno prossimo. Il testo del disegno di legge era stato approvato a fine **ottobre** dalla *House of Commons*. Nel corso dell'*iter* parlamentare erano sono stati introdotti oltre duecento emendamenti da parte dei deputati conservatori, realizzando in questo modo, come ha rilevato la *Green Party Leader* Elizabeth May, un nuovo tentativo di ostruzionismo contro le proposte normative del Governo dirette a modificare la disciplina sul finanziamento dei partiti e altre parti del *Canada Elections Act* e del F*air Elections Act*. I MPs conservatori si sono opposti, in particolare, all'estensione del diritto di voto per i canadesi espatriati, sostenendo che il loro voto per corrispondenza può essere utilizzato da Governi stranieri per influenzare i risultati elettorali. Degli emendamenti che sono stati proposti, solo sei sono stati approvati dalla Camera dei Comuni.

Il **10 dicembre** è intervenuta l'approvazione del *Bill* da parte del Senato con 54 voti favorevoli e 31 contrari ed un solo emendamento, poi accolto dalla *House of Commons*, che prevede di vietare l'erogazione di contributi economici stranieri in ogni tempo per i partiti politici.

La novella normativa modifica diversi aspetti di grande rilievo connessi allo svolgimento del processo elettorale, tra i quali occorre menzionare: il divieto per gli *advocacy groups* e i partiti di accettare contibuti e donazioni provenienti da soggetti stranieri per evitare indebite influenze nel corso della campgna elettorale; la fissazioni di limiti di spesa per i partiti politici e i gruppi di interesse sia durante i tre mesi antecedenti l'indizione delle elezioni che in campagna elettorale; l'estensione del diritto di voto per i canadesi espatriati, a prescindere dalla durata del periodo di permanenza all'estero (prima, invece, i canadesi all'estero perdevano il diritto di voto dopo cinque anni di assenza dal Paese); il rafforzamento dei poteri del *Commissioner of Canada Election*, l'autorità indipendente incaricata di vigilare sull'integrità del processo elettorale e alla quale viene ora affidato anche il potere di chiedere all'autorità giudiziaria l'accompagnamento coattivo dei testimoni che possano fornire informazioni utili per l'accertamento di eventuali brogli elettorali.

LA PRIMA *CHARTER* DELL'*INDEPENDENT SENATORS GROUP*

ISSN 2279-7238

Il **4 ottobre** il Gruppo dei Senatori Indipendenti (ISG), il più numericamente consistente alla Camera alta (composto da 47 membri), ha adottato all'unanimità la sua prima *Charter*, dopo un anno di lavori e discussioni interne al gruppo. L'*Independent Senators Group* è così riuscito a consacrare in un testo scritto il principio di libertà di voto secondo coscienza per i senatori che ne fanno parte, compiendo un importante passo in avanti nel processo di riforme verso la ricerca di un *non-partisan Senate*. Come stabilisce la *Charter*, i membri del ISG devono evitare un "direct involvement in the activities of a recognized political party currently registered under the Canada Elections Act, [...], participating in the internal elections of a recognized political party, or helping to raise funds to support a recognized political party or one of its candidates" (art. 5.1, III). Inoltre è prevista la sospensione dal gruppo dei senatori messi sotto inchiesta da parte degli *ethics offices*, o che siano accusati di uno specifico reato penale. Mentre l'espulsione può essere disposta con una maggioranza del 60 per cento dei membri del gruppo, previa audizione del senatore interessato, nei casi di violazione delle disposizioni della *Charter* o dell'*ethics code* del Senato o se un senatore sia dichiarato colpevole di un qualsiasi reato contestato dall'accusa.

L'*ANTI-HARASSMENT ACT*

Il **25 ottobre** il *Bill* C-65 (*An Act to amend the Canada Labour Code (harassment and violence), the Parliamentary Employment and Staff Relations Act and the Budget Implementation Act, 2017*) ha ricevuto il *Royal Assent*, dopo un iter parlamentare di sei mesi. Si ricordi che il disegno di legge venne introdotto dal Governo nel novembre 2017 e fu approvato dalla Camera dei Comuni nel maggio scorso nella sua versione emendata. L'approvazione del Senato è intervenuta nel mese di giugno proponendo nuovi emendamenti al disegno di legge, alcuni dei quali accolti dai *Commons*. Il *Bill* C-65 si compone di tre elementi essenziali: la predisposizione di una serie di misure volte alla prevenzione dei fenomeni di molestie sessuali nei luoghi di lavoro; la previsione di risposte efficace per combattere prontamente tali fenomeni quando si verificano; un maggiore sostegno per i lavoratori esposti ad atti di molestie sessuali (per un ulteriore analisi dei contenuti del testo della legge si rinvia alle *cronache costituzionali dal Canada* del numero 1/2018 di questa Rivista). Come hanno sottolineato alcuni commentatori politici, la rapida approvazione del *Bill* C-65, per di più con il sostegno di tutte le forze politiche, si spiega tenendo conto dei numerosi scandali sessuali che hanno coinvolto diversi parlamentari ed esponenti di importanti partiti politici a livello federale, tra cui si può sicuramente annoverare la vicenda di Patrick Brown, già leader del Partito Conservatore Progressista dell'Ontario, e il più recente caso dell'ormai ex parlamentare conservatore Tony Clement, che è stato obbligato a rassegnare le

ISSN 2279-7238

dimissioni dal *caucus* del *Progressive Conservative Party* per alcuni suoi comportamenti inappropriati e approcci a sfondo sessuale.

AN ACT TO PROVIDE FOR THE RESUMPTION AND CONTINUATION OF POSTAL SERVICE

Il **26 novembre** il *Bill* C-89 (*An Act to provide for the resumption and continuation of postal services*) è stato approvato dal Senato e ha ricevuto il *Royal Assent*. La legge è passata con il voto favorevole di 35 senatori, mentre 25 sono stati i voti contrari e 4 le astensioni. Il Governo, nella persona della Ministra del Lavoro Patty Hajdu, aveva introdotto il progetto di legge il **22 novembre** e aveva chiesto di svolgere un rapido esame parlamentare per porre fine all'ondata di scioperi che hanno colpito il settore postale dal **22 ottobre**. La legge ha quindi imposto il ripristino e la continuazione dei servizi postali, ha disposto la proroga dei termini di scadenza del contratto collettivo fino alla successiva sottoscrizione del nuovo *collective agreement* e autorizza l'arbitro-mediatore ad imporre un procedimento di arbitrato per dirimere le controversie che non possono essere risolte con la mediazione.

Il Gruppo dei Senatori Indipendenti aveva rilevato come il *bill* si ponesse in contrasto con le disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms,* in particolare con la *section* 2 che tutela le libertà fondamentali, tra cui la libertà di associazione che include il divieto di "*substantial interference*" con il diritto di sciopero dei lavoratori esercitato anche nell'ambito del processo di contrattazione collettiva. Il Governo federale ha respinto le considerazioni dei senatori indipendenti sostenendo che l'introduzione del progetto di legge in questione si è resa necessaria dopo i tentativi infruttuosi di condurre il processo di contrattazione collettiva ad un esito soddisfacente per le parti in conflitto, ossia il *Canada Post*, la società indipendente che si occupa di gestire i servizi postali, e la *Canadian Union of Postal Workers*. Pertanto, solo la rapida approvazione del Bill C-89 poteva effettivamente arginare i pesanti danni economici sofferti dal settore delle piccole e medie imprese e della vendita diretta e online.

OMNIBUS LEGISLATION

Su iniziativa del MP del *New Democratic Party* Petere Julian, lo *Speaker* della *House of Commons,* Geoff Regan, è stato investito della questione relativa alla applicazione dello *Staning Order* n. 69 che attribuisce allo *Speaker* il potere di sottoporre a votazioni separate le disposizioni contenute in un disegno di legge omnibus, laddove non si ravvisi un elemento comune di connessione tra le varie parti del testo. Nel caso specifico si chiede allo *Speaker* di applicare questa previsione al *Bill* C-86, il secondo

ISSN 2279-7238

omnibus budget implementation bill introdotto dal Governo, lungo 850 pagine, che ha superato la prima lettura il **29 ottobre**. La richiesta del parlamentare Julian si fonda sullo storico precedente stabilito nel 2017, quando lo *Speaker* decise di dare corso ad una richiesta delle opposizioni volta ad ammettere votazioni separate sulle parti del *budget bill* che non vi erano state inserite nel momento della introduzione alla Camera dei Comuni.
Lo *Speaker* ha accolto la richiesta ritenendo che la parte del *budget bill* che modifica il *Canada Labour Code* merita uno scrutinio parlamentare separato e più approfondito. Inoltre, è importante anche notare che lo *Speaker* nella sua decisione ha sostenuto in parte il Governo, rilevando che in alcune circostanze diventa necessario specificare gli obiettivi più complessi della *general policy* governativa in disposizioni attuative numerose e di dettaglio, pur senza sfociare nella produzione di norme intruse o scarsamente intellegibili.

GOVERNO

L'*AFFAIRE* NORMAN

Nel mese di **ottobre** è tornato alla ribalta il caso dell'ex Vice Ammiraglio, Mark Norman, scoppiato nel 2017 e concernente le accuse mosse verso l'ufficiale della *Royal Canadian Navy* (RCN) di aver sottratto documenti sensibili relativi a un contratto di approvvigionamento di una nave militare. Con la rimozione definitiva dell'ex ufficiale Norman dal suo incarico, i suoi legali hanno cercato di ottenere, inutilmente, dal Governo federale alcuni documenti rilevanti per la difesa in giudizio del loro assistito. Il rifiuto del Governo di desecretare i documenti richiesti ha suscitato le polemiche dell'opinione pubblica e dei Conservatori, che hanno cercato di incalzare sulla vicenda il Primo Ministro durante l'intero *Question Time* che si è tenuto **17 ottobre**, sostenendo al contempo che la rimozione di Mark Norman e il procedimento a suo carico fossero "politically motivated". In particolare, il principale bersaglio degli attacchi dei *Tories* è stato Scott Brison, il Presidente del *Treasury Board*, l'agenzia statale deputata al controllo delle attività governative e della gestione finanziaria dei dicasteri, accusato di agire nell'interesse della famiglia Irving, proprietaria del cantiere navale di Halifax, in quanto avrebbe spinto, all'epoca delle trattative, di affidarle la gestione del processo di approvvigionamento di una nave militare alla RCN. Analisti e commentatori politici ritengono che l'*affaire* Norman stia mettendo in seria difficoltà l'Esecutivo soprattutto in vista delle elezioni federali del 2019, dal momento che è chiamato a confrontarsi con una opinione pubblica già

ISSN 2279-7238

saldamente orientata a sostenere che l'ex ufficiale della Marina abbia soltanto aiutato a rendere trasparente, anche in termini di costi, la procedura di fornitura gestita sotto la supervisione del Governo in carica.

IL GOVERNO FEDERALE NON IMPUGNERÀ LA SENTENZA DELLA *FEDERAL COURT OF APPEAL* CHE BLOCCA L'AMPLIAMENTO DELL'OLEODOTTO *TRANS-MOUNTAIN*

Il **30 ottobre** il Ministro per le risorse naturali, Amarjeet Sohi, ha annunciato che il Governo federale non intende adire la Corte Suprema per ottenere una revisione della sentenza del 30 agosto scorso, emessa dalla *Federal Court of Appeal*, che ha annullato il provvedimento che consentiva alla società Kinder Morgan di proseguire con il progetto di espansione dell'oleodotto *Trans-Mountain*. Poiché, come ha dichiarato il Ministro Sohi, "the duty to consult is essential for energy projects to move forward", il Governo Trudeau ha scelto di portare avanti il processo di consultazioni con i 177 gruppi di aborigeni che sono interessati dall'attraversamento sui loro territori del gasdotto, evitando così di attendere anni prima che la questione trovi soluzione in sede giudiziaria.

In realtà, la decisione di non ricorrere contro la sentenza della Corte d'Appello Federale si era già resa palese il **3 ottobre**, con l'annuncio della nomina di Frank Iacobucci, già Giudice della Corte Suprema, come rappresentante del Governo federale incaricato di condurre il processo di '*meaningful consultation*' con i popoli nativi del Canada.

CORTI

IL *BETTER LOCAL GOVERNMENT ACT* DELL'ONTARIO TRA LE PRONUNCE DELLA CORTE SUPERIORE E DELLA CORTE D'APPELLO PROVINCIALE

Il **10 settembre** il giudice Edward P. Belobaba della *Superior Court Justice of Ontario* ha emesso la sentenza nel caso *City of Toronto et al v. Ontario (Attorney General), 2018 ONSC 5151,* che ha sancito l'illegittimità costituzionale del *Bill 5*, approvato lo scorso agosto e introdotto dall'Esecutivo provinciale per ridurre a 25 il numero dei consiglieri comunali di Toronto. Nella sentenza, il giudice ha dapprima constatato l'assoluta novità della questione trattata, dichiarando che "The enactment of provincial legislation radically changing the number and size of a city's electoral districts in the middle of the city's election is without parallel in Canadian history"

ISSN 2279-7238

(par 6). Pertanto, secondo il giudice Belobaba, il Governo provinciale, con l'attuazione della legislazione impugnata, ha "clearly crossed the line" (par. 8) in quanto è stata posta in violazione della libertà di espressione di cui alla *section* 2 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms,* sia rispetto alla *freedoms of expression* dei candidati che degli elettori. In particolare, con riferimento alla libertà di espressione dei candidati, la *Superior Court* ha messo in rilievo che "When Bill 5 took effect on August 14, mid-way through the election campaign, most of the candidates had already produced campaign material such as websites and pamphlets that were expressly tied to the ward in which they were running" (p. 29). Riguardo, invece, alla violazione della libertà di espressione degli elettori, la *Superior Court of Justice* ha messo in risalto che il raddoppio delle dimensioni demografiche delle circoscrizioni comunali da una media di 61.000 abitanti ad una di 111.000 "breached the municipal voter's right to cast a vote that can result in effective representation. (par. 20). Interessanti sono anche le implicazioni che il *Bill* 5 avrebbe sul diritto di voto e l'ambito di applicazione della *section* 3 della Carta canadese dei diritti e delle libertà. La questione che si pone il giudice Belobaba è se il principio di '*effective representation'*, strettamente collegato alla *section* 3 e sviluppato dalla giurisprudenza della Corte Suprema per l'interpretazione della portata e del significato del diritto di voto, si applichi anche alle *municipal election*, posto che l'art. 3 espressamente garantisce il *right to vote* soltanto nelle *federal* e *provincial elections*. Come emerge dalla sentenza, il principio di 'rappresentanza effettiva' non è da intendere come radicato nell'art. 3 della Carta, in primo luogo perché le sue origini sono riconducibili "to Canada's founding fathers and the early debates about the appropriate design of electoral districts" (par. 45) e in secondo luogo perché non sarebbe ravvisabile alcuna ragione di principio per la quale il valore della '*effective representation'* non possa essere collegato ad altre previsioni della Carta, come quella che garantisce la libertà di espressione anche degli elettori attraverso il voto. Tra l'altro, tale orientamento della Corte Superiore richiama, da un lato, un precedente deciso dalla Corte Suprema in *Baier v. Alberta* (2007), in cui si riconosce che "Charter rights overlap and cannot be pigeonholed" e, dall'altro, il caso *De Jong v. The Attorney General of Ontario*, (2007), su cui si era espressa la stessa *Superior Court of Justice of Ontario* che ha affermato che i diritti garantiti dalla *section* 3 "have a close relationship to freedom of expression and to the communication of ideas".

Sulla base del ricorso presentato dall' *Attorney General* per conto del Governo dell'Ontario alla Corte di seconda istanza contro la decisione del *Superior Justice* Belobaba, la Corte d' Appello dell'Ontario ha accolto il **19 settembre** la richiesta preliminare dell'*Attorney General* dell'Ontario di sospendere (*stay*) gli effetti della sentenza di primo grado. I tre giudici che formavano il collegio hanno motivato la

ISSN 2279-7238

sospensione sostenendo che, mentre il cambiamento determinato con l'entrata in vigore del *Bill* 5 sia stato sicuramente frustrante per i candidati che avevano già iniziato la loro campagna elettorale, "we are not persuaded that their frustration amounts to a substantial interference with their freedom of expression. The candidates were and are still free to say what they want to say to the voters" (par. 13). Le ragioni dell'ordine di sospensione emesso dalla Corte all'unanimità sono, invece, riconducibili al fatto che non sia nel pubblico interesse impedire la prosecuzione delle operazioni elettorali e la Corte ha aggiunto: "We do not accept the respondents' submission that, because Ontario exercised its legislative authority to enact Bill 5, it does not have "clean hands" and should not be entitled to the equitable relief of a stay from this court" (par. 20).

LA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA SUL DOVERE COSTITUZIONALE DI CONSULTAZIONE CON LE COMUNITÀ ABORIGENI

Nel caso *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council),* la Corte Suprema è intervenuta sulla questione dell'applicazione del dovere della Corona di consultare le comunità aborigene e all'unanimità ha deciso l'**11 ottobre** che la *Federal Court* non ha la competenza giurisdizionale, ai sensi del *Federal Courts Act*, a svolgere il *judicial review* sugli atti emanati dai membri del Governo nell'ambito dell'esercizio della loro funzione di iniziativa legislativa e non può condurre, di conseguenza, alcun sindacato giudiziario nell'ambito del processo di *draft legislation*. Il caso prende le mosse dall'emanazione nel 2012 di due ampi *omnibus bills* che apportavano modifiche consistenti ad alcuni *statutes* di materia ambientale e che finivano per colpire in particolare i territori della comunità di Mikisew Cree, la quale si appellò alla *Federal Court* per chiedere di accertare la violazione da parte dell'allora Governo conservatore del dovere di consultazione prima che i due disegni di legge fossero presentati in Parlamento. La Corte aveva sostenuto che alla tribù di Mikisew Cree spettasse sia il diritto di essere adeguatamente informata che di presentare osservazioni sulla legislazione introdotta in Parlamento. Su appello del Governo federale, la *Federal Court of Appeal* nel 2014 si è quindi pronunciata sostenendo il difetto di giurisdizione della *Federal Court*, affermando che i giudici di prima istanza non possono sottoporre a revisione giudiziaria l'attività governativa svolta prima che i due *ominibus bills* fossero presentati al Parlamento federale. La comunità di Mikisew Cree si è quindi rivolta in ultima istanza alla Corte Suprema, la cui sentenza appare interessante soprattutto per le quattro diverse *concurring opinions* poste a fondamento del difetto di giurisdizione della FCA.

ISSN 2279-7238

Secondo l'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Andromache Karakatsanis, il *duty to consult* ha un ambito di applicazione ristretto alla "executive action or action taken on behalf of the executive" (par. 50) da cui ne risulta escluso il *law-making power*. Tuttavia, ciò non significa che i "constitutional principles — such as the separation of powers and parliamentary sovereignty — that preclude the application of the duty to consult during the legislative process do not absolve the Crown of its duty to act honourably or limit the application of s. 35" (par. 52). Pertanto, anche se i gruppi aborigeni non sono dotati della legittimazione processuale ad impugnare un provvedimento legislativo sulla base della violazione del dovere di consultazione, non è detto che "other protections may well be recognized in future cases" (par. 52).

Nella sua opinione concorrente, invece, il giudice Abella, pur d'accordo con la maggioranza del collegio che il Parlamento ha il dovere quantomeno di sostenere '*the Honour of the Crown'*, estende l'applicazione del dovere costituzionale di consultazione anche "to the enactment of legislation that could adversely affect its (Indigenous group's) interests" (par. 98). Di segno opposto appare invece l'opinione del giudice Brown J., secondo il quale il principio c.d. di '*Honour of the Crown'* vincola soltanto l'*executive branch* e non il Parlamento, sul quale non incombe alcun dovere di consultare i gruppi aborigeni e perciò "the entire law-making process—from initial policy development to and including royal assent—is an exercise of legislative power which is immune from judicial interference" (par. 117)

I *PARLIAMENTARY PRIVILEGES* NELL'INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA DELLA CORTE SUPREMA

Con la maggioranza di sette giudici contro due, nella sentenza pronunciata il **5 ottobre** sul caso *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec* la Corte Suprema ha adottato una interpretazione restrittiva dei *parliamentary privileges*, stabilendo che le prerogative parlamentari non possono escludere il sindacato delle Corti in materia di licenziamento del personale delle Assemblee legislative. Nel caso di specie si trattava della decisione dello *Speaker* della *National Assembly of Québec* di licenziare tre guardie di sicurezza per aver violato i loro doveri di comportamento. L'*opinion* del giudice Andromache Karakatsanis, sostenuta da altri sei giudici della Corte, ha sottolineato che l'ambito di applicazione dei *parliamentary privileges* viene delimitato dallo scopo cui sono preordinati e si estende solo nella misura in cui occorre proteggere, da un alto, i componenti dell'Assemblea legislativa nell'esercizio delle proprie funzioni e, dall'altro, il compito fondamentale tipico della stessa Assemblea, che è quello di sottoporre a controllo l'attività dell'Esecutivo e di valutare la responsabilità politica dei suoi membri. Da ciò deriva che "the party seeking to rely

ISSN 2279-7238

on the immunity from external review conferred by parliamentary privilege bears the burden of establishing its necessity, that is, to demonstrate that the scope of the protection it claims is necessary in light of the purposes of parliamentary privilege". Tuttavia, quando si invoca l'immunità dal sindacato giurisdizionale, il *necessity test* cui fa riferimento il giudice Karakatsanis richiede che la sfera di attività che si assume coperta dal *parliamentary privilege* non deve essere meramente connessa alle funzioni esercitate dall'Assemblea legislativa, ma "must also be necessary to the assembly's constitutional role".

Il giudice Malcolm Rowe invece ha espresso una *concurring opinion,* facendo leva sulle disposizioni dell'*Act Respecting the National Assembly* per respingere il collegamento della decisione dello *Speaker* in oggetto con la copertura dei *parliamentary privileges*. Il giudice Rowe mette in evidenza, in primo luogo, che, ai sensi della legge in parola, tutti i dipendenti della Assemblea Nazionale del Québec hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi e possono essere rimossi seguendo una procedura articolata ivi disciplinata e che nel caso di specie non era stata attuata; in secondo luogo, che il *parliamentary privilege* non può essere invocato "to bypass the application of a statute enacted by the legislature to govern its own operation. It is not an impediment to the functioning of the legislature for it to comply with its own enactments, and it cannot be regarded as an intrusion on the legislature's privilege".

I giudici Suzanne Côté e Russell Brown hanno invece formulato una opinione dissenziente, considerando, quindi, fondate le ragioni dello *Speaker* di ritenere che la decisione di licenziare le guardie di sicurezza ricadesse nel campo dei *parliamentary privileges*. Come emerge chiaramente dalla *dissenting opinion,* la sicurezza costituisce una sfera di attività che risulta assolutamente necessaria per garantire alle Assemblee parlamentari di svolgere le proprie funzioni: "In a parliamentary democracy, there can be no free debate without security. In order for any legislative assembly to perform its constitutional functions with dignity and efficiency, it is essential that it operate in a secure environment". Pertanto, secondo i due giudici, affidare alle Corti o ad organi arbitrali il potere di revisionare la decisione dello *Speaker* di licenziare le guardie preposte ai servizi di sicurezza avrebbe la conseguenza di limitare il potere di controllo che ha l'Assemblea Nazionale del Québec sulla gestione della sicurezza della sede e dei suoi componenti.

Infine, è opportuno notare come, ad opinione di alcuni studiosi, la sentenza in esame rappresenti uno dei più importanti pronunciamenti della Corte Suprema sul tema dei *parliamentary privileges,* collocandosi nel solco della giurisprudenza già tracciata nel noto caso *Canada (House of Commons) v. Vaid* 2005 in cui la Corte aveva stabilito che, per le decisioni concernenti la gestione del personale della Camera dei

ISSN 2279-7238

Comuni, gli organi legislativi e i loro membri che volessero invocare il complesso delle prerogative parlamentari, il cui scopo e ambito di applicazione non erano stati preventivamente definiti, avessero l'onere di convincere i giudici che tali immunità fossero "so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body". Si tratta, in altri termini, dell'affermazione della c.d. *doctrine of necessity,* volta a delimitare il sindacato giurisdizionale delle Corti che possono soltanto stabilire se i privilegi parlamentari esistono sulla base di particolari presupposti e, in particolare, se sono necessari all'esercizio delle funzioni del Parlamento.

TAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) E L'APPLICAZIONE DEL *CANADIAN HUMAN RIHTS ACT* AI DETENUTI STRANIERI

Con un voto di 4-1 il **18 ottobre** la *Federal Court of Appeal* si è pronunciata sul ricorso proposto da Kien Ben Tan. Cittadino malese estradato dal Belgio in Canada e ivi detenuto, Tan lamentava la discriminazione su basi religiose subita per un provvedimento emesso dalla *Correctional Service of Canada*, l'agenzia per i servizi carcerari e la riabilitazione dei detenuti, che non prevedeva la presenza in carcere di cappellani buddisti e di altre confessioni di minoranza, mentre stabiliva misure specifiche per assicurare la presenza di cappellani di fede cristiana. Contro il provvedimento in questione Tan aveva prima proposto ricorso dinanzi alla *Canadian Human Rights Commission*, la quale aveva però dichiarato il difetto della propria giurisdizione per risolvere il caso perché il ricorrente, non essendo cittadino canadese, non era "*lawfully present*" in Canada. Anche la *Federal Court* nel 2015 aveva rigettato il ricorso. Sia la Corte federale che la Commissione canadese dei diritti umani hanno affermato di essere vincolate dal precedente della *Federal Court of Appeal* nel caso *Forrest v. Canada (Attorney General)*, nel quale la FCA aveva stabilito che i prigionieri dovessero avere la cittadinanza canadese o un "*immigration status*" per godere delle misure di garanzia poste dal *Canadian Human Rights Act*. Con la sentenza in esame, la *Federal Court* ha ribaltato il suo precedente e ha affermato che Tan è "*legally present"* in Canada perchè e stato condannato a una pena detentiva in base al *Criminal Code* e al *Corrections and Conditional Release Act*. Inoltre, il fatto che il suo ingresso in Canada sia stato autorizzato in conformità all' *Extradition Act* conferma che la presenza del ricorrente in Canada non può considerarsi *extra legem*. La sentenza ha perciò rimesso la decisione alla *Commission* per determinare la misura della discriminazione subita nell'ambito dell'esecuzione di una pena detentiva. All'opinione del giudice Rennie si sono uniti anche i giudici Near e Zinn, mentre il giudice Pelletier ha espresso una opinione dissenziente, in cui si rileva come

ISSN 2279-7238

l'espressione "*legally present*" sia in realtà suscettibile di interpretazioni diverse e appaia, pertanto, una espressione incerta e imprecisa.

LA SENTENZA DELLA *COURT MARTIAL OF APPEAL* SUL SISTEMA GIUDIZIARIO MILITARE

Il **19 settembre** la *Court martial Court of Appeal* (CMCA) ha sancito con un voto di 2-1 l'incostituzionalità della *section* 130 comma 1 lettera a) del *National Defense Act* - in forza del quale è stato considerato dalla Corte di *first level* come reato militare anche il reato di violenza sessuale e lesioni (che è compreso nella parte VII del *Criminal Code*, punibile con la reclusione superiore o pari a 5 anni) commesso nel caso di specie da un membro dell'esercito, Rapahel Baudry, pur non essendo correlato allo svolgimento del servizio militare - perchè priva il militare imputato del diritto ad essere sottoposto a un *trial by jury* garantito dall'art 11 lett. f) della *Canadian Charter of Rights and freedom,* che prevede che chiunque sia accusato di reato ha il diritto, "except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment".

Pertanto, la norma impugnata non costituisce quel limite ragionevole prescritto dalla legge la cui giustificazione è facilmente dimostrabile in una società libera e democratica, così come richiamato dall' art. 1 della Carta. Secondo la maggioranza del collegio giudicante l' art 130 non ha effetto "in its application to any civil offence for which the maximum sentence is five years or more, in accordance with subsection 52(1) of the Constitution Act, 1982". La sentenza stabilisce infatti che ogni limite ai diritti dei membri delle forze armate debba essere giustificato dal pubblico interesse al mantenimento della disciplina e alla efficienza delle forze dell'ordine. Ove tale correlazione non sia ravvisabile nella valutazione del giudice, non c'è alcuna ragione di ritenere che un membro delle forze armate non possa godere dei medesimi diritti di cui godono i cittadini canadesi. La decisione in *R. V. Beaudry* restringe cosi l' ambito di operatività del sistema giudiziario militare ai "*military services offences*" che ricadono nella disciplina del *Code of Service Discipline*.

Il **21 settembre** la *Canadian Armed Force* ha depositato alla Corte Suprema una richiesta di sospensione della decisione della CMCA, in attesa del pronunciamento nel merito, sottolineando l'estrema gravità e urgenza della situazione determinata dalla sentenza in parola che finirebbe per travolgere altri 40 procedimenti militari in corso relativi a reati di cui alla parte VII del codice penale.

ISSN 2279-7238

IL GIUDIZIO DI REFERENCE SULLA COSTITUZIONALITÀ DEL *COOPERATIVE CANADIAN MARKETS REGULATORY SYSTEM*

Il **9 novembre** i giudici della Corte Suprema all'unanimità si sono espressi sulla legittimità costituzionale del *Cooperative System,* un accordo proposto su iniziativa comune del Governo federale e dei Governi provinciali di Ontario, British Columbia, Saskatchewan, New Brunswick, Prince Edward Island e Yukon, che prevede l'adozione di una legislazione volta alla predisposizione di una regolamentazione unitaria del mercato nazionale dei valori mobiliari. La questione relativa all'instaurazione di un *national securities regulator* risale al 1935 e le richieste per la istituzione di un organismo nazionale di regolamentazione erano state sollevate da più parti già a partire dagli anni '70.

Alla Corte Suprema era stato chiesto di pronunciarsi su due quesiti posti inizialmente dal Governo del Québec alla *Québec Court of Appeal*, la quale si era espressa per entrambi in senso negativo, ossia: 1) se la Costituzione canadese autorizza l'implementazione di una regolamentazione pan-canadese del mercato dei valori mobiliari e 2) se la recente versione del progetto di *Capital Markets Stability Act,* predisposto a livello federale, ecceda il *trade and commerce power* del Parlamento federale. Nel giudizio di *reference* la Corte ha sostenuto che il *Cooperative System*, come quadro di regolamentazione predisposto preliminarmente dagli organi esecutivi e priva alla sua base una apposita delega legislativa, "does not run afoul of the principle of parliamentary sovereignty or the rule respecting the legislature's authority to delegate law-making powers" (par. 129), aggiungendo che l'attuazione del *Draft Federal Act* ricade nelle competenze del Parlamento federale in materia di *trade* e *commerce* ai sensi dell'art. 91(2) del *Constitution Act 1867*. Certamente l'*advisory opinion* della Corte è limitata alla costituzionalità del *Cooperative System*, per cui spetta alle Province stabilire se la adesione e partecipazione sia conforme al loro esclusivo interesse. In questa direzione, la Corte ha anche precisato che rientra nell'ambito della *political choice* la decisione di stabilire quando e se "to relinquish a degree of autonomy over the regulation of securities for the purpose of achieving national uniformity […].This too is a valid exercise of parliamentary sovereignty" (par. 131).

LA CORTE SUPREMA E LA TUTELA DEI DIRITTI LINGUISTICI NEL PROCESSO

In una sentenza con cui la Corte Suprema torna ad esprimersi sulla questione del diritto all'uso della lingua ufficiale davanti all'autorità giudiziaria e, specialmente, del diritto della parte processuale allo svolgimento del giudizio nella lingua di sua scelta, il **16 novembre** i nove giudici supremi hanno confermato all'unanimità la decisione

ISSN 2279-7238

della *Federal Court of Appeal* di fissare una nuova udienza dinanzi ad una *Tax Court* diversa da quella che si è pronunciata nel merito e che aveva negato ai consulenti della società convenuta in giudizio di testimoniare nella lingua francese, da loro espressamente scelta, invitandoli a usare la lingua inglese comprensibile per l'*appellant* Mazraani, impiegato presso la stessa società.

Nel caso *Mazraani v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.* la Corte Suprema ha quindi affermato il diritto di tutti i soggetti intervenuti nel processo di esprimersi nella lingua ufficiale di propria scelta e ha utilizzato come parametri costituzionali la sezione 133 del *Constitution Act* e la sezione 19 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, posti a garanzia del diritto di parlare in inglese o in francese dinanzi alle *federal courts*, inclusa quindi anche la *Tax Court*, come nel caso di specie. Inoltre, come fa notare la Corte, una specificazione di tale previsione costituzionale è contenuta nelle sezioni 14 e 15 dell'*Official Languages Act*, che, rispettivamente, ribadiscono il diritto all'uso di una lingua ufficiale scelta dalle parti processuali e da chiunque partecipi al giudizio e il diritto di ciascuna parte ad un interprete.

Detto ciò, è importante considerare che, come si desume dalla sentenza in esame, i diritti linguistici sono finalizzati a proteggere il diritto di compiere una scelta personale relativa all'uso di una lingua ufficiale nel processo: "The right is not a right to speak in one's mother tongue or in a language that the court deems to be the person's language: it is the right to make a personal choice". Pertanto, laddove questa scelta personale non fosse rispettata da parte dell'autorità giudiziaria, la Corte sostiene che "the appropriate remedy will generally be to order a new hearing. […] and only a new process conducted in a manner respectful of everyone's rights will normally represent a true affirmation of language rights", pur sottolineando che tale rimedio processuale debba rispondere al principio di proporzionalità avendo riguardo alla gravità e sistematicità della violazione e al suo impatto sulla dignità personale del singolo.

PROVINCE

FIRST MINISTERS MEETING

La riunione dei *First Ministers* si è tenuta a Montréal il **7 dicembre**. Il contenuto dell'agenda della conferenza era stato contestato dal Premier Ford, che aveva accusato Trudeau di avere posto all'ordine del giorno soltanto la questione della eliminazione delle barriere commerciali interprovinciali, che più interessa al Governo centrale. La linea di frattura più evidente che si profila da mesi tra Ford e Trudeau

ISSN 2279-7238

riguarda l'aumento del prezzo sulle emissioni di gas serra, dato che l'Ontario ha abbandonato da poco il sistema *cap and trade*. Tuttavia, come hanno affermato i *First Ministers* di altre Province, come il neoeletto Blaine Higgs del New Brunswick, la riunione si è rivelata sorprendentemente produttiva, soprattutto per certificare gli impegni della federazione a sostenere l'Alberta nel trasporto d'oltreoceano della sua produzione di greggio, viste le difficoltà che sta attraversando l'economia di questa Provincia a causa dell'arresto del progetto di espansione dell'oleodotto *Trans Mountain*.

ONTARIO, RIMPASTO DI GOVERNO ED ELIMINAZIONE DI TRE DEI NOVE *LEGISLATIVE INDEPENDENT OFFICERS*

A poco più di quattro mesi dal giuramento, il Premier Ford è stato costretto a riassegnare alcune posizioni all'interno della sua squadra di governo. In primo luogo, dopo le dimissioni forzate di Jim Wilson, ex Ministro dello Sviluppo Economico, dipesa dalle accuse mosse da un dipendente dello staff di *Queen's Park* di "comportamento sessuale inappropriato", il Premier Ford ha deciso di affidare il suo dicastero a Todd Smith, che è anche capogruppo nell'Assemblea legislativa. Anche Michael Tibollo, al centro dell'attenzione mediatica per le sue complicate vicende giudiziarie, è stato costretto a lasciare il Ministero della Sicurezza Comunitaria e dei Servizi Carcerari, che è stato affidato a Sylvia Jones, per guidare invece il Ministero senza portafoglio del Turismo, Sport e Cultura. Inoltre, nel rimpasto sono stati invertiti i ruoli dei Ministri John Yakabuski e Jeff Yurek, ai quali sono affidati adesso rispettivamente il portafoglio delle Risorse Naturali e dei Trasporti. Infine, a Bill Walker è assegnata la guida del Ministero dei Servizi per i Consumatori.

È chiaro che, soprattutto con le dimissioni di Jim Wilson, il Governo provinciale si trova ad affrontare tensioni mai sopite e sviluppatesi con la successione alla *leadership* di Patrick Brown, che pure era stato costretto alle dimissioni per lo scandalo a sfondo sessuale, i cui contorni rimangono ancora oggi profondamenti incerti e contraddittori.

Oltre a ciò, occorre segnalare un'altra importante mossa compiuta nel mese di **novembre** dal Governo Ford, di grande impatto per gli equilibri politico-istituzionali della provincia: la eliminazione dell'*Environment Commission*, l'*Advocate for Children and Youth* e il *Commissioner of French-language services*, tre organismi indipendenti, istituiti presso l'Assemblea legislativa dell'Ontario, incaricati di svolgere funzioni di controllo sull'attività di governo nelle materie di rispettiva competenza. Alla base della decisione ci sarebbe la necessità di ridurre gli sprechi all'interno dell'istituzione parlamentare, ma molti osservatori ed esponenti delle forze politiche vi hanno visto

ISSN 2279-7238

una chiara ed ulteriore manifestazione dello stile di governo di stampo autoritario impresso dal Premier Ford. La cancellazione dei tre organismi avverrà con il trasferimento delle competenze dell'*Envornment Commission* all'*Auditor General* e degli altri due organi all'*Ombudsman* provinciale.

IL FALLIMENTO DEL REFERENDUM ELETTORALE NELLA COLUMBIA BRITANNICA

Nella terza consultazione popolare vertente sul tema della riforma elettorale nella provincia della Columbia Britanica, tenutasi dal **22 ottobre** al **7 dicembre** (la data di scadenza, inizialmente fissata per il **30 novembre**, è stata rinviata di una settimana per lo sciopero che ha colpito il settore dei servizi postali), gli elettori hanno nuovamente respinto la proposta di sostiuire il collegio uninominale a turno unico con la rappresentanza proporzionale (si rinvia alle precedenti cronache per gli approfondimenti sul percorso che ha portato all'indizione del referendum). I risultati del referendum, pubblicati il **20 dicembre** dalla *Election B.C.*, sono i seguenti: il 61,3% dei votanti si è espresso a favore del mantenimento del *First-Past-The-Post*, mentre la *proportional representation* è stata sostenuta dal 38,7% dei voti; l'affluenza si è attesta al 41,6 %, circa 1,4 milioni di elettori. Pertanto, il risultato della consultazione referendaria sembra aver ormai archiviato il tema della riforma elettorale nel lungo periodo, come hanno sostenuto l'*Opposition Liberal Leader*, Andrew Wilinkson, e la stessa Vice Premier del *New Democratic Party*, Carole James, la quale ha, più drasticamente, commentato i risultati del referendum affermando che "Electoral reforn is finisched".

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Il vento della lotta alle élite soffia sui sessan'anni della V Repubblica tra tensioni sociali e tendenze alla disintermediazione[102]

di Paola Piciacchia**

"La France dispose, face aux déferlantes de l'Histoire, d'un socle de stabilité et de solidité que nous devons maintenir en résistant aux effets de mode, au aspirations du moment, aux tentations du court terme qui, trop souvent, ont motivé les altérations de la Constitution. A ces tentations, opposons le sens du temps long, et sachons utiliser le droit pour façonner l'Histoir".

Con queste parole il **4 ottobre** scorso il Presidente Macron ha concluso il **discorso** per i sessant'anni della Costituzione del 1958 tenuto presso il Consiglio costituzionale. Un discorso con cui il Capo dello Stato ha ricordato che la forza della Costituzione del 1958 risiede nel suo essere la sintesi della storia costituzionale francese dalla quale essa ha attinto e ricomposto i principi fondamentali su cui si fonda: radici profonde cui Macron ha attribuito il merito della longevità e della solidità delle istituzioni della V Repubblica.

In un clima politico, ma soprattutto sociale, non certamente facile per il Capo dello Stato – con un consenso fortemente compromesso e la perdita di pezzi importanti del Governo Philippe - è stata questa l'occasione per rilanciare le sfide del quinquennato, *in primis*, quelle riguardanti le riforme istituzionali nell'ottica del miglioramento della legittimità democratica, dell'efficacia dell'azione di governo e dell'uguaglianza tra i cittadini.

Ma più in generale è stata questa l'occasione per riflettere ancora una volta sulla Costituzione del 1958 e sulla sua capacità di costituire quel saldo ancoraggio a valori e principi nel momento in cui, in un clima di profonda crisi sociale, un persistente vento di lotta alle élite e di appelli alla disintermediazione soffia sulla Francia.

---

[102] Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

Dieci anni fa in occasione del cinquantesimo anniversario della V Repubblica - che era sostanzialmente coinciso con la più imponente revisione della Costituzione del 1958 - la dottrina non aveva mancato di sottolineare l'importanza di una Costituzione in grado di garantire continuità istituzionale nell'ambito di una serie di discontinuità *in primis* quelle sociali. Così come non aveva mancato di sottolineare che il suo merito più grande era stato quello di garantire solidità istituzionale ad uno Stato e ad una società in continua evoluzione, sapendo progressivamente far evolvere l'ordinamento tra continuità e discontinuità, tra linearità e forti contraddizioni.

Già un decennio fa questo sembrava un compito non facile in un contesto in cui sempre più prepotentemente appariva all'orizzonte un movimento di radicale trasformazione del concetto stesso di democrazia, che avrebbe ben presto mostrato tutti i limiti della stessa democrazia rappresentativa - mettendone a nudo la crisi, frutto a sua volta della crisi dei partiti politici - e che avrebbe portato, di lì a qualche anno, a richieste sempre forti di forme di democrazia partecipativa.

A distanza di tempo la Costituzione del 1958 sembra costituire a tutt'oggi quel saldo ancoraggio – grazie alla sua resilienza, alla stabilità istituzionale, quale risultato del rafforzamento dell'esecutivo incarnato nel Presidente della Repubblica, della stabilità delle maggioranze parlamentari e dell'inquadramento del Parlamento tanto nella sua funzione legislativa che in quella di controllo, nonché della definizione del ruolo fondamentale del *Conseil constitutionnel* – ma deve fare i conti oggi più che in passato con nuove sfide e nuove contraddizioni.

La crisi dei "gilet gialli" e il dilagare delle proteste in Francia, se, da un lato, sono la l'epidermica manifestazione di un disagio sociale ed economico che colpisce le fasce più deboli, dall'altro sono una delle manifestazioni più plastiche della ricerca diretta di legittimità su temi specifici di gruppi e movimenti in lotta con le élite colpevoli di non aver saputo dar voce al cambiamento, i quali quindi non si riconoscono né nei partiti tradizionali né in quelli di recente formazione come Lrem.

Se nella storia della V Repubblica è sempre stata la presidenza della Repubblica a fare da sfondo, "au centre du pouvoir", "clef de voute des institutions", pronta a

ISSN 2279-7238

scandire tempi, a scrivere agende, a catalizzare consensi al di là dei diversi *cleavages*, delle fratture, delle contraddizioni e delle contrapposizioni partitiche, quali le sfide di fronte ad un mutato contesto, in cui lo stesso consenso nei confronti dell'istituzione cardine della V Repubblica sembra vacillare?

In risposta alla crisi dei "gilets jaunes", Macron - consapevole del momento di *impasse* - ha cercato di rilanciare non solo con l'approvazione di primi provvedimenti sociali volti a dare una risposta immediata, sia pur limitata, al disagio sociale ma anche attraverso l'avvio di un dibattito nazionale – consacrato dalla Lettera ai Francesi per la costruzione di una nuovo contratto per la Nazione - sulle grandi politiche pubbliche del Paese al quale tutti i cittadini sono stati invitati a partecipare per la definizione dei grandi orientamenti del Paese. Una prima risposta in forma di politica della disintermediazione – "ni une élection, ni un referendum" - il cui impatto non è possibile determinare sin d'ora ma che potrebbe rivelarsi un guscio vuoto se non supportato da una reale movimento di partecipazione costruttiva.

Che queste non possano essere le sole risposte sicuramente ne è convinto anche Macron che infatti punta ancora alle riforme istituzionali per ravvivare la democrazia rappresentativa, garantire maggiore efficacia all'azione di governo e soprattutto garantire maggiori standard di uguaglianza per i cittadini.

Tuttavia, al momento la Presidenza risulta indebolita e tale debolezza potrebbe non garantire il clima idoneo ad affrontare il nodo delle riforme, uno dei punti cardine del programma del quinquennato. Il Presidente conserva senza alcun dubbio i poteri istituzionali per portare avanti l'indirizzo, ma tale indirizzo appare sicuramente messo a dura prova rispetto agli inizi del mandato e il rischio di uno scollamento dalla base sociale - una base sociale che invoca sempre più lo strumento di democrazia diretta per eccellenza, il referendum - rimane forte.

Come è stato anche recentemente sottolineato in dottrina l'intensità e l'efficacia dell'interventismo presidenziale dipende da una pluralità di fattori e tra queste figura indubbiamente la capacità del Presidente di saper far fronte alle congiunture e di

ISSN 2279-7238

fissare le priorità imposte dalle circostanze, dal rapporto con la propria maggioranza, con le amministrazioni, con il proprio governo.

Riguardo proprio al Governo, il Presidente ha sicuramente risentito della fragilità della compagine governativa che ha portato a metà ottobre ad un imponente rimpasto di governo (v. *infra*).

Sebbene Macron abbia, non solo riconfermato la fiducia al Primo Ministro Philippe, ma anche ricordato la bontà dell'azione di governo e con fermezza ribadito che il rimpasto non avrebbe dato luogo ad alcun cambiamento di indirizzo, le numerose dimissioni del Governo Philippe – che sono seguite a quelle del Ministro dell'ambiente Hulot di fine di agosto – e soprattutto quella del Ministro dell'Interno Collomb, uno dei fedelissimi della prima ora di Macron, hanno sicuramente contribuito ad un certo disorientamento anche dell'Eliseo. Macron ha certo rivendicato il ruolo presidenziale anche nella gestione delle dimissioni dei membri del Governo laddove, rifiutando in un primo momento le dimissioni di Collomb, ha ricordato che è il Presidente che, ai sensi dell'art. 8, 2° c. su proposta del Primo Ministro, nomina e mette fine alle funzioni degli altri membri del Governo.

In questo caso non è stata messa in discussione la natura dei rapporti tra le due teste dell'Esecutivo, rapporto ben delineato sin dagli inizi del quinquennato, quando con nettezza era stata chiarita la ripartizione delle competenze tra Capo dello Stato cui spetta fissare "le cap" e Primo Ministro cui spetta entrare nella complessa macchina dell'attuazione degli indirizzi. Tuttavia l'instabilità della compagine governativa ha avuto riflessi sulla politica dell'Eliseo a conferma di quanto, nell'architettura della V Repubblica, il Governo rappresenti uno snodo essenziale. Il Primo Ministro e il Governo dispongono, infatti, della maggior parte dei mezzi che permettono alla macchina governativa, presidenza compresa, di funzionare e rappresentano la cinghia di trasmissione degli impulsi presidenziali. Pertanto nel portare avanti le scelte del Presidente, il Primo Ministro e il Governo rivestono un ruolo essenziale nella comunicazione con le forze politiche e sociali del Paese. Il Primo Ministro organizza il lavoro governativo, dà istruzioni, assicura l'arbitrato tra

ISSN 2279-7238

i differenti ministeri, soprattutto in materia budgetaria. Il Primo Ministro pone la sua autorità sull'intero Gabinetto e fa da intermediario nelle relazioni con il Capo dello Stato; egli coordina l'azione dei ministri e dei segretari di stato. Il potere di coordinamento e di *arbitrage* è molto importante e rappresenta le *noyau dur* della funzione di governo del Primo Ministro: l'efficacia e la coerenza dell'azione di Governo dipende infatti dalla capacità del Primo Ministro di garantire la coesione dell'*equipe* governativa.

Il ruolo svolto in tal senso dal Primo Ministro riguarda anche la ricomposizione dei conflitti all'interno della compagine governativa. Se la fondamentale azione di coordinamento e di *arbitrage* del Primo Ministro sul Governo viene a mancare o ad affievolirsi questo dunque non può non riflettersi più in generale sull'intero Esecutivo.

La ricomposizione della crisi all'interno del Governo è passata attraverso un rimpasto il cui obiettivo principale è stato quello del riequilibrio politico tra le varie componenti del mondo della sinistra, della destra e del centro per dare nuovo vigore alla stessa politica presidenziale.

In questo elemento si trova una delle contraddizioni dell'era Macron. Macron, né di destra né di sinistra ma tanto di destra quanto di sinistra, si è affermato al di sopra dei partiti con un partito dalla natura trasversale ma è ora consapevole della necessità di un sostegno politico-partitico che rifonda vigore all'azione di governo.

Appare qui la necessità di una maggiore dinamica di integrazione che paradossalmente non passa attraverso il Parlamento, il luogo più naturale della mediazione. Proprio il Parlamento, destinatario di numerose disposizioni del progetto di revisione costituzionale, è rimasto in questi mesi sullo sfondo. Poche le leggi approvate, la maggior parte di origine governativa, forte la dialettica parlamentare, ma soprattutto quella tra le due Camere, stante la divergenza delle maggioranze nei due rami del Parlamento. Il Parlamento appare consapevole della necessità di un dibattito al suo interno che arricchisca il progetto di riforma

ISSN 2279-7238

costituzionale, ma per il momento questo sembra superato dagli eventi; e il dibattito si trasferisce altrove.

PARTITI

FINANZIAMENTO AI PARTITI

Con il decreto n.2018-877 dell'**11 ottobre** è stato definito l'ammontare del finanziamento pubblico ai partiti e ai gruppi politici per l'anno 2018 sulla base della normativa prevista dalla legge n. 88-227 dell'11 marzo 1988 e successive modifiche. Il finanziamento è stato calcolato sulla base dei risultati delle elezioni legislative del 2017 e sulla base dei gruppi parlamentari presenti in Parlamento per un totale di 66,190 di milioni di euro. Il finanziamento si compone di due parti. Una prima parte della cifra totale fissata in 32,078 milioni di euro è stata ripartita tra i partiti e i gruppi politici in relazione ai risultati ottenuti al primo turno delle elezioni legislative del 2017 e in base al rispetto degli obblighi contabili per l'anno 2016. Il contributo di questa parte di finanziamento è stato decurtato per i partiti che non hanno rispettato il criterio della parità delle candidature.

Quanto alla seconda parte del finanziamento di 34,111 milioni di euro, esso è stato assegnato ai partiti e gruppi politici presenti all'Assemblea Nazionale e al Senato sulla base delle dichiarazioni di collegamento dei parlamentari a ciascun partito fino al mese di novembre 2017.

Sulla base della ripartizione effettuata i primi dieci partiti risultati beneficiari del contributo dello Stato - ai quali in alcuni casi è stata decurtata una percentuale per il mancato rispetto della parità delle candidature – sono stati i seguenti : il contributo più elevato è andato a LREM che ha così ottenuto 22 milioni e 515mila euro ; seguito da *Les Républicains* cui sono andati 12 milioni e 945mila euro con una penalizzazione di 1 milione e 787 mila euro per il non rispetto della parità ; dal Partito Socialista con 6 milioni e 421mila euro ; dal Front National (divenuto dal 1° giugno *Rassemblement National*) con 5 milioni e 180mila euro ; la *France Insoumise* con 4 milioni 422 mila euro e 252mila euro di penalizzazione; l'Udi con 4 milioni e 99mila euro ; il Mo.de.m con 3 milioni e 853mila euro ; il Partito comunista con 2 milioni e 10mila euro ; Europe écologie-Les Verts (EELV) con 1 milione 419mila euro ; e infine il Parti radical de gauche (PRG) con 795 mila euro.

PARLAMENTO

ISSN 2279-7238

AVVENIRE PROFESSIONALE

Il **5 settembre** viene promulgata la legge n. 2018-771 sulla libertà di scelta del proprio avvenire professionale. Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **27 aprile** con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata ed ivi adottato in prima lettura il **19 giugno**. Trasmesso al Senato il testo era stato approvato con modifiche il **16 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e in assenza di accordo, il progetto era stato nuovamente sottoposto all'Assemblea Nazionale che aveva adottato il testo il **25 luglio** e al Senato che invece lo aveva rigettato il **30 luglio**. Il testo era stato infine approvato in via definitiva dall'Assemblea Nazionale il **1° agosto.** Il *Conseil constitutionnel*, adito il 4 agosto da più di 60 deputati e 60 senatori, si è pronunciato con la decisione **n. 2018-769 DC** del **4 settembre** per una conformità parziale.

La legge interviene sul settore del mercato del lavoro con l'obiettivo di riformare il sistema della formazione professionale iniziale e continua e il sistema dell'indennità di disoccupazione.

LEGGE SU IMMIGRAZIONE E DIRITTO DI ASILO

Il **10 settembre** è stata promulgata la legge n. 2018-778 su immigrazione e diritto di asilo. Il progetto di legge era stato presentato dal Governo il **21 febbraio** all'Assemblea Nazionale ed ivi approvato in prima lettura, con adozione da parte del Governo della procedura accelerata, il **23 aprile**. Trasmesso al Senato, il testo era stato votato con modifiche il **26 giugno**. In assenza di accordo tra le due Camere dopo la convocazione della Commissione mista paritetica, il testo era poi tornato all'Assemblea Nazionale che lo avevo adottato in nuova lettura il **26 luglio**; era stato tuttavia poi rigettato dal Senato il **31 luglio**. Il progetto era stato infine adottato in via definitiva dall'Assemblea Nazionale l'**1 agosto**. Sulla legge più di sessanta deputati e sessanta senatori erano ricorsi al Consiglio costituzionale che si è pronunciato con la decisione **n° 2018-770 DC** del **6 settembre** giudicandolo parzialmente conforme a Costituzione (v. *infra*).

La legge apporta modifiche alla normativa vigente in tema di immigrazione e diritto di asilo con l'intento fondamentale di lottare contro l'immigrazione irregolare e, al contrario, di migliorare la politica dell'accoglienza per gli aventi diritto all'asilo, gli immigrati di talento e in possesso di competenze.

Nello specifico, in primo luogo la legge riduce da 120 a 90 giorni i termini per la domanda di asilo in modo da facilitare anche la riconduzione alle frontiere per coloro la cui domanda sia stata rigettata mentre rimane il termine di un mese – rispetto al

ISSN 2279-7238

progetto iniziale che prevedeva il termine di 15 giorni - per presentare ricorso alla Corte nazionale del diritto di asilo (CNDA) dopo un rifiuto dell'Ufficio francese di protezione dei rifugiati e degli apolidi (Ofpra).

Il ricorso contro una decisione negativa di asilo non comporterà più la sospensione dell'espulsione per tutti coloro che sono originari dei cosiddetti "paesi sicuri" e, inoltre, solo in caso di circostanze nuove può essere richiesto un altro periodo di soggiorno.

Per coloro che si siano visti rigettare la domanda di asilo – e che hanno l'obbligo comunque di lasciare il territorio durante il periodo del ricorso - è possibile l'utilizzo dell'*assignation à domicile*.

Il reato di immigrazione irregolare sarà sanzionato con un anno di prigione e 3750 euro di multa. La legge prevede anche la sanzione per l'aiuto all'immigrazione irregolare salvo il caso in cui l'aiuto venga fornito per motivi umanitari e al fine di fornire consigli, consulenza giuridica, linguistica e sociale senza alcuna contropartita.

La legge ha previsto inoltre lo scambio di informazioni tra l'Ufficio francese dell'immigrazione e dell'integrazione (Ofii) e i servizi di alloggio di emergenza che riguardano coloro che fanno domanda di asilo e i rifugiati.

La legge stabilisce maggiore protezione per il diritto al soggiorno per i benificiari di protezione internazionale e per i membri delle loro famiglie, prolungando da uno a quattro anni la durata del permesso di soggiorno per i beneficiari di protezione sussidiaria e gli apolidi.

La legge prevede una protezione rafforzata per le giovani che rischiano l'escissione e contiene disposizione a tutela delle vittime di violenza coniugale.

Infine la legge estende il *passeport talent* ai dipendenti di imprese innovative e facilita la mobilità di studenti e ricercatori tra i loro paesi di origine e la Francia, anche nel quadro di programmi di mobilità intra-europea con la previsione di facilitazioni nella ricerca di un impiego per coloro che avranno terminato gli studi in Francia mostrando un livello sufficiente.

LOTTA CONTRO LA FRODE

Il **23 ottobre** è stata promulgata la legge **n. 2018-898** relativa alla legge contro la frode. Il progetto di legge era stato presentato al Senato il **28 marzo** ed ivi approvato con ricorso alla procedura di urgenza da parte del Governo, il **3 luglio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato adottato con modifiche il **26 settembre**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e in presenza di accordo, il testo era stato poi approvato da Senato e Assemblea Nazionale rispettivamente il **9** e il **10 ottobre**.

ISSN 2279-7238

La legge rafforza la lotta alla frode fiscale, sociale e doganale completando il percorso normativo inaugurato con la legge " per uno Stato al servizio di una società della fiducia " che ha introdotto il principio del diritto all'errore.

La legge introduce la possibilità di creare per decreto una polizia fiscale che conterà una cinquantina di agenti posti sotto l'autorità di un magistrato.

Vengono rafforzati i mezzi di contrasto alla frode grazie all'armonizzazione degli strumenti di cui dispongono le amministrazioni e la condivisione dei dati. Vengono anche rafforzate le sanzioni per le frodi.

LOTTA ALLA MANIPOLAZIONE DELL'INFORMAZIONE

Il **22 dicembre** sono state promulgate la legge organica **n. 2018-1201** e la legge ordinaria **n. 2018-1202** relative alla lotta alla manipolazione dell'informazione (J.O. del 23 dicembre).

Le proposte di legge organica e ordinaria erano state presentate rispettivamente il **16 marzo** e il **26 marzo** all'Assemblea Nazionale ed ivi approvate in prima lettura, con adozione da parte del Governo della procedura accelerata il 26 marzo, il **3 luglio**. Trasmesse al Senato, i testi erano stati rigettati il **26 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e in assenza di accordo, i testi erano stati nuovamente adottati all'Assemblea Nazionale con emendamenti il 9 ottobre ma ancora rigettati dal Senato il 6 novembre. L'Assemblea Nazionale aveva infine adottato i testi il **20 novembre.**

Lo scopo delle due leggi è quello di lottare contro le *fake news* durante il periodo della campagna elettorale attraverso la creazione di una nuova procedura civile ad hoc destinata a far cessare le informazioni false nei tre mesi precedenti un'elezione nazionale. Spetta al giudice adito entro 48 ore l'apprezzamento sulla falsità delle informazioni e sulla loro diffusione in maniera artificiale, automatizzata e massiva. Le leggi prevedono inoltre obblighi di trasparenza per i social networks come Facebook o Twitter che diffondono contenuti a pagamento. Quelli che oltrepassano un determinato volume di connessioni al giorno devono avere un rappresentante legale in Francia e rendere pubblici i loro algoritmi. In caso di pregiudizio per gli interessi fondamentali della Nazione, il Consiglio superiore dell'audiovisivo (CSA) può infine impedire, sospendere o interrompere la diffusione di servizi televisivi controllati da uno Stato straniero o comunque soggetto all'influenza di questo Stato.

Sulla legge organica e sulla legge ordinaria il Consiglio costituzionale si è pronunciato per la parziale conformità su riserva di interpretazione con le decisioni **n. 2018-774 DC** e **n. 2018-773 DC** del **20 dicembre**.

ISSN 2279-7238

LEGGE SULLE MISURE ECONOMICHE E SOCIALI URGENTI

Dopo in iter di approvazione " lampo ", il **24 dicembre** è stata promulgata la legge **n. 2018-1213** relativa alle misure economiche e sociali urgenti (J.O. del 26 dicembre).

Sulla scia delle proteste di gillet gialli il Governo aveva presentato il **19 dicembre** il progetto di legge all'Assemblea Nazionale ed ivi era stato approvato, con ricorso alla procedura accelerata, il **20 dicembre**. Trasmesso al Senato il testo era stato adottato senza modifiche il **21 dicembre**.

In rilievo tre sono le misure prese per l'urgenza economica e sociale come annunciato dal Presidente della Repubblica già il 10 dicembre in risposta al dilagare della crisi dei gilet gialli. In primo luogo, viene previsto un premio eccezionale sul potere di acquisto che le aziende possono versare prima del 31 marzo 2019 agli impiegati retribuiti fino a 3600 euro (3 salari minimi) e che viene esentato, fino a 1.000 euro, da tutti i contributi previdenziali e dalle imposte sul reddito.

In secondo luogo, l'esenzione dal pagamento dei contributi sociali sulle ore supplementari previsto dal 1° settembre 2019 dalla legge di finanziamento della previdenza sociale per il 2019 viene anticipato al 1° gennaio 2019. Tale esenzione viene completata da un'esenzione sull'imposta sul reddito nel limite di 5000 euro annui.

Infine il tasso di imposta sulle persone fisiche (*contribution sociale généralisée* –CSG) viene fissato al 6,6% (tasso di prelevamento in vigore prima del 1° gennaio 2018) per le pensioni per le quali il reddito imponibile di riferimento è inferiore a 22 580 euro (che diventano 34 636 euro per le coppie). L'Assemblea nazionale ha votato un emendamento volto al rimborso nel maggio 2019 delle imposte versate in eccesso a partire dal 1° gennaio 2019.

GOVERNO

RIMPASTO DI GOVERNO

Nell'ultimo quadrimestre numerose dimissioni hanno scosso il Governo di Édouard Philippe. Dopo le dimissioni del Ministro della Transizione ecologica rassegnate il 28 agosto per un disaccordo di fondo sulla politica ambientale e sulla scarsa attenzione dell'attuale esecutivo nei confronti dei temi ambientali, che avevano colto tutti di sorpresa, sono seguite il **1° ottobre** le dimissioni del Ministro dell'Interno Gérard Collomb che aveva comunicato la sua intenzione di lasciare Hôtel de Beauvau (sede del Ministero) per candidarsi a sindaco di Lione.

In un primo momento respinte dal Presidente della Repubblica Macron che non aveva ravvisato nelle dimissioni di Collomb un insanabile contrasto con la politica

ISSN 2279-7238

dell'esecutivo, ma poi accettate il **3 ottobre** dopo la ferma intenzione di Collomb di dimettersi, hanno determinato una sorta di effetto domino nel Governo guidato da Philippe che intanto aveva assunto le funzioni di Ministro dell'Interno ad Interim.

Così il **16 ottobre** ha avuto luogo un ampio rimpasto di governo con le dimissioni di altri tre Ministri e un segretario di Stato e con la nomina di otto nuovi ministri e quattro segretari di Stato.

Su proposta del Primo Ministro, il Presidente della Repubblica, ha messo fine infatti alle funzioni di Jacques Mézard, Ministro della Coesione dei territori ; Françoise Nyssen, Ministro della Cultura ; Stéphane Travert, Ministro dell'Agricoltura e dell'Alimentazione; Delphine Gény-Stephann, Segretario di Stato presso il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Il Presidente Macron ha poi nominato Jean-Michel Blanquer, Ministro dell'Educazione Nazionale e della gioventù; Christophe Castaner, Ministro dell'Interno; Jacqueline Gourault, Ministro della Coesione dei Territori e delle Relazioni con le Collettività Territoriali; Franck Riester, Ministro della Cultura ; Didier Guillaume, Ministro dell'Agricoltura e dell'Alimentazione ; Marc Fesneau, Ministro per i Rapporti con il Parlamento presso il Primo Ministro ; Sébastien Lecornu, Ministro incaricato delle collettività territoriali presso il Ministro della Cohesione territoriale e delle Relazioni con le Collettività Territoriali; Julien Denormandie, Ministro incaricato delle città e degli alloggi presso il Ministro della Coesione dei territori e della relazioni con le collettività territoriali ; Marlène Schiappa, Segretario di Stato incaricato all'uguaglianza tra donne e uomini e alla lotta contro le discriminazioni presso il Primo Ministro ; Emmanuelle Wargon, Segretario di Stato presso il Ministro della transizione econologica ; Christelle Dubos, Segretario di Stato presso il Ministro delle solidarietà e della salute ; Mounir Mahjoubi, segretario di Stato presso il Ministro dell'economia e delle finanze e del ministro dell'azione e dei conti pubblici ; Agnès Pannier-Runacher, segretario di Stato presso il Ministro dell'Economia e delle Finanze; Gabriel Attal, Segretario di Stato presso il Ministro dell'Educazione nazionale e della Gioventù; Laurent Nunez, Segretario di Stato presso il Ministro dell'Interno.

La composizione del nuovo Governo ha mantenuto una perfetta parità tra uomini e donne riflettendo, come nelle precedenti composizioni, anche gli equilibri politici tra la destra e la sinistra.

CAPO DELLO STATO

DISCORSO PER I SESSANT'ANNI DELLA V REPUBBLICA

ISSN 2279-7238

Il **4 ottobre** in occasione dei sessant'anni della Costituzione del 1958 il Presidente Macron si è recato a Colombey-les-Deux-Eglises sulla tomba di De Gaulle a rendere omaggio al fondatore della V Repubblica. Immediatamente dopo si è recato nella sede del Consiglio costituzionale dove ha pronunciato un discorso per ricordare i sessant'anni della costituzione francese. E' stata questa l'occasione per il Presidente per ricordare la forza delli istituzioni francesi che garantiscono la stabilità e permettono di superare le crisi : " Notre responsabilité – ha sottolineato Macron - à cet égard n'est pas de mettre notre Constitution sous cloche mais d'en faire un fanal et de conserver la force de son élan originel pour répondre encore et toujours aux défis de notre temps en républicains et en démocrates. Je citerai ce soir en cette occasion trois de ces défis sur lesquels je souhaiterais revenir. Le premier défi est celui de la légitimité et donc du doute profond de nos concitoyens à l'égard de la classe politique. Le second défi, c'est celui de l'efficacité, c'est-à-dire l'aspiration des citoyens à voir l'action publique produire des résultats et non s'enferrer dans une technostructure lente et inefficace. Le troisième défi, c'est celui de la Justice car dans un monde vécu comme inégalitaire, dans une société vue comme bloquée, les Français attendent des droits plus protecteurs et plus équitables ". Macron ha anche sottolineato l'importanza delle riforme in agenda.

ALLOCUZIONE TELEVISIVA IN OCCASIONE DEL RIMPASTO DI GOVERNO

Il Presidente Macron in occasione del primo imponente rimpasto di governo del quinquennato il **16 ottobre** sera si è rivolto ai francesi con un'allocuzione televisiva nella quale ha ricordato il senso profondo dell'azione che intende proseguire per il paese. Macron ha ricordato il lavoro del Primo Ministro e del suo governo sottolineando come non vi saranno cambiamenti di rotta nella linea di fondo del quinquennato. Macron ha chiesto al governo di proseguire sulla via delle trasformazioni di cui il paese ha bisogno soprattutto per la riforma delle pensioni.

CRISI DEI "GILETS JAUNES"

In risposta alla crisi dei " gillet gialli " Il Presidente della Repubblica in un discorso televisivo il **10 dicembre** annuncia una serie di misure che saranno introdotte dal Governo : l'aumento dei salari minimi ; la soppressione dell'aumento dell'imposta sui redditi, la defiscalizzazione delle ore di straordinario. Il **12 dicembre** in un comunicato il Primo Ministro ha annunciato, su iniziativa del Presidente della Repubblica, l'avvio di un grande dibattito nazionale su la transizione ecologica, il fisco, i servizi pubblici, l'evoluzione del dibattito democratico e l'immigrazione cui

ISSN 2279-7238

potranno partecipare tutti i francesi con osservazioni e proposte. " Cette démarche, inédite par sa forme et son ampleur, - si legge nel comunicato del Primo Ministro - a pour ambition de répondre à l'attente exprimée par les citoyens d'être plus directement associés à l'élaboration des politiques publiques qui ont une incidence directe sur leur vie quotidienne ". Il Primo Ministro ha richiamato il ruolo della concertazione con gli attori locali in particolare i sindaci che il Presidente incontrerà regione per regione. " Les formes de cette concertation doivent ainsi être variées pour permettre à chacun de s'exprimer selon les formes les plus adaptées : débats publics locaux au plus près des territoires ; sollicitations directes de Français sur leurs lieux d'activité et de vie sur le territoire, groupes de réflexion participatifs conduits à l'initiative des maires, des parlementaires, des associations, des syndicats, des entreprises et de l'ensemble des corps intermédiaires ; plates-formes numériques ; réseaux sociaux ".

CORTI

Si segnalano in questa sede tre pronunce del Consiglio costituzionale la prima relativa alla legge sull'immigrazione e sul diritto di asilo, le altre due sulle leggi ordinaria e organica relativa alla lotta alla manipolazione delle informazioni.

LEGGE SULL'IMMIGRAZIONE E IL DIRITTO DI ASILO

Il **6 settembre** il Consiglio costituzionale si è pronunciato con la decisione **n. 2018-770 DC** sulla legge relativa all'immigrazione e al diritto di asilo.

Il Consiglio costituzionale ha scartato le critiche avanzate all'art. 6 della legge che ha modificato la procedura per la richiesta di asilo di fronte all'OFPRA (Ufficio francese di protezione dei rifugiati e apolidi) sulla riduzione dei termini da 120 a 90 giorni dall'entrata dello straniero sul territorio francese per fare richiesta di asilo. Il *Conseil* ha inoltre stabilito che la procedura accelerata di esame di una domanda di asilo non esime l'OFPRA dal procedere ad un esame individuale di ciascuna domanda nel rispetto delle garanzie procedurali previste dal legislatore dal momento che il richiedente asilo ha il diritto di rimanere in Francia durante l'esame della domanda ; né, secondo il *Conseil*, la nuova procedura di ricorso – che prevede la pronuncia come giudice unico della Corte nazionale del Diritto di asilo entro cinque settimane sui ricorsi contro una decisione Ofpra presa con la procedura accelerata – vìola i diritti di difesa né il diritto ad un processo equo garantito dall'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino. Il Consiglio costituzionale ha

ISSN 2279-7238

giudicato conformi anche altre disposizioni della legge (artt.8,20,24) che introducono forme di comunicazioni audiovisive senza il consenso dell'interessato ritenendo che per determinate udienze tenute nella forma di comunicazioni audiovisive il legislatore ha inteso contribuire alla buona amministrazione della giustizia e al buon uso del denaro pubblico stabilendo inoltre che le disposizioni contestate non mettono in discussione né il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, né i diritti della difesa, né il diritto ad un processo equo.

Il *Conseil* ha giudicato conformi anche le disposizioni speciali relative alla Mayotte.

Per quanto concerne il dispositivo dell'art.29 relativo al prolungamento di una misura di detenzione amministrativa il Consiglio costituzionale ha ribadito secondo una costante giurisprudenza che tale misura per uno straniero che non può immediatamente lasciare il territori deve rispettare il principio dell'art. 66 Cost. che vieta ogni limitazione arbitraria della libertà la quale può essere limitata solo se necessario. Spetta pertanto al legislatore assicurare la conciliazione tra la prevenzione degli attentati all'ordine pubblico necessaria alla salvaguardia dei diritti e dei principi di valore costituzionale e l'esercizio delle libertà costituzionalmente garantite, punto di equilibrio che in tale caso secondo il *Conseil* il legislatore ha saputo trovare dal momento che l'allungamento a 90 giorni della durata massima della detenzione amministrativa di uno straniero è adatta, necessaria e proporzionale all'obiettivo di prevenzione delle violazioni all'ordine pubblico che spetta al legislatore.

Il Consiglio costituzionale ha inoltre giudicato conformi a Costituzione alcune disposizioni dell'art. 38 relative all'estensione delle esenzioni della responsabilità penale per coloro che, per salvaguardare la persona di fronte ad un pericolo attuale o imminente, favoriscono l'entrata sul territorio nazionale di uno straniero, sempre che non vi sia sproporzione tra i mezzi impiegati e la gravità della minaccia. Il Conseil ha infine censurato alcuni articoli per violazione della procedura. Si tratta degli articoli il paragrafo I dell'article 15, l'articolo 42, le 4° dell'article 52 e l'articolo 72 della legge.

LEGGE SULLA LOTTA ALLE "FAKE NEWS"

Il Consiglio costituzionale il **20 dicembre** con le due sentenze **n. 2018-773 DC** e **n. 2018-774 DC** si è pronunciato rispettivamente sulla legge ordinaria e sulla legge organica relative alla lotta contro la manipolazione delle informazioni.

La legge ordinaria introduce una serie di misure per lottare contro le diverse forme di manipolazione dell'informazione rendendo applicabili alcune di esse all'elezione presidenziale.

ISSN 2279-7238

Il *Conseil* ha esaminato le disposizioni della legge ordinaria contestate relative all'introduzione di obblighi - per gli operatori di piattaforme informatiche - di trasparenza relativi alla promozione di contenuti di informazioni che si collegano ad un dibattito di interesse generale nei tre mesi che precedono una elezione generale. Scartando i rilievi dei ricorrenti, ha stabilito che spetta al legislatore conciliare il principio costituzionale di sincerità del voto con la libertà costituzionale di espressione e di comunicazione. Il *Conseil* si è basato sulle disposizioni relative alla libertà di espressione e di comunicazione dell'art. 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e sul principio di sincerità del voto che discende dall'art.3 della Costituzione. Il *Conseil* ha ricordato che l'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione è una condizione della democrazia e una delle garanzie del rispetto degli altri diritti e libertà ; ma tenuto conto dello stato attuale dei mezzi di comunicazione, del suo esercizio attraverso servizi di comunicazione on line, e dello sviluppo generalizzato di questi servizi oltre che della loro importanza per la partecipazione alla vita democratica e all'espressione delle idee e delle opinioni, è lecito per il legislatore prevedere disposizioni destinate a far cessare gli abusi dell'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione che vìolano l'ordine pubblico e i diritti dei terzi.

Il Consiglio costituzionale ricordando che la libertà di espressione riveste un'importanza particolare nel dibattito politico e nelle campagne elettorali, ha giudicato tutte le disposizioni contestate conformi a Costituzione e conformi, su riserva di interpretazione, l'articolo L. 163-2 del codice elettorale così come risultante dall'art. 1 della legge contestata e l'articolo 33-1-1 della legge n° 86-1067 del 30 settembre 1986 così come risultante dall'art. 6 della legge contestata.

Quanto alla legge organica che rende applicabile all'elezione presidenziale le disposizioni del codice elettorale introdotte dall'art. 1 delle legge contestata, il *Conseil* l'ha dichiarata conforme con le stesse riserve di interpretazione dell'art. 1 della legge ordinaria.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

REFERENDUM IN NUOVA CALEDONIA

Il **4 novembre** si è tenuto in nuova Caledonia il referendum sull'autodeterminazione previsto dagli Accordi di Noumea del 1998 con il quale la collettività d'oltremare beneficiaria di uno statuto speciale ha dovuto decidere tra il rimanere nella Repubblica francese oppure accedere definitivamente

ISSN 2279-7238

all'indipendenza e alla piena sovranità. Con un'affluenza del corpo elettorale molto elevata che ha raggiunto l'80% degli aventi diritto, il 56,4% degli elettori ha detto "no" all'indipendenza dalla Francia. Si è trattato di una percentuale alta ma non altissima rispetto alle aspettative alimentate dai sondaggi che avevano dato la vittoria del "no" al 70%. Il Capo dello Stato Macron si è detto orgoglioso di questa scelta e ha sottolineato l'importanza del dialogo.

L'accordo di Noumea prevede che in caso di vittoria del "no" un terzo dei membri del Congresso della Nuova Caledonia possa domandare un secondo referendum. In caso di ulteriore vittoria del "no" è possibile organizzare un terzo referendum con le medesime modalità. In un parere del 4 settembre il Consiglio di Stato ha precisato che le due consultazioni dovranno essere organizzate nel corso del prossimo mandato del Congresso che sarà eletto nel 2019. Nel caso prevalesse in via definitiva la volontà di rimanere nella Repubblica francese, una nuova revisione costituzionale dovrà rendere definitivo il regime transitorio del Titolo XIII della Costituzione relativo alla Nuova Caledonia.

ISSN 2279-7238

Sull'ammissibilita' del ricorso sollevato da un gruppo parlamentare teso ad accertare una violazione del diritto oggettivo*

di Astrid Zei**

Nell'estate del 2015 si registrò in Europa un massiccio movimento di persone che partite soprattutto – ma non solo - dalle regioni del Medio Oriente, dopo aver attraversato i Balcani, si dirigevano verso i confini della Germania e di altri Stati del Nord Europa, con l'obiettivo della conquista di un titolo idoneo a soggiornarvi permanentemente.

In quella situazione il governo federale in carica, guidato dal Cancelliere Angela Merkel, prese la decisione, allora sorprendente, di non respingere alle frontiere i migranti, e dunque di non applicare il regolamento di Dublino sui richiedenti asilo e la normativa nazionale che disciplina i controlli alle frontiere e il soggiorno degli stranieri.

In forza di quella scelta politica in un paio di mesi si registrarono diverse centinaia di migliaia di ingressi di richiedenti asilo – 206.101 solamente nel mese di novembre, secondo quanto riportato dall'Ufficio federale per i migranti e i profughi (*Bundesamt für Migration und Flüchtinge*) - con conseguenti enormi oneri di spesa, in buona parte a carico dei Comuni.

Tale decisione non venne formalizzata con un atto normativo, nè con un atto di indirizzo per iscritto. Il Ministro degli Interni Thomas de Maziere (CDU) istruì invece il Capo della Polizia federale nell'ambito di un colloquio svoltosi il 13 settembre 2015, così come chiarito dal Governo federale il 23 febbraio 2018 in risposta ad una interrogazione parlamentare scritta [BT 19/883, p. 3].

Da allora non si è mai sopito il dibattito nazionale che attiene non solamente all'opportunità politica di quelle scelte, ma anche alla loro legittimità.

---

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore associato di diritto pubblico comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

Il parere licenziato l'8 gennaio 2016 da Udo Di Fabio, Professore presso l'Università Rheinischen Friedrich-Wilhelms di Bonn e già giudice del Tribunale costituzionale federale, su incarico del governo bavarese [*Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem*] ha affrontato la questione nella particolare prospettiva di un potenziale conflitto di attribuzioni tra Federazione e Länder, teso cioè ad accertare un'eventuale violazione, da parte della Federazione, dell'obbligo costituzionale di garantire il controllo delle frontiere, concludendo nel senso della irrinunciabilità della potestà di controllo (a prescindere dal modo in cui essa venga esercitata), in quanto espressione della statualità, e dunque parte dell'identità costituzionale tedesca.

Un altro parere è stato pubblicato il 24 maggio 2017 dal Servizio Studi del Bundestag [*Deutsche Bundestag - Wissenschaftliche Dienste, Einreiseverweigerung und Einreisegestattung nach § 18 Asylgesetz*]. Vi si argomenta perlomeno un po' di incertezza riguardo al fondamento normativo che avrebbe legittimato la sospensione dei controlli alle frontiere: da un lato soccorrono le "ragioni umanitarie", ovvero la tutela degli "interessi politici della Repubblica federale tedesca" espressamente menzionati nell' art. 18, quarto co, n. 2, della Legge sul diritto di asilo [*Asylgesetz*] quali ipotesi che giustificano una deroga alla disciplina dei controlli. Dall'altro, gli ingressi generalizzati di massa, tollerati dalle autorità di frontiera nei mesi di agosto e settembre del 2015, non troverebbero in quella norma una copertura sufficiente. Il documento sottolinea inoltre la mancata partecipazione del Bundestag a quella decisione del Governo.

Al riguardo è stato chiamato infine a pronunciarsi il Tribunale costituzionale federale. Il gruppo parlamentare Alternativa per la Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD) ha infatti sollevato un conflitto di attribuzioni (*Organsstreit*) stigmatizzando una violazione del principio della riserva parlamentare ove si tratti di decidere in merito a questioni fondamentali per la collettività: secondo i ricorrenti l'assemblea rappresentativa avrebbe dovuto prendere posizione, e ciò sia per l'irreversibilità delle conseguenze legate all'apertura delle frontiere, sia gli alti costi a carico della collettività. Al contempo si invocava una violazione del principio di legalità, posto che l'operato del governo tedesco si sarebbe risolto nella mancata

ISSN 2279-7238

applicazione della normativa vigente.

Il Tribunale costituzionale federale si è espresso al riguardo l'**11 dicembre** con una decisione di inammissibilità [BVerfG 2 BvE 1/18]. I giudici forse avrebbero potuto soffermarsi maggiormente sui presupposti soggettivi del ricorrente, posto che si trattadi un gruppo parlamentare costituitosi solamente nella vigente legislatura, che all'epoca dei fatti non era neppure rappresentato nel Bundestag. Si è invece argomentata essenzialmente la necessità di dimostrare una lesione delle attribuzioni costituzionalmente garantite, respingendo una concezione del Bundestag quale „generico organo di garanzia della legalità nei confronti del governo federale" [par. 19 della pronuncia], e più in generale negando una concezione del conflitto tra poteri quale strumento cui ricorrere in via residuale, in mancanza di altri rimedi con cui assicurare il rispetto della legalità [par. 24].

ELEZIONI

LE ELEZIONI DEL 14 E DEL 28 OTTOBRE IN BAVIERA E IN ASSIA

L'impressionante debacle dei due maggiori partiti tedeschi nelle elezioni regionali che si sono tenute ad ottobre in Baviera e in Assia ha immediatamente condizionato le dinamiche intrapartitiche e l'agenda istituzionale della Federazione.

Tradizionalmente questi Länder sono considerati una roccaforte dei partiti dell'Unione CSU/CDU. Nelle ultime elezioni del 2013 in Baviera l'Unione cristiano-sociale aveva raccolto il 47,7% dei voti, ma il **14 ottobre**, con il 37,2% dei consensi, il partito ha perso 10,2 punti percentuali, che corrisponde al peggior risultato dal 1950. L'altra pesante sconfitta si è registrata in Assia, dove il **28 ottobre** la CDU ha subito un calo dei consensi pari all'11,3% rispetto alle precedenti consultazioni, convincendo solamente il 27% dell'elettorato.

Analoga nelle dimensioni è la sconfitta politica del partito socialdemocratico (SPD), che in Baviera ha perso 11 punti percentuali, attestandosi al 9,7%, e altrettanto in Assia (-10,9%), dove ha raccolto complessivamente il 19,8% dei consensi.

Nel dibattito che ha fatto seguito alle consultazioni teso ad approfondire le ragioni di tale disastro sono state evocate le tensioni tra i due partiti della Grande Coalizione, e anche le forti divergenze in seno all'alleanza CDU/CSU sulle politiche concernenti l'accoglienza degli stranieri in Germania.

ISSN 2279-7238

L'elettorato sembra difatti esprimere un voto di protesta nei confronti dell'*establishment* politico: il partito dei Verdi si è imposto in entrambi i Länder come seconda forza politica (17,6% in Baviera: +9% rispetto al 2013; 19,8% in Assia: +8,7% rispetto al 2013). *Alternative für Deutschland* (AfD) con il 10,2% dei voti validi conquista 22 dei 205 dell'Assemblea regionale bavarese, e in Assia, dove registra una crescita pari a 9 punti percentuali, mobilita il 13,1% dell'elettorato.

Il Cancelliere Angela Merkel, pur rassicurando la politica e i Media riguardo alla solidità degli accordi di coalizione e alla stabilità del Governo, il **29 ottobre** ha annunciato l'intenzione di lasciare ad altri la carica di Segretario politico del suo partito, che pure aveva mantenuto ininterrottamente per 18 anni, rimettendo ai delegati l'onere di eleggere un successore.

PARTITI POLITICI

LA (LIMITATA?) LIBERTA' DI VOTO DELL'ELETTORATO BAVARESE

La legge elettorale per il rinnovo del Bundestag consente sia ai partiti politici che a gruppi di elettori la presentazione di candidature per l'assegnazione dei mandati diretti, mentre la presentazione delle liste regionali per il voto proporzionale è riservata alle formazioni politiche cui sia stato riconosciuto lo status di partito [art. 27 della Legge sui partiti politici].

Tradizionalmente l'Unione cristiano-democratica (CDU) presente le proprie liste in tutti Länder, salvo che in Baviera, in forza di un patto continuamente rinnovato con l'Unione cristiano-sociale (CSU). Entrambi i partiti dal 1949 concorrono con i loro deputati alla costituzione di un unico gruppo parlamentare CDU/CSU in seno al Bundestag, in forza della disposizione del regolamento parlamentare (art. 10, primo co. GO-BT) che consente di riunire deputati eletti nelle file di partiti diversi, purchè nei singoli Länder le liste non siano in competizione tra loro.

A partire dall'estate del 2015 la politica sull'immigrazione del Governo di Angela Merkel (CDU) ha aperto una crisi nelle relazioni tra le due formazioni politiche, esacerbata dalle critiche mosse dai principali esponenti della CSU riguardo alla decisione del Cancelliere di sospendere i controlli alla frontiera con l'Austria, e, più in generale, riguardo alla linea politica della CDU, maggiormente inclusiva - con i più alti oneri finanziari che ciò comporta - nei confronti degli stranieri e, in particolare, dei richiedenti asilo.

Nel 2016 una coppia di avvocati di Norimberga (Baviera) si era rivolta dapprima al Presidente dell'Ufficio elettorale federale (*Bundeswahlleiter*) e poi al Tribunale

ISSN 2279-7238

amministrativo di Wiesbaden, invocando un provvedimento atto a consentire anche agli elettori bavaresi di votare per la CDU, in ossequio al principio della libertà di voto iscritto nell'art. 38, primo co., LF. L'istanza era stata respinta [*Verwaltungsgericht Wiesbaden*, 6 K 1805/16, sentenza del 30.12.2016]: il Tribunale amministrativo aveva dichiarato inammissibile il ricorso, posta la conformità del patto di alleanza elettorale con le norme della legge sull'elezione del Bundestag, che lasciano ai partiti piena libertà di decidere riguardo alle liste da presentare.

All'indomani delle elezioni politiche del 24 settembre 2017 è stata presentata al Bundestag una istanza di verifica delle elezioni, sempre con l'obiettivo di tutelare la piena libertà del voto, consentendo all'elettorato di scegliere se votare la lista della CDU o della CSU nell'intero territorio federale.

In attesa della pronuncia del Bundestag, i ricorrenti si sono rivolti anche al Tribunale costituzionale federale, chiedendo l'adozione di una misura cautelare, atta ad affrettare l'istruttoria parlamentare, ovvero ad imporle almeno tempi certi. La richiesta è stata respinta. Nella decisione, pubblicata il **24 settembre** [BVerfG 2 BvQ 53/18] il Tribunale costituzionale federale ha ribadito la tenuta di un peculiare modello "misto" di giustizia elettorale, che in Germania si articola tradizionalmente in un controllo propriamente parlamentare e un eventuale ricorso al Tribunale costituzionale federale avverso le decisioni della Commissione del Bundestag per la verifica delle elezioni. Sebbene tale modello trovi una deroga nell'art. 93, primo comma, num. 4c, LF - introdotto con la riforma costituzionale dell'11 luglio 2012, che attribuisce al *Bundesverfassungsgericht* il compito di decidere, prima delle votazioni, in merito ai ricorsi delle associazioni cui l'Ufficio elettorale abbia negato lo status di partito - e anche se il legislatore costituzionale non ha inteso escludere del tutto un sindacato sulla legge elettorale per altre vie -. vale a dire in forza di un ricorso parlamentare, ovvero di un ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*), sarebbe fermo il principio della tassatività dei rimedi disciplinati dal legislatore costituzionale, per cui "tutte le decisioni e i provvedimenti che attengono direttamente alle procedure elettorali, possono essere impugnati esclusivamente attraverso gli strumenti giuridici disciplinati dalle disposizioni elettorali e nell'ambito di un procedimento per la verifica delle elezioni" [par.8 della pronuncia].

Quanto alle misure cautelari richieste, il Tribunale costituzionale federale non ha negato in astratto la possibilità di un provvedimento da parte dei giudici, pur riservandosi la potestà di intervenire solamente nei casi limite, ove si palesi con la massima evidenza il pericolo di non ottenere per tempo una risposta in vista delle elezioni, mentre al momento – secondo giudici - nulla lascerebbe supporre che i

ISSN 2279-7238

tempi per l'esame dell'istanza da parte della Commissione parlamentare per la verifica delle elezioni possano essere così lunghi.

CAMBIO DI LEADERSHIP NEL PARTITO DEL CANCELLIERE

All'indomani della dura sconfitta politica dei partiti dell'Unione CDU/CSU in Baviera (**14 ottobre**) e in Assia (**28 ottobre**), il Cancelliere Angela Merkel ha formalizzato la propria indisponibilità a mantenere anche l'incarico di Segretario politico del partito dell'Unione cristiano-democratica.

La scelta di lasciarne ad altri la guida, pur rimando in carica quale Cancelliere, l'aveva compiuta a suo tempo anche Gerhard Schröder (SPD). Del resto, nel sistema politico-istituzionale tedesco, il Cancelliere, così come il candidato di partito per la Cancelleria, spesso conquista e mantiene la leadership del partito per un periodo di tempo più limitato rispetto al mandato di governo. Ludwig Erhard (CDU), Kurt Georg Kiesinger (CDU) e Gerhard Schröder (SPD) furono chiamati a guidare i rispettivi partiti solo dopo aver assunto la carica di Cancelliere – Ludwig Erhard venne eletto dai delegati della CDU dopo due anni dall'inizio del mandato -, e Helmut Schmidt (SPD), che fu *Bundeskanzler* dal 1974 al 1982, addirittura non fu mai chiamato a guidare il partito.

Il **7-8 dicembre** i delegati del partito dell'Unione cristiano-democratica, riuniti ad Amburgo, hanno preferito Annegret Kramp-Karrenbauer – già Presidente del Land Saarland, e già a capo dell'apparato amministrativo del partito (*Generalsekretärin*) – ai tre uomini in corsa per l'elezione: Friedrich Merz, già capogruppo al Bundestag; Jens Spahm, Ministro federale della Salute, e il giurista Matthias Herdegen, professore di diritto pubblico presso l'Università di Bonn. Si è trattato di una vittoria di stretta misura: la Kramp-Karrenbauer ha conquistato 517 voti su 999 nell'ambito del ballottaggio con Merz.

PARLAMENTO

VERSO UNA LIMITAZIONE DELL'AUTONOMIA DEI LÄNDER NELL'AMBITO DELLA SCUOLA E DELL'EDILIZIA SOCIALE

Il divieto di cooperazione (*Kooperationsverbot*) tra Federazione e Länder nell'ambito della scuola è uno dei principi iscritti nella c.d. grande riforma del federalismo approvata nell'estate del 2006, ritenuto funzionale a tutelare la piena autonomia dei Länder nell'ambito della cultura, sancita dall'art. 30 LF.

ISSN 2279-7238

Tuttavia, da allora non è mancato un dibattito, soprattutto dalle file del partito della Sinistra (*Die Linke*), del partito socialdemocratico (SPD) e dei Verdi (*Die Grünen*), e da più parti si è proposto di introdurre una qualche deroga atta a consentire la raccolta delle risorse necessarie per ammodernare l'edilizia scolastica e migliorare i servizi per gli studenti.

Col tempo si è assistito infatti ad un progressivo incremento delle diseguaglianze nel territorio tedesco, in termini di dotazioni e di risorse per investire nella formazione, cagionate dall'obsolescenza del patrimonio esistente e dalla necessità di rispondere ad accresciuti fabbisogni nelle aree a maggiore densità abitativa, trasformate anche dai recenti fenomeni migratori.

In questa prospettiva il 4 maggio 2018 il Governo federale ha presentato al Bundesrat un progetto di legge di revisione costituzionale che modifica gli articoli 104c, 104d, 125c, 143e della Legge Fondamentale ed introduce talune deroghe al divieto di finanziamenti misti, atte a promuovere l'edilizia sociale e la digitalizzazione della scuola attraverso uno stanziamento di risorse straordinarie da parte Federazione, destinate ai Länder e ai Comuni [*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 104c, 104d, 125c, 143e)*].

Nel corso dell'iter legislativo diversi Länder si sono espressi assai criticamente riguardo all'introduzione di un vincolo di destinazione per le risorse stanziate dalla Federazione. Per questo, il **28 novembre**, la Commissione Bilancio del Bundestag ha proposto talune modifiche che consistono nell'obbligo da parte dei Länder di concorrere con un importo pari ad almeno la metà dell'investimento totale, oppure, in alternativa, nell'introduzione di un limite per gli investimenti della Federazione, che non dovranno eccedere le somme già stanziate dal singolo Land con determinate finalità [BT Drs. 19/6144].

Il **29 novembre** il Bundestag ha approvato il progetto in terza lettura. Il **14 dicembre** il Bundesrat ha comunque chiesto la convocazione della Commissione bicamerale paritetica per la composizione delle divergenze (*Vermittlungsausschuss*) [BR 622/18], che si riunirà a partire dal 30 gennaio 2019.

ISSN 2279-7238

Il terzo mandato alla guida del partito ed il secondo rimpasto di Governo delineano la strategia di Abe*

di Michele Crisafi**

Il **20 settembre** il Primo Ministro Abe Shinzō ha conquistato il suo terzo mandato alla guida del Partito Liberal Democratico (LDP). Nella contesa intrapartitica, Abe ha conseguito un totale di 553 punti, mentre Ishiba Shigeru, l'unico altro candidato, ha ottenuto 254 punti. Il punteggio è calcolato dalla sommatoria delle preferenze espresse dai parlamentari del partito e da quelle dei suoi quadri. È interessante rilevare che mentre fra i parlamentari Abe ha ottenuto un vero e proprio plebiscito (329 voti, pari all'82%, contro gli appena 73 di Ishiba, pari al 18%), la dirigenza del partito si è espressa in maniera meno univoca: soltanto poco più del 55% (224 punti) ha votato per Abe, con la conseguenza che poco meno della metà (181 punti) dei quadri del partito ha indirizzato le proprie preferenze sul candidato espressione della minoranza interna.

Alla luce di tale asimmetria, è possibile interpretare il voto del **20 settembre** come una fiducia condizionata al Primo Ministro, il quale, per le regole interne dell'LDP, non potrà competere per un quarto mandato consecutivo. Appare oltremodo singolare, peraltro, che Ishiba, il *competitor* di Abe, sia stato il medesimo della sfida al vertice del partito nel 2012, circostanza che tradisce un basso ricambio generazionale tra le figure apicali del campo conservatore giapponese.

Altra tipica tendenza della politica giapponese, se non della sua società nel suo complesso, è il familismo. Nell'elezione del **20 settembre** è ulteriormente emerso il carisma di Shinjiro Koizumi, figlio dell'*ex* Primo Ministro (2001-2006) Junichiro ed astro nascente dell'LDP. Shinjiro ha dichiarato di appoggiare Ishiba, prendendo così

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

ISSN 2279-7238

formalmente le distanze da Abe, magari per ripercorrere le orme del padre in un non lontanissimo futuro. A conferma di un tasso di ereditarietà politica non secondario nelle formazioni partitiche giapponesi, Asō Tarō, vice Primo Ministro e capo del dicastero delle Finanze, è il nipote di Yoshida Shigeru, il Primo Ministro protagonista della scena politica nipponica nel secondo dopoguerra. Abe stesso è nipote, dal lato materno, di Kishi Nobusuke, Primo Ministro giapponese fra il 1957 ed il 1960, sotto la cui *leadership* il Giappone ha rinegoziato l'alleanza con gli USA, così come sancita dal Trattato di Mutua Sicurezza e Cooperazione del 19 gennaio 1960. Abe del resto non ha mai fatto mistero della propria ambizione di incarnare la continuità, nel solco di figure come Yoshida e Kishi, nella ricerca di una nuova legittimazione costituzionale del ruolo delle SDF. In quest'ottica si può collocare il suo *speech* del **14 ottobre** alla rivista delle truppe in occasione dell'anniversario della fondazione delle SDF. Abe ha dichiarato che, sebbene attualmente il 90% dei giapponesi guardi alle SDF con fiducia, non sono mancati, negli oltre sessant'anni della loro storia, i momenti in cui la stessa loro esistenza era interpretata con scetticismo, se non aperta ostilità. "Adesso è tempo che anche la politica faccia la sua parte sino in fondo. È responsabilità degli uomini politici di oggi creare un ambiente che consenta con orgoglio a tutti i membri delle SDF di assolvere ai propri doveri".

In ogni caso, riflettendo sulla riforma del 2017 delle norme interne del partito – quando proprio in tale circostanza Abe riuscì ad introdurre la possibilità di un terzo mandato consecutivo, abrogando la precedente soglia dei due mandati consecutivi – può comprendersi la visione strategica del Primo Ministro Abe, il quale, se dovesse restare in carica sino al 21 novembre 2019, diverrebbe il *leader* più longevo nella storia del Giappone, superando i 2.886 giorni di Katsura Tarō, titolare di tre gabinetti fra il 1901 ed il 1913.

Il rimpasto della compagine di Governo, avvenuto il **2 ottobre**, è conseguenza sostanzialmente immediata dei risultati della elezione alla Presidenza del partito. In termini quantitativi, il rimpasto è particolarmente pesante, colpendo 13 membri sui 19 complessivi. Tuttavia, poiché sono stati mantenuti i ministri-chiave, è lecito

ISSN 2279-7238

sostenere che le scelte del Primo Ministro siano piuttosto nel segno della stabilità e della continuità. Il vice Primo Ministro e Ministro delle Finanze, il titolare degli Esteri ed il capo dicastero del potente MITE (Industria, Commercio ed Economia) hanno infatti conservato il proprio ruolo, mentre le uniche novità davvero significative sono le nomine del 53enne Yamashita Takashi alla Giustizia ed Iwaya Takeshi alla Difesa. In tal senso si sostiene che il rimpasto abbia meramente costituito un riequilibrio in termini personali all'interno del partito di maggioranza relativa. L'alleato *Komeitō* ha mantenuto, con Ishii Keiichi, il Ministero dei Trasporti, Turismo ed Infrastrutture. L'unica donna nella lista del IV gabinetto Abe, in seguito al rimpasto, è Katayama Satsuki alla Rivitalizzazione Regionale, titolare, ironicamente, anche delle deleghe alla parità dei sessi ed al "*women's empowerment*". Prima del **2 ottobre** le donne del IV gabinetto Abe erano due, cifra che comunque denota un incompiuto processo di emancipazione femminile anche ai livelli più alti della società giapponese.

FAMIGLIA IMPERIALE

LA SCANSIONE DEGLI EVENTI COLLEGATI ALL'ABDICAZIONE DELL'IMPERATORE AKIHITO

L'abdicazione dell'Imperatore Akihito è stata fissata per il 30 aprile 2019, mentre l'accessione al trono del principe ereditario Naruhito è stabilita per il giorno successivo, 1° maggio. Il fratello di Naruhito, Akishino, diverrà a quel punto primo nella gerarchia di successione al Trono del Crisantemo, assumendo il titolo di *koshi*, o erede imperiale (non *Crown Prince,* non essendo il figlio del futuro Imperatore Naruhito).

L'ordine così illustrato prevede dunque l'inizio di un nuovo Periodo (od Era) a partire dal 1° maggio, sebbene si celebrerà soltanto il 22 ottobre 2019 la pubblica proclamazione dell'intronizzazione di Naruhito (cerimonia chiamata *Sokuirei-Seiden-no-Gi*). Dopo circa sei mesi da questa, il Governo sta ragionando sulla possibilità di celebrare il *Rikkoshi-no-Rei*, il rito che formalizza la posizione di Akishino come primo nella linea di successione.

ISSN 2279-7238

LA PUBBLICITA' DEL CONSIGLIO DELLA CASA IMPERIALE E LE SOLUZIONI CIRCA IL NOME DEL PERIODO

Due questioni restano ancora sostanzialmente irrisolte, prima della storica successione di eventi della primavera del 2019.

Da una parte ha destato perplessità e confusione la circostanza che non sembrano esistere né documenti né registrazioni rilevanti del Consiglio della Casa Imperiale tenutosi nel dicembre 2017, in cui sono stati affrontati diversi aspetti concernenti il processo di abdicazione di Akihito. Ai sensi dell'art. 28 della Legge sulla Casa Imperiale, i partecipanti al Consiglio includono il Primo Ministro, i Presidenti di entrambe le Camere della Dieta, lo *Chief Judge* della Corte Suprema, il vertice della Agenzia della Casa Imperiale ed altri membri della Famiglia Imperiale.

Dall'altro lato, la maggioranza di governo non ha chiarito tempi e modalità con cui verrà annunciato il nome del nuovo Periodo (od Era), che tradizionalmente accompagna l'intronizzazione di un nuovo Imperatore. Quest'ultima incertezza appare non secondaria se allacciata al progetto di revisione costituzionale immaginato nel 2012 dall'LDP. In tale visione veniva previsto l'inserimento in Costituzione della facoltà dell'Imperatore di scegliere la denominazione del Periodo, in combinazione con una sua esplicita specificazione del ruolo di Capo dello Stato.

DIETA

Dal **24 ottobre** al **10 dicembre** è stata convocata la Dieta in sessione straordinaria, ai sensi dell'art. 53 della Costituzione del Giappone. I lavori si sono caratterizzati per lo più per la rinuncia della maggioranza a presentare un progetto organico di revisione costituzionale, come invece presagivano gli osservatori in conseguenza del rimpasto di Governo, successivo alla vittoria del Primo Ministro nella competizione elettorale all'interno del proprio partito.

IMMIGRATION BILL

L'**8 dicembre** la Dieta ha approvato una revisione della normativa relativa al controllo dell'immigrazione. Ai sensi di questa, saranno create due nuove categorie di visti per ragioni di lavoro. La prima, che concerne i lavoratori poco qualificati, sarà estendibile sino a cinque anni ed in linea di principio non consente l'immigrazione dell'intero nucleo familiare. La seconda categoria di visti si applica invece ai lavoratori più specializzati, e consente l'ingresso per un periodo variabile da 1 a 3 anni,

ISSN 2279-7238

rinnovabile a tempo indeterminato in caso di incorporamento stabile. I beneficiari di questo secondo tipo di visto lavorativo potranno condurre con sé il proprio nucleo familiare.

Il complesso della normativa entrerà a regime nel mese di aprile del 2019, ed affronta il tema dell'invecchiamento della popolazione giapponese rilassando i vincoli all'ingresso di forza lavoro dall'estero. Tuttavia, anche in considerazione della tradizionale controversa concezione dell'immigrazione nella società giapponese, soggetta a forti oscillazioni nella sua storia, al centro del disegno di legge si pone la questione di un possibile peggioramento del salario medio, oltre agli interrogativi che sorgono dalla futura armonizzazione di lavoratori stranieri nel tessuto occupazionale giapponese, sostanzialmente omogeneo.

DIECI GIORNI DI FESTIVITA' NAZIONALI PER CELEBRARE IL PASSAGGIO DI ERA

Il **4 dicembre** la Dieta ha decretato un totale, *una tantum,* di dieci giorni di festività nazionali, a partire dal 27 aprile 2019. Il giorno in cui il Principe Ereditario Naruhito ascende al Trono cade nel periodo festivo giapponese, centrato su quattro giorni di festa nazionale. L'eccezionalità nella fattispecie risiede nell'estensione di tale arco, dal 27 aprile al 6 maggio. Inoltre è stato dichiarato festa nazionale anche il *Sokuirei-Seiden-no-Gi* del 22 ottobre 2019 (v. *supra*).

GOVERNO

L'ATTIVISMO DIPLOMATICO DEL PRIMO MINISTRO

Rinforzato dal successo nella campagna alla Presidenza del partito, e rassicurato dal conseguente rimpasto della compagine di Governo, il Primo Ministro Abe si è potuto concentrare sulla strategia diplomatica internazionale.

Da un lato, alla 73ª Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Abe ha ribadito, il **25 settembre**, l'interesse giapponese alla denuclearizzazione della penisola coreana, nonché ad una soluzione alla questione dei rapimenti. Il Primo Ministro ha offerto il disgelo con Pyongyang, proponendo un incontro ai massimi livelli e la collaborazione sul piano economico.

Come appare evidente, un accomodamento della questione nordcoreana non può prescindere dalle relazioni con Russia e Cina. L'occasione è stata il 4° *Eastern Economic Forum*, svoltosi a Vladivostok dall'**11 al 13 settembre**. Nel discorso di Abe del **12 settembre**, il Primo Ministro ha sottolineato la necessità di un salto di qualità nei

ISSN 2279-7238

rapporti fra gli attori più importanti della regione Asia-Pacifico, evidenziando come la cooperazione tecnologica russo-giapponese sia foriera non soltanto di benefici materiali per entrambi i Paesi, ma possa soprattutto essere funzionale a costruire un clima di reciproca fiducia che sappia, finalmente, accompagnare la risoluzione delle controversie ancora sussistenti fra Mosca e Tokyo. Se la collaborazione sul piano economico si fonda sui c.d. "otto punti" precisati dal METI, l'implementazione di un canale stabile di relazioni può costituire il punto di partenza per la soluzione del contenzioso sui "Territori del Nord", e quindi portare anche alla conclusione di un formale trattato di pace.

Per quanto concerne Pechino, Abe ha dichiarato l'intenzione di visitare la Cina, facendo seguito alla visita del Primo Ministro Li Keqiang in Giappone nel maggio del 2018. L'occasione è effettivamente caduta il **26 ottobre**, nell'àmbito delle celebrazioni del quarantennale (agosto 1978) della stipula del Trattato di Pace ed Amicizia fra i due Paesi.

Il grande assente sembra essere il Presidente Trump, con il quale i rapporti paiono attualmente non brillanti. In un'intervista del **24 settembre** al *Financial Times*, Abe ha rievocato gli accordi sul clima di Parigi del 2015 in tema di riscaldamento globale, ma assecondando una ambivalente ragnatela diplomatica, il Governo giapponese ha tuttavia preso posizione congiunta ai Ministri degli Esteri del G7 il **30 novembre**, mediante la dichiarazione di condanna dell'iniziativa russa presso lo Stretto di Kerch.

IL RITIRO DALLA *INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE REGULATION OF WHALING*

Suga Yoshihide, Segretario Generale del Governo, ha comunicato il **26 dicembre** il ritiro del Giappone dalla Convenzione Internazionale sulla Regolazione della caccia alla balena (ICRW d'ora in avanti), siglata a Washington il 2 dicembre del 1946. La decisione viene motivata attraverso la rievocazione della duplice *mission* della Convenzione, ovvero da un lato la protezione dei banchi e dall'altro lo sviluppo regolato dell'industria baleniera. In vista della ripresa commerciale della caccia alla balena nel luglio 2019, dopo una moratoria trentennale, il Governo giapponese lamenta l'incapacità della Convenzione di raggiungere un compromesso fra le Parti in grado di assicurare un ordinato sviluppo dell'industria baleniera, come evidenziato dagli esiti del 67° *meeting* della *International Whaling Commission*. Dopo che il ritiro del Giappone produrrà i propri effetti il 30 giugno 2019, il Giappone sarà attivo, dal mese di luglio, nella caccia alla balena all'interno delle proprie acque territoriali e della propria zona economica esclusiva, cessando al contempo la cattura di balene nella zona di pesca dell'Oceano Antartico/ Emisfero Sud. Ciò in quanto la caccia alla

ISSN 2279-7238

balena ha storicamente rappresentato per il Giappone un volano di sviluppo delle comunità costiere locali, anche se la cessazione della moratoria apre uno scenario di incertezza circa la sostenibilità complessiva del fenomeno.

CORTE SUPREMA

Il **19 dicembre** la *grand bench* della Corte Suprema di Tokyo si è espressa sulla legittimità delle elezioni del 2017, concernenti la Camera dei Rappresentanti. In tale tornata elettorale la massima disparità raggiunta nel peso dei voti fra collegi più e meno popolosi si è attestata ad 1.98, in conseguenza del ridisegno dei distretti operato nel 2016 e nel 2017. L'intervento ha tagliato un seggio in sei prefetture, riuscendo per la prima volta a ridurre lo squilibrio al di sotto dei due punti, anche se giova ricordare che il Giappone ha introdotto nel 1994 un sistema misto di rappresentanza di tipo speculare e *first-past-the-post* in collegi uninominali.

Le elezioni celebratesi tra il 2009 ed il 2014 hanno registrato uno squilibrio, in termini di peso dei voti, variabile fra 2.13 e 2.43, circostanza che ha costretto in JPSC 2013 (Gyo-Tsu) 209, 20 novembre 2013, a pronunciare un verdetto di "stato di incostituzionalità", che tuttavia non si è spinto sino all'invalidazione dei risultati elettorali. La formula del "*in a state of unconstituonality, yet valid*" ha supportato la legittimità dell'atto elettivo, di modo che i rappresentanti potessero, nella Dieta, apportare i correttivi necessari a ridurre il *gap* in termini di peso dei voti espressi. La sproporzione di 1,98 è stata ritenuta ragionevole dal giudice di ultima istanza edocchiano, sanzionando positivamente i recenti sforzi del legislatore nella riduzione del *malapportionment* che affligge l'ordinamento giapponese.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

La dissoluzione della 20° Knesset e le elezioni politiche del 2019. L'ordinamento israeliano tra movimenti partitici e le molte incognite*

di Enrico Campelli**

Come già ampiamente previsto in questa rubrica, il quadrimestre preso in esame, quello relativo a settembre-dicembre 2018, ha visto l'acuirsi delle tensioni interne alla maggioranza di Governo e al dibattito parlamentare in genere, culminando nella decisione, arrivata il **24 dicembre**, di mettere fine dell'Esecutivo Netanyahu e convocare nuove elezioni politiche anticipate che, come dichiarato dallo *speaker* della *Knesset* Edelstein, si terranno il 9 aprile 2019.

Come facilmente intuibile, il periodo analizzato e il ritorno alle urne con ben otto mesi in anticipo rispetto alla naturale scadenza della *Knesset,* prevista infatti a novembre 2019, vede molte rotture tra le coalizioni partitiche esistenti e la nascita di nuove piattaforme che, indipendentemente dall'appartenenza ideologica, delineano in termini elettorali una situazione inedita e piena di incognite. La fuoriuscita di leader carismatici come Bennet e Shaked dalla loro "creatura", il partito di destra religiosa *Habayt Hayehudì*, e la brusca fine della coalizione *Machanè Tzionì* con le sue due anime, *Avodà* e *Hatnuà*, ora alla ricerca di nuovi alleati, sono certamente gli elementi di maggiore interesse per comprendere come l'ordinamento israeliano, da sempre caratterizzato da forte instabilità e da un multipartitismo esasperato, si prepari alle prossime elezioni politiche.

Quali gli elementi scatenanti dell'ennesima crisi? Come già descritto in questa sede, la quarta esperienza di Governo di Netanyahu navigava a vista da diversi mesi, scontrandosi quotidianamente con problematiche interne ed esterne alla *Knesset*. Lo scontro militare con i militanti palestinesi del mese di **novembre**, a cui ha fatto seguito una discussa operazione militare israeliana in cui sono morti diversi soldati dello Stato ebraico, si è conclusa con un cessate il fuoco che ha provocato le

* Contributo sottoposto a *Peer Review*

** Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

ISSN 2279-7238

dimissioni del Ministro della Difesa Avigdor Liberman, che lo ha definito una "capitolazione al terrore" e ha causato un aspro dibattito sul tema della sicurezza e sulla gestione di Gaza, tema delicatissimo all'interno della società israeliana.

Le dimissioni di Liberman, leader del partito di destra *Yisrael Beiteinu*, (che dopo essersi dimesso dalla sua carica ministeriale ha abbandonato anche la compagine governativa) hanno lasciato la maggioranza con soli 61 seggi su 120, rendendo virtualmente impossibile, vista la contrarietà dei partiti *haredim* e ultraortodossi, l'attuazione della sentenza dell'Alta Corte di Giustizia israeliana dello scorso settembre che dichiarava incostituzionale la legge del 2015 riguardante l'esenzione dall'arruolamento degli studenti ultraortodossi delle scuole rabbiniche. La Corte, come si è già detto in questa sede, aveva infatti ordinato ai membri della *Knesset* di emanare nuove linee guida per l'arruolamento degli ebrei ultra-ortodossi e mettere dunque fine a quella che la Corte ha ritenuto essere una grave violazione del principio costituzionale di uguaglianza tra i cittadini.

Infine, oltre alla crisi numerica e ai problemi con le fazioni ultraortodosse, la turbolenza politica attuale arriva sullo sfondo delle indagini giudiziarie che hanno colpito Netanyahu e la sua cerchia più ristretta. Il Procuratore Generale Mendlebit e la polizia israeliana hanno infatti affermato di avere prove sufficienti per incriminare Netanyahu con accuse di corruzione e frode in tre indagini separate. Secondo molti commentatori israeliani la speranza di Netanyahu è quella di essere rieletto prima dell'incriminazione ufficiale, legittimando la sua permanenza in carica attraverso la rinnovata fiducia popolare.

In effetti, allo stato attuale, e benchè sia arduo lanciarsi in previsioni sicure, i sondaggi sembrano essere concordi sulla riaffermazione elettorale del blocco di centro-destra, senza però che vi sia sicurezza sui partiti che lo comporranno. Agli occhi dell'elettorato israeliano infatti, i partiti di centro-destra sembrano essere gli unici capaci di dare una guida solida al paese sia in termini di difesa che di politica internazionale.

ISSN 2279-7238

Infine, è opportuno sottolineare, analizzando le elezioni politiche del 2019, come la democrazia israeliana in generale e la prossima tornata elettorale in particolare, siano affette da una preoccupante crisi di rappresentanza, che vede circa 2,900,000 palestinesi (tra i residenti a Gerusalemme Est e quelli della *West Bank* e a cui va aggiunta la popolazione di Gaza) non avere accesso al meccanismo elettorale se non su base locale (i palestinesi di Gerusalemme Est godono infatti dello status di "residenti permanenti" e possono quindi votare alle elezioni municipali). Tale situazione, sempre più profonda e complessa, non può infatti non essere tenuta in considerazione cercando di effettuare una analisi organica del prossimo voto israeliano, fatto di sfumature e posizioni molto diverse tra loro, ma anche segnato da un *vulnus* democratico evidente, che l'ordinamento in questione dovrà certamente affrontare, strutturalmente, al più presto.

PARTITI

LA SCISSIONE INTERNA AD *HABAYT HAYEHUDÌ*

Ayelet Shaked e Naftali Bennet, rispettivamente Ministro della giustizia e dell'Educazioni e leader indiscussi del partito *Habayit Hayehudì,* hanno formalizzato il **30 dicembre** la richiesta di lasciare il loro partito per costituire una nuova formazione capace di attirare sia gli elettori laici che religiosi in vista delle elezioni politiche del 9 aprile.

Durante una conferenza stampa a Tel Aviv, Shaked e Bennet hanno svelato che co-presiederanno il nuovo partito, *Hayamin Hehadash*, "La nuova destra".

Negli ultimi mesi, *Habayit Hayehudi*, punto di riferimento per l'elettorato della destra religiosa e nazionalista, ha visto la nascita di una grossa spaccatura sui tentativi di Bennett di modificare il regolamento del partito per incrementare la sua indipendenza in veste di Presidente, spingendo i suoi avversari interni a ricorrere più volte alla corte interna di *Habayit Hayehudì*.

Ai due parlamentari si è aggiunto anche Shuli Moalem-Refaeli, anch'egli ex membro di *Habayt Hayehudì*: tre parlamentari è infatti la soglia minima per accedere i fondi statali per i partiti.

Le ragioni della mossa di Bennet e Shaked non sono del tutto chiare: *Habayit Hayehudi*, partito religioso-sionista formatosi da una fusione avvenuta nel 2013 del

ISSN 2279-7238

National Religious Party, noto anche come *Mafdal*, e *Tkumà*, un partito religioso ultra nazionalista, ha visto con il tempo il mutare degli equilibri tra le due anime del partito, con *Tkumà* che è passata dall'avere 4 esponenti su 12 nella precedente *Knesset*, ai solo 2 attuali (il ministro dell'Agricoltura Uri Ariel e il MK Bezalel Smotrich). Negli ultimi anni inoltre, sono aumentati esponenzialmente i dissidi tra le due anime del partito e il desiderio di Bennet e Shaked di allargare la propria base elettorale, cercando di rendere il nuovo partito appetibile anche per un elettorato più laico, potrebbe essere alla base della decisione di fondare una nuova formazione.

Per quel che riguarda il futuro del partito, *Habayt Hayehudì* e *Tkumà* hanno deciso e comunicato che continueranno a presentarsi congiuntamente nel ticket elettorale e, benché non sia stato fatto nessun comunicato ufficiale, non è da escludersi che la piattaforma possa ora allargarsi a formazioni della destra estrema, come *Otzma Yehudi*t e *Yahad*.

LA FINE DEL *MACHANÈ TZIONÌ*

Il *Machnè tzionì* o "Unione sionista", lista congiunta del Partito laburista israeliano (*Avodà*) e della più piccola fazione di centro-sinistra *Hatnuah,* formata nel 2015, è andata in pezzi in vista delle elezioni per la 21ª *Knesset*.

Il Presidente laburista Avi Gabbay ha informato della volontà di interrompere la coalizione tra i due partiti alcuni parlamentari del suo partito già il **27 dicembre**, dandone però notizia a Tzipi Livni, presidentessa di *Hatnuah* e con lui partner politico dell'Unione sionista, solamente il 1° gennaio, durante una conferenza stampa.

Il partito, che nelle ultime elezioni aveva ottenuto 24 seggi ed era divenuto il secondo partito israeliano, è negli ultimi mesi in una fase di pesante declino, coincisa con la nuova leadership di Gabbay (cominciata nel 2018) e con i recenti sondaggi che gli attribuiscono tra i 7 e i 10 seggi.

Durante le prime due settimane di gennaio, la *Knesset* approverà la scissione e formalizzerà la conseguente nascita di due gruppi parlamentari distinti: *Avodà* conterà su 18 Mk e *Hatnuah* su 6. Sarà inoltre necessario individuare un nuovo leader dell'opposizione, ruolo finora appartenuto a Tsipi Livni, leader della fazione minoritaria del *Machanè Tzionì* poiché al momento della sua elezione a leader del partito, Gabbay non era un membro eletto della *Knesset*.

Sebbene sia difficile prevedere le prossime mosse, è plausibile pensare che entrambe le leadership dell'ex coalizione cercheranno adesso l' appoggio del neonato partito di Benny Gantz, *Hosen Leyisrael*, nel caso di *Hatnuà* addirittura per scongiurare il rischio di non superare della soglia di sbarramento, fissata al 3,25%.

ISSN 2279-7238

IL NUOVO PARTITO DI BENNY GANTZ E LE NUOVE POSSIBILI ALLEANZE

Rompendo il riserbo e segnando il suo ingresso ufficiale nella politica israeliana, l'ex capo di Stato Maggiore dell'esercito israeliano, Benny Gantz, ha registrato il **27 dicembre** il suo nuovo partito politico, confermando le voci che negli ultimi mesi si rincorrevano circa i suoi piani di candidarsi alle elezioni per la *Knesset* fissate per il prossimo 9 aprile 2019.

A quanto si legge nei moduli per la registrazione ufficiale in parlamento, al momento unica fonte ufficiale, il nome del partito sarà *Hosen Leyisrael*, traducibile con "Resilienza per Israele". Il nome inglese sarà invece *Israel Resilience Party*.

Gantz, che ha ricoperto una delle cariche più delicate del mondo militare israeliano dal 2011 e il 2015, darà con buona probabilità un impianto centrista al suo partito, con un accento più a destra sui temi di difesa e con una spinta più a sinistra sulle questioni sociali.

Gli analisti israeliani sono concordi nel prevedere che il partito di Gantz possa guadagnare da 10 a 16 seggi nella *Knesset* nel caso corra da solo. Tuttavia, se Gantz si unisse al partito *Yesh Atid* o al blocco di centro-sinistra (anche se ormai non più considerabile come una coalizione) composto da *Avodà* e *Hatnuah*, guadagnerebbe da 25 a 26 seggi, rappresentando una vera minaccia alla prevedibile vittoria e riconferma di Netanyahu.

Tuttavia, più che con Lapid o con Gabbay, l'ex capo dell'esercito israeliano è stato in contatto nelle ultime settimane con l'ex ministro della Difesa Moshe Ya'alon. I due stanno discutendo dell'opzione di correre insieme nelle prossime elezioni; Ya'alon ha annunciato il **25 dicembre** che lancerà anch'egli il proprio partito, *Telem* (un acronimo ebraico per *Tnua Leumit Mamlachtit*, traducibile con "movimento per lo Stato") ma non è affatto escluso che i due, accomunati da un forte retaggio militare e una formazione ideologica liquida e centrista, possano correre insieme in una lista unica.

Infine, non è del tutto irreale immaginare che possa inserirsi in tale eventuale blocco anche la parlamentare indipendente Orly Levi-Abekasis, fuoriuscita nel 2016 da *Ysrael Beitenu* che a marzo aveva annunciato l'organizzazione di un proprio partito e che il **25 dicembre** ne ha rivelato il nome: *Gesher* (in ebraico, "ponte").

MERETZ E LA CANDIDATURA DI RAZ

ISSN 2279-7238

L'Internal Committee di *Meretz* ha votato il **23 dicembre** per impedire al parlamentare Mossi Raz di ottenere un posto nella lista dei candidati del partito di sinistra per le prossime elezioni.

Secondo lo statuto infatti, Raz aveva bisogno che almeno il 60% dei membri del partito votasse per ribaltare l'articolo del regolamento interno al partito che stabilisce che un segretario generale non può ambire ad essere candidato nella lista del partito nelle elezioni successive al proprio mandato.

Trecentotredici membri hanno votato a favore della modifica, mentre 230 hanno votato per confermarla, dando a Raz il 57% del sostegno del commitee- tre punti percentuali in meno della soglia necessaria.

Raz ha assunto il ruolo di segretario generale di *Meretz* dopo le elezioni del 2015. Ha poi preso il posto di parlamentare di Zehava Galon dopo essersi dimesso nel 2017 per fare campagna per le primarie aperte nel partito.

KNESSET

LO SCIOGLIMENTO DELLA 20° *KNESSET*

Al disegno di legge per lo scioglimento della ventesima *Knesset* è stata data l'approvazione definitiva dal *plenum* parlamentare il **26 dicembre**. Il disegno di legge di dissoluzione, presentato dall'Esecutivo guidato da Benjamin Netanyahu, è stato accorpato a proposte di legge presentate dai parlamentari Robert Ilatov (*Yisrael Beitenu*), Tamar Zandberg (*Meretz*), Yair Lapid (*Yesh Atid*) e Ayman Odeh (*Joint List*). Il disegno di legge, che è passato con un voto di 102-2 nella sua terza (e ultima) lettura, stabilisce anche elezioni anticipate per il **9 aprile 2019**. Il disegno di legge ha visto anche il voto contrario di Yehuda Glick (*Likud*) e Yaron Mazuz (*Likud*).

LA CREAZIONE DELLA COMMISSIONE PER LA STABILITÀ ECONOMICA

Un disegno di legge che chiede l'istituzione di una commissione per la stabilità finanziaria è stato trasformato in legge dal *plenum* della *Knesset* il **26 novembre**.

Il disegno di legge, che ha superato la sua terza e ultima lettura con un voto di 111 a 2, è stato presentato come emendamento (n.7 5768-2018) alla *Bank of Israel Law* e sancisce la creazione, in seno alla *Knesset*, di una commissione per la stabilità finanziaria, che contribuisca a mantenere il sistema finanziario stabile attraverso la cooperazione, il trasferimento di informazioni e il coordinamento tra i vari attori statali, il Ministero delle finanze e la Banca centrale.

ISSN 2279-7238

Secondo l'emendamento, la commissione avrà il compito di monitorare i rischi sistematici reali ed informare gli attori finanziari statali delle misure per ridurre tali rischi e sostenere la stabilità e il corretto funzionamento del sistema finanziario. La commissione, a quanto si legge nel testo di legge, sarà direttamente collegata all'ufficio del Primo ministro e a quello del Ministro delle Finanze.

NOMINA DI VICE-SINDACI NON EBREI NEI COMUNI MISTI

La commissione degli Affari interni ha approvato il **10 novembre** in prima lettura un disegno di legge che stabilisce che un vice sindaco non ebreo debba essere nominato in ogni città mista per rappresentare la minoranza non ebraica che vi risiede. Il testo stabilisce che tale misura dovrà essere applicata a qualsiasi comune con una minoranza pari o superiore al 20% della popolazione complessiva.

Attualmente, i vice sindaci delle autorità locali sono nominati in base al numero di residenti nell'autorità, fatta eccezione per Gerusalemme, che attualmente conta già 8 vice-sindaci retribuiti e che dunque verrebbe esclusa dal procedimento.

Le ragioni del provvedimento vanno ricercate nella crisi della rappresentanza che affligge l'ordinamento israeliano in generale, e in particolar modo i comuni misti. Nella maggior parte delle autorità locali miste non esiste infatti un vice sindaco locale che rappresenti la minoranza in quanto i consiglieri comunali, principalmente quelli stipendiati dal comune, sono nominati in base a considerazioni relative alla contingenza politica.

Esprimendosi sulla proposta, il Ministero delle Finanze ha dichiarato che il costo dell'aggiunta di un vice sindaco sarebbe compreso, annualmente, tra 700.000 e 1000000 di shekel. Pertanto, ha richiesto che il disegno di legge stabilisca chiaramente la possibile applicazione solo alle autorità locali con bilanci virtuosi.

Inoltre, il disegno di legge stabilisce all'art.8, che nelle autorità locali con più di una minoranza religiosa o nazionale, sarebbero nominati due vice sindaci - uno per ciascuna minoranza – che dovranno alternarsi ogni sei mesi.

GOVERNO

CULTURAL LOYALTY BILL

Dopo essere stata approvato il **6 novembre** in prima lettura, con una maggioranza di di 55 voti a favore e 45 contrari, ed essere stato approvato nuovamente dalla Commissione Educazione, Cultura e Sport della *Knesset* il **20 novembre** per le due letture finali (qui il testo modificato dalla Commissione), l'emendamento n. 2 al

ISSN 2279-7238

Culture and Art Law, anche noto come *Cultural Loyalty Bill*, è stato congelato dalla coalizione di Governo.

Il provvedimento, in discussione da quasi due anni e fortemente sostenuto dal Ministro Regev (*Likud*), permetterebbe, se approvato, al Ministero della Cultura di negare finanziamenti ad organizzazioni o eventi che presentino uno delle cinque fattispecie descritte nel testo (potere che in caso di mancata approvazione rimarrebbe al Ministero delle Finanze): negazione dello Stato di Israele come un Stato ebraico e democratico; incitamento a razzismo, violenza o terrorismo; sostegno alla lotta armata o ad atti di terrorismo contro Israele da parte di uno Stato nemico o di un gruppo terroristico; definizione del Giorno dell'Indipendenza di Israele come un giorno di lutto; qualsiasi atto di distruzione o degrado fisico della bandiera o di qualsiasi simbolo dello Stato.

Sebbene non si vietino tali fattispecie, il disegno di legge in questione sancisce l'impossibilità da parte di eventi o organizzazioni di beneficiare dei finanziamenti pubblici in caso esse siano presenti. Il Ministro della Cultura israeliano, Miri Regev (*Likud*), ha difeso la proposta sottolineando come esista un diritto alla libertà di espressione, ma non un diritto a ricevere finanziamenti, creando un pesante dibattito e attirando le accuse di molte organizzazioni e artisti israeliani che vedono nel provvedimento una grave forma di censura.

Il voto definitivo sul provvedimento era stato originariamente previsto per il **26 novembre** ma, dopo le dichiarazioni di due Mk della maggioranza (Bennie Begin del *Likud* e Rachel Azaria di *Kulanu*), che informavano il capogruppo della maggioranza Mk David Amsalem (*Likud*) della loro decisione di non supportare la proposta di legge, la già debole maggioranza di Netanyahu (divenuta di soli 61 Mk su 120 dopo la fuoriuscita di Lieberman e del suo partito *Ysrael Beitenu*) ha deciso di non rischiare definitivamente il testo andando al voto senza la certezza dei numeri.

Mentre le opposizioni al testo non diminuiscono, il DDL è per ora fermo nell'agenda della maggioranza e non è stato per ora rimesso all'ordine del giorno.

DEATH PENALTY BILL

Così come il *Cultural Loyalty Bill*, anche un altro DDL estremamente dibattuto, quello proposto da Lieberman e dal suo partito di destra *Ysrael Beitenu* sulla pena di morte, è stato ritirato dall'agenda di maggioranza.

Il **20 novembre**, appena un giorno dopo la fuoriuscita dal Governo di *Ysrael Beitenu* e le dimissioni di Avigdor Lieberman da Ministro della Difesa, il Presidente della Commissione Legge, Costituzione e Giustizia della *Knesset*, Nissan Slomiansky (*Habayt Hayehudì*), ha dichiarato che qualsiasi tipo di voto sul disegno di legge in

ISSN 2279-7238

questione - che modifica la legge attuale in modo che la maggioranza dei giudici di un tribunale militare possa condannare a morte un terrorista, superando l'attuale norma che esige un parere unanime dei giudici - sarebbe stato indefinitamente congelato a causa dei disaccordi interni alla coalizione.

La mossa, chiaramente da mettere in relazione con le dimissioni di Lieberman, avrà certamente delle forti conseguenze: è infatti probabile che *Ysrael Beitenu* decida ora di non appoggiare il *Cultural Loyalty Bill* della maggioranza, causandone, almeno per ora, il congelamento.

E' opportuno ricordare, in contraddizione con quanto accaduto nei confini della giurisprudenza israeliana, come il **13 novembre** Israele, insieme ad altri 122 ordinamenti, abbia votato a favore della risoluzione ONU A/C.3/73/L.44 che "esprime profonda preoccupazione per la continua applicazione della pena di morte" e "accoglie con favore le misure adottate da alcuni Stati per ridurre il numero di reati per i quali può essere imposta la pena di morte".

La risoluzione, discussa a cadenza biennale dal terzo comitato dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, accoglie "iniziative e leadership politica che incoraggino discussioni e dibattiti nazionali sulla possibilità di abbandonare la pena capitale attraverso il processo decisionale interno". Ha inoltre accolto favorevolmente il fatto che un numero crescente di paesi abbiano deciso di "applicare una moratoria sulle esecuzioni, seguita in molti casi dall'abolizione della pena di morte.

LA CONFERMA DI BENJAMIN NETANYAHU COME MINISTRO DELLA DIFESA

I membri della *Knesset* hanno votato il **17 dicembre** per formalizzare la nomina del Primo ministro Benjamin Netanyahu come ministro della difesa permanente. Il voto è arrivato un mese dopo che il Primo ministro si era auto-nominato a seguito delle dimissioni di Avigdor Liberman, arrivate il **18 novembre** a causa dell'ennesima polemica circa la gestione di Gaza e che sono state un elemento cruciale nella convocazione di elezioni anticipate.

Dopo quasi tre ore di dibattito, con le opposizioni scatenate nelle critiche al Premier, il plenum della *Knesset* ha approvato la stabilizzazione della nomina con 59 voti a favore e 56 contrari. Fino ad oggi infatti, Netanyahu operava come rimpiazzo temporaneo, soluzione che l'ordinamento israeliano prevede come formula non rinnovabile e della durata massima di tre mesi.

Con tale nomina, e sebbene verosimilmente lascerà a gennaio 2019 il Dicastero dell'Immigrazione a Yoav Gallant, Netanyahu è al momento Primo ministro,

ISSN 2279-7238

Ministro della Difesa, degli Esteri, della Salute e dell'Immigrazione, detenendo di fatto 4 portafogli ministeriali oltre alla carica di Primo Ministro.

PRESIDENTE DELLO STATO DI ISRAELE

RIVLIN E IL MANCATO INCONTRO CON SALVINI

Durante la visita ufficiale in Israele, avvenuta a **dicembre**, il Presidente israeliano Reuven Rivlin ha deciso di non avere nessun incontro ufficiale con il Vice Premier italiano Matteo Salvini. Sebbene l'ufficio del Presidente Rivlin abbia attribuito le ragioni del mancato incontro, fatto insolito nel protocollo israeliano, al fitto programma presidenziale, molti commentatori hanno letto nel gesto presidenziale l'applicazione del codice di comportamento propugnato da Rivlin. Il Presidente ha infatti ripetuto più volte che i partiti di ispirazione "neo-fascista" non dovrebbe essere accettati in Israele. "Non si può dire: ammiriamo lo Stato di Israele e vogliamo legami con esso, ma siamo neofascisti", "il neofascismo è completamente opposto allo spirito, ai principi e ai valori su cui è stato fondato lo Stato di Israele", ha detto Rivlin in una recente intervista alla CNN.

L'itinerario di Salvini per la visita ha tuttavia incluso un incontro con il Primo Ministro Benjamin Netanyahu, una visita al museo della memoria *Yad Vashem* e una sosta nella sinagoga italiana a Gerusalemme.

Tamar Zandberg, leader del partito di sinistra *Meretz,* ha dichiarato sulla sua pagina ufficiale: "*Netanyahu's foreign policy is consistently and methodically leading Israel into alliances with the most dubious figures in global politics. A single ray of light was issued from the president's residence, clarifying that in Israel there are still those who are willing to draw a red line.*" A questo proposito va ricordato come nei mesi passati altre visite ufficiali abbiano scatenato reazioni dure da parte delle opposizioni nella *Knesset*, in particolare le visite di Orban, Duterte e, più recentemente, la visita di Netanyahu al neo eletto Presidente brasiliano Bolsonaro.

GIDEON SAAR LAW

Un disegno di legge che obbligherebbe il Presidente dello Stato di Israele ad assegnare il compito di formare un Governo esclusivamente ad un capo di partito, piuttosto che a qualsiasi membro della *Knesset* ritenuto abile a raggiungere tale compito, è stato approvato in lettura preliminare dal plenum della *Knesset* il **12 dicembre**. Il disegno di legge è stato presentato dal MK David Amsalem (*Likud*) come emendamento alla Legge fondamentale: il Governo.

ISSN 2279-7238

Noto anche con il nome di *Gideon Saar Law*, (dal nome di un potenziale rivale di Netanyahu all'interno del suo partito, il *Likud*), il disegno di legge è stato fortemente voluto proprio dal Premier, che ha esercitato tutte le sue prerogative informali affinché il testo venisse approvato, seppure in lettura preliminare, prima che la *Knesset* iniziasse le procedure di dissoluzione.

Il disegno di legge in questione è da subito sembrato una priorità per la coalizione di centro-destra, divenendo una questione di primaria importanza nella strategia pre-elettorale della maggioranza. La preoccupazione del premier infatti è che il Presidente Rivlin potesse, dopo i risultati elettorali potenzialmente positivi per la coalizione di Netanyahu, scegliere un nome diverso per l'incarico di formazione dell'esecutivo. Il nome in questione era, prima del disegno di legge, quello di Gideon Saar, esponente di spicco del *Likud*, che, insieme a Rivlin ha negato qualsiasi interesse nel diventare Premier qualora le elezioni dovessero premiare una coalizione di centro-destra.

CORTE SUPREMA

LA SENTENZA DELLA CORTE SULLA *BASIC LAW: ISRAEL AS A STATE FOR ALL ITS CITIZENS*

Il **30 dicembre**, la Corte suprema israeliana ha respinto la petizione presentata da *Adalah* - il Centro legale per i diritti delle minoranze arabe in Israele - a nome dei parlamentari Jamal Zahalka, Hanin Zoabi e Joumah Azbarga (tutti membri del partito arabo-israeliano *Joint List*) contro la decisione del *presidium* della *Knesset* (formato dallo *speaker* e dai suoi vice) di respingere la proposta di *Basic Law: Israel as a State of all its Citizens* (qui la versione tradotta). In tal modo, la Corte Suprema ha, secondo i sostenitori del disegno di legge, rifiutato de facto di consentire una discussione sulla parità di diritti all'interno dello Stato di Israele.

Il Presidium della *Knesset* ha rifiutato di consentire la presentazione del disegno di legge - che definisce Israele uno "stato di tutti i suoi cittadini" - basandosi sulla complessa nozione giuridica di Israele come Stato ebraico, e ha deciso di interrompere il cammino della proposta prima ancora che arrivasse in commissione.

Il disegno di legge in questione è stato presentato da Zahalka, Zoabi e Azbarga in risposta alla nuova *Basic Law: Israel as the nation State of the Jewish People*, approvata dalla *Knesset* a metà luglio 2018 e di cui già si è dato seguito in questa rubrica.

La sentenza della Corte Suprema (HCJ 4552/18) arriva a seguito dell' udienza sulla petizione del **24 dicembre**, durante la quale i giudici, tra cui la Presidentessa della

ISSN 2279-7238

Corte Hayut, hanno ricevuto la comunicazione della fine della legislatura corrente e della decisione di sciogliere la 20ª *Knesset*.

ISSN 2279-7238

Dall'Europa un primo serio argine all'involuzione autoritaria in Polonia: ma non si tratta della procedura *ex* art. 7 TUE*

di Jan Sawicki**

Tra i principali eventi dell'ultimo quadrimestre del 2018 in Polonia vi sono senz'altro le elezioni amministrative generali e i rapporti con l'Unione europea per quanto attiene al giudiziario, in particolare alla Corte suprema.

Cominciando da quest'ultimo aspetto, vi è da rilevare il successo riportato dal ricorso per inadempimento attivato dalla Commissione europea nei confronti della Polonia dinanzi alla Corte di giustizia UE (C-619/18, *Commission v. Poland*), in applicazione dell'art. 258 TFUE. Il **19 ottobre** un'ordinanza della Corte di Lussemburgo ha imposto alla Polonia di sospendere, a titolo cautelare e in attesa di un giudizio definitivo, l'applicazione di alcune disposizioni di legge relative all'organizzazione del giudiziario e in particolare della Corte suprema polacca (*Sąd Najwyższy*); di consentire ai giudici della stessa Corte di poter continuare ad esercitare le proprie funzioni godendo delle stesse garanzie loro accordate fino all'entrata in vigore delle leggi sulla cui compatibilità con il diritto europeo la Corte di Lussemburgo deva ancora decidere; di astenersi dall'immissione di nuovi giudici in sostituzione di quelli sottoposti dalla legislazione contestata al - collocamento a riposo anticipato, e in particolare del primo presidente (il cui mandato di sei anni, previsto dalla Costituzione, era stato troncato dalla legge con effetto retroattivo).

Così, mentre la procedura di cui all'art. 7 TUE, avviata nei confronti della Polonia nel dicembre 2017 sulla base del rischio di violazioni gravi dei valori

* Contributo sottoposto a peer review.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate

ISSN 2279-7238

enunciati nell'art. 2 TUE, sembra essersi arenata soprattutto a causa dei requisiti quasi proibitivi per le minoranze di blocco su cui la Polonia può contare, un ricorso in sede giurisdizionale produce in modo immediato – seppure cautelare e provvisorio – effetti tangibili su un aspetto specifico, anche se di grande momento, della crisi attuale dello stato di diritto in Polonia.

A dispetto del suo carattere puntuale e non ancora definitivo, si è creato un precedente di straordinario successo: l'intervento della giurisdizione europea, con un'interpretazione forse estensiva della portata di alcune norme del TUE e della Carta dei diritti fondamentali, ha messo in chiaro per questo paese, come per qualunque altro in futuro pensasse di intraprendere un percorso simile, che un attacco alla divisione dei poteri, e in particolare all'indipendenza e piena terzietà del giudiziario, non è affatto abbandonato al dominio pieno e intoccabile della sovranità statuale, ma al contrario costituisce materia che appartiene in pieno al diritto euro-comunitario, coinvolgendo direttamente valori e interessi che sono propri anche di quest'ultimo. Con l'occasione, l'ordinanza della Corte di giustizia dà un contributo inestimabile, consapevole o meno, al ripristino sia pure di un brandello della legalità costituzionale la cui tutela in Polonia è ormai stata soppressa, a tempo indeterminato, stante la 'conquista' e la mutazione genetica imposta all'organo che per scelta costituente avrebbe dovuto assicurarne la garanzia. Al contempo bisogna essere realisti e non farsi eccessive illusioni sulla svolta impressa, che, se non seguita da altri passi, rischia di essere simbolica e arrestarsi al rimedio ad una singola lesione. In primo luogo, occorre naturalmente attendere la pronuncia definitiva che avrà luogo a Lussemburgo, ricordando che le stesse autorità polacche hanno sperato che il loro adeguamento alla decisione dell'alta Corte europea bastasse a interrompere il procedimento (e peraltro hanno preteso di darvi attuazione con una legge nazionale, obiettivo ritenuto inutile e indesiderabile da Lussemburgo). Inoltre è di grande rilievo il fatto che, accanto al ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione europea,

ISSN 2279-7238

numerosi rinvii pregiudiziali sono stati inoltrati da giudici polacchi *ex* art. 267 TFUE su questioni altrettanto scottanti, come la composizione del Consiglio nazionale della magistratura – KRS –, così politicizzata da non dare garanzie di indipendenza nella selezione dei giudici e nella loro assegnazione ai vari uffici, compresi quelli di vertice, e l'istituzione presso la stessa Corte suprema di due nuove camere con competenze speciali, una disciplinare e un'altra con il potere di esercitare revisioni di un'ampia gamma di processi e riaprire giudicati degli ultimi decenni (su tutti questi argomenti v. le *Cronache* dei più recenti quadrimestri). Ad avviso di molti osservatori, il semplice reintegro dei giudici della Corte suprema collocati a riposo in anticipo sulle previsioni costituzionali, anche se importante sul piano simbolico, finisce per avere un'importanza relativa rispetto alla complessiva manomissione dell'ordinamento giudiziario, se solo si tiene conto del limitato numero di quei giudici sul totale della Corte suprema, i cui ranghi sono destinati ad aumentare, e del fatto che entro pochi anni essi sono comunque destinati a cessare dal servizio. Le alterazioni che restano indenni rispetto all'attesa pronuncia definitiva della Corte di giustizia sono comunque preponderanti sia come qualità sia come quantità, e presentano carattere permanente. Numerosi giudici sono già stati sottoposti a procedimenti disciplinari per avere sollevato questioni pregiudiziali europee, e a sua volta questo potere, che in certe circostanze è addirittura un dovere, è divenuto oggetto di una controversia costituzionale che rischia di mettere in pericolo lo stesso rispetto da parte della Polonia degli impegni assunti con l'UE. Più intense saranno le risposte della Corte di giustizia e maggiori saranno i rischi che le autorità politiche in Polonia interpretino queste decisioni come un'interferenza intollerabile nell'organizzazione di un sistema che a loro avviso appartiene alla stretta sovranità statale. Ma è un rischio che può essere opportuno correre.

Come si accennava all'inizio, le elezioni amministrative sono state un altro evento importante. In Polonia non si sono tenute votazioni pubbliche su scala

ISSN 2279-7238

nazionale fin dalle elezioni politiche dell'autunno del 2015, dunque – a parte qualche consultazione suppletiva locale – è mancata per ben tre anni una verifica del consenso politico generale. Così il **21 ottobre** l'intero paese è stato chiamato a rinnovare 16 consigli di 'voivodato' – enti amministrativi simili per estensione alle regioni, importanti soprattutto per amministrare i fondi europei -, tutti i consigli distrettuali e tutti i municipi, con un secondo turno di votazione il 4 novembre nei soli comuni superiori ai 20.000 abitanti nei quali nessun candidato a sindaco abbia ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validi. Il risultato sarà commentato in dettaglio di seguito, ma fin d'ora si può far emergere un quadro alquanto incerto e complesso. In generale, nel voto considerato il più politico, cioè quello 'regionale', il partito dominante di destra "Diritto e giustizia", PiS, ha mantenuto una maggioranza relativa, con un incremento rispetto alle corrispondenti elezioni regionali del 2014 ma un lieve arretramento su quelle legislative del 2015. Ma, a parte che la somma del voto dato alle varie formazioni di opposizione – sarebbe meglio definirla opposizione costituzionale – lascia prefigurare una loro maggioranza del tutto teorica e ipotetica, è soprattutto il voto nei medi e grandi comuni a segnalare un loro successo, o almeno una sconfitta durissima per il PiS, con proporzioni all'incirca di due a uno non solo nella capitale e nelle principali città, ma anche in numerosi comuni medi e città di provincia (in numerosi casi, però, i sindaci eletti si richiamano a coalizioni molto ampie o a liste civiche). L'uso della formula d'Hondt per le assemblee, in circoscrizioni piuttosto ridotte, ha in realtà premiato il partito di governo molto al di là del 34,13% di voti conquistati, assegnandogli la maggioranza assoluta in sei regioni su sedici – contro una sola in precedenza – e una posizione di vantaggio in diverse altre. Ma la sconfitta nelle città assume un significato che trascende quel risultato e delinea un quadro di estrema competitività in vista delle prossime elezioni legislative: un dato che non sembrerebbe scontato, in fondo, se si tiene conto delle pieghe che potrebbe prendere una 'democrazia illiberale'.

ISSN 2279-7238

ELEZIONI

UN SUCCESSO CONTRASTATO PER "DIRITTO E GIUSTIZIA"

Il **21 ottobre** (e con un turno di ballottaggio il **4 novembre)** si svolgono in tutto il paese le elezioni amministrative generali, a livello municipale, distrettuale e regionale. Il risultato è piuttosto contrastato. Nel voto per i 16 consigli di voivodato, di gran lunga il più assimilabile a quello politico nazionale, "Diritto e giustizia" (PiS) si conferma la prima forza politica del paese, avendo ottenuto il 34,13% dei voti e 254 consiglieri su un totale di 552. Si tratta di un progresso di circa sette punti rispetto al risultato delle corrispondenti elezioni quattro anni prima, sebbene vi sia un arretramento di oltre tre punti sulle elezioni politiche del 2015. Segue la "Coalizione civica", formata dai due partiti Piattaforma civica – PO – e Moderna - .N – (centrista moderato il primo, liberale il secondo), che si attesta sul 26,97% e 194 consiglieri; il "Partito popolare polacco" PSL, di estrazione agraria, ottiene come sempre in queste elezioni un risultato superiore a quello del voto politico, e si consolida come terza forza al 12,07% con 70 consiglieri. Seguono l'Alleanza della sinistra democratica, SLD, con il 6,62% e 11 consiglieri, il gruppo "Amministratori senza partito" che ottiene 15 seggi con il 5,28% di voti. Ad altre formazioni minori, tra cui la minoranza tedesca di Opole, vanno i restanti 8 seggi. In una valutazione complessiva, Diritto e giustizia ottiene un successo molto contenuto pur essendo premiato dall'applicazione della formula d'Hondt in piccole circoscrizioni, diviene il primo partito in nove voivodati e consegue la maggioranza assoluta in sei (in luogo di uno nelle elezioni precedenti).

A fronte di questo, un quadro completamente diverso è quello che emerge dai risultati nell'elezione di sindaci e consiglieri comunali. In quasi tutte le città grandi e medie i candidati a sindaco dell'opposizione riportano dei successi su quelli del PiS, e spesso vengono eletti fin dal primo turno con enormi margini di vantaggio, come a Varsavia, Łódź, Breslavia, Poznań. Altrove, come a Danzica, Cracovia e Stettino, si deve procedere a un turno di ballottaggio, che si risolve anche qui con la schiacciante rielezione dei sindaci uscenti, tutti collocati all'opposizione rispetto al PiS, anche se non tutti riconducibili ai due partiti nazionali che formano la Coalizione civica. La

ISSN 2279-7238

consultazione è contrassegnata da un'esasperazione dei toni e da un crescente *hate speech* nei confronti dei sindaci di più esposta estrazione liberaldemocratica, specialmente quelli di Danzica e Poznań, retorica tollerata o addirittura favorita da alcuni mezzi di informazione tra cui la televisione pubblica TVP, dominata dal partito di governo. L'affluenza alle urne, pari al 54,7%, è la più alta mai registrata in questo tipo di elezioni dal 1989, superando di oltre 7 punti quella di quattro anni prima.

PARLAMENTO

LA RIFORMA DEL GIUDIZIARIO PARZIALMENTE RITIRATA A SEGUITO DI UNA PRIMA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Con un rapidissimo iter di appena due giorni e mezzo, tra *Sejm* e Senato, il Parlamento adotta in via definitiva il **23 novembre** una legge di modifica alla legge sulla Corte suprema del dicembre 2017. La novella fa seguito, e dà attuazione, a un'ordinanza cautelare emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea lo scorso **19 ottobre** a seguito di un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione europea (causa C-619/18) ai sensi dell'art. 258 TFUE, ove l'anticipazione da 70 a 65 anni del collocamento a riposo dei giudici della Corte suprema (e del Tribunale supremo amministrativo), con effetti retroattivi e salva una domanda di restare in servizio sottoposta a discrezionale decisione del Presidente della Repubblica, sono ritenuti in possibile conflitto con l'art. 19 TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La modifica approvata dichiara mai decaduti i giudici che in precedenza erano stati collocati a riposo dalla riforma organica e ne impone la reintegrazione con effetto immediato nei ruoli della Corte suprema. La legge viene promulgata dal Presidente della Repubblica Duda nel ventunesimo e ultimo giorno previsto per l'esercizio di questo potere, e pubblicata sul "Giornale delle leggi" il **30 dicembre**. Sia la Corte di giustizia europea sia la stessa Corte suprema, peraltro, insieme a gran parte della dottrina, considerano superflua l'adozione di una legge statale al riguardo, atteso che i contenuti dell'ordinanza, ancorché provvisori in attesa di una pronuncia definitiva, avrebbero dovuto essere direttamente applicabili (e in effetti erano già stati applicati in parte dalla Corte suprema, che ha

ISSN 2279-7238

sollevato dinanzi a Lussemburgo diversi rinvii pregiudiziali concernenti altri aspetti delle riforme del giudiziario introdotte in Polonia nel 2017).

UN RINNOVATO RAPPORTO DI FIDUCIA

Il **12 dicembre l**a Dieta – *Sejm* – approva un voto di fiducia nei confronti del Governo presieduto da Mateusz Morawiecki, già in carica dal dicembre 2017, con 231 voti a favore e 181 contrari. Il voto, che non ha particolari conseguenze giuridiche, è stato richiesto dallo stesso esecutivo al fine di rinnovare la propria legittimazione, per chiedere al Parlamento un bilancio positivo dei tre anni passati di legislatura e un mandato più 'fresco' in vista dell'anno conclusivo.

GOVERNO

LA POLONIA A FIANCO DELL'UNGHERIA NELLA PROCEDURA EX ART. 7 TUE

Parlando a una conferenza stampa in visita in Lituania, il ministro degli esteri Jacek Czaputowicz dichiara che la Polonia è contraria all'avvio di una procedura *ex* art. 7 TUE nei confronti dell'Ungheria, recentemente richiesto dal Parlamento europeo, e voterà contro l'attivazione di eventuali sanzioni, qualora una discussione si dovesse avviare nel Consiglio europeo.

I DUBBI DEL GOVERNO SULLA COMPATIBILITÀ DELLA COSTITUZONE CON IL TFUE

Il **17 ottobre** il ministro della giustizia Zbigniew Ziobro – il cui ruolo coincide con quello di procuratore generale – ha sollevato in via d'azione una questione relativa alla compatibilità dell'art. 267 TFUE con la Costituzione polacca, in particolare per quanto attiene alla possibilità per i giudici nazionali di presentare rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia europea su questioni concernenti l'ordinamento giudiziario. Si tratta di una decisione inattesa e allarmante, in quanto il Tribunale costituzionale si era già pronunciato a ripetizione, anni addietro, nel senso della piena legittimità costituzionale sia del Trattato di adesione della Polonia all'UE sia del TFUE, incluso l'articolo citato. È evidente come la decisione del governo, nella persona del ministro Ziobro, miri a limitare la possibilità per giudici e tribunali nazionali di cercare aiuto nelle istituzioni europee al fine di salvaguardare la propria indipendenza.

ISSN 2279-7238

Ma un'eventuale decisione del Tribunale costituzionale, che mettesse in discussione la compatibilità di una norma così importante con la Costituzione nazionale, oltre a costituire un cambiamento radicale di orientamento giurisprudenziale, rischierebbe di mettere a rischio l'uniforme applicazione del diritto europeo e il monopolio della sua interpretazione da parte della CGUE, tanto da poter essere interpretata, come si dice nel linguaggio comune in Polonia, come l'annuncio di una *Polexit*. Le opposizioni denunciano questa decisione appunto come espressione di un tale orientamento da parte dell'esecutivo.

CAPO DELLO STATO

LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA

Il Presidente della Repubblica Andrzej Duda nomina il **21 settembre** dieci giudici che faranno parte della recentemente istituita, e controversa, sezione disciplinare presso la Corte suprema (v. "Corti"). Tutti i giudici erano stati in precedenza selezionati dal Consiglio nazionale della magistratura.

LA POLONIA IN EUROPA SECONDO IL PRESIDENTE

Durante una visita in una cittadina nel sudest del paese, il **12 settembre**, il Presidente della Repubblica Andrzej Duda prende posizione sull'Europa affermando tra l'altro che i cittadini devono restare sicuri che qualcuno si prende cura di loro: «non come una qualche immaginaria Unione, in cui non c'è molto per noi da guadagnare». L'affermazione suscita polemiche, dato il notevole impatto dei fondi europei sull'economia polacca, ma anche il livello di consenso per l'adesione, che rimane ben superiore all'80%. Duda ha poi aggiunto: "Un'unione è necessaria qui, in Polonia, la nostra unione dedicata ai nostri affari interni, perché queste sono le cose più importanti per noi; e una volta che queste questioni saranno risolte, allora passeremo a occuparci di problemi europei. Ma per il momento essi [gli europei] dovrebbero lasciarci da soli a risolvere i nostri problemi" .

IN POLITICA ESTERA ARMONIA CON GLI STATI UNITI DI TRUMP

Dopo una lunga attesa, dovuta anche a questioni irrisolte nei rapporti con Israele, il Presidente Duda riesce a compiere il **19 settembre** una visita ufficiale negli Stati

ISSN 2279-7238

Uniti, ove è ricevuto alla Casa Bianca da Donald Trump. I colloqui vertono soprattutto intorno a questioni militari, su cui Duda invoca l'edificazione di una base statunitense permanente in Polonia, azzardando la denominazione di "Fort Trump".

CORTI

LA CORTE SUPREMA DI FRONTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA SULLE RIFORME DEL GIUDIZIARIO

L'**11 settembre** la Corte suprema polacca solleva presso la Corte di giustizia dell'Unione europea due questioni pregiudiziali in merito alle recenti riforme legislative che la riguardano. La prima riguarda l'istituzione, nel proprio seno, di una nuova camera disciplinare, la cui composizione è interamente decisa dall'attuale Consiglio nazionale della magistratura – KRS – eletto a sua volta in modo da non garantire l'indipendenza del giudiziario dai poteri legislativo ed esecutivo (e recentemente sospeso dalla Rete europea dei consigli di giustizia). Nella questione si domanda alla Corte di Lussemburgo se una Corte suprema così composta sia un organo di giustizia indipendente, in particolare ai sensi dell'art. 47, secondo comma, della Carta europea dei diritti fondamentali. Nel caso la risposta della Corte di giustizia sia negativa, la seconda questione inoltrata dalla Corte polacca concerne l'interrogativo se una camera o sezione così composta, che debba risolvere un ricorso avverso una sentenza su questione concernente normativa europea, possa disapplicare una legge dello Stato che le proibisca di farlo. Il **giorno successivo** pervengono alla Corte suprema i pareri favorevoli per cinque giudici che hanno fatto richiesta di restare in carica nonostante il compimento dei 65 anni di età, pareri rilasciati dal Presidente della Repubblica secondo totale discrezione, come consentito dalla legge.

LE RESPONSABILITÀ PER L'INCIDENTE AEREO DI SMOLENSK ANCORA AL CENTRO DI CONTROVERSIE IN TRIBUNALE

La Corte distrettuale di Danzica condanna l'ex Presidente della Repubblica, Lech Wałęsa, a scusarsi ufficialmente con il leader del partito "Diritto e giustizia" Jarosław Kaczyński, per averlo accusato senza prove di essere il responsabile della sciagura aerea del 10 aprile 2010, in cui il capo dello Stato Lech Kaczyński trovò la morte insieme ad altre 90 persone mentre atterravano all'aeroporto russo di Smolensk, diretti a una commemorazione per i defunti delle fosse di Katyn. Secondo le accuse di Wałęsa, Jarosław Kaczyński avrebbe fatto pressioni telefoniche sul fratello per un atterraggio, per motivi

ISSN 2279-7238

di opportunità politica, nonostante fossero già conosciute le condizioni meteorologiche proibitive. Il giudizio è di primo grado e Wałęsa annuncia che ricorrerà in appello.

ISSN 2279-7238

La resilienza di Theresa May e l'importanza del "Meaningful Vote" parlamentare*

di Giulia Caravale**

Se è vero che la resilienza è una delle caratteristiche del popolo inglese, Theresa May in questi ultimi mesi del 2018 ha dato prova di esserne l'impersonificazione. La Premier, infatti, è riuscita a rimanere *in office*, nonostante le ripetute crisi e le forme di opposizione che ha dovuto fronteggiare: quella ufficiale del partito laburista, che tuttavia non sempre ha espresso una linea coerente sulla *Brexit*; quella interna al suo partito, che l'ha accusata di condurre una politica a tratti ambigua e l'ha sottoposta a voto di sfiducia; quella del Governo scozzese, che le rimprovera di voler cancellare 20 anni di *devolution*; quella del DUP, sul cui appoggio esterno si fonda la maggioranza ai Comuni e che è contrario alla soluzione trovata per l'Irlanda del Nord nell'accordo di recesso.

Il primo colpo nei confronti della Premier in questi mesi è stato inferto dalla bocciatura dello *Chequers plan* (il progetto sulla *Brexit* approvato dal Governo a luglio) al vertice di Salisburgo del **20 settembre**, durante il quale la controparte europea non ha accolto la proposta di controllo sulle merci al confine tra Irlanda del Nord e Repubblica irlandese, perché giudicato impossibile da realizzare. Come noto, tale progetto aveva attirato le critiche anche di molti esponenti dei *Tories* – in particolare di quelli euroscettici che si riconoscono nell'*European Research Group* (ERG) – e aveva portato alle dimissioni di alcuni ministri.

Il principale tema di scontro per la definizione dell'accordo di recesso in questi mesi è stato proprio quello del confine tra Irlanda e Irlanda del Nord. Dopo il fallimento anche del successivo incontro del Consiglio europeo del **17** e **18 ottobre** - incontro che, secondo l'originaria tabella di marcia, avrebbe dovuto essere risolutivo -, finalmente il **13 novembre** i negoziatori britannici ed europei sono riusciti a

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma

ISSN 2279-7238

definire una bozza di accordo, approvata il giorno seguente dal Governo britannico. Un successo per la Premier immediatamente accompagnato da una nuova crisi, dato che il **15 novembre** altri 4 componenti dell'esecutivo (il *Brexit Secretary* Dominic Raab – sostituito, poi, da Stephen Barclay -, la *Work and Pensions Secretary* Esther McVey, la *junior Brexit minister* Suella Braverman e il ministro per l'Irlanda del Nord, Shailesh Vara) si sono dimessi per esprimere il loro dissenso.

L'accordo non ha soddisfatto neanche il DUP che ha respinto senza appello la soluzione trovata per il confine nord irlandese. Il mancato sostegno del DUP ha influenzato immediatamente la gestione ordinaria delle attività di Governo, come è emerso, ad esempio, dal fatto che il **19 novembre** i 10 deputati del gruppo nord irlandese si sono astenuti dal voto sul *Finance Bill,* la legge di bilancio, costringendo il Governo ad accogliere due emendamenti presentati dai laburisti e dallo SNP, per evitare di essere sconfitto ai Comuni.

Il **22 novembre** il Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk ha inviato agli Stati membri dell'UE il *progetto di dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra l'UE e il Regno Unito*, un documento in cui si tracciano le linee per i futuri rapporti tra il Regno Unito e l'Europa che saranno definiti durante il periodo di transizione: anche questo progetto dovrà essere votato dal Parlamento. Il **24 novembre** la May ha inviato una lettera alla nazione in cui ha evidenziato l'importanza dell'*agreement*, auspicando una sua approvazione da parte di Westminster. Così si è arrivati il **25 novembre** all'approvazione dell'*Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, as endorsed by leaders at a special meeting of the European Council on 25 November 2018* nel corso di una riunione straordinaria del Consiglio europeo a Bruxelles.

Il lungo testo (584 pagine) prevede, tra l'altro, che il periodo di transizione durerà dal 30 marzo 2019 alla fine del 2020 e che, entro giugno 2020, si potrà decidere di estenderlo, solo una volta e per un periodo massimo di due anni. La transizione consentirà al Paese di adeguarsi alla nuova realtà; durante questi mesi il Regno Unito

ISSN 2279-7238

continuerà ad essere vincolato alle regole dell'Unione, ma non essendo più un membro di essa, non potrà partecipare alla formazione delle sue decisioni. Il Parlamento britannico, infatti, smetterà di essere uno dei Parlamenti nazionali di uno Stato membro, i cittadini britannici non potranno eleggere i propri rappresentanti al Parlamento europeo, né partecipare alle istituzioni e alle agenzie europee, anche se, in casi eccezionali, alcuni esperti provenienti dal Regno Unito potranno essere invitati a far parte di commissioni o agenzie.

Durante la transizione il Regno Unito potrà stipulare accordi commerciali con Paesi terzi, che entreranno in vigore solo a conclusione di tale periodo.

Nel caso in cui alla fine del 2020 non si riuscisse a trovare un nuovo accordo e non venisse prolungato il periodo di transizione, scatterebbe il controverso *backstop* (clausola di garanzia) per l'Irlanda del Nord. Obiettivo di tale previsione, contenuta in un apposito protocollo, è quello di tutelare la cooperazione tra nord e sud dell'isola ed evitare l'"hard border" interno, nel rispetto del *Good Friday Agreement* del 1998. Il *backstop* consentirebbe di mantenere un "single customs territory between the (European) Union and the United Kingdom" per il commercio (con esclusione di acquacultura e pesca). La Gran Bretagna si troverebbe in una situazione differente rispetto all'Irlanda del Nord, dato che per quest'ultimo territorio si prevede il mantenimento di un rapporto più stretto con l'Europa, nella sostanza la permanenza nel mercato unico.

L'accordo ha confermato, poi, quanto stabilito già nel mese di marzo in merito ai diritti dei cittadini europei residenti nel Paese e a quelli dei britannici residenti in Europa e ha fissato anche l'ammontare del *Divorce Bill* che il Regno Unito dovrà pagare all'Europa (39 miliardi di sterline), somma che dovrà essere versata in parte durante il periodo di transizione, in parte successivamente. Se il periodo di transizione dovesse essere prolungato si prevede un ricalcolo della somma dovuta.

L'accordo ha rappresentato, dopo 19 mesi di lunghe trattative, un passo avanti nel cammino verso la *Brexit*, ma non quello decisivo dato che l'ostacolo principale è rappresentato dal voto parlamentare. Come noto, il "meaningful vote" sul *Withdrawal*

ISSN 2279-7238

Agreement e sulla *Political Declaration* era stato introdotto dall'articolo 13 dell'*EU (Withdrawal) Act 2018*. La legge prevede anche che il Parlamento approvi l'*European Union (Withdrawal Agreement) Bill* per incorporare l'accordo di recesso e modificare alcune disposizioni dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018*, come ad esempio dare conto dell'esistenza del periodo di transizione.

Diverse pubblicazioni in questi mesi (sulle quali ci soffermeremo in seguito) hanno avuto ad oggetto sia la possibilità del Parlamento di respingere il *no deal,* bloccare la *Brexit,* presentare modifiche all'accordo, sia le procedure da seguire nel voto parlamentare sull'accordo di recesso e le conseguenze giuridiche e politiche del voto dell'Assemblea. Dal dibattito sono emerse opinioni tra loro molto divergenti perché la procedura introdotta dall'art. 13 della legge si discosta da quella ordinaria seguita per la ratifica dei trattati internazionali, ed anche perché si tratta di un territorio del tutto inesplorato. Inoltre il susseguirsi frenetico e inaspettato degli eventi di questi mesi ha portato a superare spesso tutte le previsioni fatte e a riformularne di nuove.

Come vedremo meglio in seguito, sono state diverse le umiliazioni subite dall'esecutivo durante il dibattito parlamentare sull'accordo di recesso, tra cui quella del **4 dicembre** quando, seguendo la procedura dell'oltraggio al parlamento, di antica tradizione, ma mai utilizzata fino ad ora, sei partiti, compreso il DUP, con 311 voti a favore e 293 contrari, hanno votato una mozione con la quale hanno chiesto la pubblicazione del parere legale del procuratore generale Geoffrey Cox sulla *Brexit*. Dal documento, reso noto il giorno successivo, è emerso come, secondo Cox, il *backstop* previsto per il confine con l'Irlanda del Nord, nonostante le intenzioni delle parti, potrebbe durare per sempre, impedendo dunque la possibilità di negoziare accordi commerciali con i Paesi terzi e lasciando il Regno Unito impantanato in una situazione di negoziazione permanente con l'Europa.

Il "meaningful vote" previsto inizialmente per l'**11 dicembre**, è stato rinviato a gennaio dalla May dopo che i cinque giorni di dibattito ai Comuni avevano fatto

ISSN 2279-7238

emergere una chiara intenzione di respingerle l'accordo[103]. La speranza della May di ottenere altre concessioni dall'Europa in merito al *backstop*, tra cui l'introduzione di un limite temporale al 2021 per la sua durata, è svanita immediatamente, dato che il Consiglio Europeo del **13 dicembre** ha confermato nel suo breve comunicato che l'accordo non può essere modificato in alcun modo: "The Union stands by this agreement and intends to proceed with its ratification. It is not open for renegotiation".

La decisione della May di rinviare il voto parlamentare sull'accordo di recesso ha dato la spinta definitiva alla raccolta delle firme tra i deputati conservatori per la richiesta della mozione di sfiducia nei confronti della *leadership*. Il **12 dicembre** i deputati hanno confermato, con 200 voti a favore e 117 contrari, il sostegno alla May, ma il voto ha rappresentato per la Premier un successo amaro, dato che sono emerse chiaramente ancora una volta da un canto la profonda frattura presente nel partito, dall'altro la difficoltà di trovare una maggioranza sull'accordo nell'attuale Parlamento. La Premier peraltro ha dovuto promettere che non guiderà i *Tories* alle prossime elezioni.

E' certo che questa complessa vicenda dell'uscita dall'Unione sta offrendo al Paese la possibilità di interrogarsi sulla propria identità, non solo nella definizione delle nuove relazioni con il resto dell'Europa e del mondo, ma anche in merito agli equilibri interni alla forma di governo. Ritengo, infatti, che a partire dal 2010 – con la formazione del Governo di coalizione Cameron Clegg - la forma di governo britannica abbia iniziato a conoscere un graduale, ma costante cambiamento sollecitato dalle nuove dinamiche che si sono venute a definire nelle relazioni tra Governo e Parlamento in presenza di un *hung parliament*. Dinamiche che hanno portato il legislativo ad acquisire una centralità per alcuni aspetti inedita o quanto meno raramente sperimentata nei processi decisionali tipici del modello Westminster.

[103] Il 15 gennaio 2019, quando il presente numero della Rivista stava per essere licenziato, la Camera dei Comuni ha respinto l'accordo di recesso. Il giorno successivo la Camera dei Comuni ha respinto con 325 voti contrari e 306 a favore, la mozione di sfiducia al Governo che era stato proposta dal partito laburista.

ISSN 2279-7238

La questione *Brexit* ha, poi, impresso una forte accelerata a tale cambiamento sia perché fortemente divisiva sia perché le elezioni del 2017 hanno portato alla formazione di un nuovo "parlamento appeso".

In tale contesto dottrina, corti e mondo politico hanno iniziato ad esaminare sotto nuove prospettive questioni come i rapporti interorganici o le relazioni interparlamentari tra Westminster e le Assemblee devolute. Insomma, il dibattito sulla *Brexit* non è stato circoscritto alle sole future relazioni con l'Europa, ma ha permesso anche di confrontarsi sul significato assunto nel XXI secolo dai due pilastri della forma di governo britannica, la *sovereignty of parliament* e la *rule of law* in un contesto nuovo da un punto di vista politico e giuridico. Non a caso in questi mesi il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* ha avviato un'inchiesta proprio sul *Role of Parliament in the UK Constitution* e costituzionalisti del calibro di Vernon Bogdanor hanno affermato che è arrivato il momento di introdurre una Costituzione scritta: "With Brexit, Britain will once more have an unprotected constitution in which our rights as citizens and the relationships between the different parts of the United Kingdom come, once again, to be at the mercy of a sovereign parliament, which, except when there is a minority government, is under the control of the executive. Might not the very nakedness of our post-Brexit condition provide an impetus for Britain to follow almost every other democracy by enacting a constitution? Might not Brexit prove to be our constitutional moment?"

Che la *Brexit* comportasse da subito una precisazione del concetto di "sovranità del Parlamento" era emerso, come noto, fin dall'indomani del referendum, quando la dottrina britannica si era interrogata sul rapporto tra sovranità popolare e sovranità parlamentare e della natura (politica o giuridica) dell'obbligo di dare esecuzione al risultato referendario. La legge di indizione del referendum non aveva, infatti, previsto nulla in relazione alle conseguenze del voto; pertanto non sussisteva alcun obbligo giuridico, ma solo un impegno politico, nei confronti della concreta attuazione del risultato. Il dibattito si era esteso poi all'individuazione dell'organo titolare del potere di notificare la decisione di recesso, risposta arrivata dalla sentenza

ISSN 2279-7238

Miller la quale aveva chiarito che era il Parlamento a dover autorizzare l'Esecutivo, dato che solo il Parlamento e non il Governo ha l'autorità di abrogare le leggi e limitare i diritti dei cittadini. Un principio affermatosi in via di prassi, ricordato dal *Bill of Rights* e confermato da diverse sentenze di *common law* a partire dal XVII secolo. Da evidenziare come il ragionamento dei giudici nella sentenza Miller si fondi sul presupposto che l'attivazione della procedura dell'articolo 50 sia irreversibile, e di conseguenza, i diritti dei cittadini garantiti dalla normativa europea avrebbero subito modifiche fin dalla notifica della volontà di recesso. Un presupposto che invece è stato smantellato dalla sentenza *Wightman* della Corte europea del **10 dicembre** (*cfr. Corti)*.

Il dibattito si era poi trasferito nelle aule parlamentari durante il lungo *iter* di approvazione dell'*European Union (Withdrawal) Bill* che aveva rappresentato l'occasione per Governo e opposizione di confrontarsi anche sul significato dell'espressione "meaningful vote" e di discutere sul ruolo che Governo e Parlamento devono svolgere nel processo *Brexit* e nella gestione del periodo di transizione.

Non dimentichiamo infine che la *Brexit* comporterà anche conseguenze decisive per la *devolution.* In proposito deve essere ricordata la sentenza della Corte suprema sul *Continuity Bill* scozzese, del **13 dicembre** di cui parleremo in seguito in modo più approfondito. La sentenza si colloca all'interno di quel filone giurisprudenziale che in questi venti anni ha contribuito a definire i rapporti esistenti all'interno del tipo di Stato britannico e a comprendere "the essence of the devolution". La Corte sembra aver accolto una lettura della sovranità parlamentare più al passo con la *modern constitutional practice* sviluppatasi in questi anni, dato che ha ritenuto che Westminster - unico parlamento titolare di sovranità - deve comunque adeguarsi alla presenza delle Assemblee devolute, elette democraticamente e di estrema rilevanza sotto il profilo politico costituzionale.

L'anno si chiude, quindi, per il Regno Unito in un clima di profonda incertezza e con un ampio ventaglio di possibilità aperte, dal *no deal* ad un secondo referendum.

ISSN 2279-7238

PARTITI

CONGRESSI DEI PARTITI

Anche quest'anno la *Brexit* è stato il tema principale discusso durante i congressi dei partiti svolti tra **settembre** e **ottobre**.

I liberal democratici, riuniti a Brighton dal **15** al **18 settembre**, hanno confermato il loro carattere europeista e dichiarato che la *Brexit* potrebbe essere ancora evitata. Il leader Vince Cable ha invitato Jeremy Corbyn ad unirsi nella richiesta di un nuovo referendum.

I laburisti - a Liverpool dal **23** al **26 settembre** - hanno votato il **25 settembre** una mozione secondo la quale, nell'ipotesi di *no deal* o di mancata approvazione dell'accordo da parte del Parlamento, chiederanno elezioni anticipate o in seconda battuta, un nuovo referendum sulla *Brexit*. Jeremy Corbyn ha dichiarato che il suo partito è pronto per tornare al governo per rinnovare e trasformare il Paese. Il leader laburista è stato in questi mesi spesso accusato di non aver preso una posizione decisa sulla *Brexit* nel timore di perdere il sostegno degli elettori laburisti a favore del *Leave*.

Dal canto loro i conservatori, in congresso a Birmigham dall'**1** al **3 ottobre**, pochi giorni dopo il fallimento del vertice UE di Salisburgo che ha respinto il piano di Chequers, sono stati invitati da Theresa May a superare le divisioni presenti sulla *Brexit*. Un invito che è apparso tuttavia inascoltato. La May ha continuato a difendere il progetto governativo dalle critiche e ha anche annunciato più fondi per la spesa pubblica.

I commentatori hanno evidenziato che il congresso dei conservatori avrebbe potuto aiutare il partito a trovare una propria identità e una nuova unità, soprattutto dopo le scelte controverse e fallimentari degli ultimi anni, ad iniziare da quella di Cameron di indire il referendum *Brexit* a quella della May di richiedere elezioni anticipate a giugno 2017, elezioni che hanno portato ad un nuovo *hung parliament*. Secondo l'*Economist* le divisioni sul tema della *Brexit* presenti all'interno del Governo si devono anche al fatto che i *Tories* negli ultimi anni stanno cambiando la propria natura originaria e si stanno trasformando in un partito che rispecchia maggiormente, rispetto al passato, la reale articolazione della società.

Durante il congresso dello *Scottish National Party* svoltosi a Glasgow tra il **7** e il **9 ottobre** Nicola Sturgeon ha fatto appello alla pazienza e al pragmatismo dei suoi sostenitori in materia di indipendenza, in attesa che il quadro della *Brexit* si chiarisca definitivamente. I deputati dello SNP di Westminster hanno affermato che

ISSN 2279-7238

voteranno a favore dell'ipotesi di un nuovo referendum sull'Europa nel caso la proposta venisse votata in Parlamento.

Per quanto riguarda gli altri partiti il congresso dell'Ukip si è svolto a Birmingham dal **21** al 22 **settembre**, quello del *Green Party*, dal **5** al **7 ottobre** a Bristol, quello del *Plaid Cymru*, dal **5** al **6 ottobre** a Cardigan.

PARLAMENTO

REVISIONE DEI COLLEGI ELETTORALI

Il **5 settembre** le 4 commissioni incaricate di ridefinire i confini dei collegi elettorali hanno pubblicato i loro rapporti, disponibili sul sito del Governo a partire dal **10 settembre**.

I collegi elettorali vengono periodicamente revisionati al fine di omogeneizzare la loro numerosità. In questo caso però la procedura appare più complessa perché dovrebbe anche dare attuazione al disposto della legge del 2011 che ha ridotto il numero dei deputati dei Comuni, e quindi dei relativi collegi uninominali, da 650 a 600.

Peraltro si ricorda che la fonte prevista per la revisione dei collegi appare peculiare dato che non è la legge ordinaria, ma un *Order in Council*: il rapporto della Commissione elettorale, infatti, dopo essere depositato in Parlamento viene presentato dal Governo nella forma di *draft Order in Council* per essere approvato da entrambe le Camere che non hanno però la possibilità di presentare emendamenti. Nel caso in cui il Parlamento dovesse respingere il *draft Order* il Governo potrebbe presentarne uno nuovo con modifiche. A seguito dell'approvazione parlamentare il Governo prepara l'*Order in Council* definitivo da far approvare dal *Privy Council* presieduto dalla Regina.

Dato che si tratta di un tema altamente controverso (è dal 2011 che non si riesce a trovare un accordo) il **5 settembre** il Governo ha comunicato che il *draft Order* sarà pubblicato tra qualche mese in modo da evitare – secondo i commentatori – l'apertura di altri fronti di scontro interni al partito conservatore.

ROLE OF PARLIAMENT IN THE UK CONSTITUTION

Il **13 settembre** il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* ha avviato un'inchiesta sul ruolo del Parlamento nella Costituzione britannica. Il complesso studio sarà affrontato attraverso l'approfondimento di diverse tematiche (*the status of resolutions of the House of Commons*; *what role Parliament should play in authorising the*

ISSN 2279-7238

deployment of military force; *the continued relevance and utility of the doctrine of ministerial accountability*; *the use of delegated legislation*; *treaty negotiation and ratification*; *the size of the Government and the Payroll Vote*; *financial scrutiny of Government by Parliament*; *Government control of the legislative timetable*; *the impact of the reform and expansion of parliamentary select committees*; *the nature and effectiveness of constitutional conventions in the parliamentary system*; *Parliament's relationship with the courts in the light of the continuing development of administrative law*).

Obiettivo dell'inchiesta è tra l'altro quello di comprendere i cambiamenti avvenuti nei rapporti tra Parlamento e Governo, gli equilibri presenti tra i due organi, l'effettivo controllo esercitato, anche alla luce delle esperienze degli altri Paesi.

Il Comitato ha invitato a presentare entro il **30 novembre** le prime osservazioni dirette ad approfondire il primo tema, quello dello status delle risoluzioni nella Camera dei Comuni.

RECALL

Nella sua prima applicazione la procedura di *recall* introdotta dal *Recall of MPs Act 2015* ha portato ad un nulla di fatto. La Camera dei Comuni, lo scorso luglio, aveva sospeso per 30 sedute parlamentari il deputato Ian Paisley del DUP. Tale sospensione è una delle ipotesi previste dalla legge del 2015 per il *recall,* procedura che può essere attivata, infatti, solo dietro iniziativa del Parlamento in 3 ipotesi specifiche (una condanna inferiore ad un anno; la sospensione di un deputato per minimo 10 *sitting days* o, in alternativa, 14 *calendar days*; una condanna per violazione dell'art. 10 del *Parliamentary Standards Act 2009*, vale a dire del reato di fornire informazioni false o ingannevoli per ottenere rimborso di spese). Se si verifica una di queste ipotesi lo *Speaker* si rivolge al *petition officer* responsabile del collegio in cui è stato eletto il deputato invitandolo a comunicare la notizia agli elettori e ad organizzare la petizione volta a chiedere le elezioni suppletive concesse solo nel caso in cui la petizione venda approvata dal 10% degli elettori del collegio.

E' stato possibile sottoscrivere la petizione dall'**8 agosto** al **19 settembre**. Dato che essa ha raggiunto solo il 9,4% degli aventi diritto, Ian Paisley ha mantenuto il suo seggio.

MEANINGFUL VOTE

Come ricordato nell'introduzione, in questi mesi diverse pubblicazioni si sono occupate del *meaningful vote* sull'accordo di recesso. In proposito si segnala, in primo luogo, il rapporto *The Brexit endgame: a guide to the parliamentary process of withdrawal from the European Union* pubblicato il **29 settembre** da Matt Bevington, Jack Simson Caird

ISSN 2279-7238

e Alan Wager per il *Bingham Centre for the Rule of Law* che ha cercato di far luce sulle procedure parlamentari da segure.

In secondo luogo il rapporto pubblicato a **ottobre**, sempre dal *Bingham Centre for the Rule Law*, *The Withdrawal Agreement and the Political Declaration: A Preliminary Rule of Law Analysis*, il quale si è interrogato su come, in così pochi mesi rimasti, fosse possibile conciliare il rispetto della *rule of law* con quello di un efficace controllo del Parlamento. Il rapporto ha affermato : "The Rule of Law, a central principle of the UK's uncodified constitution, provides a set of standards that can inform both the process and substance of Brexit. The final six months before exit day are unlikely to provide ideal conditions for effective parliamentary scrutiny. However, it is vital that parliamentarians ensure that the Rule of Law implications of the legal and legislative changes proposed are scrutinised". Il rapporto ha suggerito al Governo le tappe da seguire nel cammino verso la *Brexit*: pubblicare un memorandum esplicativo sul *Withdrawal Agreement* e sulla *Political Declaration on the Future Relationship* che evidenzi le conseguenze giuridiche di queste; pubblicare in forma di bozza l'*EU (Withdrawal Agreement) Bill* contestualmente al *Withdrawal Agreement* e alla *Political Declaration*; infine chiarire quello che dovrà essere il ruolo del Parlamento anche nella fase successiva, quella della transizione, durante la quale dovrà essere definita la sostanza dei rapporti futuri tra Regno Unito ed Europa.

In terzo luogo il rapporto dell'*House of Commons Library* del **28 ottobre** *A User's Guide to the Meaningful Vote* ha chiarito alcuni aspetti e ha attirato alcune critiche per aver affermato che il Parlamento non potrà votare per respingere il *no deal* e proporre soluzioni alternative.

Infine un ulteriore contributo è stato offerto dal rapporto pubblicato il **16 novembre** dall'*House of Commons Procedure Committee* *Motions under section 13(1) of the European Union (Withdrawal) Act 2018* sempre in tema delle procedure di voto. Il ministro per la *Brexit* Dominic Raab aveva inviato il **10 ottobre** una lettera al Comitato dei Comuni in cui aveva espresso la posizione dell'Esecutivo.

ABUSO DEL "PRIVILEGIO PARLAMENTARE"?

Il **24 ottobre** la Corte d'appello ha inviato un'ingiunzione al *Telegraph* impedendogli di pubblicare il nome di un uomo d'affari coinvolto in uno scandalo emerso a seguito di un'inchiesta del giornale. Ma il **26 ottobre** Lord Hain appellandosi al *parliamentary privilege*, che consente ai membri del Parlamento, come affermato fin dall'articolo 9 del *Bill of Rights* del 1689, di non essere perseguiti per quanto da loro affermato nel corso dei dibattiti parlamentari, durante una seduta dei Lords, ha fatto il nome della persona coinvolta, consentendo dunque la sua

ISSN 2279-7238

individuazione. L'episodio ha suscitato un'aspra polemica perché giudicato un abuso della libertà di espressione ed una violazione sia del principio della separazione dei poteri sia della *rule of law*.

REGOLE DI COMPORTAMENTO DURANTE LE SEDUTE PARLAMENTARI

I dibattiti parlamentari nel Regno Unito si caratterizzano spesso per i toni ironici ed educati utilizzati dai deputati anche in occasione di feroci attacchi nei confronti degli avversari politici. Del resto nella *Parliamentary Practice* di Erskine May si afferma che "good temper and moderation are the characteristics of parliamentary language". In questi mesi di tensione sulla questione della *Brexit* tuttavia tale prassi non è stata sempre rispettata e lo *Speaker* John Bercow ha ritenuto opportuno far ripubblicare con alcuni aggiornamenti, nel mese di **novembre** le *Rules of behaviour and courtesies for the House of Commons*.

Le regole, soprattutto convenzionali, sono le più varie e comprendono anche il divieto di leggere libri o giornali mentre un altro deputato sta parlando o l'obbligo di rivolgersi ai colleghi chiamandoli non per nome, ma attraverso il nome del collegio in cui sono stati eletti (con la ulteriore distinzione che se appartengono allo stesso partito devono essere definiti come "my honourable friend", mentre se sono di un partito avversario come "the honourable Member for" e il nome del collegio).

Alcune novità introdotte riguardano sia le pratiche relative all'uso di cellulari o dispositivi elettronici, di recente introdotti nelle aule parlamentari, sia le regole di comportamento con lo staff. Una esigenza, quest'ultima dettata dalle conclusioni dell'inchiesta indipendente condotta da Laura Cox, pubblicate il **15 ottobre** nel rapporto *The bullying and harassment of House of Commons staff.* Dal rapporto erano emersi alcuni episodi di "bullismo" nei confronti dell'amministrazione del Parlamento che avevano spinto alcuni deputati a chiedere le dimissioni immediate di Bercow, reo di non essere riuscito ad evitarli. Secondo i commentatori politici lo *Speaker* prevede comunque di lasciare l'incarico la prossima estate, dopo 10 anni di presidenza dei Comuni.

RAPPORTO DELLA CAMERA DEI LORDS SULLA LEGISLAZIONE DELEGATA

L'*House of Lords Constitution Committee* ha pubblicato il **20 novembre** il rapporto *The Legislative Process: The Delegation of Powers*, seconda tappa di una articolata inchiesta in materia di processo legislativo. Il rapporto ha evidenziato, ancora una volta, quelle che dovrebbero essere le buone prassi da seguire nella legislazione delegata, prassi

ISSN 2279-7238

che – secondo il rapporto – il Governo disattende di frequente. Il Comitato ha ribadito che la delega dovrebbe essere utilizzata solo per stabilire i dettagli di una materia i cui principi generali sono stati fissati in modo chiaro dalla legge. Il rapporto ha invece evidenziato l'abuso di questo strumento da parte del Governo il quale – principale responsabile anche della stesura delle leggi di delega – vi inserisce disposizioni estremamente generiche per consentire ai ministri che ricevono la delega un ampio margine di manovra. Altra critica mossa dal Comitato riguarda poi l'uso di abrogare le leggi con i regolamenti governativi, secondo la prassi nota come *Henry VIII clauses*.

Il rapporto non ha risparmiato critiche al controllo esercitato dal Parlamento sulle deleghe, controllo giudicato del tutto inefficace e ha suggerito alcune modalità per il suo miglioramento. Il Comitato ha affermato che il Governo "must take account of the scrutiny of statutory instruments and respond promptly to remedy any deficiencies. Where it does not do so, in exceptional circumstances Parliament may use its existing powers to block such instruments. The Government should recognise that parliamentary defeat on a statutory instrument need not be considered momentous nor fatal".

RAPPORTO DELLA CAMERA DEI COMUNI SULLE CONSEGUENZE DELLA QUESTIONE DI FIDUCIA

L'*House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* l'**11 dicembre** ha pubblicato il rapporto *The Role of Parliament in the UK Constitution Interim Report The Status and Effect of Confidence Motions and the Fixed-term Parliaments Act 2011* al fine di chiarire alcuni aspetti legati alle novità dell'introduzione della legge del 2011 su iniziativa del Governo di coalizione Cameron-Clegg. La legge, come noto, ha razionalizzato il potere di scioglimento anticipato dei Comuni togliendolo al Premier e stabilendo che le elezioni della Camera si svolgono ogni 5 anni, a meno che non si verifichino due ipotesi tassative: la prima è quella di un voto espresso dalla maggioranza qualificata dei 2/3 della Camera dei Comuni sulla mozione: "That there shall be an early parliamentary general election"; la seconda riguarda l'ipotesi in cui, a seguito di un voto di sfiducia nei confronti dell'esecutivo, la Camera dei Comuni non riesca, entro 14 giorni, a trovare un accordo sulla formazione di un nuovo esecutivo.

La *ratio* della legge era stata quella di limitare il potere del Premier, ma nella sua prima e unica applicazione, nell'aprile del 2017, era stata interpretata dalla May allo stesso modo in cui la convenzione dello scioglimento anticipato era stata attuata fino al 2011, vale a dire come un potere usato dal Primo ministro per scegliere il momento

ISSN 2279-7238

più opportuno per indire nuove elezioni. Tanto che la dottrina aveva evidenziato come fosse mutata solo la coreografia dello scioglimento, ma non la sostanza.

Il documento pubblicato dal Comitato dei Comuni ha chiarito che principio fondamentale della forma di governo britannica è il rapporto di fiducia tra Governo e Camera dei Comuni ("The fact that the government of the day must retain the confidence of the House of Commons is the constitutional principle which determines the relationship between Parliament and Government"). Ha aggiunto poi che la legge del 2011 non ha alterato in alcun modo tale rapporto, né la possibilità da parte del Parlamento di votare la fiducia al Governo in ipotesi diverse da quelle prevista dal *Fixed-term Parliaments Act 2011*, ipotesi affermatesi in secoli di tradizione parlamentare.

Il rapporto ha voluto quindi ribadire la più ampia libertà della Camera dei Comuni nello scegliere le forme a sua disposizione per mostrare la sua opposizione al Governo ("It is for Parliament, not the Government, to assert the terms under which this confidence (or lack thereof) is expressed"), precisando che la formula prevista nella legge del 2011 è tuttavia l'unica che può portare allo scioglimento dell'Assemblea.

RAPPORTO DEL *TREASURY COMMITTEE* DEI COMUNI

L'*House of Commons Treasury Committee* l'**11 dicembre** ha pubblicato il rapporto *The UK's economic relationship with the European Union: The Government's and Bank of England's Withdrawal Agreement analyses Twenty-Fifth Report of Session 2017–19* dal quale emerge un quadro pessimistico sul futuro economico del Paese post *Brexit*.

GOVERNO

BREXIT: LO STALLO NELLE TRATTATIVE

In questa sezione sono approfonditi alcuni dei punti descritti nell'introduzione.

Il **9 settembre** Boris Johnson ha nuovamente criticato il piano dell'esecutivo, approvato dopo l'incontro di tutto il Consiglio di Gabinetto nella residenza di campagna della Premier a Chequers nel luglio scorso, piano che aveva portato alle sue dimissioni, a quelle di David Davis e di altri ministri. Johnson ha affermato che lo *Chequers plan* aveva "wrapped a suicide vest" intorno alla Costituzione britannica e il **28 settembre** in un articolo pubblicato sul *Telegraph* ha illustrato il proprio progetto di *Brexit* definendolo un "Super Canada free trade deal".

ISSN 2279-7238

Nel clima di incertezza di questi mesi non stupisce da un canto la grande affluenza alla manifestazione *People's vote march* organizzata il **20 ottobre** a Londra e che ha visto la partecipazione di molti cittadini europei residenti nel Regno Unito, dall'altro le richieste di un secondo referendum provenienti sia dal mondo politico, sia da quello accademico sia dalla società civile.

Il **24 ottobre**, poi, il *National Audit Office* ha pubblicato il rapporto *The UK border: preparedness for EU exit* nel quale ha affermato che il prezzo di un *no deal* ricadrà soprattutto sul Regno Unito dato che migliaia di imprese che esportano non saranno in grado di prepararsi in tempo alle nuove regole.

Alle dimissioni dei 4 ministri ricordate nell'introduzione si sono aggiunte, nel quadrimestre preso in esame, da un lato quelle del ministro dei Trasporti Jo Johnson, fratello minore di Boris, ma al contrario di questo profondo europeista, il quale il **9 novembre** ha rassegnato le sue dimissioni attaccando, con parole molto dure, la strategia del Governo. Dall'altro quelle del sottosegretario all'Università Sam Gyimah, il quale si è dimesso il **30 novembre** perché in disaccordo con il *withdrawal agreement*, annunciando anche il suo voto contrario in Parlamento.

BREXIT: IL RINVIO DEL VOTO PARLAMENTARE

Una volta raggiunta la bozza di accordo con l'Europa la May ha iniziato la sua battaglia per superare il voto parlamentare. Così, nel corso del dibattito ai Comuni del **26 novembre** ha difeso strenuamente l'*agreement* pur ammettendo di non essere del tutto soddisfatta del *backstop* introdotto per la questione nord irlandese, da lei definito come un "insurance policy that no-one wants to use".

Ad accrescere il clima di incertezza ha contribuito anche il rapporto pubblicato dal *National Institute of Economic and Social Research* il **26 novembre** *Economic effects of the Government's Proposal Brexi deal* nel quale ha esaminato le conseguenze economiche della *Brexit* e ha affermato che "This is likely to have an adverse effect on living standards in the UK. Our central estimate is that if the government's proposed Brexit deal is implemented, then GDP in the longer term will be around 4 per cent lower than it would have been had the UK stayed in the EU. This is roughly equivalent to losing the annual output of Wales or the output of the financial services industry in London. This is equivalent to a loss of 3 per cent in GDP per head, worth around £1,000 per annum on average to people in the UK. If the UK were to stay in a customs union with the EU, or if the Irish backstop position was to be invoked, there would still be a hit to GDP per capita of 2 per cent".

Come abbiamo detto nell'introduzione, le difficoltà che avrebbe incontrato la May nel far approvare l'accordo di recesso dal "meaningful vote" parlamentare dell'**11**

ISSN 2279-7238

dicembre sono apparse evidenti fin dalle prime battute del dibattito in aula. Ad esempio il **4 dicembre** oltre ad essere stato costretto a pubblicare il parere di Cox, il Governo è stato sconfitto altre due volte alla Camera dei Comuni, una delle quali in occasione del voto sull'emendamento proposto dal conservatore Dominic Grieve, e approvato con 321 voti a favore e 299 contrari e con l'appoggio di diversi conservatori. L'emendamento si riallaccia a quanto previsto dall'*EU Withdrawal Act 2018* per il quale il Governo, in caso di bocciatura dell'accordo, deve presentarsi in Parlamento con una mozione in cui comunicare le sue intenzioni future. A seguito della modifica proposta da Grieve i deputati potranno presentare emendamenti a tale mozione e in qualche modo quindi tentare di indirizzare l'azione dell'esecutivo, imponendo anche un eventuale piano alternativo. Il laburista Chris Leslie, ha dichiarato che l'emendamento proposto da Grieve "gives teeth back to the House of Commons so MPs can have some real bite".

La scelta della May di rinviare il voto dell'**11 dicembre** nella speranza di ottenere maggiori concessioni dall'Europa ha fatto infuriare le opposizioni, che l'hanno accusata di aver perso il controllo degli eventi. Lo stesso *Speaker* Bercow ha invitato il Governo a far esprimere al più presto i deputati con un voto sull'accordo. Ma soprattutto – come abbiamo detto - la sua decisione ha portato il partito conservatore a votare la sfiducia alla sua leadership.

BREXIT: IL VOTO ALLA *LEADERSHIP* DELLA MAY

Bisogna ricordare, in proposito, che già il **22 ottobre** Steve Baker aveva inviato a Graham Brady, presidente del *1922 Committee*, una lettera di sfiducia nei confronti della *leadership* di Theresa May e aveva affermato che, a suo parere, sarebbe stato facile raggiungere le 48 lettere necessarie per avviare detta procedura. In effetti, tale ipotesi si è puntualmente verificata il **12 dicembre**, quando, a seguito dello slittamento del voto parlamentare, Graham Brady ha raggiunto il numero necessario.

La May ha affrontato a testa alta il voto, ricordando al suo partito che l'eventuale successore non avrebbe avuto il tempo per rinegoziare un nuovo accordo e ha superato il voto interno con 200 voti a favore e 117 contrari.

Il leader Corbyn il **17 dicembre** ha presentato anche una mozione di "no confidence in the prime minister due to her failure to allow the House of Commons to have a meaningful vote straight away", una mozione di sfiducia contro la May e non nei confronti dell'esecutivo, di valore meramente simbolico. Una mossa che però non è stata presa neanche in considerazione dall'esecutivo che l'ha giudicata come "silly political game" e non ha concesso di votarla.

ISSN 2279-7238

BREXIT: LO SPETTRO DEL *NO DEAL*

Il **19 dicembre** il ministro degli interni Sajid Javid ha pubblicato le linee guida sull'immigrazione dopo la *Brexit* che dovrebbero entrare in vigore a partire dal gennaio 2021, a conclusione del periodo di transizione, sempre che l'accordo venga approvato e che non vi sia un prolungamento del periodo di transizione. Secondo il progetto i lavoratori europei non qualificati potranno rimanere nel Paese un anno, ad eccezione di alcuni settori. Mentre per i lavoratori qualificati non vi sarà alcuna distinzione tra cittadini europei ed extracomunitari. Tutti potranno avere un visto di cinque anni dopo di che potranno fare richiesta di residenza permanente.

Il **19 dicembre**, poi la Commissione europea ha pubblicato le linee guida in caso di *no deal* *Preparing for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union on 30 March 2019: Implementing the Commission's Contingency Action Plan - COM(2018) 890*.

CORTI

LEE V ASHERS BAKING COMPANY

La sentenza *Lee v Ashers* del **10 ottobre** ha già fatto discutere la dottrina per l'interpretazione data dalla Corte suprema alla libertà di espressione. Con giudizio unanime, ribaltando la sentenza d'appello, la Corte ha riconosciuto come legittimo esercizio della libertà di espressione il rifiuto da parte di una pasticceria di Belfast nel 2014 di scrivere su una torta nuziale "Support gay marriage", non condividendo il messaggio. Secondo la Corte i pasticceri, cristiani evengelici, non hanno compiuto un atto di discriminazione nei confronti del cliente, che più volte si era servito nella pasticceria ed era stato sempre trattato al pari degli altri. Come affermato da Lady Hale nella sentenza "Nobody should be forced to have or express a political opinion in which he does not believe".

Evidenti sono le analogie con il caso *Masterpiece Cakeshop v Colorado Civil Rights Commission* giudicato negli USA dalla Corte suprema lo scorso giugno.

IL CASO WIGHTMAN DI FRONTE ALLA CORTE EUROPEA

Risolvendo una questione su cui la dottrina si era interrogata fin dal referendum *Brexit* e che era stata interpretata in modo differente dalla sentenza Miller, il **10 dicembre** la Corte di giustizia europea ha emanato il proprio parere nel caso *Wightman* e ha affermato che il Regno Unito ha il potere di revocare in modo unilaterale e fino all'ultimo momento la richiesta di recedere dall'Unione anche

ISSN 2279-7238

senza l'accordo degli altri Paesi, attraverso "un processo democratico nel rispetto delle regole costituzionali nazionali".

Il caso in esame nasce da una questione pregiudiziale sollevata di fronte alla *Court of Session* scozzese a cui si erano rivolti alcuni deputati scozzesi di Westminster, di Holyrood e del Parlamento europeo guidati da Andy Wightman. I ricorrenti si erano rivolti alla *Scottish Court of Session* perché chiedesse alla Corte Europea se l'articolo 50 potesse essere revocato unilateralmente e, in caso affermativo, quali fossero le modalità e i tempi dell'invio della revoca. Lord Boyd aveva, però, respinto la richiesta, reputandola di natura solo ipotetica o accademica. Wightman e gli altri si erano rivolti allora alla *Inner House of the Court of Session* scozzese, la quale il **19 settembre** aveva accolto la richiesta affermando che il caso non poteva essere considerato ipotetico, dato che il Regno Unito aveva già notificato all'Unione la sua decisione di uscire dall'Europa. In particolare la Corte scozzese ha affermato: "The situation is not hypothetical or academic. Notification of withdrawal has been made. It may, in the absence of supervening events and perhaps in any event, take effect in about six months time. The court has been asked the question of "whether, when and how the notification ... can unilaterally be revoked" in advance of the expiry of the two year period. This can only be answered definitively by the CJEU. An answer would require to be provided before this court could grant the appropriate declarator. In these circumstances, reference to the CJEU for a preliminary ruling under Article 267 of the TFEU is "necessary". Il Governo britannico aveva tentato di opporsi invano alla richiesta di parere sottoposta alla Corte.

Nel ricco dibattito sorto a margine della sentenza i costituzionalisti britannici sembrano concordare sul fatto che l'eventuale notifica della revoca al Consiglio, in linea con la sentenza Miller, dovrebbe essere autorizzata da una legge del Parlamento.

A seguito della sentenza l'**11 dicembre**, l'ex Premier John Major ha suggerito alla May di revocare subito la notifica in modo da consentire un migliore accordo con l'Europa.

THE UK WITHDRAWAL FROM THE EUROPEAN UNION (LEGAL CONTINUITY) (SCOTLAND) BILL

La Corte Suprema il **13 dicembre** si è pronunciata sul c.d. *Scottish Continuity Bill Case*. Come noto, la *Brexit* comporterà il passaggio delle competenze dall'Unione europea al Regno Unito anche nelle aree che rientrano nelle materie devolute. In questi mesi di discussione parlamentare dell'*EU (Withdrawal) Bill* il dibattito ha riguardato la difficoltà di conciliare da un canto l'esigenza di uniformità sostenuta dal

ISSN 2279-7238

Governo May il quale aveva previsto nel disegno di legge originario che le materie devolute fossero tutte trasferite in un primo momento a Londra e, in un secondo momento, redistribuite alle amministrazioni devolute, dall'altro quelle di Scozia e Galles che a gran voce richiedevano un passaggio diretto senza il filtro centrale. Una soluzione di compromesso avanzata dal Governo nel mese di marzo era stata quella di riservare a Londra il controllo, per un periodo limitato, solo in 24 aree attualmente devolute (tra cui agricoltura, ambiente, sanità, pesca). Tale soluzione era stata in un primo momento respinta dai Governi di Scozia e Galles e le Assemblee nazionali avevano approvato due *Continuity Bills* che avrebbero disciplinato il passaggio di competenze alle amministrazioni devolute e che avrebbero dovuto essere considerati complementari all'*EU (Withdrawal) Act 2018*. L'Assemblea di Holyrood aveva, inoltre, respinto la *legislative consent motion* relativa all'*EU (Withdrawal) Act 2018*, azione di rilievo solo politico dato che non aveva potuto impedire l'entrata in vigore della legge.

L'esecutivo britannico aveva deciso allora di esercitare il potere conferitogli dalle leggi della *devolution* che, per tutelare la sovranità di Westminster, hanno introdotto procedure di "salvaguardia" dirette ad evitare l'entrata in vigore di leggi approvate dalle Assemblee ritenute incompatibili con il disposto degli atti devolutivi, contrarie alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o alla normativa europea. Così si era rivolto nel mese di aprile alla Corte suprema per chiedere se i *Continuity Bills* scozzese e gallese - approvati dalle Assemblee, ma ancora non sottoposti all'assenso reale - fossero "within devolved legislative powers". Successivamente l'esecutivo era riuscito ad ottenere un accordo con il Galles, ma non con la Scozia, per cui la causa scozzese era andata avanti e la Corte suprema aveva tenuto le udienze alla fine di luglio.

La sentenza della Corte suprema appare di grande interesse. Essa ha in primo luogo affermato che il disegno di legge scozzese al momento della sua approvazione da parte di Holyrood rientrava nelle competenze dell'Assemblea. La Corte ha quindi respinto la tesi del Governo britannico secondo cui l'intero testo era al di fuori delle competenze perché disciplinava le relazioni internazionali, materia riservata in via esclusiva a Londra. La Corte ha affermato, invece, che il testo "simply regulates the legal consequences in Scotland of the cessation of EU law as a source of domestic law relating to devolved matters, which will result from the withdrawal from the EU already authorised by the UK Parliament".

In secondo luogo la Corte ha ritenuto che la *section* 17 della legge, che attribuiva ai ministri scozzesi la facoltà di porre un veto sui regolamenti governativi nazionali in

ISSN 2279-7238

materia devoluta, fosse illegittima perché contraria alla sezione 28(7) dello *Scotland Act*.

Tuttavia, ha osservato la Corte, il quadro normativo di riferimento è poi cambiato quando, nel giugno del 2018, il Parlamento di Westminster ha approvato l'*EU (Withdrawal) Act 2018*, legge che ha modificato lo *Scotland Act 1998*, aggiungendo se stessa alle "protected provisions" elencate nello *schedule* 4. Tali "protected provisions" sono quelle che non possono essere abrogate dal Parlamento scozzese. Di conseguenze, in virtù della legge del 2018, un numero maggiore di disposizioni del *Continuity Bill* scozzese secondo l'opinione della corte sono divenute "unlawful".

La sentenza ha individuato "the essence of devolution" negli articoli 28 e 29 dello *Scotland Act 1998* i quali definiscono la potestà legislativa primaria del Parlamento scozzese, potestà che non limita "the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland." Questa è quindi - secondo la Corte - l'"essenza" della *devolution* che la differenzia dal modello federale: "in contrast to a federal model, a devolved system preserves the powers of the central legislature of the state in relation to all matters, whether devolved or reserved as part of a "constitutional settlement".

Nel confermare dunque che l'attribuzione di potestà legislativa primaria al Parlamento scozzese, il riconoscimento della "permanenza" delle istituzioni devolute e dell'esistenza della *legislative consent convention* non hanno eroso il principio fondante la Costituzione britannica, vale a dire quello della sovranità del parlamento ("the UK Parliament remains sovereign, and its legislative power in relation to Scotland is undiminished"), la Corte ha tuttavia voluto ribadire anche la rilevanza politico costituzionale delle istituzioni devolute. Così, come in precedenti sentenze, ha evidenziato il carattere democratico del Parlamento scozzese, definito come "a legislature of unlimited legislative competence subject to the limitations in sections 28 and 29 of the Scotland Act", nella sostanza un parlamento con un potere legisaltivo illimitato all'interno dei confini stabiliti dalla legge.

Inoltre nel giudicare la section 17 *unlawful* la Corte ha ritenuto possibile prevedere clausole che possano condizionare in qualche modo l'esercizio della sovranità parlamentare, senza arrecarle pregiudizio ("Nor are we persuaded that section 17 impinges upon the sovereignty of Parliament. Section 17 does not purport to alter the fundamental constitutional principle that the Crown in Parliament is the ultimate source of legal authority; nor would it have that effect. Parliament would remain sovereign even if section 17 Page 25 became law. It could amend, disapply or repeal section 17 whenever it chose, acting in accordance with its ordinary procedures"). Del resto non mancano esempi in tal senso, come le previsioni contenute nelle leggi

ISSN 2279-7238

del 2016 e del 2017 relative a Scozia e Galles secondo cui l'eventuale abrogazione delle istituzioni devolute potrà essere disposta da Londra solo se preceduta da un referendum.

Peraltro l'accordo raggiunto tra Galles ed il Regno Unito ad aprile prevede che i poteri di Bruxelles nelle materie devolute saranno temporaneamente trasferiti a Londra per un periodo massimo di 7 anni e Westminster legifererà in queste materie solo con il consenso del Parlamento di Cardiff.

AUTONOMIE

SCOZIA

Il *Joint Ministerial Committee (European Negotiations)* il comitato che ha in compito di riunire i rappresentanti dei Governi devoluti e del Governo centrale ha continuato in questi mesi ad incontrarsi per valutare le conseguenze pratiche della *Brexit* per la *devolution* e per affrontare anche la questione dell'eventuale *no deal*. Argomenti che erano stati al centro anche del rapporto pubblicato lo scorso luglio dal *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* della Camera dei Comuni *Devolution and Exiting the EU: reconciling differences and building strong relationships*.

In questi mesi sempre molto tesi sono apparsi i rapporti tra il Governo scozzese e quello centrale: ad esempio il **12 settembre** il Governo britannico ha presentato a Westminster l'*Agriculture Bill* che disciplina il settore dell'agricoltura dopo la *Brexit*. Il disegno di legge è relativo soprattutto all'Inghilterra, anche se l'allegato 3 disciplina il Galles e l'allegato 4 il Nord Irlanda. La legge non ha potuto prendere in considerazione la Scozia per la forte opposizione del ministro dell'agricoltura scozzese che ritiene la legge contraria allo spirito della *devolution*. Inoltre la *First Miniter* scozzese Sturgeon e gli esponenti dello SNP a Westminster hanno esortato più volte tutti i partiti europeisti del Paese ad unirsi in una coalizione per opporsi all'accordo, imporre la permanenza definitiva nell'Unione doganale e nel mercato unico o sostenere anche l'ipotesi di un nuovo referendum.

A seguito della sentenza della Corte suprema del **13 dicembre** prima illustrata il *Brexit Secretary* scozzese Michael Russell ha avviato alcuni colloqui con gli esponenti dei partiti presenti a Holyrood per valutare le diverse opzioni sul futuro dello *Scottish Brexit Bill*.

GALLES

ISSN 2279-7238

Ad aprile Carwyn Jones aveva annunciato per il mese dicembre le sue dimissioni dalla carica di *first minister* ricoperta da 9 anni. La sua scelta, secondo molti, era stata dettata anche dallo *shock* causato dal suicidio di Carl Sargeant, ministro del suo esecutivo che era stato allontanato dal Governo a seguito di uno scandalo.

Il **6 dicembre** Mark Drakeford è stato eletto leader del *Labour Party* gallese con il 53,9% dei voti. L'**11 dicembre** Carwyn Jones si è dimesso dalla carica di Primo Ministro del Galles ed il **12 dicembre** l'Assemblea gallese ha votato per la sua nomina. Una volta nominato dalla Regina, il **13 dicembre** Drakeford ha annunciato la composizione del suo Governo in cui sono presenti alcuni ministri del precedente.

IRLANDA DEL NORD

Permane la situazione di stallo nel Nord Irlanda priva di Governo dal gennaio 2017 e anche di *direct rule* da parte di Londra.

ISSN 2279-7238

Un "effetto sorpresa" nelle ultime elezioni regionali russe*

di Ilmira Galimova**

Nell' ultimo quadrimestre del 2018 sono ricorsi due anniversari "storici". Nello specifico, il **4 ottobre**, si è commemorato il venticinquesimo anniversario dell'assalto al Parlamento Russo, che ha messo fine allo scontro politico tra il presidente Eltsin e il Soviet Supremo, mentre il **12 dicembre** si è celebrato il venticinquesimo anniversario della Costituzione della Federazione russa. I due eventi hanno segnato per la Russia post-sovietica il passaggio definitivo dal sistema transitorio post-comunista al sistema democratico moderno ed hanno avuto, senza dubbio, un impatto duraturo sull'andamento del processo di consolidamento democratico nel Paese.

Nell'immaginario popolare, però, a distanza di tempo, queste date sono state in parte rimosse (secondo i dati di *Levada Center*, solo il 61% dei russi sa quando si celebra il Giorno della Costituzione). Il dibattito sulle "eredità" della Costituzione adottata nel 1993 è stato limitato nell'arena politica e ha portato alla formulazione da parte di alcuni politici e funzionari di Stato dei cd. "piccoli correttivi" o delle "modifiche limitate" al testo costituzionale[104].

---

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

[104] In particolare, negli ultimi mesi dell'anno sono stati pubblicati due articoli redatti da alti funzionari governativi che segnalavano le prospettive di ulteriori riforme costituzionali. Il primo articolo, intitolato "La lettera e lo spirito della Costituzione" è stato pubblicato il **9 ottobre** sulla *Rossiyskaya Gazeta* dal Presidente della Corte Costituzionale russa Valerij Zor'kin [v. https://rg.ru/2018/10/09/zorkin-nedostatki-v-konstitucii-mozhno-ustranit-tochechnymi-izmeneniiami.html]. Egli ha suggerito "riforme selettive" nella Carta fondamentale del Paese alla luce delle "crescenti sfide esterne". Fra i difetti della Costituzione Zor'kin ha evidenziato: la mancanza di equilibrio fra i rami del potere, l'ambiguità del testo nella distribuzione dei poteri tra il Presidente e il Governo, l'incertezza circa la natura dei rapporti fra governo locale e autorità statale ecc. Inoltre, Zor'kin si è espresso a sostegno del modello bipartitico americano, il quale, secondo l'autore, "assicura al meglio, in termini operativi, la democrazia".
Il secondo articolo "25 anni di Costituzione: un equilibrio tra libertà e responsabilità" [v. http://government.ru/news/35053/] è stato scritto dal primo ministro Dmitrij Medvedev e pubblicato sulla rivista *Zakon* il **12 dicembre 2018**. Nello scritto Medvedev ha sostenuto che, "sebbene alcuni cambiamenti alla Costituzione possano essere fatti, essi non dovrebbero minare i diritti umani e le libertà".

ISSN 2279-7238

Dunque, mentre le due date "storiche" sono passate quasi del tutto inosservate per i cittadini russi, negli ultimi quattro mesi del 2018 l'attenzione del pubblico e degli esperti è stata rivolta a tre grandi eventi: in primo luogo, le campagne elettorali nelle regioni russe svoltesi il **9 settembre** e poi trascinate per diversi mesi fra l'organizzazione dei secondi turni (**settembre-novembre**) e l'indizione delle nuove consultazioni (**dicembre**); in secondo luogo, l'approvazione definitiva della riforma delle pensioni, firmata dal Presidente il **3 ottobre**, nonostante le molteplici proteste contro tale decisione; in terzo luogo, la tradizionale Grande conferenza stampa con il Presidente, la quattordicesima per Vladimir Putin, tenutasi il **20 dicembre**.

Per quanto riguarda quest'ultima essa è stata, naturalmente, una delle tante apparizioni in pubblico del Presidente degli ultimi quattro mesi, ma ha rappresentato l'evento più importante per la politica interna, dato che anche quest'anno l'annuale discorso del Capo di Stato alle Camere riunite del Parlamento è stato rimandato. Dall'altro canto, Putin è stato attivo sul fronte della politica estera: ad esempio, ha partecipato alla riunione del Consiglio dei Capi di Stato della Comunità degli Stati indipendenti a Dušanbe il **28 settembre**, ha visitato il Forum sulla Pace organizzato a Parigi l'**11 novembre** ed ha preso parte al vertice G20 a Buenos Aires tra il **30 novembre** e il **1° dicembre**. Nello stesso tempo, a fare da sfondo e a complicare gli sforzi diplomatici del Presidente è stata la crescente tensione tra Mosca e Kiev, sfociata il **25 novembre** nello scontro militare avvenuto nel mar d'Azov nei pressi dello stretto di Kerch, a cui è seguito uno scambio di accuse[105]. Mosca ha

Tuttavia, ha ribadito che la Legge fondamentale "non protegge i diritti che sono in evidente conflitto con i valori tradizionali della società russa".

Infine, il **25 dicembre,** lo *speaker* della Duma di Stato Vyačeslav Volodin durante un incontro con il Presidente ha suggerito di analizzare le disposizioni della Costituzione "per individuare come essi funzionano oggi" e se sono ancora efficaci [https://www.rbc.ru/politics/25/12/2018/5c226d1a9a794747a5e0ae2a].

Il fatto che le proposte di modificare il testo costituzionale sono diventate più frequenti negli ultimi mesi non significa che una riforma sia imminente. Tuttavia, la prospettiva di riforma costituzionale rimane uno degli scenari in discussione attorno al problema della transizione del potere nel 2024.

[105] Su questo punto, v. Osservatorio Balcani e Caucaso – Transeuropa, "Ucraina-Russia: un mare di tensione": https://www.balcanicaucaso.org/aree/Ucraina/Ucraina-Russia-un-mare-di-tensione-191397.

ISSN 2279-7238

accusato la marina ucraina di aver attraversato illegalmente il confine russo e il Presidente Putin ha definito l'incidente "una provocazione organizzata dall'attuale governo ucraino alla vigilia delle elezioni presidenziali nel Paese".

Tuttavia, la "battaglia" in atto a partire dalla crisi di Crimea del 2014 tra Russia e Ucraina non si è limitata solo agli spazi territoriali e marittimi, ma si è estesa anche sul piano ideologico. Proprio in questi mesi, a peggiorare i rapporti fra i due Paesi, è giunta la decisione favorevole del patriarca di Costantinopoli Bartolomeo sull'indipendenza della Chiesa ortodossa ucraina, formalizzata il **29 novembre**. Tale concessione ha avuto implicazioni pratiche quando il **15 dicembre** il Concilio ecclesiastico per l'autocefalia della Chiesa ortodossa ucraina ha dichiarato l'istituzione della Chiesa nazionale e indipendente da quella ortodossa russa[106], creando, così, uno scisma sia a livello della comunità religiosa sia nella società ucraina. Non si è fatta aspettare la reazione negativa da parte di Kirill, Patriarca di Mosca e di tutte le Russie, sostenuto da Vladimir Putin. Quest'ultimo, durante il suo discorso in una riunione del Consiglio Mondiale popolare russo (ONG fondata nel 1993 sotto gli auspici della Chiesa ortodossa russa) il **1° novembre** ha criticato la pericolosa pratica politica che "utilizza la russofobia e il nazionalismo per creare protettorati senza volto anche nello spazio post-sovietico" e che produce "interferenze spudorate e invasive nella vita della chiesa"[107].

Seppur controproducente per le relazioni diplomatiche, secondo molti commentatori l'atteggiamento irruente e la retorica accusatoria del Presidente hanno fatto presa sul pubblico "nazionale". Una strategia che potrebbe costituire l'occasione per Vladimir Putin, il cui sostegno è in calo da diversi mesi[108], per

[106] Si vede sulla vicenda *BBC.com* "In Ucraina è stata creata una chiesa ortodossa indipendente" [articolo in russo]: https://www.bbc.com/russian/news-46570396.

[107] *Pervyj kanal*, "Vladimir Putin ha parlato in una riunione del Consiglio Mondiale popolare russo" [articolo in russo]: https://www.1tv.ru/news/2018-11-01/354977-vladimir_putin_vystupil_na_zasedanii_vsemirnogo_russkogo_narodnogo_sobora.

[108] In meno di un anno, l'indice di fiducia di Vladimir Putin è calato di 20 punti percentuali, come mostra una nuova indagine del *Levada Center*: nel novembre 2017 questa cifra era del 59%, e nel settembre 2018 - 39% [https://www.levada.ru/2018/10/08/doverie-pyatoj-chasti-rossiyan-poteryal-vladimir-putin-za-proshedshij-god/]. Su questo punto v. anche GALIMOVA I., *L'inizio del nuovo mandato presidenziale in Russia: come far passare una riforma contestata. Cronache costituzionali dalla Russia (maggio - agosto 2018)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 2/2018, p. 2: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Russia2_18.pdf

ISSN 2279-7238

riaffermare il proprio ruolo di leader forte di fronte all'*audience* interna facendo scattare il *cd.* "effetto Crimea"[109]. Inoltre, la linea di politica estera aggressiva potrebbe anche avere l'effetto di 'distrarre' l'opinione pubblica: come è stato affermato "l'incidente di Kerch coagulerebbe la popolazione russa attorno al leader nazionale contro una minaccia esterna, facendo passare le preoccupazioni economiche in secondo piano"[110].

Sembra una strategia intelligente, eppure oramai poco praticabile: i recenti studi sull'opinione pubblica in Russia presentati dal Comitato per le Iniziative Civiche l'**11 ottobre** [v. il Rapporto "Segni di un mutamento dell'umore pubblico e gli effetti probabili", oppure la sua Relazione sintetica] hanno mostrato una diffusa "stanchezza" della popolazione per il programma ufficiale di politica estera e hanno registrato un graduale cambiamento dei valori negli ultimi cinque anni. Secondo gli esperti, la richiesta di una maggiore giustizia sociale (67,5% delle risposte) rappresenta un punto cruciale di questa svolta che ha avuto riflessi sugli altri due eventi principali dell'ultimo quadrimestre del 2018 citati in precedenza, cioè la riforma pensionistica e le elezioni regionali e locali.

La contestata misura di aumento dell'età pensionistica annunciata nell'estate del 2018 dal Governo russo ha provocato un'ondata di proteste in tutta la Russia, protesta che si è sovrapposta ad una richiesta di maggiore giustizia. Proprio in concomitanza con il Giorno unico delle elezioni, il **9 settembre**, si sono registrate importanti manifestazioni nelle principali città russe. Il malcontento dei cittadini si è poi trasformato in un diffuso sentimento *anti-establishment* e ha trovato la sua espressione non tanto nella "deriva a sinistra" ma, piuttosto, nel voto di protesta contro il Partito al potere registrato nelle ultime elezioni regionali russe.

---

[109] Sull'impatto della crisi di Crimea sull'opinione pubblica russa v. l'articolo del sociologo e l'esperta di *Levada Center* v. VOLKOV D., *L'effetto a lungo termine della Crimea* [in russo]: https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2017/03/17/681693-dolgosrochnii-effekt, oppure il commento dell'esperta di *Carnegie Moscow* KOLESNIKOV A., *Two Years After Crimea: The Evolution of a Political Regime*: https://carnegie.ru/commentary/63082.

[110] V. ISPI, *Tensione Russia-Ucraina: cause e conseguenze dell'incidente di Kerch*: https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/tensione-russia-ucraina-cause-e-conseguenze-dellincidente-di-kerch-21753.

ISSN 2279-7238

Si nota, appunto, che l'unico gruppo parlamentare che ha votato in maniera uniforme a favore della riforma delle pensioni è stata la fazione di "Russia Unita": il **25 settembre** i deputati hanno votato sulle modifiche al disegno di legge iniziale (326 voti a favore contro 59 voti contrari), accogliendo le proposte del Presidente e respingendo l'intero blocco di emendamenti presentati dai partiti di opposizione e dai sindacati. Il **27 settembre** un pacchetto di leggi sulla riforma delle pensioni è stato approvato definitivamente nella Duma di Stato (333 voti a favore, di cui 332 sono di "Russia Unita", contro 55 voti contrari). Il **3 ottobre** il Consiglio della Federazione ha votato a favore (87,6%) della riforma e lo stesso giorno la Legge federale n. 350-FZ "Sulle modifiche di alcuni atti legislativi della Federazione Russa riguardanti questioni di assegnazione e pagamento delle pensioni" è stata firmata dal Presidente (i legislatori hanno previsto una graduale entrata in vigore della normativa tra il 1° gennaio 2019 e il 1° gennaio 2025 per paragrafi separati).

Ora, considerando l'impopolarità della misura promossa dal Governo e dal Partito al potere, non è stata una sorpresa per i membri di "Russia Unita" il calo dei consensi alle elezioni di settembre. Tuttavia, essendo sicuro del suo controllo sul meccanismo elettorale (si pensi, alle varie "barriere" create per i politici dell'opposizione extraparlamentare dalla restrittiva legislazione elettorale soprattutto in merito alle procedure di designazione dei candidati), il Cremlino ha sottovalutato la portata dell'insoddisfazione creatasi fra la popolazione. Alcuni osservatori hanno persino parlato del "risveglio" delle istituzioni democratiche in Russia, un fenomeno raro, ma indicativo per le "democrazie di facciata", come spesso viene definito il modello politico-istituzionale russo[111].

Così, visto il fallimento del tentativo di ricorso all'istituto del referendum (si ricorda che, il **17 ottobre** la Commissione elettorale centrale ha deciso di interrompere le procedure di referendum avviate in precedenza, a causa della mancata registrazione di un gruppo di iniziativa entro il termine stabilito), in queste

[111] V. SCHULMAN E., "*Il crepitio: Cosa ha svegliato le istituzioni elettorali*" [articolo in russo]: https://carnegie.ru/commentary/77322.

ISSN 2279-7238

circostanze le elezioni sono divenute l'unico strumento incisivo per l'esercizio della sovranità popolare. Nonostante la scarsa fiducia degli elettori russi nello stesso procedimento elettorale, il meccanismo a doppio turno utilizzato per le elezioni dei Capi delle regioni russe (che permette il voto strategico nel *run-off*) è riuscito a suscitare l'interesse dei cittadini di alcune regioni nei confronti della campagna elettorale e, infine, a creare un ostacolo alla rielezione dei governatori in carica.

Perfino la portavoce del Cremlino Peskov, il **24 settembre,** ha parlato della presenza di un "effetto sorpresa"[112] per quanto riguarda gli esiti dei secondi turni delle elezioni regionali, in cui i candidati dal "potere" sono stati sconfitti dai politici dei partiti di opposizione parlamentare.

Paradossalmente, secondo i sondaggi, mentre il *rating* elettorale di "Russia Unita" è calato dal 37% nel dicembre 2017 al 28% nell'agosto del 2018, gli altri partiti non sono riusciti a guadagnare popolarità[113]. Il sostegno al Partito Comunista e al partito "Russia Giusta" è rimasto lo stesso – rispettivamente 9% e 3%. Anche i consensi del partito Liberal-Democratico non sono molto modificati, attestandosi circa sull'11%. Ciò suggerisce che la protesta non ha cercato di promuovere un concreto attore politico ma piuttosto di svantaggiare la classe dirigente e, quindi, la crisi in cui è stato coinvolto il partito di potere in realtà rappresenta una crisi più generale della rappresentanza politica nel Paese. Secondo i dati degli autori del rapporto "Nuova realtà politica e rischi dell'ondata anti-élite in Russia" pubblicato dall'agenzia di comunicazione politica "*Minchenko Consulting*" il **27 ottobre**, il 42% degli intervistati ha dichiarato che nessuno dei partiti politici esistenti esprime i propri interessi, mentre il 72% ha un atteggiamento negativo nei confronti del sistema dei partiti russo.

In questo contesto, è opportuno analizzare la questione dell'eventuale sviluppo del sistema politico-partitico e di quello elettorale, specialmente in relazione alle

[112] *Rianovosti*, "Peskov ha trovato l'"effetto sorpresa" negli esiti dei secondi turni delle elezioni regionali" [articolo in russo]: https://ria.ru/20180924/1529208319.html.
[113] *Levada Center*, "*Rating* dei Partiti Politici": https://www.levada.ru/2018/09/17/partijnye-rejtingi/.

ISSN 2279-7238

prossime elezioni della Duma nel 2021[114]. Tuttavia, il **30 ottobre,** il Presidente Vladimir Putin, durante la riunione con i membri della Commissione elettorale centrale e i capi delle commissioni regionali in occasione del 25° anniversario del sistema elettorale, ha detto che non vede nel filtro municipale, criticato più volte dagli attivisti, "una restrizione rigida alla volontà dei cittadini". Pertanto, in questo momento, sembra che le autorità russe preferiscano mantenere lo *status quo* invece di procedere con le riforme considerate da loro dannose.

ELEZIONI

LE CAMPAGNE ELETTORALI REGIONALI E COMUNALI

Il **9 settembre** nel Giorno Unico delle Elezioni i russi hanno eletto 7 deputati della Duma in circoscrizioni uninominali (le elezioni suppletive), i Capi di 22 regioni del Paese (nelle altre quattro regioni i Capi dell'Esecutivo sono stati eletti da deputati delle Assemblee regionali), i legislatori dei 17 parlamenti regionali della Russia, nonché i membri degli organi rappresentativi dei comuni nei capoluoghi delle regioni russe.

Inoltre, nella capitale russa si sono tenute le elezioni del sindaco: come era previsto dagli esperti, Serghej Sobjanin è stato confermato in carica come sindaco di Mosca ottenendo il 70.17% dei voti, mentre l'affluenza registrata è stata molto bassa, intorno al 30.86%[115]. Va notato che, nonostante la massiccia propaganda elettorale e l'introduzione di meccanismi di voto semplificati, l'interesse dei moscoviti per le elezioni è calato. Tra le varie ragioni gli esperti hanno evidenziato il fatto che, a differenza delle precedenti elezioni del sindaco, tenutesi cinque anni fa, i candidati dell'opposizione "non sistemica", l'ex deputato della Duma di stato Dmitrij Gudkov e il Presidente del distretto municipale di Mosca Krasnoselskij Ilya Yashin, non hanno potuto partecipare a causa del "filtro municipale" – una disposizione di legge che impone agli aspiranti candidati di raccogliere le firme di almeno un deputato in 110 municipi diversi[116].

[114] Infatti, un gruppo di lavoro presso l'Università di Mosca, insieme alla CEC, ha già iniziato a preparare un progetto di Codice della Federazione Russa su elezioni e referendum.
[115] *Rossijskya Gazeta*: https://rg.ru/2018/09/10/reg-cfo/iavka-na-vyborah-mera-moskvy-sostavila-3086.html.
[116] V. l'elenco delle candidature presentati e ammesse alle elezioni di sindaco di Mosca: http://www.moscow_city.vybory.izbirkom.ru/region/region/moscow_city?action=show&root=1&tvd=277200021

ISSN 2279-7238

Se quella di Sobyanin è stata una "vittoria facile", meno successo hanno avuto i candidati "del potere" in alcune regioni dell'Estremo Oriente russo e Siberia, oltre ad un soggetto della Russia centrale. In queste regioni dopo il primo turno non si è potuto verificare il vincitore (ciò significa che nessuno dei candidati è riuscito ad ottenere il 50% + 1 dei consensi). In questo caso, la legge russa prevede il ballottaggio tra i due candidati più votati nel primo turno. Così, i secondi turni sono stati organizzati in ben quattro soggetti federali in date diverse: il **16 settembre** nel Primorje, il **23 settembre** nelle regioni di Khabarovsk e Vladimir e l'**11 novembre** in Khakazia.

Gli osservatori hanno definito la situazione "senza precedenti", visto che nella storia delle operazioni elettorali in Russia post-sovietica i secondi turni sono stati rari: dal 2012, l'anno della reintroduzione delle elezioni dirette dei Capi delle regioni, una situazione simile è emersa solo una volta, nel 2015 nella regione di Irkutsk. Inoltre, gli esperti hanno fatto notare che la possibilità di vittoria dei candidati dell'opposizione cresce notevolmente nel secondo turno, insieme con la mobilizzazione dell'elettorato di protesta. Se nel primo turno succede che l'elettorato di protesta si spacca tra quelli scoraggiati (che restano a casa) e quelli che votano e i cui voti di protesta vengono distribuiti tra più candidature, il secondo turno dà la possibilità di canalizzare la protesta su un'unica candidatura, mobilizzando così anche i più apatici. Nella prassi, in tutti i quattro casi del *run-off* nelle ultime campagne elettorali, il livello di affluenza nei secondi turni è cresciuto rispetto a quello del primo turno, aumentando in media del 4-5% o addirittura dell'11% (nella regione di Khabarovsk[117]).

Un altro elemento che accomuna le campagne elettorali per la carica di governatore nelle quattro regioni è che a creare problemi per i candidati dal partito "Russia Unita" sono stati i politici dell'opposizione "sistemica", in particolare, del partito Liberal-Democratico e del Partito Comunista, che dovevano, invece, secondo i piani del Cremlino, svolgere soltanto il ruolo di candidati "fantocci"[118].

Tuttavia, sembra che la classe dirigente russa non abbia considerato il fatto che le radici del fenomeno del voto di protesta sono ben più profonde: a influenzare il voto, secondo gli esperti, *in primis* è stato il diffuso malcontento della popolazione per la

97406&vrn=27720002197402&region=77&global=&sub_region=0&prver=0&pronetvd=null&vibid=27720002197402&type=221.

[117] *Vedmosti*: "L'affluenza al secondo turno delle elezioni per il governatore del Territorio di Khabarovsk ha superato il 40%" [articolo in russo]: https://www.vedomosti.ru/politics/news/2018/09/23/781696-yavka.

[118] Secondo alcuni esperti, il fatto che i candidati del potere abbiano perso negli scontri con i politici dell'opposizione poco popolari rende i risultati ancora più deplorevoli sia per i capi delle regioni che per il Cremlino: "*It would be more palatable if the incumbents had been fighting against powerful and well-funded political figures, but struggling against a semi-spoiler, whose presence on the ballot was approved by none other than the incumbent, is an entirely different matter*". [https://carnegie.ru/commentary/77254]

ISSN 2279-7238

riforma delle pensioni[119], oltre alle rivendicazioni delle regioni (soprattutto per quanto riguarda i difficili rapporti tra Mosca e le regioni dell'Estremo Oriente) e una diffusa "stanchezza" per i soliti vecchi volti del ceto politico (infatti, i tre candidati-*edinorossy* – Orlova, Shport e Zimin – che sono stati sconfitti nei secondi turni hanno occupato la carica di governatore prima delle elezioni di settembre, alcuni di loro anche per la durata di due mandati consecutivi dal 2009).

Bisogna anche notare che tutti i candidati del partito "di potere" avevano accesso a risorse amministrative per rendere la loro comunicazione elettorale più efficace e tutti godevano del sostegno del "centro federale" e del Presidente in persona[120].

Ora, nonostante l'esistenza di elementi comuni, al secondo turno vi sono stati casi diversi. In particolare, in due delle quattro regioni, il secondo turno delle elezioni si è svolto due settimane dopo il primo. Così, il **23 settembre**, si sono svolte contemporaneamente le elezioni nel territorio di Khabarovsk e nella regione di Vladimir. In entrambe le regioni, gli attuali governatori (rappresentanti di "Russia Unita") hanno ceduto la carica ai candidati di *LDPR*, i quali hanno ottenuto il 69,57% (per S. Furgal in Khabarovsk) e il 57,03% dei consensi (per V. Sipyagin in Vladimir).

In Primorje, il periodo fra le due operazioni di voto è stato ridotto a una settimana. Ci si aspettava che l'avversario del candidato di governo, il membro del Partito comunista Andrej Isčenko, non avrebbe avuto il tempo di condurre una campagna efficace. Tuttavia, il risultato del voto del secondo turno, tenutosi il **16 settembre**, è stato diverso dalle aspettative del Cremlino e ha causato aspre polemiche. Mentre infatti nel corso del conteggio preliminare dei voti, Isčenko era in testa fino all'elaborazione del 95% dei protocolli, la situazione è inaspettatamente cambiata giunti al conteggio del 99% dei protocolli, quando il candidato del partito "Russia Unita" ha iniziato a superare il suo avversario di poco più di 2 mila voti. Il risultato finale ha quindi visto la vittoria di Andrej Tarasenko, il candidato di "Russia Unita", che ha scavalcato il comunista Isčenko solo dell'1,49% dei voti (i candidati hanno ottenuto rispettivamente 253,2 mila e 245,5 mila voti).

---

[119] Per quanto riguarda la Siberia e l'Estremo Oriente russo, secondo alcuni osservatori, il problema della revisione dell'età di accesso alla pensione è stato più doloroso per i residenti del Nord e le aree equivalenti, in cui, come mostrano le statistiche, l'aspettativa di vita – in particolare per la popolazione maschile – è generalmente inferiore rispetto al resto del Paese [https://www.gazeta.ru/politics/2018/09/24_a_11990299.shtml].

[120] Come scrive un esperto di *Carnegie Moscow*: *"The regime's candidates—both popular (Andrei Tarasenko in the Primorsky region) and less popular and excessively long-serving ones (Viktor Zimin in Khakassia, Vyacheslav Shport in Khabarovsk, and Svetlana Orlova in Vladimir) were clearly up against the protest vote. The voters were saying "anyone but them." Even Vladimir Putin's endorsement didn't help: the president diligently met with all four and lent all the support he could"* [https://carnegie.ru/commentary/77254]. Infatti, il 26 luglio Vyacheslav Shport, il Governatore del territorio di Khabarovsk,ha incontrato al Cremlino Vladimir Putin, il 16 agosto Putin ha incontrato il governatore della regione di Vladimir Svetlana Orlova in Novy-Ogarev, e il 20 agosto si è tenuto l'incontro di lavoro con l'allora Capo della Repubblica di Khakassia Viktor Zimin. Tuttavia, il candidato nel Territorio Primorskij è stato il più "fortunato": proprio nel periodo fra il primo e il secondo turno, a Vladivostok, si è tenuto il Forum economico dell'Estremo Oriente, in cui erano presenti le prime cariche dello Stato; qui, l'**11 settembre** il Presidente Vladimir Putin ha incontrato il governatore pro tempore Andrei Tarasenko.

ISSN 2279-7238

Il caso ha sollevato sospetti in merito alla trasparenza delle operazioni elettorali, e si è persino parlato di una vittoria "matematicamente improbabile" [121]. Di conseguenza, la Commissione Elettorale Centrale, a causa delle violazioni elettorali commesse nel giorno della votazione "da entrambe le parti"[122] ha raccomandato alla Commissione territoriale di invalidare la consultazione. Così il **20 settembre** la commissione elettorale del Territorio Primorskij sulla base della lettera "a", clausola 9, dell'articolo 70 della Legge federale n. 67-FZ "Sulle garanzie di base dei diritti di voto...." ha annullato i risultati del secondo turno delle elezioni [Decisione n. 114/1044 "Sui risultati del secondo turno di votazione alle elezioni anticipate del Governatore del Litorale Primorskij del 16 settembre 2018"], sottolineando che "i risultati elettorali non possono essere riconosciuti come validi". La commissione elettorale regionale ha dichiarato di "essere giunta alla conclusione che è impossibile determinare con certezza la volontà degli elettori".

Il candidato comunista si è subito espresso contrario all'indizione di nuove elezioni e ha proposto di procedere al nuovo conteggio dei voti, eliminando quelli sospetti. Tuttavia, le nuove elezioni per la carica di governatore della regione sono state indette per il **16 dicembre** e i due protagonisti delle elezioni di settembre sono stati esclusi dalla lista dei candidati: l'ex-governatore *pro tempore* si è ritirato, mentre Isčenko non è riuscito a raccogliere le firme dei deputati municipali necessari per la sua nomina come indipendente in considerazione del fatto che questa volta il Partito Comunista aveva deciso di non nominarlo. Vincitore, con il 61.88% dei consensi, è risultato un veterano della politica Oleg Kožemjako, nominato dal Presidente come governatore *pro tempore* già il **25 settembre**.

La campagna elettorale nel Territorio del Primorskij è stato l'evento politico più importante degli ultimi anni non solo a livello regionale ma soprattutto nazionale. In Russia, l'annullamento dei risultati nelle elezioni dei governatori è un fenomeno raro: negli anni '90 le consultazioni sono state invalidate più volte (Kalmykia, Chuvashia, Regione di Chelyabinsk, Regione di Amur, Kuban, Buriazia, Evenkia), mentre negli anni 2000 l'ultimo caso si è registrato nel 2002.

---

[121] "… *In a suspicious last-minute shift a number of precincts suddenly delivered 100% of their votes to the acting governor, Andrei Tarasenko, handing him a victory that appeared moments earlier to be mathematically impossible*" [https://www.theguardian.com/world/2018/sep/19/russia-outcry-widespread-voter-governor-election-annul].

[122] Il Presidente della CEC Pamfilova ha sottolineato il fatto che "durante la campagna elettorale sono stati ricevuti reclami riguardanti entrambi i candidati per la carica di governatore. Secondo i dati sulle votazioni, sono stati trovati collegi con risultati anomali al 100% sia a favore del candidato del Partito comunista sia a favore del candidato di Russia Unita". Pertanto, secondo Ella Pamfilova, "non si può dire che [nella sua valutazione circa la regolarità delle operazioni elettorali] la CEC abbia cercato di favorire uno dei candidati" (citando letteralmente, "che la decisione di CEC era strada a senso unico", "*igra v odni vorota*"). Inoltre, secondo il Presidente della CEC, per la Commissione regionale sarebbe stato impossibile il compito di determinare con certezza in quale direzione ci potrebbe essere una preponderanza di voti, ha spiegato.

ISSN 2279-7238

Dunque, il caso di Primorskij, anche se da un certo punto di vista riserva le sue specificità [123], potrebbe essere considerato rivelatorio: ha mostrato che nelle condizioni rigide di un controllo sulla rappresentanza politica attraverso il "filtro municipale", nonostante la prassi sviluppata di candidati "*spoiler* " e dell'*endorsment* di Putin, le elezioni possono avere esiti inaspettati.

Per quanto riguarda le elezioni regionali per la carica del Capo dell'Esecutivo, in Khakassia, il candidato del partito "Russia Unita" Victor Zimin, uscito al secondo posto (32.42%) nelle elezioni del **9 settembre** (superato dal comunista Konovalov con il 44.81% dei voti), si è rifiutato di partecipare al secondo turno previsto per fine settembre. Quasi tutti gli altri candidati hanno allora seguito il suo esempio con la conseguenza che il secondo turno è stato spostato al'**11 novembre**, con Konovalov, membro del Partito Comunista, unico candidato. Egli, infine, è stato eletto governatore della regione con il 57.57% dei voti.

Anche le elezioni per le Assemblee regionali hanno riservato qualche sorpresa. "Russia Unita" ha perso nella competizione fra le liste dei partiti nelle regioni Khakassia, Irkutsk e Ulyanovsk. In queste regioni hanno vinto i comunisti che hanno apparentemente usato la retorica contro la riforma delle pensioni. Tuttavia, in tutti e tre i casi, il *gap* fra il partito al governo e il *KPRF* non è arrivato più del 10%. Sebbene si possa parlare di un certo successo dei partiti di opposizione, non dobbiamo dimenticare che i parlamenti regionali sono formati secondo un sistema misto: metà dei consiglieri regionali viene eletta nelle circoscrizioni uninominali e qui il partito "di potere" solitamente raggiunge i risultati migliori. Pertanto, al termine dello scrutinio, il partito Comunista è riuscito ad ottenere la maggioranza relativa dei mandati, il 40% (contro il 37% di Russia Unita), soltanto nell'Assemblea legislativa di Irkutsk.

Politici ed esperti hanno espresso opinioni diverse sulle interpretazioni dei risultati delle ultime elezioni regionali e sulla loro analisi. Sia Putin sia il primo ministro, leader di "Russia unita" Medvedev hanno cercato di ridimensionare il fenomeno del voto antigovernativo: così, il **26 settembre**, durante un incontro con il governatore regionale, il Presidente russo ha definito come "situazione normale" l'annullamento delle elezioni in Primorje, mentre il **27 dicembre**, nella riunione con

[123] Molti esperti hanno sottolineato che la formazione di una zona di "ad alta tensione" in Estremo Oriente non è una sorpresa, ma un indicatore politico di tutti gli ultimi anni. "*A protest vote is not a new phenomenon in these regions*", scrivono gli esperti di *Carnegie Moscow* [https://carnegie.ru/commentary/77464].
Come scrive l'*Indepent, "Primorsky Krai in particular has a long-established independent streak. In the 1990s, it was home to an anti-government movement. In the previous two heavily controlled parliamentary elections, the ruling party has hovered around 20 per cent below the national average. In this year's presidential elections, Mr Putin received 65 per cent of votes – a healthy majority in most electoral systems, perhaps, but the second-lowest figure in Russia"* [https://www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-election-primorsky-krai-kremlin-communist-voters-fraud-a8541006.html].

ISSN 2279-7238

i governatori neoeletti, Putin ha apprezzato il fatto che "anche i rappresentanti dei partiti di opposizione hanno potuto realizzare i loro obiettivi".

A sua volta, Dmitrij Medvedev la sera dopo le votazioni, il **9 settembre**, si è espresso in modo del tutto positivo sugli esiti della campagna affermando che "il partito al governo ha mostrato risultati stabili e mantiene la leadership in quasi tutti gli organi legislativi dei soggetti della federazione in cui si sono svolte le elezioni".

Fra gli esperti, invece, si è parlato molto della crisi "sistemica", segnalata dal calo di sostegno all'attuale Governo da parte della popolazione, fenomeno legato non solo alla problematica della riforma delle pensioni. Il voto di protesta, in assenza di un'opposizione matura, nelle ultime elezioni si è potuto riflettere nel sostegno agli *outsider* della politica: "*Unhappy with plans to raise the retirement age, the decline in their living standards, and tax hikes, people can't vote for the real opposition. Strong candidates are either not allowed to run or prefer to cooperate with the authorities by not running, while in-system parties deliberately tone down their rhetoric. Under such conditions, the protest vote becomes random: people are willing to vote for anyone but the ruling regime candidates*"[124].

Eppure, la realtà è più complessa e i risultati delle ultime elezioni regionali e locali non devono essere sopravvalutati: dopotutto, il partito di governo è ancora riuscito a vincere nella stragrande maggioranza delle ultime tornate elettorali.

In generale, per quanto riguarda le elezioni regionali e municipali, nonostante la Russia *de iure* abbia un sistema multipartitico, dopo la creazione del partito "Russia Unita" nel Paese si è formato *de facto* un sistema con un partito dominante, partito che è l'unico ad ottenere la maggioranza non solo nel parlamento federale, ma anche nei corpi rappresentativi a livello regionale (dal 2006 "Russia Unita" vince tutte le elezioni regionali e oggi controlla quasi tutti i parlamenti regionali). La costruzione e il rafforzamento del partito del Cremlino sono stati funzionali alla politica del Presidente di consolidamento delle forze politiche e, in questo senso, "Russia Unita" ha rappresentato uno strumento di reclutamento della classe dirigente e un ponte tra l'élite politica federale e quella regionale.

PARTITI

"RUSSIA UNITA": CONGRESSO DEL PARTITO

L'**8 dicembre** a Mosca si è concluso il Congresso del partito "Russia Unita", durato dal **7** al **8 dicembre**. L'accresciuto interesse per questo evento è dovuto al

[124] PERTSEV A., "*Depoliticization in Russia: The Growth of the Protest Vote*": https://carnegie.ru/commentary/77254.

ISSN 2279-7238

fatto che il *rating* del partito "di potere" sia diminuito gradualmente durante l'ultimo anno[125], la tendenza la cui prova empirica è stata fornita dall'andamento delle ultime campagne elettorali autunnali.

Una questione importante rimasta aperta era il futuro di "Russia Unita": molti si erano chiesti, infatti, se Putin avrebbe continuato a prendere le distanze dal partito. L'**8 dicembre** sia il Presidente sia il Primo Ministro si sono presentati al Congresso e hanno preso la parola. Il Presidente ha pronunciato un discorso "di indirizzo" per i membri del Partito, rassicurando loro sul fatto che per ora non esiste alternativa a "Russia Unita" e che, probabilmente, non ci sarà nel futuro. Parlando del "ruolo speciale" e della leadership del Partito, Putin ha detto: "...penso che Russia Unita, con il suo enorme potenziale legislativo, organizzativo e di risorse umane, dovrebbe essere usata pienamente per unire e consolidare la società e i cittadini nella risoluzione dei compiti di sviluppo e nell'attuazione della nostra agenda nazionale".

Il secondo punto saliente del discorso del Presidente è stato il riconoscimento che fra i membri del Partito siano presenti "carrieristi" che si comportano "indecentemente": "Non permettete mai la scortesia, l'arroganza e il disprezzo per le persone, qualsiasi carica si occupi - dalla più alta alla più bassa – perché è, in primo luogo, dannoso per il Paese, non è giusto per le persone e semplicemente porta a fondo («*nizhe plintusa*») l'intero partito". Alla fine del suo discorso, Vladimir Putin ha espresso la speranza che "Russia Unita" – in quanto più grande forza politica nel Paese – "diventi il partito dello sviluppo rivoluzionario («*proryvnoye razvitie*») della Russia".

Per quanto riguarda le decisioni prese nell'ambito del 18° Congresso [v. Risoluzione del XVIII Congresso del partito politico russo "Russia Unita" sulle priorità del Partito per il prossimo anno, del 8 dicembre 2018], la principale novità è stata l'introduzione delle "norme etiche" nello Statuto del Partito. In particolare, ora i membri del Partito sono incaricati di "essere intolleranti ai tentativi di riscrivere e distorcere la storia della Russia", nonché devono aderire al principio della "modestia personale". Se un membro del partito venisse accusato di condotta scorretta o reato e questa informazione venisse confermata, allora, dovrà dimettersi da tutte le cariche nel Partito[126].

Inoltre, il partito ha deciso l'istituzione di una Commissione etica guidata dal membro più anziano, la prima donna cosmonauta, Valentina Tereshkova. Si presume

[125] In ottobre, dopo la pubblicazione del sondaggio da parte di *FOM*, in relazione al *rating* elettorale del Partito "Russia Unita" si è parlato addirittura di un *anti-record* (31%).
[126] *Tass*, "Medvedev propone di introdurre le norme etiche nello Statuto del Partito *Russia Unita*" [articolo in russo]: https://tass.ru/politika/5889026.

ISSN 2279-7238

che la commissione valuterà i casi di comportamento inopportuno e, comunque, dannosa per l'immagine del Partito.

Durante la *convention* è stato anche deciso di integrare lo Statuto del Partito con un preambolo ideologico, che sancirà i principali orientamenti valoriali del partito, mentre è stata creata per il deputato della Duma di Stato Alexander Gribov, che si occuperà di questioni ideologiche, una nuova carica amministrativa all'interno del Partito.

A seguito degli scandali che hanno coinvolto nel 2018 funzionari di diversi livelli, membri di Russia Unita (ad esempio, il caso Gladskih), si comprende l'idea di introdurre un codice etico. Tuttavia, non sembrano poter funzionare né questa misura né l'iniziativa di elaborare un'unica piattaforma ideologica per un partito che essenzialmente rappresenta un modello *catch-all* [127].

L'OPPOSIZIONE EXTRAPARLAMENTARE: LA SENTENZA CEDU SUL CASO DEGLI ARRESTI DI NAVALNYJ

Mentre il partito di potere e i partiti di opposizione parlamentare si scontravano nelle elezioni regionali, il leader di opposizione extraparlamentare Alexej Navalnyj ha cercato per l'ennesima volta, e anche in questo caso senza successo, di registrare il suo Partito "Russia del futuro". Alla fine di agosto il Ministero della Giustizia aveva respinto la registrazione del partito per mancanza di alcuni documenti e il **20 settembre** i sostenitori di Navalnyj hanno intentato una causa presso il Tribunale distrettuale di Zamoskvoretskaya di Mosca. Quest'ultimo, comunque, ha deciso, il **2 ottobre**, a favore del Ministero[128].

Navalnyj non ha potuto partecipare non solo alle ultime campagne elettorali ma neanche alle proteste organizzate in concomitanza con il Giorno di votazione, a causa della condanna a 30 giorni di detenzione amministrativa per violazione delle norme

[127] Il Partito è stato e continua ad essere oggetto di aspra critica sia da parte dei suoi rivali politici, sia da parte della popolazione. "Russia Unita" viene spesso definita come il partito della *nomenklatura*, dei burocrati e dei uomini d'affari, un partito *catch-all*, senza un'ideologia, che vince soltanto grazie alle risorse amministrative. Si mette in discussione la stessa natura partitica della organizzazione e la sua influenza sulla politica russa. Così, il giornalista del *The New York Times* ha scritto: "*We have known since 1996 that Russia wasn't a democracy. We now know that Russia isn't a dictatorship controlled by one party, one priesthood, or one dynasty. It is a regime ruled by one man* (v. C. FREELAND, *Failure Seen in Putin's Latest Move Way of the World*: http://www.nytimes.com/2011/09/30/world/europe/30iht-letter30.html?_r=1).

[128] *Rapsinews*, "La Corte ha confermato la decisione del Ministero della Giustizia in cui veniva rifiutata la registrazione del partito *Russia del futuro*" [articolo in russo]: http://www.rapsinews.ru/judicial_news/20181002/288383412.html.

ISSN 2279-7238

sull'organizzazione delle manifestazioni. È stato rilasciato il **24 settembre**, ma di nuovo arrestato per altri 20 giorni, proprio mentre usciva dal Centro di detenzione.

In realtà, il politico è stato fermato più volte nella sua "carriera" politica, per via del suo ruolo nell'organizzazione di manifestazioni non autorizzate. Proprio su questo punto, e, in particolare, sulle detenzioni amministrative che l'oppositore ha subito tra il 2012 e il 2014, il **15 novembre**, si è pronunciata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [v. *Case of Navalnyy v. Russia*]. I giudici della Grande Camera della Corte di Strasburgo hanno condannato la Russia ad un risarcimento di più di 63.000 euro in totale al leader dell'opposizione Aleksej Navalnyj, accogliendone la denuncia.

La Corte ha riconosciuto unanimemente una violazione degli articoli 5, 6 e 11 della Convenzione, che riguardano il diritto di libertà, diritto all'equo processo e la libertà di riunione. Inoltre, con 14 voti contro 3, la Corte ha stabilito una violazione dell'articolo 18 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ("i limiti dello scopo di restrizioni ai diritti") per quanto riguarda la denuncia di Navalnyj circa il fatto che gli arresti fossero stati politicamente motivati. La questione della violazione dell'articolo 18 è stata ritenuta dai giudici "un aspetto fondamentale" del caso. Secondo la Corte, mentre nei primi quattro arresti Navalnyj aveva rivestito un compito centrale nelle proteste, negli altri due casi il suo ruolo era stato marginale. Focalizzandosi su questi due arresti, la Corte ha approvato la violazione dei diritti fondamentali dell'oppositore, ritenendo che le restrizioni poste su Navalnyj avessero perseguito un ulteriore scopo, quello di "*suppress that political pluralism which forms part of 'effective political democracy' governed by 'the rule of law', both being concepts to which the Preamble to the Convention refers*".

Inoltre, la Corte di Strasburgo ha osservato che le restrizioni sui diritti fossero state causate da una legislazione inadeguata sui raduni ("*the structural inadequacy of the regulatory framework*") e ha raccomandato alle autorità russe "*to secure in its domestic legal order a mechanism requiring the competent authorities to have due regard to the fundamental character of the freedom of peaceful assembly and show appropriate tolerance towards unauthorised but peaceful gatherings*" (v. §§ 183-186).

Il Ministero della Giustizia russo ha fatto sapere, il **15 novembre**, che procederà al pagamento del risarcimento entro i termini stabiliti[129].

Tuttavia, diversi politici russi hanno continuato a minacciare l'uscita dal Consiglio d'Europa. Il **16 ottobre**, il Ministro degli Esteri Lavrov si è espresso sostenendo che,

[129] *Rianovosti*, "Il risarcimento assegnato alla CEDU a Navalnyj sarà pagato entro il tempo prescritto" [articolo in russo]: https://ria.ru/20181115/1532896622.html?inj=1.

ISSN 2279-7238

secondo lui, "la partecipazione della Russia al Consiglio d'Europa è più importante per i Paesi europei che per la stessa Russia"[130].

Dal canto suo, l'**11 ottobre 2018**, il Segretario Generale del Consiglio d'Europa Thorbjorn Jagland ha avvertito che, dal giugno 2019, potrebbe essere sospeso il diritto della Russia di partecipare agli organi del Consiglio d'Europa a causa del mancato pagamento delle quote associative e che, nel caso ciò avvenisse, si tratterebbe di un "*huge setback for human rights in Russia*". Si ricorda infatti che, dal 2017, il Paese non paga i contributi a PACE e non partecipa ai lavori della struttura, in quanto la delegazione nazionale russa è stata privata del diritto di voto dopo la crisi di Crimea.

PARLAMENTO

DECRIMINALIZZAZIONE PARZIALE DELLA DISCIPLINA SULL'ESTREMISMO

La regolazione delle informazioni in Internet e la disciplina sull'organizzazione delle manifestazioni pubbliche sono stati al centro dell'attività legislativa del Paramento russo in questi ultimi mesi del 2018. Anche questa volta, ampie polemiche hanno suscitato alcune iniziative dei parlamentari che prevedevano ulteriori emendamenti in senso restrittivo.

Così, il **18 ottobre**, la Duma di Stato ha approvato le modifiche al Codice di infrazioni amministrative che prevedono sanzioni pecuniarie per gli organizzatori degli eventi pubblici per la "mancata comunicazione ai cittadini e alle autorità in merito alla cancellazione della manifestazione". La nuova normativa, secondo gli autori, cerca di limitare i casi di "abuso del diritto di riunione", quando l'organizzatore del raduno presenta la richiesta di autorizzazione dell'evento, ma successivamente non lo organizza [v. il dossier sul progetto di legge].

Il **18 dicembre** è stata approvata la Legge "Sulle modifiche all'articolo 20.2 del Codice di infrazioni amministrative della Federazione Russa" che introduce la "responsabilità amministrativa per il coinvolgimento di minori in manifestazioni non autorizzate". La nota esplicativa al progetto, chiarisce che tale misura "mira a impedire la partecipazione di minori in raduni non autorizzati, anche al fine di prevenire danni alla loro vita, salute e sviluppo" [v. il dossier sul progetto di legge].

[130] *Vedomosti*, "Lavrov non ha escluso la possibilità di ritiro della Russia dal Consiglio d'Europa" [articolo in russo]: https://www.vedomosti.ru/politics/news/2018/10/16/783835-lavrov.

ISSN 2279-7238

Inoltre, durante la seduta del **18 dicembre** la camera bassa ha adottato nella terza lettura definitiva un disegno di legge che prevede la possibilità di dichiarare una ONG che intervenga nelle elezioni straniere come "organizzazione indesiderata" sul territorio della Federazione Russa.

Alcuni disegni di legge relativi alla libertà di parola su Internet sono stati introdotti nel mese di **dicembre** da un gruppo di parlamentari guidato dal senatore Andreij Klishas, presidente della Commissione parlamentare per la legislazione costituzionale. Il **12 dicembre** è stata presentata alla Duma la proposta di introdurre responsabilità amministrative per la diffusione su Internet di "informazioni false di pubblico interesse", se portano a gravi conseguenze, e di "informazioni che esprimono in modo indecente una chiara mancanza di rispetto per la società, lo Stato, la Costituzione, i simboli e le autorità dello Stato". Il **14 dicembre** in Camera bassa è arrivata una proposta di legge sulla protezione del segmento russo di Internet, che prevede la creazione di infrastrutture che, secondo gli autori, potranno "garantire il funzionamento stabile e autonomo di Internet nel Paese" e lo "proteggeranno da influenze distruttive provenienti dall'esterno"[131]. Gli esperti hanno già definito questa iniziativa una "legge sulla creazione del Grande *Firewall* russo" (per analogia con il meccanismo di filtraggio cinese).

Meno controversi sono invece altre iniziative, come il disegno di legge sul divieto dell'uso di celle e cabine di vetro nelle aule dei tribunali presentato il **14 novembre** alla Duma.

Grande risonanza nell'opinione pubblica ha avuto poi la proposta presentata dal Presidente e accolta il **3 ottobre** dalla Duma di procedere alla modifica dell'articolo 282 del Codice penale sull'"Incitamento all'odio o all'ostilità, nonché l'umiliazione della dignità umana". La proposta prevedeva, in linea generale, la parziale depenalizzazione del reato di incitamento pubblico (anche su Internet) alla discriminazione. Tale disposizione riguarda la normativa sull'estremismo e rientra nei crimini contro le fondamenta dell'ordine costituzionale e la sicurezza dello Stato.

Nel dettaglio, la nuova disciplina riserva le sanzioni penali – incluse le pene di reclusione per un periodo da 2 a 5 anni – soltanto ai recidivi (chi commette un atto simile più volte entro un anno) e a coloro che commettono l'atto di estremismo, usando la violenza o la minaccia di violenza o mediante abuso di autorità. Per tutte le altre azioni riconosciute estremiste, ma eseguite per la prima volta sono state previste sanzioni di carattere amministrativo o pecuniario.

[131] *Gazeta.ru:* "È stato spiegato il *ratio* del disegno legge sulla protezione di Internet contro le minacce esterne" [articolo in russo]: https://www.gazeta.ru/tech/news/2018/12/14/n_12416407.shtml.

ISSN 2279-7238

Nel corso degli anni, l'articolo 282 del Codice penale della Federazione Russa ha subito continue critiche. Secondo la maggior parte degli attivisti per i diritti umani, le sue disposizioni possono essere interpretate in modo troppo ampio: i termini utilizzati per descrivere il reato di estremismo, come ad esempio, il "gruppo sociale", sono considerati troppo vaghi e poco adatti per i testi giuridici.

È da notare che, per quanto riguarda l'applicazione della norma, anche la prassi mostra dinamiche preoccupanti: secondo i dati del dipartimento giudiziario presso la Corte Suprema della Federazione Russa, il numero di persone condannate ai sensi dell'articolo 282 è cresciuto sostanzialmente negli ultimi anni[132]. Fra le condanne per estremismo considerate "assurde" ci sono stati molti casi di pubblicazione o condivisione sulla rete Internet di contenuti illegali. Inoltre, alcuni esperti hanno fatto notare che "*underscoring the political motivations behind online extremism cases, investigations often begin with the name of a Kremlin critic, not the extremist content they are alleged to have posted, liked, or shared*"[133].

Proposte su come rendere la lotta all'estremismo più accurata ed efficace sono state presentate da varie figure politiche e funzionari statali, come, ad esempio, l'ombudsman dei diritti umani Tatiana Moskalkova o la Corte Suprema. Quest'ultima, nella sua Risoluzione pubblicata il **20 settembre** [v. Risoluzione del Plenum della Corte Suprema della Federazione Russa del 20 settembre 2018 n. 32] ha stabilito che nei casi di estremismo i tribunali "sono obbligati a procedere dalla combinazione delle circostanze del crimine" e "tenere conto della natura e gravità del pericolo sociale". In particolare, i giudici della Corte Suprema hanno stabilito che nella risoluzione dei casi di estremismo *online*, i tribunali "hanno l'obbligo di esaminare non solo la pubblicazione, per il quale l'imputato è portato alla responsabilità penale, ma l'intero profilo dell'utente sul *social network*".

Vladimir Putin ha partecipato al dibattito sul miglioramento della legislazione anti-estremismo e già durante la conferenza stampa svoltasi in estate ha notato – a proposito della necessità di correggere la norma – che "bisogna evitare il marasma e l'assurdità". La decisione di modificare piuttosto che abrogare l'articolo 282 è stata, così, un punto di compromesso fra quelli che ne hanno sempre sottolineato l'"effetto agghiacciante" sulla libertà di espressione e quelli che lo hanno considerato uno strumento valido di lotta contro l'estremismo.

[132] *Tass*, "Storico delle modifiche apportate all'articolo 282 del Codice penale della Federazione Russa" [articolo in russo]: https://tass.ru/info/5930296.

[133] PIGMAN L., "*A Tactical Retreat: The Kremlin Reins in a War on Online Extremism*": https://carnegie.ru/commentary/77418.

ISSN 2279-7238

Il disegno di legge con la proposta presidenziale della modifica dell'articolo 282 è stato approvato dalla Duma il **19 dicembre** e dal Consiglio della Federazione il **21 dicembre** ed è stata firmata dal Presidente il **27 dicembre**.

AUTONOMIE

L'ACCORDO SULLA DEMARCAZIONE DEL CONFINE CECENO-INGUSCIO

Il **26 settembre**, i Capi di Inguscezia e Cecenia, Yunus-bek Yevkurov e Ramzan Kadyrov, hanno firmato un accordo per stabilire il confine tra le due repubbliche nord-caucasiche rimasta questione aperta dal crollo della Repubblica socialista sovietica autonoma ceceno-inguscia nel 1992.

La legge della Repubblica cecena sulla ratifica dell'accordo è stata approvata unanimemente il **4 ottobre**, mentre, lo stesso giorno, 17 deputati su 25 dell'Assemblea popolare della Repubblica di Inguscezia hanno votato a favore di una legge analoga. L'accordo è entrato in vigore il **16 ottobre**.

Questa decisione ha causato il malcontento della popolazione inguscia: la firma del trattato è stata seguita da 13 giorni di proteste, svoltesi nel centro di Magas, capitale dell'Inguscezia. I manifestanti hanno contestato non solo lo scambio di territori con la vicina Cecenia, scambio da loro giudicato "ineguale", ma anche il metodo con cui l'accordo è stato imposto alla popolazione[134].

Il **18 ottobre** un gruppo di deputati dell'Assemblea nazionale inguscia ha contestato l'accordo facendo appello alla Corte Costituzionale della Repubblica, che il **30 ottobre** ha dichiarato la legge di ratifica non conforme alla Costituzione dell'Inguscezia [v. Risoluzione n. 19-P Sulla verifica della costituzionalità della Legge della Repubblica di Inguscezia "Sulla ratifica dell'accordo sull'istituzione del confine tra la Repubblica di Inguscezia e la Repubblica cecena"]. La Corte ha sostenuto che l'accordo non poteva entrare in vigore senza la sua approvazione referendaria: gli articoli 11, 103 (c. 2) e 111 della Costituzione della Repubblica, citati nella decisione della Corte, prevedono che le questioni riguardanti la demarcazione dei confini tra enti amministrativi e territoriali devono essere effettuati "tenendo conto della volontà della popolazione del territorio pertinente".

A seguito della Sentenza della Corte Costituzionale inguscia, l'**8 novembre** il Capo di Inguscezia, in disaccordo con la decisione, ha inviato, "al fine di evitare le dispute

[134] *RFE/RL*, "«L'invasione arrogante»: Perché gli ingusci sono contrarie allo scambio dei territori con la Cecenia" [articolo in russo]: https://www.svoboda.org/a/29538634.html.

ISSN 2279-7238

e controversie inutili"[135], una richiesta alla Corte Costituzionale della Federazione Russa. Yevkurov ha chiesto ai giudici costituzionali di verificare se l'accordo sul confine tra le repubbliche e la legge di ratifica dell'accordo siano conformi alla Costituzione della Federazione Russa.

La Corte Costituzionale della Russia, il **27 novembre**, ha tenuto udienze sul caso della demarcazione del confine, in cui hanno partecipato i rappresentanti degli organi del potere esecutivo e legislativo di entrambe le repubbliche, i plenipotenziari del Parlamento russo e del Presidente della Federazione Russa, i membri dell'ufficio del Procuratore Generale e del Ministero della Giustizia, oltre a rappresentanti del Congresso mondiale del popolo inguscio. Il **6 dicembre**, la Corte ha pubblicato la sua decisione [Risoluzione della Corte Costituzione della Federazione Russa Sul caso della verifica della costituzionalità della Legge della Repubblica dell'Inguscezia "Sulla ratifica dell'accordo..." e dell'Accordo sull'istituzione del confine tra la Repubblica di Inguscezia e Repubblica cecena] in cui ha giudicato conforme alla Costituzione l'accordo tra l'Inguscezia e la Cecenia sul confine amministrativo.

Come è stato notato dai giudici, la Costituzione della Federazione Russa non stabilisce direttamente in quali casi la consultazione referendaria è obbligatoria per risolvere questioni relative all'organizzazione territoriale dei soggetti federali. Allo stesso tempo, secondo la Corte costituzionale, il testo costituzionale della Repubblica dell'Inguscezia prevede di "tener conto dell'opinione della popolazione" soltanto nei casi in cui i confini tra i soggetti della Federazione russa vengano cambiati (e non stabiliti per la prima volta). Infine, la Corte costituzionale russa ha sottolineato che la Corte costituzionale repubblicana ha agito al di fuori della sua competenza, in quanto non aveva il diritto di procedere alla verifica *ex post* dell'accordo già ratificato.

La decisione della Corte Costituzionale ha suscitato tanti interrogativi. In particolare, gli esperti hanno sollevato la questione del ruolo e dell'autonomia dei tribunali costituzionali dei soggetti della Federazione, sottolineando il fatto che, secondo l'ordinamento russo, la Corte Costituzionale repubblicana non è subordinata alla Corte Costituzionale della Federazione Russa e quindi "l'ultima non avrebbe il diritto di revisionare le decisioni della prima"[136].

[135] *RBC*, "Yevkurov ha chiesto alla Corte costituzionale di verificare l'accordo con la Cecenia" [articolo in russo]: https://www.rbc.ru/politics/08/11/2018/5be401019a794758835e7104.

[136] *Novaya Gazeta*, "Da voi stessi – non giudicate. La corte costituzionale della Russia ha approvato il confine tra Inguscezia e Cecenia" [articolo in russo]: https://www.novayagazeta.ru/articles/2018/12/06/78831-po-sebe-ne-sudyat.

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

La Costituzione spagnola compie 40 anni. Bilanci e prospettive di riforma*

di Laura Frosina**

Il 6 dicembre del 1978 si celebrò lo storico referendum di ratifica della Costituzione spagnola che raccolse, oltre ad un'ampia partecipazione (67,1% degli aventi diritto al voto), un elevato consenso popolare pari al 87,87% dei votanti. Quaranta anni dopo si celebra l'anniversario della Costituzione rievocando soprattutto quello spirito di consenso e compromesso che ha animato il processo costituente, rendendo possibile l'approvazione di un testo costituzionale ampiamente condiviso, che integra le diverse sensibilità politiche e territoriali, convertendosi nel *pacto de convivencia* degli spagnoli, di tutti gli spagnoli.

Spirito di compromesso emblematicamente sintetizzato nelle parole pronunciate dal Re Juan Carlos il 27 dicembre 1978, giorno della sanzione del testo costituzionale: *Todos han sabido armonizar sus proyectos para que se hiciera posible el entendimiento. Ese hecho constituye el mejor aval para que España inicie un nuevo periodo de grandeza.*

Le affermazioni e le previsioni del Re Juan Carlos, che ha il merito più grande di aver guidato magistralmente la delicatissima fase di Transizione alla democrazia, si sono rivelate quanto mai esatte. La Costituzione spagnola, oltre a decretare l'avvio della democrazia dopo quaranta anni di dittatura, ha segnato un importante punto di svolta rispetto a una tradizione secolare di Costituzioni ottriate o approvate da una sola parte politica, mettendo in luce, emblematicamente, l'importanza e il valore storico del compromesso costituente; ed è riuscita, altresì, a trainare con successo la Spagna nella fase di più grande sviluppo della sua storia, funzionando da collante ed elemento aggregativo del tessuto politico e sociale.

Con la Costituzione del '78 si è chiuso un lungo ciclo di instabilità politico-costituzionale, il cui inizio può farsi risalire alla Costituzione di Cadice del 1812, ed è

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Assegnista di ricerca in *Diritto pubblico comparato* e Professore a contratto di *Processi di democratizzazione* presso l'Università di Roma La Sapienza.

ISSN 2279-7238

iniziato un nuovo corso fondato su uno Stato di diritto, democratico e sociale che individua nella libertà, nell'uguaglianza, nella giustizia e nel pluralismo politico i valori fondanti del suo ordinamento giuridico. Uno Stato fondato, dunque, sulla rule of law, la separazione dei poteri, la libertà, la democrazia, e, infine, sul pluralismo politico e territoriale. Principi e valori costituzionali fondamentali, richiamati dal Re Felipe VI nel discorso pronunciato in seno al Congresso dei Deputati in occasione del quarantennale della Costituzione, e pilastri dell'attuale modello di convivenza civile e democratica, nonché elementi essenziali per il futuro sviluppo del Paese. Su queste solide basi costituzionali, la Spagna è riuscita in questo lasso temporale a divenire una democrazia avanzata e a conseguire livelli di benessere economico e sociale inimmaginabili quaranta anni fa (Si rinvia, per tutti, alle osservazioni di V. Pérez Díaz, *La lezione spagnola. Società civile, politica e legalità*, Bologna, Il Mulino, 2003). Dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi, la Spagna ha raggiunto risultati considerevoli, anche rispetto ad altri paesi europei, quali, ad esempio, un sistema politico-istituzionale stabile basato sull'alternanza di governo tra i principali partiti politici; un sistema dei diritti ampio e adeguato ai principali cambiamenti sociali e culturali; uno Stato sociale efficiente ed evoluto; uno Stato delle autonomie moderno e fortemente decentralizzato; una piena e integrale partecipazione al processo di integrazione europea, e infine, una posizione consolidata nel panorama europeo e internazionale.

Il quadro positivo appena tratteggiato non significa che la Spagna abbia superato indenne l'ultima crisi economica mondiale e i plurimi problemi da questa scaturiti, che hanno colpito duramente l'ordinamento spagnolo nell'ultimo decennio. Nel suo ultimo libro Anna Bosco (A. Bosco, *Le quattro crisi della Spagna*, Bologna, Il Mulino, 2018) parla di tre diverse crisi, economica, politica e territoriale, tra loro strettamente intrecciate, che hanno dato vita -secondo l'Autrice- alla quarta e più dirompente crisi di natura istituzionale.

La situazione di crisi generalizzata e instabilità politico-costituzionale è scaturita dalla interazione di diversi fattori (anche di natura eccezionale) quali, ad esempio: la destrutturazione del sistema di *bipartidismo imperfecto* con l'ascesa delle due nuove forze

ISSN 2279-7238

politiche del cambiamento, *Podemos* e *Ciudadanos*; la crescente sfiducia nei partiti e nelle istituzioni politiche; il colossale scandalo di corruzione che ha travolto il Partito popolare (Pp) con la sentenza *Gürtel* (la cd. tangentopoli spagnola); l'andamento conflittuale dei rapporti tra lo Stato ed alcune Comunità autonome; il tentativo incostituzionale di secessione della Catalogna (Sul quale si v. di recente M. Iacometti, *La "questione catalana": un passato che sempre ritorna?*, in *Dpce*, n. 4, 2018).

In questi anni, infatti, si sono verificati degli eventi inediti nella vita politico-costituzionale spagnola che hanno portato alla luce alcuni istituti che non avevano mai trovato ragione di essere applicati prima, ovvero a rivitalizzare l'utilizzo di altri caduti in desuetudine.

Così, ad esempio, lo stallo politico- istituzionale creatasi a seguito delle elezioni politiche del 2015, è stato superato tramite l'applicazione, per la prima volta, del comma 5 dell'articolo 99 della Costituzione. Il ricorso obbligato a tale comma ha determinato lo scioglimento automatico delle *Cortes Generales* e la celebrazione di nuove elezioni che hanno portato alla costituzione del II Governo minoritario di Mariano Rajoy.

La vicenda indipendentista catalana è stato un altro evento che ha indotto a sperimentare per la prima volta nell'ordinamento iberico il meccanismo eccezionale di risoluzione dei conflitti territoriali disciplinato dall'articolo 155 Cost. La celebrazione in Catalogna del referendum incostituzionale sull'autodeterminazione il 1 ottobre 2017, unitamente alla dichiarazione unilaterale di indipendenza approvata dal Parlamento autonomico, ha creato dei presupposti tali da ricorrere, come *extrema ratio,* a questo straordinario meccanismo di controllo e coercizione; meccanismo pensato dal costituente proprio al fine di superare situazioni eccezionali di crisi dovute a gravi, manifeste inadempienze e violazioni costituzionali e legislative da parte delle Comunità autonome.

Infine, più di recente, la situazione di ingovernabilità connessa all'inarrestabile declino del Pp, ha trovato una via di uscita nell'istituto della sfiducia costruttiva. L'approvazione della mozione di censura costruttiva a maggioranza assoluta da parte

ISSN 2279-7238

del Congresso dei deputati ha portato all'immediata destituzione del Governo Rajoy e alla contestuale investitura di Pedro Sánchez. In quest'ultimo caso, a differenza degli altri sopra menzionati, non si tratta di uno strumento costituzionale inedito, ma di un risultato inedito, dato che la mozione di sfiducia- applicata già altre tre volte- non aveva mai riportato un esito favorevole alla sua approvazione nel quadro della dinamica maggioritaria della forma di governo parlamentare.

Gli eventi descritti evidenziano come l'emersione di nuove tensioni e conflitti abbiano determinato un dinamismo politico-costituzionale maggiore in questi ultimi anni, spingendo a riflettere più insistentemente sul tema della revisione costituzionale. Dalla sua entrata in vigore la Costituzione, soprattutto a causa della gravosità dei suoi procedimenti di revisione, è stata oggetto soltanto di due riforme, legate peraltro alla necessità di un adeguamento ai Trattati europei, e non a caso è stata definita da parte della dottrina come una *Constitución intocable* (Si consenta il rinvio a L. Frosina, La Constitución intocable *alla prova del suo 35° anniversario*, in questa Rivista, n. 3/2013).

Il compimento del quarantennale anniversario della Costituzione ha rappresentato uno stimolo per riattualizzare il dibattito, mai sopito, sulla revisione costituzionale e sulle eventuali riforme, che -come sostiene in particolare il PSOE- permetterebbero di difenderla e rafforzarla a distanza di quaranta anni dalla sua entrata in vigore senza metterne in discussione i capisaldi fondamentali. In teoria il Governo socialista aspirerebbe a una riforma costituzionale che ampli i diritti e rafforzi la coesione interna al Paese, ma per ora dalla prassi, anche per ragioni di pragmatismo politico, arrivano segnali di una volontà riformista limitata a una proposta di revisione diretta ad abolire il meccanismo dei cd. *aforamientos* a livello nazionale.

Un impulso riformistico più ampio riguardante, nello specifico, la revisione costituzionale del modello autonomico, proviene soprattutto dal mondo delle autonomie. Tralasciando le aspirazioni illegittime all'autodeterminazione della Catalogna che rappresenta un *unicum* nel panorama autonomico, le altre Comunità autonome si esprimono a favore di una linea riformista moderata ma al tempo stesso

ISSN 2279-7238

incisiva. Negli ultimi mesi i presidenti di diverse Comunità autonome, sia pur con toni e sfumature diverse, hanno insistito sulla necessità di introdurre un nuovo modello di Stato fondato sulla plurinazionalità e un maggior livello di autogoverno, giudicandola l'unica via possibile per superare la profonda crisi territoriale che attraversa la Spagna.

La comunanza di tali obiettivi tra le autonomie non cancella le divisioni e le contrapposizioni tra le forze politiche presenti nell'arena parlamentare, che evidenziano l'inesistenza di un consenso minimo comune necessario per procedere in una direzione riformista analoga, e che anzi, rispetto al passato, sembrano accrescere ulteriormente in una situazione di maggiore frammentazione partitica, disunione dei c.d. partiti costituzionalisti, e in un clima di generale degrado politico e istituzionale.

L'esigenza di difendere e rafforzare la Costituzione attraverso una sua revisione continua tuttavia a persistere, più che mai adesso alla luce dei problemi emergenti in questa ultima decade e delle sfide che attendono all'orizzonte la democrazia costituzionale spagnola.

ELEZIONI

ANDALUSIA: FINE ANTICIPATA DELLA LEGISLATURA E NUOVE ELEZIONI

L' **8 ottobre**, a seguito della rottura del patto di investitura annunciata unilateralmente da *Ciudadanos*, la Presidente della Giunta andalusa, Susana Díaz, ha firmato il decreto 8/2018 di scioglimento anticipato del Parlamento e convocazione di nuove elezioni (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía n. 6, del 9 ottobre 2018), previa celebrazione di una riunione straordinaria del Consiglio di Governo. Dopo settimane di incertezze sull'eventuale scioglimento anticipato del Parlamento, la scelta di far cessare la legislatura con un anticipo tecnico di quattro mesi rispetto al calendario prefissato, è stata per certi versi obbligata dal protrarsi di una situazione di instabilità parlamentare e dalla impossibilità di approvare la legge di bilancio per il 2019, nonostante gli sforzi della Presidente per pervenire ad accordi con il Partito popolare o con *Podemos* dopo la rottura conclamata dell'accordo con *Ciudadanos*.

ISSN 2279-7238

Conformemente a quanto statuito nel decreto, la campagna elettorale per le nuove elezioni è iniziata il 16 novembre ed è terminata il 30 dello stesso mese, mentre il 1 dicembre è stata la giornata di riflessione precedente le elezioni. Durante la campagna elettorale si sono confrontati i leader dei principali partiti e coalizioni candidatisi in queste elezioni, tra i quali spiccano alcuni soggetti politici nuovi come *Adelante Andalucia*, coalizione composta da partiti di sinistra e di matrice regionalista (come *Podemos Andalucia, Izquerda Unida, Los Verdes-Convocatoria por Andalucia, Izquerda Andalucista e Primavera Andaluza,* questi ultimi sorti dalla dissoluzione *del Partido Andalucista*).

Il **2 dicembre** si sono svolte le elezioni per il rinnovo dei 109 componenti il Parlamento, che hanno segnato una sconfitta durissima per il PSOE, sceso ai suoi minimi storici dopo 36 anni di governo continuativo nella regione. I socialisti hanno guadagnato soltanto 33 seggi, 14 in meno rispetto alle scorse elezioni del 2015 in cui avevano già subito un declino. La retrocessione non ha riguardato solo i socialisti ma anche i popolari, che sono passati dai 33 seggi della scorsa legislatura ai 26 attuali. A beneficiare del tracollo dei principali partiti sono stati *Ciudadanos,* che ha registrato un recupero notevole passando da 9 a 21 seggi, cosi come *Adelante Andalucia* e *Vox*, quest'ultimo, considerato il vincitore morale delle elezioni. La coalizione di sinistra regionalista ha guadagnato 17 seggi conquistando la posizione di quarto partito parlamentare. Il partito populista di estrema destra ha raggiunto un risultato ragguardevole, guadagnando 12 seggi e riuscendo così a ottenere, per la prima volta dalla sua costituzione, una rappresentanza politica all'interno di una istituzione parlamentare.

I risultati elettorali sono stati sorprendenti e inattesi, *in primis*, per l'ascesa elettorale del partito Vox, di estrema destra, antiautonomista e antieuropeista, e poi a causa della sconfitta storica dei socialisti che hanno perso la loro principale roccaforte autonomica, dimostrando di fallire completamente il loro primo test elettorale dopo l'ascesa al governo di Pedro Sánchez.

La nuova composizione politica del Parlamento andaluso ha spinto i partiti ad avviare le negoziazioni per la costituzione del nuovo governo. Il **26 dicembre** *Pp* e *Ciudadanos* hanno raggiunto un accordo di governabilità per la formazione del nuovo governo di coalizione, in base al quale il leader popolare, Juanma Moreno, sarà investito nuovo presidente, presumibilmente il 16 gennaio, mentre al partito di *Ciudadanos* verrà garantita la presidenza del parlamento autonomico, nella cui Mesa entreranno a far parte tutti i gruppi parlamentari, compreso quello di Vox.

Il **27 dicembre** si è celebrata la sessione costitutiva del nuovo Parlamento per l'XI legislatura ed è stata eletta come nuova presidente dell'organo Marta Bosquet,

ISSN 2279-7238

parlamentare di *Ciudadanos*, grazie ai 59 voti del suo partito, dei popolari e dei deputati di Vox. Alla vicepresidenza è stata eletta invece Esperanza Oña, candidata del Partito popolare.

PARTITI

IL PROGRAMMA POLITICO DI VOX

Nel mese di ottobre il partito di estrema destra Vox, dopo la conquista dei 12 seggi nel Parlamento andaluso, ha formalizzato più esplicitamente il suo programma in un documento di 24 pagine denominato *100 medidas para la España viva*, ove la ideologia del partito ha preso forma in una serie di proposte concrete. Tra le misure menzionate nel documento di stampo più reazionario risaltano: la sospensione dell'autonomia catalana "hasta la derrota sin paliativos del golpismo"; la illegalizzazione dei partiti politici, delle associazioni e delle ONG che si prefiggano di rompere la unità territoriale della nazione spagnola; l'abrogazione immediata della legge sulla memoria storica e della legge sulla violenza di genere; il rimpatrio degli immigrati che entrano in forma illegale o che si rendano colpevoli di reati; la chiusura delle moschee "fondamentaliste"; la costruzione di un muro a Ceuta y Melilla; la sospensione dello spazio di Schengen; la difesa della vita dal momento del concepimento; l'ampliamento del concetto di legittima difesa; la soppressione del Tribunale costituzionale; la eliminazione dello Stato autonomico e la creazione di uno Stato unitario. Secondo alcuni giuristi, la maggior parte di queste misure è contraria alla Costituzione, ai Trattati internazionali e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il segretario generale di Vox, Javier Ortega Smith, sottolinea il gran consenso e l'importanza della Costituzione spagnola ma il suo eccessivo condizionamento ai separatismi e da qui sostiene la necessità di una sua riforma e, soprattutto, la completa eliminazione dello Stato delle autonomie.

PARLAMENTO

RIFORME LEGISLATIVE

In questi mesi il Parlamento ha approvato diverse riforme, principalmente attraverso legge organica, che hanno evidenziato in linea generale un incremento dell'attività legislativa e un rinnovato impulso riformista.

ISSN 2279-7238

In ordine cronologico la prima legge organica adottata nel quadrimestre di riferimento è stata la legge organica n.1/2018, del 5 novembre, di riforma dello Statuto di autonomia delle Canarie (BOE n. 268, del 6 novembre 2018). Il nuovo statuto della Comunità autonoma, approvato dopo circa tre anni e mezzo dalla trasmissione dell'iniziativa da parte del Parlamento autonomico, introduce importanti modifiche tra le quali spiccano: la riforma del sistema elettorale; la stabilizzazione del regime economico e fiscale (REF) speciale dell'arcipelago e il suo disallineamento definitivo dal sistema di finanziamento generale; e infine la abolizione del sistema dei c.d. aforamientos. Per quanto concerne la riforma del sistema elettorale, la disposizione transitoria addizionale del testo statutario prevede un aumento da 60 a 70 deputati (un deputato in più per Fuerteventura e nove da eleggere in una nuova circoscrizione autonomica), una riduzione delle soglie di sbarramento operative a livello insulare e autonomico (con un passaggio dal 30 al 15% nelle isole e dal 6 al 4% nell'arcipelago) e, infine, fissa un termine di tre anni dalla sua entrata in vigore entro il quale approvare una nuova legge elettorale, scaduto il quale senza esito, continuerà a rimanere vigente la legge elettorale preesistente ad infinitum. Per quanto riguarda il REF, il nuovo statuto blinda a livello statutario il regime economico e fiscale speciale e unico delle Canarie, dovuto al carattere insulare e ultraperiferico della regione, e lo svincola definitivamente dal sistema di finanziamento autonomico generale. Molto importante, infine, la riforma riguardante l'abolizione del regime dei c.d. aforamientos, che rende le Canarie la prima Comunità autonoma ad avere eliminato completamente tale prerogativa per i parlamentari e i membri del governo.

Le riforme introdotte con il nuovo statuto non si limitano a questi aspetti, ma intervengono anche sul sistema istituzionale, prevedendo, ad esempio, il rafforzamento della figura del Presidente della Comunità autonoma, a cui viene attribuito il potere di intervenire in caso di urgente necessità a livello normativo con decreti legge, nonché di sciogliere il Parlamento e convocare nuove elezioni.

La riforma statutaria, approvata sia al Congresso che al Senato con l'opposizione di *Unidos Podemos*, viene salutata positivamente dalla maggior parte delle forze politiche, poiché intesa come uno strumento di modernizzazione e sviluppo dell'autonomia regionale che non va a intaccare il modello costituzionale dello Stato delle autonomie.

La seconda riforma adottata in ordine cronologico è stata la legge organica n. 2/2018, del 5 dicembre, di modifica della legge organica 5/1985, del 19 giugno, sul regime elettorale generale per garantire il diritto di suffragio di tutte le persone con disabilità (BOE n. 294, del 6 dicembre 2018). Tale riforma è stata approvata per

ISSN 2279-7238

estendere il diritto di voto a tutte le persone con disabilità nell'ordinamento spagnolo, comprese quelle categorie di soggetti escluse dalla legge elettorale vigente fino a quel momento (vale a dire i soggetti dichiarati incapaci di esercitare il diritto di voto in forza di una sentenza passata in giudicato, e quelli internati in un ospedale psichiatrico con autorizzazione del giudice ove si dichiari espressamente la incapacità di esercitare il diritto di voto) in maniera da garantire il diritto di uguaglianza di trattamento e non discriminazione riconosciuto tanto dalla Costituzione spagnola che in forma più specifica dal diritto internazionale. Tale riforma è stata approvata proprio su impulso della Commissione dei diritti delle persone con disabilità delle Nazioni Unite, che, nel valutare il grado di attuazione del Trattato internazionale sui diritti delle persone disabili, ha richiesto alla Spagna di modificare la legislazione vigente per estendere e garantire a tutte le persone disabili, senza restrizione alcuna, il diritto di voto e di partecipazione alla vita pubblica in condizioni di uguaglianza.

La terza riforma relativa al diritto alla privacy è stata approvata con legge organica n.3/2018, del 5 dicembre, sulla Protezione dei Dati Personali e la garanzia dei diritti digitali (BOE n. 294, del 6 dicembre 2018). Si tratta di una riforma di ampio respiro le cui finalità principali sono quelle di: dare piena attuazione al Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche per quanto riguarda il trattamento dei propri dati personali e la libera circolazione di questi dati, adeguando completamente l'ordinamento giuridico spagnolo al diritto europeo; garantire i diritti digitali dei cittadini conformemente a quanto previsto dall'articolo 18, comma 4 della Costituzione spagnola.

Infine le ultime due riforme approvate con legislazione organica hanno riguardato il potere giudiziario. La prima, adottata con legge organica n. 4/2018, del 28 dicembre, di riforma della legge organica 6/1985, del 1 luglio, sul Potere giudiziario (BOE n. 314, del 29 dicembre 2018), e la seconda, approvata con legge organica 5/2018, del 28 dicembre, di riforma della legge organica 6/1985, del 1 luglio, sul Potere giudiziario, recante misure urgenti per dare attuazione al Patto dello Stato in materia di violenza di genere.

Con la prima riforma sono state introdotte una serie di modifiche concernenti, *in primis*, le condizioni di lavoro dei giudici, dei magistrati di ogni grado, nonché del personale dipendente presso il *Ministerio Fiscal* e gli altri organi della pubblica amministrazione della giustizia. Nel complesso tali riforme sono rivolte a recuperare integralmente il regime giuridico vigente prima della riforma organica sul potere giudiziario del 2012, che aveva introdotto alcune restrizioni per far fronte alla situazione di crisi economica del Paese. La riforma ha previsto anche modifiche

ISSN 2279-7238

concernenti il funzionamento del Consiglio Generale del Potere Giudiziario e, altresì, riforme per adeguarsi agli standard e alle norme internazionali in tema di trasparenza e lotta alla corruzione. Un ultimo blocco di riforme ha riguardato la pianificazione e il miglioramento della gestione delle risorse umane nel quadro dell'amministrazione della giustizia.

Con la seconda riforma è stata data attuazione agli accordi sulla violenza di genere approvati dalle istituzioni parlamentari negli ultimi anni, promuovendo, principalmente, una specializzazione dei giudici in tale materia, una formazione specifica e continuativa nell'ambito della *Escuela Judicial* e nell'esercizio delle carriere di magistrato e pubblico ministero.

Oltre a queste riforme adottate con legge organica, va segnalata anche la legge ordinaria n. 8/2018, del 5 novembre, di riforma della legge 19/1994, del 6 luglio, di modifica del Regime economico e Fiscale delle Canarie (BOE n. 268, del 6 novembre 2018), approvata in stretta connessione con il nuovo Statuto di autonomia. La legge prevede una serie di misure rivolte ad adeguare e aggiornare il regime economico e fiscale delle Canarie, a garantire altresì che la condizione di regione ultraperiferica dell'Ue sia compensata da politiche specifiche, a sviluppare un complesso di misure economiche e fiscali rivolte a promuovere lo sviluppo, la coesione economica, sociale e territoriale delle Canarie, e infine a sviluppare l'internazionalizzazione della sua economia.

CELEBRAZIONE DEL QUARANTESIMO ANNIVERSARIO DELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA

Il **6 dicembre** si è svolto nel salone delle sessioni del Congresso dei Deputati il grande evento commemorativo dei 40 anni della Costituzione spagnola, che ha visto il coinvolgimento dei Re di Spagna, dei deputati e senatori delle *Cortes Generales*, delle alte autorità dello Stato, nonché dei parlamentari costituenti. La cerimonia, presieduta dai Re Felipe VI e Doña Letizia, accompagnati dai presidenti del Congresso e del Senato, Ana Pastor e Pio García Escudero, ha visto la partecipazione massima di tutte le più alte cariche istituzionali, dai presidenti degli organi del potere giudiziario, agli ex presidenti di governo, fino ai presidenti delle Comunità autonome.

La presidente del Congresso dei Deputati, Ana Pastor, ha aperto l'atto commemorativo con un discorso in cui ha sottolineato l'importanza dello spirito del compromesso costituente per le decisioni relative all'organizzazione politica, sociale ed economica della Spagna, nonché per lo sviluppo dello Stato del benessere e delle autonomie. Ha insistito sulla necessità di attingere dal passato per avanzare nella costruzione di un futuro di concordia e prosperità.

ISSN 2279-7238

A questo intervento è seguito il discorso di Felipe VI in cui ha evidenziato come la celebrazione del quarantennale della Costituzione sia una grande opportunità per ricordare il valore storico del processo costituente, ripercorrendo quegli ideali e valori di riconciliazione, intesa, integrazione e solidarietà, che hanno unito storicamente gli spagnoli e che risultano ancora pilastri essenziali della convivenza civile e democratica.

OBIETTIVI DI STABILITA' DI BILANCIO E DEBITO PUBBLICO PER IL PERIODO 2019-2020

Il **20 dicembre** il *Pleno* del Congresso dei Deputati ha approvato l'accordo sugli obiettivi di stabilità di bilancio e debito pubblico per l'insieme delle amministrazioni pubbliche presentato dal Governo per il triennio 2019-2021 (pubblicato in BOCG n. 464, del 13 dicembre 2018), che rappresenta il primo scoglio procedurale per l'approvazione della legge di bilancio 2019. Il Congresso ha approvato l'accordo in seconda votazione dopo una prima votazione negativa del 27 luglio, in cui aveva respinto la proposta formulata dal Governo (Su questa votazione v. *Da Rajoy a Sánchez. La rivalutazione della mozione di sfiducia costruttiva nella forma di governo parlamentare spagnola*, in questa Rivista, n. 2/2018). L'accordo è stato approvato con i 173 voti a favore (e 167 contrari) dei deputati di *Unidos Podemos*, PNV, *Compromis*, *Nueva Canarias*, PDeCAT ed Erc. Si è rivelato fondamentale il sostegno degli indipendentisti catalani che hanno spiegato il loro cambio di atteggiamento come un gesto politico distensivo, necessario per garantire il prosieguo della legislatura, e non come un voto di appoggio al governo in carica.

Gli obiettivi approvati prevedono una riduzione del deficit e un aumento della spesa pubblica, entro i limiti negoziati con Bruxelles, al fine di promuovere una maggiore crescita economica. Nello specifico l'accordo prevede per il 2019 un deficit pubblico delle pubbliche amministrazioni pari all'1,8% del PIL, che –secondo le stime- dovrà ridursi all'1,1% nel 2020 e allo 0,4% nel 2021. Quanto al debito, nel 2019 il complessivo ammontare del debito dovrebbe corrispondere, al massimo, a un 96,1% del PIL, e ridursi negli esercizi seguenti fino al 94, 1% e al 91,5%. Per quanto concerne la spesa pubblica, le previsioni approvate stabiliscono un aumento del 2,7% nel 2019, del 2,9% nel 2020 e del 3,1% nel 2021. Questo provvedimento rappresenta un passaggio fondamentale per approvare il progetto di legge di bilancio 2019.

GOVERNO

ISSN 2279-7238

RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

In questi mesi il Presidente del Governo, Pedro Sánchez, ha partecipato ai vari Consigli europei che sono stati dedicati principalmente ai temi della Brexit, della migrazione e della sicurezza interna.

Il **20 settembre** ha partecipato a un Consiglio europeo straordinario in cui si è discusso di sicurezza interna, migrazione e Brexit. In relazione al primo aspetto, Sánchez ha appoggiato le proposte presentate rivolte a rafforzare le competenze della Procura europea in materia di lotta al terrorismo e contro la tratta degli esseri umani. Rispetto al tema della migrazione, il Governo spagnolo ha appoggiato tutte le proposte presentate dalla Commissione europea, compresa quella di rafforzare FRONTEX di circa 10.000 unità e di promuovere al suo interno una maggiore flessibilità e complementarietà. Infine, per quanto riguarda la Brexit, si è evidenziata la necessità di completare il processo di negoziazione e di pervenire a un accordo sostanziale entro il mese ottobre, risolvendo le questioni principali riguardanti il confine irlandese, il mercato interno e, per quanto concerne la Spagna, la questione di Gibilterra.

Il **17** e il **18 ottobre** il *Premier* spagnolo ha partecipato al Consiglio europeo in cui si è discusso sullo stato dei negoziati con il Regno Unito ed è stata espressa piena fiducia a Michel Barnier per la loro prosecuzione, sia pur senza conseguire progressi sufficienti nella direzione di un accordo definitivo. Altri temi importanti affrontati nel corso della seconda giornata sono stati quelli della migrazione e della sicurezza interna. Rispetto al primo, il Governo spagnolo ha sostenuto insieme agli altri Stati membri la necessità di continuare a prevenire la migrazione illegale e la cooperazione rafforzata con i paesi di origine e di transito, nonché a contrastare il traffico di migranti. Per quanto concerne la sicurezza interna, è stata evidenziata dal Consiglio la necessità di adottare misure per contrastare attività illecite e dolose di natura informatica, creare una cibersicurezza forte, rispondere alle nuove sfide derivanti dagli sviluppi tecnologici anche in vista delle future elezioni europee.

Progressi decisivi in tema di Brexit sono stati raggiunti nel Consiglio europeo straordinario (articolo 50) del **25 novembre**, a cui ha preso parte il Presidente del Governo spagnolo. In tale Consiglio è stato approvato l'accordo sul recesso del Regno Unito e dell'Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, nonché la Dichiarazione politica che definisce il quadro delle future relazioni tra il Regno e l'Unione europea. Nella conferenza stampa di poco successiva, Sánchez ha commentato positivamente l'accordo di recesso raggiunto, evidenziando coma la Spagna abbia visto soddisfatte le sue priorità riguardanti,

ISSN 2279-7238

principalmente, la salvaguardia completa dei diritti dei cittadini comunitari nel Regno e viceversa. Sánchez ha esplicitato la sua soddisfazione anche per altri punti dell'accordo concernenti gli aspetti finanziari, il ruolo della Corte di Giustizia, il mantenimento dell'integrità del mercato interno e il rafforzamento della cooperazione in materia giudiziaria e poliziesca. Il Premier si è espresso positivamente anche rispetto alla Dichiarazione politica, valutando positivamente il quadro delle relazioni economiche che continueranno a legare l'Unione europea e il Regno Unito, soprattutto con riferimento alle materie del trasporto aereo, della pesca, della sicurezza, della lotta contro il terrorismo e della delinquenza organizzata. Infine ha manifestato il suo apprezzamento per le decisioni assunte sulla questione di Gibilterra che -a suo giudizio- assegnano alla Spagna le garanzie necessarie per giocare un ruolo essenziale nelle future negoziazioni.

PROPOSTA DI REVISIONE COSTITUZIONALE SULL'ABOLIZIONE DEI C.D. *AFORAMIENTOS*

Il **17 settembre** Pedro Sánchez, nell'ambito di un atto celebrativo dei primi cento giorni di governo svoltosi nella *Casa de America di Madrid*, ha annunciato la presentazione di una proposta di riforma della Costituzione per abolire il sistema di c.d. *aforamientos* per deputati e membri dell'esecutivo nell'ordinamento spagnolo.

Il **30 novembre,** dopo aver ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, il Consiglio dei Ministri ha approvato una proposta (anteprogetto) di revisione costituzionale concernente gli articoli 71, comma 3 e 102, comma 1 della Costituzione, principalmente al fine di eliminare il sistema di c.d. aforamiento per deputati, senatori e membri dell'esecutivo in caso di reati commessi al di fuori dall'esercizio delle proprie cariche. La riforma stabilisce che i c.d. aforamientos previsti dalla Costituzione saranno applicabili solo ai reati che i soggetti sopra richiamati hanno commesso nell'esercizio diretto delle proprie funzioni e durante il periodo di vigenza del loro mandato.

Il progetto di revisione è stato trasmesso al Consiglio Generale del Potere giudiziario al fine di ottenere un parere previo. Il **20 dicembre** il Consiglio si è espresso favorevolmente su questa riforma, seppur evidenziandone l'ampia portata e le lacune legate alla necessità di un adeguamento a livello costituzionale, statutario e legislativo, per garantire un regime uniforme di *aforamientos* ed evitare eventuali asimmetrie anche a livello territoriale. Nel pronunciarsi favorevolmente sul progetto, il Consiglio ha richiamato la dottrina costituzionale che conferisce all'*aforamiento* un carattere nettamente funzionale in quanto strettamente connesso con l'esercizio di una funzione costituzionale.

ISSN 2279-7238

La vicepresidente del Governo, Carmen Calvo, ha precisato che la riforma costituzionale è "quantitativamente limitata", in quanto relativa solo a due articoli, ma molto importante da un punto di vista politico perché avvicina la Spagna ad altri Paesi europei.

RAPPORTI CON LE *CORTES GENERALES*

Il **12 dicembre** il Presidente del Governo, Pedro Sánchez, su richiesta di alcuni gruppi parlamentari, si è presentato al Congresso dei deputati per riferire sul Consiglio europeo (articolo 50), la Brexit e la situazione in Catalogna.

Il Presidente ha evidenziato, *in primis*, i nessi esistenti tra il recesso del Regno Unito dall'Unione e le rivendicazioni indipendentiste della Catalogna dalla Spagna, quali fenomeni disgregativi che minacciano la solidità dell'Ue e il processo di integrazione europea rivolto ad accrescere la condivisione della sovranità in un mondo globalizzato.

Sulla questione catalana, il Presidente del Governo è intervenuto molto duramente a commentare gli ultimi avvenimenti nella Comunità autonoma, dichiarando inaccettabile la retorica utilizzata da alcuni dirigenti indipendentisti, così come l'interruzione nello svolgimento di alcune funzioni da parte del Governo della Generalità nonché dei Mossos D'esquadra; comportamenti ritenuti in grado di attentare alla sicurezza pubblica e ai diritti fondamentali di tutti i catalani.

Sánchez ha ribadito inoltre che l'unico modo di risolvere il problema della rivendicazione indipendentista è la via costituzionale e che l'unica risposta alla crisi può essere trovata solo nell'ambito dello Stato sociale e democratico di diritto. Rivendicare la via *kossovara* o slovena, come aspira a fare l'indipendentismo catalano, denota -secondo il Premier- oltre che un disconoscimento della storia, una manipolazione inaccettabile della realtà.

Sul Consiglio europeo del **25 novembre** e la Brexit, il Presidente ha aggiornato i deputati sugli ultimi sviluppi riguardanti l'Accordo sul recesso del Regno Unito e la Dichiarazione politica che definisce le relazioni future del Regno con l'Unione europea. Anche su questo tema ha espresso commenti molto duri, parlando dell'irresponsabilità di Cameron nel convertire i problemi del suo partito in un problema europeo e globale, nonché accennando agli effetti nefasti della Brexit sull'andamento dell'economia britannica. Ha spiegato, in particolare, i contenuti di questi accordi che regolano un recesso ordinato del Regno dall'Unione e cercano di minimizzare l'impatto della Brexit sui cittadini e gli attori economici, salvaguardando i diritti dei cittadini comunitari nell'ordinamento britannico. Ha specificato che non si negozierà nessun altro accordo e che dovrà essere il Regno Unito a decidere se

ISSN 2279-7238

interrompere il processo iniziato con l'attivazione dell'articolo 50 alla luce della sentenza della Corte di Giustizia europea.

Il Presidente ha assimilato entrambi i fenomeni politici, la secessione catalana e il recesso britannico, nella misura in cui utilizzano retoriche simili, impongono alla popolazione di prendere decisioni attraverso un'opzione binaria, colpevolizzano terzi e ovviano alle proprie responsabilità, contribuendo ad erodere la coesione sociale e la fiducia nelle istituzioni.

A chiusura del suo discorso, Pedro Sánchez ha prospettato ai deputati un progetto riformista comune per rilanciare una Spagna plurale che riconosca le diverse identità mantenendo ferma la propria unità, promuovendo una rigenerazione morale e politica, una modernizzazione economica e una maggiore coesione sociale.

MISURE ECONOMICHE PER LA COESIONE SOCIALE

Nel mese di dicembre il Governo ha approvato tramite decreto-legge due importanti provvedimenti in materia di retribuzioni minime e pensioni, rivolti, in entrambi i casi, a incrementare i livelli minimi.

Il **21 dicembre** si è svolto a Barcellona il Consiglio dei Ministri in cui, tra le varie misure approvate, si è deciso di incrementare del 22,3% il salario minimo interprofessionale per il 2019, innanzandolo, così, a 900 euro al mese. Tale misura è stata approvata con il Decreto-Legge n. 24/2018, del 21 dicembre, con il quale si approvano le misure urgenti in materia di retribuzioni nell'ambito del settore pubblico (BOE n. 312, del 27 dicembre 2018). L'obiettivo di questa riforma è prevenire la povertà nel lavoro, aumentare la qualità della vita delle persone con un reddito inferiore, e infine promuovere una crescita salariale più dinamica.

Il **28 dicembre** il Consiglio dei Ministri ha approvato il Regio Decreto-Legge n. 28/2018, del 28 dicembre, per la rivalutazione delle pensioni pubbliche e altre misure urgenti in materia sociale, lavorativa e occupazionale (BOE n. 312, del 29 dicembre 2018), che prevede un aumento delle pensioni nell'ambito del Sistema di Sicurezza Sociale. Sulla base del decreto, a partire dal 1 gennaio 2019, le pensioni contributive saranno rivalutate dell'1,6% mentre le pensioni minime non contributive di un 3%. Il decreto-legge include anche misure per favorire la contrattazione e incrementare le misure per contrastare la disoccupazione.

CAPO DELLO STATO

ISSN 2279-7238

DISCORSO DEL RE FELIPE VI PER IL QUARANTENNALE DELLA COSTITUZIONE

Il **6 dicembre** il Re Felipe VI, in occasione del solenne atto commemorativo del 40° anniversario della Costituzione spagnola celebratosi al Congresso dei Deputati, ha pronunciato un discorso celebrativo della Costituzione. Il Re ha evidenziato come la Costituzione, da lui definito il patto di convivenza degli spagnoli, abbia trainato la Spagna nella fase di più grande sviluppo della sua storia, funzionando come uno strumento di unione. Ha messo in luce, inoltre, come la Costituzione, nonostante un periodo di forte convulsione politica e un rischio di secessione territoriale, abbia dimostrato pienamente in queste quattro decadi di essere una democrazia stabile e matura. Nel suo discorso ha fatto riferimento al valore storico del compromesso costituente, agli ideali e ai valori costituzionali e alla loro importanza quali pilastri essenziali anche per il futuro sviluppo del Paese. Non ha fatto cenno, invece, al tema della revisione costituzionale, al centro invece del dibattito politico-istituzionale, né al tentativo di secessione della Catalogna. Ha esaltato lo spirito di integrazione della società spagnola: "una vocazione di integrazione che non significa uniformità, né dimenticare la diversità territoriale, né negare la pluralità, ma riconoscere tutte quelle in una realtà nazionale comune nella quale convivono differenti modi di pensare, comprendere e sentire". A conclusione del suo discorso, ha fatto cenno alla monarchia ricordando che "la Corona está ya indisolublemente unida —en la vida de España— a la democracia y a la libertad".

DISCORSO DI NATALE DEL RE FELIPE VI

Il **24 dicembre** Felipe VI ha incentrato il suo tradizionale discorso di Natale sui temi della pacifica convivenza e del rispetto dei principi costituzionali in una fase caratterizzata da una forte tensione politica e sociale e dal rischio di una secessione territoriale. Ha insistito inoltre sulla necessità di difendere i principi e i valori costituzionali anche davanti ai problemi seri delle nuove generazioni posti dalla crisi economica, che hanno determinato una situazione di inerzia e mutato le regole del gioco. Dinanzi a questo stato di crisi, il Re ha invocato la necessità di un grande progetto di riforma e modernizzazione del Paese.

CORTI

TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Il **14 novembre** il Tribunale costituzionale ha adottato all'unanimità la sentenza n. 124/2018 (BOE n. 301, del 14 dicembre 2018), sul conflitto di attribuzione 3102-

ISSN 2279-7238

2016 promosso dal Congresso dei deputati contro il Governo della Nazione, in relazione alla mancata presentazione del Ministro della Difesa nella sessione della Commissione di Difesa del Parlamento, convocata il 17 marzo, per informare sulle questioni trattate e sugli accordi conseguiti nella riunione dei ministri della difesa della NATO tenutasi a Bruxelles il 10 e 11 febbraio 2016. Nella sentenza i giudici hanno dichiarato incostituzionale la mancata sottomissione al controllo parlamentare da parte del Governo di Mariano Rajoy nel lasso temporale compreso tra le elezioni del 2015 e la sua investitura nel 2016. Nella sentenza i magistrati hanno ritenuto che il Ministro della Difesa, sottraendosi al controllo parlamentare, abbia violato l'articolo 66, comma 2, che attribuisce alle Cortes Generales la funzione di controllo sull'azione di Governo, a prescindere dall'esistenza di una relazione fiduciaria, pervenendo ad una violazione del sistema di equilibrio tra i poteri disegnato dalla Costituzione. I giudici hanno chiarito l'obbligo per il Governo in carica di sottoporsi alle ordinarie forme di controllo parlamentare previste nel Titolo V della Costituzione, e sviluppate ulteriormente nei regolamenti parlamentari, che prescindono dall'instaurazione della relazione fiduciaria e dalla concreta responsabilità politica.

Il **28 novembre** il Tribunale costituzionale ha dichiarato ricevibile (c.d. admisión a tramite) il ricorso del Governo Sánchez contro la risoluzione del Parlamento catalano di condanna del Re e dell'istituzione monarchica. Nella risoluzione impugnata, in cui si condanna il Re per la posizione espressa sul referendum del 1° ottobre, si riafferma il compromesso della Catalogna con i valori repubblicani e si richiede di abolire la monarchia definita una istituzione "decadente e antidemocratica". Il ricorso dell'esecutivo su una risoluzione considerata "politicamente inaccettabile" e priva di fondamento giuridico è stato presentato nonostante il parere contrario (sia pur non vincolante) del Consiglio di Stato. Quest'ultimo ha ritenuto infatti inammissibile un ricorso per la via dell'articolo 161, coma 2 Cost., su una risoluzione priva di valore giuridico e come tale inidonea a costituire oggetto di impugnazione. Secondo l'esecutivo, la risoluzione è incostituzionale poiché sottintende la volontà del Parlamento catalano di "iniziare un processo unilaterale che sfocia nella proclamazione di un'ipotetica repubblica che viola la Costituzione", e in quanto esorbita dalle funzioni ordinarie del Parlamento, determinando una violazione della Costituzione e dello Statuto di autonomia.

EVOLUZIONE DELLA VICENDA GIUDIZIARIA CATALANA (C.D *PROCÉS*)

Il **12 dicembre** il *Pleno* del Tribunale costituzionale ha rigettato all'unanimità, con la sentenza n. 129/2018, il primo ricorso di *amparo* 637-2018 presentato da alcuni

ISSN 2279-7238

leader indipendentisti catalani (ex presidente del Parlamento Carme Forcadell, ex membro della Mesa, Ana Simó, ed ex deputati della CUP, Anna Gabriel e Mireia Boya), che contestavano la competenza del Tribunale supremo per istruire la causa del *procés independentista* sui reati di ribellione, sedizione e frode dei fondi pubblici, ritenendo che l'organo competente a giudicarli fosse la Sala Civile e Penale del Tribunale Superiore di Giustizia della Catalogna. Il Tribunale costituzionale ha velocizzato l'esame di taluni ricorsi su sollecitazione di alcuni politici indipendentisti in stato di custodia cautelare, che dal carcere hanno avviato uno sciopero della fame per fare pressioni al Tribunale costituzionale nella prospettiva di ricorrere poi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il Tribunale ha respinto tale ricorso ritenendolo sostanzialmente prematuro, poiché presentato prima ancora dell'avvio della causa dinanzi al Tribunale Supremo. I giudici costituzionali devono ancora pronunciarsi, invero, sui ricorsi più problematici che contestano l'imparzialità del giudice istruttore, Pablo Llarena, così come la sua decisione di imporre la carcerazione preventiva come misura cautelare.

Il **18 dicembre** gli avvocati dei leader indipendentisti catalani implicati nella causa relativa al *procés independentista* hanno richiesto che il processo si svolga dinanzi al Tribunale Superiore di Giustizia Catalano e non innanzi al Tribunale Supremo. I rappresentanti legali dei politici indipendentisti catalani rinviati a giudizio rivendicano la competenza del Tribunale Superiore di Giustizia Catalano, poiché ritengono che i fatti addebitati ai loro assistiti, presumibilmente costitutivi dei reati di cui sono accusati, si siano compiuti in Catalogna. Contro questa posizione, si è pronunciata la *Fiscalía* del Tribunale Supremo che ha qualificato i fatti oggetto del processo un attentato grave all'interesse generale della Spagna che trascende dalla Comunità autonoma.

Il **27 dicembre** il Tribunale Supremo ha deciso all'unanimità la sua competenza a giudicare i reati di ribellione e frode dei fondi pubblici, rimettendo al Tribunale Superiore di Giustizia della Catalogna la parte del processo riguardante i sei imputati accusati dei reati di disobbedienza. Il Tribunale ha giustificato questa disconnessione processuale per pervenire a un giudizio più veloce e senza dilazioni temporali.

AUTONOMIE

ANDALUSIA

Il **26 dicembre**, a distanza di 48 ore dalla costituzione della sessione costitutiva del nuovo Parlamento andaluso, il Partito popolare e *Ciudadanos* hanno concluso un accordo programmatico per governare l'Andalusia nella prossima legislatura (v. *supra*,

ISSN 2279-7238

Elezioni). L'accordo prevede un pacchetto di 90 misure in ambito economico, sociale, fiscale e, soprattutto, un importante blocco di proposte rivolte a promuovere la rigenerazione democratica e la trasparenza nella Comunità autonoma. Il documento include una disposizione finale con cui entrambi i partiti si impegnano a creare una commissione di controllo dell'accordo di governo che si riunirà con cadenza trimestrale o quando lo richieda una delle parti. L'accordo contiene un programma sociale molto approfondito e va in una direzione completamente opposta alle principali richieste avanzate da Vox, quali, ad esempio, l'abrogazione delle leggi sulla violenza di genere e sulla memoria storica, la devoluzione delle competenze in materia sanitaria e di educazione allo Stato, ovvero anche il rimpatrio degli immigrati illegali.

CATALOGNA

L'**11 ottobre** il Parlamento catalano ha approvato una proposta di risoluzione presentata *Catalunya en Comú Podem* con cui si condanna la posizione e l'intervento del Re Felipe VI nel conflitto catalano e si propone l'abolizione dell'istituzione monarchica definita antidemocratica. La risoluzione è stata approvata a distanza di 48 ore dalla bocciatura di una risoluzione analoga presentata dai partiti indipendentisti di JxCat ed ERC, in cui si rivendicava, in aggiunta, anche la via unilaterale alla indipendenza e quindi non era stata sostenuta dai "comunes". Questa seconda iniziativa, priva di questa connotazione indipendentista, è stata invece approvata con i 69 voti dei proponenti, di JxCat ed Erc, la astensione della CUP e il voto contrario degli altri partiti (PP, PSC y CS).

Il **21 dicembre** si è svolta Barcellona la seconda riunione intergovernativa tra il Presidente del Governo Pedro Sánchez e il Presidente della Generalità catalana Quim Torra, e le relative delegazioni ministeriali, per discutere della complessa situazione della Catalogna. Entrambi i presidenti hanno costatato la persistenza di un conflitto serio sul futuro della Catalogna, rispetto al quale tuttavia non condividono le motivazioni originarie, la natura e, soprattutto, le modalità di risoluzione. Nel comunicato stampa successivo alla riunione, i due leader hanno dichiarato la volontà di avviare un "dialogo effettivo" che permetta di condurre all'approvazione di una proposta politica in grado di ottenere ampio appoggio nella società catalana. In questa prospettiva hanno concordato di potenziare gli spazi di dialogo per pervenire a una soluzione che sia in grado di offrire una risposta democratica alla società catalana nel pieno rispetto della sicurezza giuridica.

Nell'ambito della riunione il Presidente della Generalità ha proposto al *Premier* un documento articolato in 21 punti come base per le future negoziazioni. Tra i punti

ISSN 2279-7238

più salienti del documento figurano la defranchizzazione delle istituzioni spagnole, la rigenerazione democratica e l'esercizio del diritto all'autodeterminazione della Catalogna attraverso la creazione di una commissione internazionale che svolga un ruolo di intermediazione per sbloccare il conflitto. Il Presidente Sánchez non ha accolto il documento per la futura negoziazione mentre ha dichiarato che prenderà in considerazione unicamente il comunicato stampa approvato congiuntamente.

Infine nell'incontro non si è discusso della legge di bilancio 2019, rispetto alla quale Torra ha evidenziato l'assenza di qualsiasi accordo tra i partiti del fronte indipendentista per una sua eventuale approvazione.

Il **31 dicembre** Quim Torra, nel tradizionale discorso di fine anno, ha chiesto all'indipendentismo di rafforzare la sua unità e di mantenere la pressione sullo Stato rispetto al processo giudiziario contro i leader indipendentisti catalani che prenderà avvio presumibilmente a gennaio. Torra ha parlato di una situazione politica gravissima di repressione inaccettabile, facendo riferimento al nuovo anno come un anno liberatorio e risolutivo in cui si dovrà realizzare "il mandato democratico di libertà, per ribellarsi all'ingiustizia e far cadere i muri dell'oppressione". Ha fatto riferimento alla necessità di una mediazione internazionale per risolvere la situazione catalana, unitamente all'avvio di un dialogo con il Presidente del Governo Sanchez. In questo contesto ha ricordato che i valori repubblicani, il rifiuto della repressione penale per risolvere questioni politiche e democratiche, nonché l'esercizio del diritto dell'autodeterminazione, rappresentano le tre idee principali condivise dall'80% dei catalani. Inoltre ha dichiarato che il primo obiettivo del primo consiglio esecutivo che si riunirà nel prossimo anno sarà quello di presentare una iniziativa legislativa per dare attuazione alle leggi sociali sospese dal Tribunale costituzionale.

Nella conferenza stampa successiva al discorso di fine anno il Presidente Sánchez ha chiarito che il Governo, rispetto al monologo indipendentista del leader indipendentista, è disposto a offrire solo dialogo e legge e a impegnarsi per risolvere il conflitto catalano nel quadro della Costituzione e dei valori propri di una democrazia

PAESE BASCO

Il **31 dicembre** il lehendakari Iñigo Urkullu, nell'ambito del discorso di fine anno pronunciato dal palazzo di Ajuria Enea, ha evidenziato la necessità di giungere a un accordo su un nuovo modello di Stato fondato sulla plurinazionalità quale unica via per superare la crisi territoriale che attraversa la Spagna. Secondo il lehendakari, per superare quella che lui ha definito la maggiore crisi territoriale dall'entrata in vigore

ISSN 2279-7238

della Costituzione, si rende necessario cercare un nuovo consenso che garantisca la convivenza pacifica in un ambito plurinazionale.

Nell'ambito del discorso Urkullu ha ricordato come il 2018 sia stato per il Paese Basco un anno sostanzialmente positivo per la dissoluzione di ETA, la riduzione del 10% della disoccupazione e i risultati ottenuti nella lotta contro la violenza di genere. Ha spiegato però come rimangano aperte molte sfide sociali, economiche, per migliorare il futuro della Comunità autonoma.

ISSN 2279-7238

Le elezioni di midterm negli Stati Uniti all'epoca di Trump*

di Giulia Aravantinou Leonidi**

Le elezioni di *midterm* del **6 novembre** con le quali si è provveduto al rinnovo totale dei membri della Camera dei Rappresentanti, di un terzo dei membri del Senato, all'elezione dei Governatori di diversi Stati e al rinnovo dei legislativi statali sono state considerate un referendum su Donald Trump.

In realtà, il tema delle elezioni di *midterm* quale referendum politico sull'operato dell'amministrazione presidenziale nei primi due anni del mandato non è sconosciuto al panorama politico-istituzionale statunitense. Tale accezione della consultazione di medio-termine era stata colta già da James Bryce nella sua opera monumentale *The American Commonwealth* allorquando scriveva a proposito dell'elezione della Camera dei Rappresentanti che "it enables the people within two years to express their approval or disapproval of his conduct by sending up another House of Representatives which may support or oppose the policy he has followed"[137].

In relazione alle elezioni di *midterm* si applicano due teorie prevalenti, affermatesi nel corso del tempo, per comprendere le ragioni che portano ad una sofferenza, in termini di perdita di seggi, da parte del partito del Presidente in carica. La prima di queste teorie è la "coattails theory"[138]. Questa teoria, proposta per la prima volta da Bean nel 1948, collega la perdita di voti da parte del partito del Presidente in carica all'affluenza al voto, che si registra in occasione delle elezioni di medio termine. Sulla base della teoria dei *presidential coattails* è stata elaborata in seguito dalla dottrina la cd. teoria del *surge and decline,* per la quale le elezioni di *midterm* si caratterizzano come momenti elettorali di declino per il Presidente e il suo partito, proprio perché i "suoi" elettori, cioè quelli vicini alle politiche e all'indirizzo del Presidente, hanno un minore

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate. Università di Roma "Sapienza".

137 J. BRYCE, *The House of Representatives, in The American Commonwealth*, vol. 1, cap. XIII, p. 157.

138 Allusione alle lunghe falde ("code") di una redingote da uomo. Nel linguaggio politico americano indica una personalità molto in vista (candidato o titolare di una carica pubblica) che grazie alla sua popolarità è in grado di rafforzare le probabilità di vittoria di altri candidati aderenti al suo partito. Si dice che tale candidato trascina gli altri alla vittoria "aggrappati alle falde della sua giacca".

ISSN 2279-7238

interesse ad andare al voto, non considerando questa competizione vivace come quella presidenziale[139]. In risposta alla teoria del "surge and decline" Tufte, nel 1975, cercando una spiegazione alla perdita di voti da parte del partito del Presidente, elabora una propria teoria aggiungendo ai due fattori indicati da Campbell (affluenza al voto e interesse suscitato dall'elezione) altri due fattori parimenti importanti: la popolarità del Presidente e la performance dell'economia nazionale. Sulla base dei dati della sua ricerca Tufte giunge alla conclusione che tutte le elezioni che si sono avute negli Stati Uniti tra il 1930 e il 1970 non sono state altro che dei referendum sul Presidente e sulla gestione dell'economia. I successivi tentativi condotti da J. E. Campbell negli anni '80 e negli anni '90 del XX secolo di rivedere la teoria del *surge and decline*, di fatti integrano la teoria originale tenendo conto dei risultati della ricerca di Tufte e, dunque, dell'idea che ogni elezione di *midterm* sia un referendum sull'operato del Presidente e, di conseguenza, sul suo partito che subisce perdite in termini di voti.

Quello delle elezioni di *midterm* è un appuntamento di grande importanza poiché da esso dipende la capacità del Presidente Donald Trump di governare nei prossimi due anni, ultimi del suo primo mandato, attraverso il controllo o meno di entrambi i rami del Congresso, fino ad oggi saldamente nelle mani dei repubblicani. Pertanto, mentre i repubblicani speravano di mantenere in novembre il controllo di entrambe le Camere del Congresso, proseguendo così in quella che è stata definita la *constitutional trifecta*, i democratici miravano alla conquista della Camera Bassa per poter frenare l'agenda politica del Presidente.

Il **6 novembre**, dopo otto anni, la maggioranza nella *House of Representatives* è stata riconquistata dal Partito democratico, che ora detiene 223 seggi su 435, contro i 197 del Partito repubblicano. I repubblicani hanno rafforzato la loro maggioranza nel Senato, tra l'altro con candidati che espongono posizioni vicine a quelle del

[139] Cfr. A. CAMPBELL, *Surge and decline: A study of electoral change*, in "The Public Opinion Quarterly", 24, n. 3, 1960, pp. 397 e ss.; rivisitata da J. E. CAMPBELL, *The presidential surge and its midterm decline in congressional elections, 1868- 1988*. In "The Journal of Politics", 53, n. 2, 1991, pp. 477 e ss.

ISSN 2279-7238

Presidente Donald Trump, ottenendo 51 seggi, mentre il Partito democratico è sceso a quota 46.

Il risultato elettorale ha consegnato, dunque, al Paese un Congresso diviso, dopo i due precedenti a maggioranza repubblicana.

L'analisi del voto non è così immediata come potrebbe sembrare ad una prima occhiata. Si è trattato senz'altro di un referendum sull'operato dell'amministrazione Trump, che ne esce in qualche modo vincente. Alla sua personalità divisiva e irriverente, oltre che alle sue esternazioni lontane dal *politically correct* su temi come la violenza di genere o l'immigrazione, è probabilmente da ascriversi l'inusuale affluenza alle urne registrata in queste consultazioni. Tuttavia, l'elevata affluenza non ha determinato quella *blue wave* pronosticata alla vigilia delle elezioni di *midterm* dai commentatori politici statunitensi, consegnando ai democratici la tiepida soddisfazione di aver riconquistato la Camera bassa, circostanza questa che in un regime di bicameralismo perfetto consente un margine di manovra oltremodo limitato.

In un ordinamento quale quello statunitense in cui l'iniziativa legislativa spetta in via esclusiva ai membri del Congresso e al Presidente è riconosciuto un mero potere di impulso della legislazione, poter contare su una maggioranza in entrambe le Camere del Congresso può fare senz'altro la differenza, ma è opportuno ricordare che non sempre il controllo del Congresso da parte del medesimo partito che esprime il Capo dell'esecutivo ha costituito un punto di forza per quest'ultimo. Nel 2008, ad esempio, quando Barack Obama divenne il quarantaquattresimo Presidente degli Stati Uniti e sia il Senato che la Camera dei Rappresentanti erano sotto il controllo dei democratici, il nuovo Presidente non poté mai contare su una reale maggioranza a suo favore, poiché un cospicuo numero di senatori e deputati democratici esprimevano posizioni conservatrici su determinate questioni sociali ed economiche, attestandosi sulle posizioni tradizionalmente abbracciate dal partito repubblicano. Sebbene, infatti, i democratici potessero contare alla Camera su ben 235 deputati contro i 198 repubblicani, il Presidente Obama era di fatto in minoranza, perché ben

ISSN 2279-7238

54 democratici erano dichiaratamente conservatori e avevano apertamente indicato che non avrebbero appoggiato riforme progressiste.

Il *divided government* non rappresenta, pertanto, una novità per la politica statunitense, sebbene ne costitusca in qualche misura una anomalia. Anche nel 2010 le elezioni di *midterm* del 2 novembre consegnarono ad Obama un Congresso diviso. Una situazione anomala, che negli Stati Uniti non si verificava dal 1930. Quella del cd. "split congress", Congresso diviso, rappresentò all'epoca l'opzione più promettente che il partito democratico poteva aspettarsi dalle elezioni di medio termine. La riconquista repubblicana della Camera dei Rappresentanti aprì una fase di incessante confronto tra Presidente e Congresso segnata da una paralisi legislativa, ritenuta da alcuni studiosi una delle cause del declino della democrazia americana. Anche in quell'occasione, così come oggi per Trump, le elezioni di medio termine furono concepite come un referendum di verifica dell'operato dell'esecutivo. Nel 2014 la vittoria dei repubblicani alle elezioni di *midterm* nel novembre con la conquista della maggioranza al Senato e l'incremento del numero di deputati alla Camera avevano consegnato al Gop il controllo del Congresso. All'epoca i repubblicani interpretarono l'esito della consultazione elettorale come un mandato per proseguire sulla via della radicalizzazione dello scontro con gli avversari democratici e perpetuare la situazione di stallo che domina Washington già da diversi anni.

Il governo diviso peserà, dunque, sulla governabilità del Paese, assicurando comunque a Trump la possibilità di addossare ad un nemico interno i suoi fallimenti e l'inerzia del Congresso. All'indomani del voto di medio termine si inaugura, pertanto, una fase delicata per l'amministrazione Trump, nella quale la cooperazione dei democratici alla Camera risulterà indispensabile al perseguimento degli obiettivi prioritari del Presidente, come già il *government shutdown* di **dicembre** legato alle richieste del Presidente di finanziare il rafforzamento dei confini meridionali del Paese (il cd. Muro con il Messico) ha dimostrato. Inoltre, gli scandali che hanno investito la Presidenza in questi primi due anni di mandato hanno contribuito a fragilizzare ulteriormente il sistema, innalzando il livello dello scontro tra democratici

ISSN 2279-7238

e repubblicani e favorendo un approfondimento della polarizzazione, risultato di diversi fattori tra i quali spicca l'affiliazione partitica.

I democratici alla Camera dei rappresentanti potranno, grazie al controllo delle commissioni, inaugurare una stagione di inchieste per mettere in difficoltà la presidenza, ma la possibilità dell'attivazione del tanto invocato procedimento di *impeachment*, per la rimozione di Trump dal suo incarico alla guida del Paese, si allontana definitivamente dal panorama politico statunitense, lasciando spazio ad un biennio prodromico delle prossime elezioni del 2020 in cui non mancheranno scontri aspri che continueranno così a caratterizzare ed ad esacerbare i toni di questa stagione di decadenza della democrazia americana.

ELEZIONI E PARTITI

LE ELEZIONI DI *MID-TERM*

Il **6 novembre**, si sono tenute negli Stati Uniti le elezioni legislative di medio termine, le elezioni dei governatori di 36 Stati ed una serie di referendum a livello statale. Dopo otto anni, i democratici hanno riconquistato la Camera, mentre i repubblicani hanno rafforzato la maggioranza in Senato. (v. *Introduzione*)

ELEZIONI DEI GOVERNATORI

In concomitanza con le elezioni per il rinnovo della Camera dei rappresentanti e di un terzo del Senato si sono svolte anche le elezioni per i governatori di 36 Stati. Il Partito democratico ha conquistato sette Stati guidati dai repubblicani. Si tratta di Nevada, New Mexico, Kansas, tradizionalmente una delle principali roccaforti repubblicane, Wisconsin, Illinois, Michigan e Maine. A favore dei candidati democratici si sono espressi anche gli elettori di: Oregon, California, Colorado, Hawaii, Minnesota, New York, Connecticut, Rhode Island e Pennsylvania. Sono rimasti repubblicani, invece, i governatori dell'Idaho, Wyoming, South Dakota, Nebraska, Arizona, Texas, Oklahoma, Arkansas, Tennessee, Alabama, Georgia1, South Carolina, Massachusetts, Maryland, Vermont, New Hampshire, Alaska, Florida, Ohio ed Iowa.

REFERENDUM

Il **6 novembre** si sono svolti anche diversi referendum. Nel Michigan e nel North Dakota i referendum hanno riguardato la legalizzazione della marijuana ad uso ricreativo;

ISSN 2279-7238

si è votato a favore della legalizzazione in Michigan mentre il referendum è stato bocciato in North Dakota. Nel Missouri e nello Utah si è votato a favore della legalizzazione dell'uso terapeutico della marijuana soggetto ad una tassazione del 4%. In Arkansas e nel Missouri ci si è recati alle urne per esprimersi sull'aumento del reddito minimo, proposta accolta con favore in entrambi gli Stati. Nell'Arkansas la somma aumenterà da $8,50 a $11 all'ora entro il 2021, mentre nel Missouri si passerà da $7,85 a $12 entro il 2023. In Alabama e West Virginia oggetto del referendum era l'introduzione di misure contro l'aborto nelle rispettive costituzioni statali. In entrambi gli Stati gli elettori si sono espressi in maniera favorevole. Nel primo Stato, l'emendamento riconosce il diritto alla via del feto e vieta il finanziamento dell'aborto con fondi pubblici; nel secondo, la modifica ha implicato che lo Stato non tutelerà il diritto di aborto e limiterà i fondi pubblici disponibili per la procedura. Anche in Oregon il referendum riguardava il diritto all'aborto ed in particolare la destinazione di fondi pubblici alla sua pratica, ma il referendum in questo caso è stato respinto confermando la ripresa negli stati Uniti di un orientamento conservatore sul tema. Sempre in Oregon è stata respinta la proposta di abrogare la c.d. *sanctuary law*, approvata nel 1987 per vietare alle forze di polizia statali e locali di applicare le norme federali in tema di immigrazione Nebraska, Idaho e Utah hanno votato invece a favore dell'espansione dell'idoneità a percepire il Medicaid, il programma di sussidio alle spese sanitarie delle persone indigenti. In Florida, gli elettori hanno approvato il referendum per il ripristino del diritto di voto agli individui dichiarati colpevoli di *felonies* (circa 1,5 milioni di elettori). Proposte che amplieranno il diritto di voto sono state approvate anche nel Maryland e nel Nevada. Nel North Carolina e nell'Arkansas, sono stati approvati emendamenti costituzionali che richiederanno ai votanti di presentare documenti di identità al seggio. Lo spinoso tema del controllo delle armi da fuoco è tornato al centro del dibattito nello stato di Washington dove è stata approvata la proposta di aumentare l'età minima per l'acquisto di armi da fuoco a 21 anni e di introdurre l'obbligo di controlli della fedina penale e di rispettare tempi di attesa. Nel Massachusetts gli elettori hanno respinto la proposta di abrogare la legge statale che vieta la discriminazione contro gli individui transgender. La Louisiana ha invece approvato la proposta secondo cui è necessario il verdetto unanime di una giuria di 12 persone per imporre una dichiarazione di colpevolezza per *felony*. In Arizona è stata respinta la proposta di imporre ai fornitori di elettricità di derivare la metà del prodotto da fonti rinnovabili entro il 2023. In Colorado, è stata parimenti respinta una misura che avrebbe limitato i luoghi in cui situare pozzi petroliferi e di gas. Nel Missouri, nello Utah e nello stato di Washington, sono state respinte proposte di aumentare od imporre tasse sul gasolio. La California ha, di contro, respinto una misura che avrebbe abrogato il più recente aumento della tassa sul gasolio. In California, gli elettori di San Francisco hanno accolto una proposta che prevede l'imposizione di una tassa dello 0,5% sulle imprese della città le cui entrate annuali eccedano i 50 milioni di dollari, il gettito previsto finanzierà abitazioni e servizi per i senzatetto della città.

ISSN 2279-7238

VERSO LE PRESIDENZIALI DEL 2020: LE CANDIDATURE

Il **6 novembre** il democratico Beto O'Rourke ha perso le elezioni contro Ted Cruz, a cui avrebbe voluto strappare il seggio al Senato statunitense. Nonostante la sconfitta, gli va riconosciuto il merito di essere stato capace di costruire una base solida di donatori, tanto da aver raccolto più di qualsiasi altro candidato nel Paese per le elezioni di metà mandato. Nel terzo trimestre dell'anno ha raggiunto la somma record di 38 milioni di dollari, per un totale di 70 milioni per la sua candidatura, in gran parte ottenuti da piccoli donatori. O'Rourke, che sta terminando il suo terzo mandato da deputato, è stato incoraggiato da diversi consiglieri dell'ex presidente Obama a candidarsi per le presidenziali del 2020. Il **16 novembre** avrebbe incontrato lo stesso Obama, convinto che O'Rourke abbia il carisma per replicare l'ondata di entusiasmo che ha sospinto il primo Presidente afroamericano verso la Casa Bianca nel 2008. Nel corso della campagna elettorale per il seggio al Senato, Obama ha più volte offerto il suo sostegno a O'Rourke che lo ha sempre rifiutato, probabilmente anche memore dell'*endorsement* che Obama aveva fatto nel 2012 a favore del suo avversario, l'allora deputato in carica Silvestre Reyes.
Qualora O'Rourke dovesse decidere di correre per le presidenziali e non per il Senato risulterebbe al momento al terzo posto tra gli ipotetici candidati, alle spalle dell'ex vicepresidente Joe Biden e del senatore Bernie Sanders, maggior avversario di Hillary Clinton alle primarie di due anni fa.

Nel frattempo, Obama, nel tentativo di costruire una nuova generazione di leader democratici, avrebbe già incontrato anche altri possibili candidati alle primarie democratiche, tra cui la senatrice Elizabeth Warren, il senatore Bernie Sanders e l'ex sindaco di New Orleans, Mitch Landrieu.

Anche Tom Steyer, miliardario californiano conosciuto per la sua campagna per l'impeachment del presidente Donald Trump e il suo massiccio contributo alle ultime elezioni di metà mandato per i candidati democratici, potrebbe costituire un potenziale candidato alla *nomination* democratica.

Sempre sul fronte democratico la senatrice del Massachusetts Elizabeth Warren, appartenente all'ala più liberal del partito, ha fatto un passo cruciale verso la sua quasi certa discesa in campo per le presidenziali. Il **31 dicembre** ha annunciato infatti la costituzione di un comitato esplorativo che, secondo i commentatori, dovrebbe assicurarle un vantaggio nella raccolta fondi e nell'organizzazione della campagna elettorale. Dal punto di vista del finanziamento della campagna è interessante notare che la Warren risulta al momento l'unica tra i potenziali candidati alla Casa Bianca a poter contare su una cifra ingente. Si tratta di ben 12,5 milioni di dollari di fondi che le sono rimasti al termine della campagna per la rielezione al Senato. I temi attorno ai quali ruoterà la sua campagna, qualora decidesse di formalizzare la propria candidatura, saranno: le famiglie lavoratrici, i giovani e il debito studentesco, i pensionati e l'equità nella tassazione delle imprese e dei cittadini. La prima scadenza per la raccolta fondi è fissata al 31 gennaio. Fino ad allora è probabile che altri

ISSN 2279-7238

potenziali candidati lanceranno i propri comitati esplorativi per concorrere alla *nomination* democratica.

CONGRESSO

I DEMOCRATICI LANCIANO UNA NUOVA SFIDA AL CONGRESSO

La strage compiuta da un veterano dei Marines in California, il giorno dopo le elezioni di metà mandato negli Stati Uniti, ripropone l'annosa *quaestio* della necessità di maggiori controlli sulle armi, ora che i democratici hanno di nuovo la maggioranza alla Camera. Il ciclo elettorale del 2018 è stato il primo in cui le spese dei sostenitori del controllo delle armi hanno superato quelle della *National Rifle Association*, la lobby dei produttori di armi, che ha, invece, speso circa 20 milioni di dollari. Forti della recente conquista della maggioranza alla Camera dei rappresentanti, i democratici, attraverso la voce del loro leader, Nancy Pelosi, promettono di spendersi per individuare soluzioni bipartisan al problema della detenzione e uso delle armi negli Stati Uniti. Tuttavia, il mantenimento del controllo sul Senato da parte dei repubblicani preannuncia una battaglia dura in caso di presentazione di un nuovo disegno di legge volto a limitare la vendita e il possesso delle armi, diritto quest'ultimo garantito dal tanto discusso II emendamento della Costituzione.

L'ELEZIONE DELLO *SPEAKER* DELLA CAMERA DEI RAPPRESENTANTI

Nancy Pelosi punta a diventare nuovamente il leader della maggioranza democratica della Camera dei rappresentanti quando a gennaio si insedierà il nuovo Congresso. È stata la prima donna a ricoprire l'incarico di speaker della Camera nel 2007 ma oggi la sua nomina è tutt'altro che scontata. All'interno del partito democratico sono infatti sedici i dissidenti che hanno espresso il proprio parere contrario alla nomina della Pelosi a Speaker sostenendo in una lettera aperta che il partito necessita di una nuova leadership.

Il voto sulla nomina del leader della maggioranza democratica è previsto per il 3 gennaio. Sarà anticipato da un voto preliminare interno al partito che determinerà il numero di voti complessivi necessari ad eleggere il prossimo speaker. In vista dei due appuntamenti, la Pelosi ha lanciato una campagna in suo favore dentro e fuori *Capitol Hill*.

Nancy Pelosi promette di ripristinare la *House Select Committee on Energy Independence and Global Warming*, commissione istituita nel 2007 e soppressa nel 2011 dopo che i repubblicani avevano guadagnato la maggioranza alla Camera. Considerate le inquietudini che si addensano attorno al delicato tema del cambiamento climatico, rispetto al quale le amministrazioni presidenziali statunitensi sia del passato che attuali non hanno mai mostrato una sufficiente sensibilità, e le indicazioni dei sondaggi per i quali il 90% degli elettori democratici si dichiara preoccupato per la minaccia esistenziale rappresentata dalle mutazioni del clima in atto, l'intenzione della Pelosi di resuscitare la *House Select Committee*

ISSN 2279-7238

è considerata un tentativo, oltremodo timido, di accattivarsi le simpatie dell'elettorato più intransigente e rappresentativo del suo partito. Anche le affermazioni rese dalla Pelosi in relazione al proposito di ridurre i costi di prescrizione dei farmaci e puntellare la tanto discussa riforma sanitaria approvata nel corso dell'amministrazione Obama, altro non sembrano che delle mere dichiarazioni di intenti prive di alcuna concreta possibilità di realizzazione. D'altra parte, sebbene i democratici abbiano riconquistato la maggioranza alla Camera dei Rappresentanti, questa non è tuttavia sufficiente a garantire la possibilità di approvare dei disegni di leggi in assenza del controllo dell'altro ramo del Congresso, saldamente nelle mani dei repubblicani.
Il ruolo dello speaker è di fondamentale importanza nell'architettura istituzionale statunitense, capace di intervenire nel bilanciamento tra il potere esecutivo e quello legislativo, di avviare inchieste e contrastare le politiche dell'amministrazione.

CASO KAVANAUGH

Lo scontro politico tra repubblicani e democratici sulla nomina di Brett Kavanaugh si intensifica a seguito delle accuse di molestie sessuali da parte di almeno tre donne.
I senatori hanno ricevuto il rapporto del Fbi sulle ulteriori indagini, svolte su ordine del Presidente e riguardanti il giudice.

La Casa Bianca ha espresso piena fiducia che il Senato, chiamato ad approvare la nomina, voterà confermando Kavanaugh al massimo organo giudiziario statunitense. Il fronte repubblicano si mostra pertanto compatto nel sostenere la nomina presidenziale che viene invece contestata dall'opposizione democratica. In particolare, Dianne Feinstein, esponente democratica della commissione giustizia, sostiene che il documento sia "il risultato di un'inchiesta incompleta".

Il **5 ottobre** il Senato ha espresso un voto procedurale per indicare se il nominato ha i 50 voti necessari per la sua conferma a giudice della Corte Suprema. In caso di impasse, il vicepresidente Mike Pence può esprimere un voto a favore del giudice.

IL SENATO VOTA PER LA SOSPENSIONE DEL SUPPORTO DEGLI STATI UNITI ALL'ARABIA SAUDITA NELLA GUERRA ALLO YEMEN

Il **28 novembre** il Senato ha approvato con 63 voti a favore e 37 contrari un misura procedurale che consentirà l'approvazione della Senate Joint Resolution 16 con la quale verrà sospeso il sostegno degli Stati Uniti all'Arabia Saudita nella guerra in Yemen. *La Joint Resolution* dispone che il Congresso, sulla base della 1973 War Powers Resolution e della section 1013 of the Department of State Authorization Act, Fiscal Years 1984 and 1985, indirizzi il Presidente al ritiro delle forze armate statunitensi "from hostilities in or affecting the Republic of Yemen." La sola eccezione prevista riguarda l'eventuale coinvolgimento di al Qaeda o forze associate, in quel caso gli Stati Uniti tornerebbero al fianco dei sauditi. La

ISSN 2279-7238

risoluzione prevede una scadenza di 30 giorni. Successivamente, la risoluzione andrà in discussione al Senato.

FIRST STEP ACT

Il **18 dicembre** il Senato ha approvato il *First Step Act* con un voto schiacciante a maggioranza bipartisan di 87 a 12, che segna una sostanziale revisione delle leggi sul carcere e sulla condanna per ridurre la recidiva e le popolazioni carcerarie. Il disegno di legge espande la programmazione di posti di lavoro in carcere e post-rilascio, include componenti relativi alle alternative al carcere per i detenuti a basso rischio come la reclusione domestica, proibisce le restrizioni sulle detenute incinte e impone un trattamento basato sull'evidenza per l'abuso di oppioidi e eroina, tra gli altri. Il disegno di legge rivede le pene severe contro la droga della legge sulle sostanze controllate, inclusa la riduzione della regola dei "tre colpi" per i criminali che li aveva mandati in prigione, ora fino a 25 anni, e cambia i due o più crimini all'interno della regola da qualsiasi "reato di droga" a "un grave reato di droga o grave crimine violento", definito nel testo del disegno di legge. Il disegno di legge espande la programmazione di reintegrazione nella società e di occupazione sia in carcere che successivamente al rilascio, prevedendo tra l'altro anche delle alternative al carcere per i detenuti a basso rischio come ad esempio gli arresti domiciliari, proibisce le restrizioni alle detenute incinte e impone un trattamento basato sull'evidenza per l'abuso di oppioidi e eroina. Il disegno di legge rivede le pene severe previste dal *Controlled Substances Act*, ridefinendo la regola dei cd. "three strikes" per i criminali già condannati.

LO *SHUTDOWN* DEL GOVERNO FEDERALE

Il **22 dicembre**, alla vigilia delle festività natalizie, è iniziato il parziale *shutdown* del Governo federale degli Stati Uniti che tocca circa ottocento mila dipendenti federali che lavoreranno senza essere pagati. Camera e Senato non hanno trovato un compromesso sui 5,7 miliardi di dollari per il muro con il Messico pretesi dal presidente Donald Trump, inseriti nella proposta di legge di spesa per finanziare nove dei 15 dipartimenti federali e decine di agenzie. Si tratta del terzo *shutdown* del 2018 dopo quelli di gennaio e febbraio, questa volta causato dalla decisione del Presidente di esigere lo stanziamento di 5 miliardi di dollari per la costruzione del muro con il Messico promesso da Trump in campagna elettorale. Dopo l'approvazione alla Camera di una legge di spesa anti-shutdown, la patata bollente è passata al Senato dove i senatori repubblicani si sono dimostrati poco propensi a ricorrere alla *nuclear option* che chiuderebbe la partita a favore di Trump che nel frattempo si è dichiarato orgoglioso di provocare la paralisi del Governo federale pur di garantire più sicurezza al Paese lungo i confini meridionali, scagliando ancora una volta le responsabilità sugli avversari democratici. Lo *shutdown* totale è previsto per il 2019 in assenza del

ISSN 2279-7238

raggiungimento di un compromesso che appare a questo punto sempre meno probabile. All'indomani di Santo Stefano, il **27 dicembre**, il Senato è tornato a riunirsi e tornerà a farlo il 31 gennaio. Alla Camera non sono previsti voti in questa settimana. D'altra parte, gran parte dei legislatori sono ancora in vacanza e a loro è stato detto che nel caso fosse stato organizzato un voto chiave, verrebbe dato un avvertimento 24 ore prima dando loro il tempo di tornare a Washington. Ora si guarda al 3 gennaio, quando il nuovo Congresso si insedierà e i democratici riprenderanno il controllo della Camera mentre i repubblicani rafforzeranno la loro maggioranza al Senato.

PRESIDENTE ED ESECUTIVO

EXECUTIVE ORDERS

Il **12 dicembre** il Presidente Trump ha emanato l'*Executive Order on Establishing the White House Opportunity and Revitalization Council*. L'ordine esecutivo si iscrive nell'ambito dell'intento di riorganizzazione degli uffici dell'Esecutivo di questa amministrazione. Alcuni mesi prima, il **12 settembre**, il Presidente aveva firmato un altro importante ordine esecutivo, l'*Executive Order on Imposing Certain Sanctions in the Event of Foreign Interference in a United States Election*. L'ordine esecutivo rappresenta lo sforzo dell'amministrazione Trump di riemergere dalle nebbie dello scandalo Russiagate che hanno avvolto la Presidenza sin dal suo insediamento nel 2016.

IL DIPARTIMENTO DEL TESORO HA ANNUNCIATO SANZIONI CONTRO L'ARABIA SAUDITA PER L'ASSASSINIO DI KHASHOGGI

Il **14 novembre** il Dipartimento del Tesoro ha annunciato una serie di sanzioni economiche contro l'Arabia Saudita per l'omicidio del giornalista Jamal Khashoggi presso il consolato saudita ad Istanbul. Khashoggi aveva criticato la casa reale saudita, presumibilmente provocando il suo assassinio da agenti sauditi sfociato in seguito in uno scandalo condannato a livello internazionale, di cui le sanzioni annunciate dal Dipartimento del Tesoro sono la diretta conseguenza. L'anno scorso il Presidente Trump aveva firmato l'*Executive Order* 13818, che è stato invocato in occasione dell'annuncio delle sanzioni. L'ordine esecutivo consente il sequestro di beni e proprietà di persone che commettono gravi violazioni dei diritti umani. Il Dipartimento del Tesoro ha proseguito rilasciando una comunicazione alle istituzioni finanziarie di tutta la nazione, avvertendole di non fare affari con i responsabili di violazioni dei diritti umani. Congiuntamente ha rilasciato un elenco di nominativi di persone specificamente sanzionate. Questo provvedimento giunge due settimane dopo che i funzionari sauditi hanno ammesso che l'omicidio di Khashoggi è stato premeditato e a seguito di numerosi appelli delle Nazioni Unite per una maggiore trasparenza nel processo investigativo. Il procuratore capo dell'Arabia Saudita ha suggerito l'applicazione della pena di morte per i cinque uomini che hanno ucciso Khashoggi.

ISSN 2279-7238

IL DIPARTIMENTO DI GIUSTIZIA PRONTO AD AGIRE CONTRO ASSANGE NEL CASO WIKILEAKS

Il Dipartimento di Giustizia ha segretamente presentato accuse penali contro il fondatore di WikiLeaks, Julian Assange. Le accuse sono state rivelate il **16 novembre** in un documento giudiziario in cui i pubblici ministeri hanno indicato i capi di accusa contro Assange. Il documento era una richiesta non correlata per suggellare le accuse per crimini sessuali contro qualcuno di nome Seim Sulaymen Kokayi. Ci sono due riferimenti ad Assange. Il Dipartimento di Giustizia ha studiato diversi modi per inchiodare Assange da quando WikiLeaks ha iniziato a pubblicare segreti di stato e documenti governativi, cercando di trovare una via legale percorribile senza creare un precedente di criminalizzazione delle relazioni su questioni di sicurezza nazionale.
A luglio, Robert Mueller ha accusato 12 russi di aver hackerato le e-mail interne del Partito Democratico in una cospirazione volta ad interferire con le elezioni presidenziali del 2016. Nell'accusa si fa espresso riferimento a Wikileaks, che ha ricevuto la i documenti classificati violati e li ha resi pubblici.

LA SCOMPARSA DI GEORGE HERBERT WALKER BUSH, 41ESIMO PRESIDENTE AMERICANO

Gli Stati Uniti hanno dichiarato il lutto nazionale per onorare la vita di George Herbert Walker Bush, il 41esimo presidente americano, deceduto venerdì **30 novembre** all'età di 94 anni. Il suo decesso segue quello della moglie Barbara, spentasi in aprile. I funerali di Stato sono stati celebrati nella Cattedrale nazionale a Washington e hanno visto la partecipazione del Presidente Donald Trump e della first lady. Trump per l'occasione ha deciso di cancellare la conferenza stampa prevista nel pomeriggio a Buenos Aires alla conclusione del G20. Anche il New York Stock Exchange ha chiuso i battenti il **5 dicembre** per ricordare un uomo che è stato imprenditore, parlamentare, inviato Onu in Cina e capo della Cia prima di diventare nel 1980 vicepresidente del repubblicano Ronald Reagan per poi succedergli alla Casa Bianca alle elezioni del 1988. Quattro anni dopo perse la sfida contro il democratico Bill Clinton per la rielezione, a causa dell'economia in recessione e delle tensioni interne al Gop, dovute principalmente alla sua decisione di alzare le tasse. La morte dell'ex Presidente degli Stati Uniti ha suscitato molta commozione nella comunità internazionale che ha espresso il suo cordoglio per la perdita di un uomo stimato soprattutto per le sue doti diplomatiche che consentirono, in anni difficili per le relazioni USA-URSS, di archiviare la guerra fredda senza l'impiego di forze militari.

IUS SOLI

ISSN 2279-7238

Ad una settimana dalle elezioni di metà mandato si è riacceso negli Stati Uniti il dibattito sullo *ius soli*. Il Presidente Trump nel corso di un'intervista televisiva, resa il **30 ottobre**, ha espresso l'intenzione di emanare un ordine esecutivo con cui eliminare il diritto di cittadinanza per i bambini nati nel Paese da genitori stranieri, regolari o irregolari che siano, abolendo dunque lo *ius soli*. Lo *ius soli*, negli Stati Uniti, è automatico e senza condizioni, protetto dal Quattordicesimo emendamento della Costituzione, ratificato nel 1868: chi nasce negli Stati Uniti, a prescindere dalla nazionalità dei genitori, è cittadino statunitense. L'accoglimento dello ius soli fu una conquista del partito repubblicano. La Corte Suprema con la sua giurisprudenza ha in diverse occasioni riaffermato il significato del Quattordicesimo emendamento, ribadendo che la cittadinanza è garantita per nascita negli Stati Uniti, a prescindere dallo status dei genitori, così come voleva il Congresso e come è stato recepito dagli Stati. Negli Stati Uniti d'America il percorso del diritto di cittadinanza ha conosciuto un'evoluzione segnata dalle vicende storiche e politiche che hanno segnato la vita del Paese e dagli obiettivi perseguiti dagli attori politicamente rilevanti. A tal proposito si ricorda che il diritto di acquisto della cittadinanza iure soli è stato sancito dal XIV emendamento approvato nel 1868 a pochi anni dal termine della sanguinosa guerra di secessione che aveva visto contrapporsi il Nord e il Sud del Paese. Prima dell'adozione del XIV emendamento a norma del quale "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside", il principio dello *ius soli* era applicato sul territorio statunitense sulla base del Calvin's Case deciso dalla Court of King's Bench nel 1608, che aveva assunto autorità di precedente nella giurisprudenza delle colonie americane.

IL *TURNOVER* NELL'AMMINISTRAZIONE TRUMP

Continua il *turnover* tra i membri dell'amministrazione Trump. Sono 32 in totale coloro che hanno detto addio al Presidente più discusso degli ultimi decenni. Il primo è stato Michael Flynn, il primo consigliere per la Sicurezza nazionale arruolato il 20 gennaio 2017 e obbligato a dare le dimissioni il 13 febbraio 2017 per avere mentito al vicepresidente Mike Pence sulla natura delle sue conversazioni con colui che ai tempi della campagna elettorale del 2016 era ambasciatore russo in Usa. Altre tre persone sono seguite in quel ruolo, l'ultima è John Bolton, che ha preso il posto di H.R. McMaster, costretto ad andarsene dopo 11 mesi il 22 marzo del 2017.Tra gli addii più recenti c'è quello di Jeff Session, diventato segretario alla Giustizia il 9 febbraio 2017 e licenziato da Trump il **7 novembre** 2018. Tra i licenziamenti più clamorosi c'è stato quello di Rex Tillerson, l'ex Ceo del colosso petrolifero Exxon Mobil che il 20 gennaio 2017 divenne segretario di Stato salvo essere mandato a casa il 13 marzo 2018 con un *tweet* del presidente Usa. John Kelly, il capo di gabinetto della Casa Bianca, ha dichiarato l'**8 dicembre** che lascerà l'incarico alla fine del 2018 e il nome del successore sarà reso noto dalla Casa Bianca al più presto. Kelly aveva assunto l'incarico nel luglio del 2017, in sostituzione di Reince Priebus. Il principale candidato a prendere il suo posto era Nick Ayers, capo dello staff del vicepresidente Mike

ISSN 2279-7238

Pence nonché stratega politico repubblicano. Anche Ryan Zinke, segretario agli Interni ha annunciato il **15 dicembre** che lascerà il suo incarico. Si tratta dell'ennesimo addio da quando Trump è arrivato alla Casa Bianca. Un'accelerazione è stata senz'altro impressa dal risultato delle elezioni di metà mandato dello scorso **6 novembre**, quando la minoranza democratica è riuscita a riprendere il controllo della Camera dei rappresentanti mentre i repubblicani hanno rafforzato la loro maggioranza al Senato. Alla vigilia dell'annuncio dell'addio di Zinke, Trump ha annunciato che Mick Mulvaney, direttore dell'Ufficio per la gestione e il bilancio della Casa Bianca, è stato nominato Capo di gabinetto ad interim al posto di Kelly. Ad andarsene è anche il segretario alla Difesa, Jim Mattis, che Donald Trump ha deciso di sostituire con due mesi di anticipo rispetto a quanto era stato stabilito, a sostituirlo provvisoriamente sarà il suo vice, Patrick Shanahan, ex manager di Boeing. Le dimissioni di Mattis erano state scatenate dall'inattesa decisione di Trump di ritirare i circa 2.000 soldati statunitensi presenti in Siria, giustificata con la presunta "sconfitta dell'Isis"; inoltre, il presidente avrebbe intenzione di riportare in patria circa la metà dei 14.000 soldati che si trovano in Afghanistan. Mattis aveva annunciato che sarebbe rimasto fino alla fine di febbraio, per garantire una transizione morbida e dare il tempo alla Casa Bianca per scegliere il successore; inoltre, Mattis avrebbe così partecipato al prossimo incontro dei ministri della Difesa dei Paesi della Nato, dove avrebbe spiegato la politica degli Stati Uniti. Alle dimissioni di Mattis si sono aggiunte il **22 dicembre** quelle di Brett McGurk, l'inviato speciale del presidente statunitense per la coalizione che sta combattendo l'Isis. McGurk, nominato da Barack Obama, avrebbe dovuto lasciare l'incarico a febbraio, ma ha deciso di anticipare i tempi della sua uscita per la decisione del presidente sulla Siria.

RUSSIAGATE

Paul Manafort, ex direttore della campagna elettorale di Donald Trump Manafort, ex direttore della campagna presidenziale, venerdì **14 settembre** si è dichiarato colpevole di cospirazione contro gli Usa e di cospirazione per ostacolare la giustizia e ha deciso di collaborare con Mueller su "tutte le questioni che il governo ritiene rilevanti". Non è ancora chiaro se Paul Manafort sia in possesso di informazioni potenzialmente dannose per l'amministrazione Trump, ma il suo mea culpa e l'impegno a collaborare pienamente con gli inquirenti offrono al procuratore speciale Robert Mueller l'occasione per sottoporgli alcuni interrogativi chiave nell'ambito dell'inchiesta sul cd. Russiagate, relativa alla presunta interferenza di Mosca nelle elezioni del 2016 e sulla potenziale collusione tra Trump e il Cremlino.

Il **12 dicembre** l'inchiesta condotta da Mueller ha mietuto un'altra vittima eccellente. Michael Cohen, ex avvocato e faccendiere del presidente Donald Trump, è stato condannato a tre anni di carcere da un tribunale di New York. Cohen, ad agosto, si era dichiarato colpevole di otto capi d'accusa, tra cui quello di violazione delle leggi sul finanziamento delle campagne elettorali, relativo al pagamento di due donne, di cui aveva comprato il silenzio sui loro presunti rapporti sessuali con l'attuale Presidente; inoltre, in

ISSN 2279-7238

novembre, Cohen si è dichiarato colpevole di aver mentito al Congresso statunitense sugli affari di Trump in Russia. Il **13 dicembre** un giudice federale ha rinviato la sentenza dell'ex consigliere per la sicurezza nazionale a Donald Trump, Michael Flynn, che gli ha concesso più tempo per collaborare con le indagini in corso. Il giudice Emmet Sullivan del tribunale distrettuale degli Stati Uniti per il distretto di Columbia ha definito "molto gravi" i reati di Flynn e gli ha fatto numerose domande mirate. Flynn si era dichiarato colpevole l'anno scorso per aver reso false dichiarazioni all'FBI. All'inizio di dicembre, il Consigliere speciale Robert Mueller ha raccomandato a Flynn di ricevere poco o nessun carcere in base alla sua collaborazione con le indagini. Tuttavia, dopo aver affrontato aspre critiche da parte del giudice, Flynn si è incontrato in privato con i suoi avvocati e poi è tornato per chiedere più tempo prima della sentenza. Entrambe le parti hanno tempo fino al 13 marzo per presentare una relazione e non è stata ancora fissata una nuova data per la sentenza.

CORTI

COMPOSIZIONE DELLA CORTE SUPREMA. CONFERMATA LA NOMINA DI KAVANAUGH

Il **6 ottobre**, il giudice Brett M. Kavanaugh è divenuto il 114mo giudice della Corte suprema federale, a seguito del voto favorevole di 50 senatori contro 48, una delle maggioranze più esigue nella storia delle conferme di nomine alla Corte. La votazione ha seguito essenzialmente le linee di partito, con i repubblicani favorevoli ed i democratici contrari; le sole eccezioni sono state la senatrice Lisa Murkowski, repubblicana dell'Alaska, che ha votato contro Kavanaugh, ed il senatore Joe Manchin III, democratico del West Virginia, che ha votato a suo favore.

CONTESTATA LA NOMINA DI WHITAKER A PROCURATORE GENERALE

L'avvocato Tom Goldstein il **16 novembre** ha chiesto alla Corte Suprema degli Stati Uniti di nominare il Deputy Attorney General Rod Rosenstein come acting Attorney General, in sostituzione di Matthew Whitaker. Goldstein sostiene che Whitaker si è insediato illegalmente come successore temporaneo dell'ex procuratore generale Jeff Sessions, e che Rosenstein è il successore legale e costituzionalmente legittimo di Sessions. La mozione sostiene che, in qualità di vice-procuratore generale confermato dal Senato, Rosenstein è automaticamente succeduto al ruolo di Procuratore generale d'esecuzione ai sensi del 28 USC § 508 (a) e della Appointments Clause dell'articolo II della Costituzione. La mozione chiede al tribunale di risolvere immediatamente questa disputa. Il Procuratore Generale ha una serie di responsabilità, tra cui la nomina di giudici dell'immigrazione, la determinazione dell'entrata in vigore delle leggi federali e la supervisione dell'indagine del Consigliere speciale Robert Mueller. Non c'è scadenza per l'azione dei giudici.

ISSN 2279-7238

L'INDIPENDENZA DEI GIUDICI

Torna ad inasprirsi lo scontro tra potere giudiziario e potere esecutivo. A ridefinire la natura dei rapporti tra giudici e amministrazione è intervenuto in maniera inedita, il **21 novembre**, il Chief Justice John Roberts della Corte suprema federale in occasione di uno scambio verbale con il Presidente sull'indipendenza del potere giudiziario statunitense. A scatenare la querelle sono state le dichiarazioni rese da Trump a proposito del giudice John S. Tigar, della corte distrettuale federale di San Francisco, nominato dall'ex Presidente democratico e definito da Trump "un giudice di Obama". Le affermazioni di Trump sono state provocate dalla decisione presa da Tigar di sospendere l'operatività della nuova politica sulla richiesta d'asilo voluta dall'amministrazione, che limitava la trattazione di tali richieste solamente a quelle pervenute presso porti d'ingresso ufficiali nel Paese. Roberts nel suo intervento ha ricordato che i giudici non aderiscono alle linee politiche dei Presidenti che li hanno nominati ma, piuttosto, "fanno del loro meglio per fare giustizia, in maniera equa, nei confronti delle parti che giungono davanti ad essi. Questa giustizia indipendente è una cosa per cui dovremmo essere tutti grati".

La dichiarazione del *Chief Justice* giunge all'apice di uno scontro che ha visto dal 2016 il potere giudiziario resistere strenuamente agli attacchi resi a mezzo stampa dal Presidente. Quest'ultimo non ha mai fatto mistero del proprio disappunto circa la trattazione del suo provvedimento anti-immigrati, il cd. *travel ban*, da parte delle corti statali e federali. Abbandonati i toni moderati e concilianti dei mesi scorsi ─probabilmente in ragione del fatto che in seguito alle nuove nomine alla Corte Suprema, oggi Roberts riveste il ruolo di "centrista", in termini ideologici, nel collegio degli Old Nine─ le dichiarazioni del giudice sembrano voler contrastare il discredito pubblico a cui la Corte suprema federale è stata esposta nel corso del procedimento di conferma delle nomine presidenziali.

SISTEMA ELETTORALE DELLA GEORGIA

I sostenitori della candidata Stacey Abrams alla carica di governatore hanno presentato il **27 novembre** un ricorso federale chiedendo una revisione delle regole del procedimento elettorale in Georgia. I querelanti sostengono che la Georgia ha problemi risalenti in relazione al diritto di voto, che l'hanno vista colpire in particolare gli elettori a basso reddito e di colore:

La Commissione americana per i diritti civili, un'agenzia indipendente bipartisan, ha rilevato che tra gli Stati precedentemente soggetti alla cd. *preclearance* dal *Voting Rights Act*, la Georgia è l'unico Stato ad aver applicato restrizioni del diritto di voto per ogni categoria esaminata dalla Commissione: requisiti rigorosi per l'identificazione degli elettori; prova documentaria della cittadinanza degli Stati Uniti; purghe degli elettori dai registri; tagli al voto anticipato; e una serie di postazioni di polling chiuse o ricollocate.

ISSN 2279-7238

I ricorrenti cita diverse circostanze e politiche: la politica di registrazione, la politica di esatta corrispondenza, uso di tecnologie vulnerabili all'*hacking*, macchine di voto inaffidabili, circoscrizioni mobili o soppresse, registri degli elettori imprecisi, risorse inadeguate ai seggi elettorali, inadeguata formazione e supervisione dei voti provvisori e dei voti assenti.
Nelle elezioni di medio termine, Abrams era il candidato democratico alla carica di governatore della Georgia. In precedenza, aveva lavorato come leader delle minoranze nella Camera dei rappresentanti della Georgia dal 2011 al 2017. La campagna di Abrams è stata degna di nota perché è stata la prima tra le donne di colore ad essere candidata alla carica di Governatore di uno Stato.

La corsa contro Brian Kemp è stata segnata da momenti di tensione in ragione del fatto che Kemp, al momento delle elezioni, ricoprisse la carica di Segretario di Stato, posizione questa che gli offriva la possibilità di controllare lo svolgimento del procedimento elettorale. In passato, Kemp era stato accusato di procedere a vere e proprie purghe attraverso la cancellazione di migliaia di moduli di domanda elettorale.

Due organizzazioni senza scopo di lucro hanno partecipato al ricorso: *Fair Fight Action* e *Care in Action*. *Fair Fight Action* promuove la riforma elettorale e l'accesso degli elettori, sensibilizzando l'opinione pubblica sulla riforma elettorale, facendo pressioni sul legislatore statale per la riforma elettorale e impegnandosi in un programma di registrazione degli elettori mirato. *Care in Action* si dedica, invece, alla lotta per la dignità e l'equità per i milioni di lavoratori domestici negli Stati Uniti - la maggior parte dei quali sono donne - anche educando gli elettori rispetto al diritto di voto e le procedure e, inoltre, sostenendo candidati a favore della causa dei lavoratori domestici.

Subito dopo l'elezione, Abrams ha rifiutato di riconoscere la sconfitta e un giudice federale ha ritardato il conteggio delle schede. Abrams ha pronunciato un discorso il **16 novembre** invitando all'azione.

VIII EMENDAMENTO

Il **28 novembre** la Corte Suprema si è riunita per ascoltare le argomentazioni orali nel caso **Tyson Timbs v. Indiana**, un caso che si incentra sull'incorporazione della *excessive fines clause* nella legislazione statale. Sulla base della lettera dell' VIII emendamento "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed." In particolare, il caso si chiede se una confisca eccessiva di beni in pegno possa costituire un'ammenda eccessiva e, in caso affermativo, se gli Stati siano obbligati a revocare tale confisca. Il ricorrente, Tyson Timbs, era un piccolo tossicodipendente che trasportava eroina nella sua Land Rover e inconsapevolmente ha venduto la droga alla polizia dell' Indiana. Timbs ha scontato un anno agli arresti domiciliari, cinque anni di libertà vigilata e pagato la sanzione imposta dalla corte. La Land Rover, del valore di circa 42.000 dollari, fu confiscata dalla polizia a causa del suo uso per delinquere. La Corte Suprema ha in un primo momento ascoltato Wesley Hottot dell'Istituto per la giustizia che ha esposto le argomentazioni del ricorrente. La tesi di Hottot fa perno su oltre 50 anni di precedenti che incorporavano il *Bill of Rights* nella

ISSN 2279-7238

legislazione statale. Hottot ha sostenuto che il sequestro dell'auto del ricorrente supera di gran lunga la sanzione pecuniaria proscritta. La Corte si è interrogata sulla proporzionalità della sanzione comminata, notando, tuttavia, che l'accoglimento della posizione presentata da Hottot, potrebbe determinare la non applicazione della *Excessive Fines clause* ai non cittadini. La Corte ha quindi ascoltato il procuratore generale dell'Indiana, Thomas Fisher a cui ha chiesto il perché fossero ancora presentate argomentazioni sull'incorporazione del *Bill of Rights* dove già molti diritti sono stati incorporati. La tesi di Fisher si concentrava sull'idea che il bene stesso fosse coinvolto nel crimine, quindi non si poteva dire che il suo sequestro fosse avvenuto a danno dell'individuo. Sonia Sotomayor ha ricordato quanto sostenuto dal defunto giudice Antonin Scalia, ossia che "l'applicazione dell'ottavo emendamento per limitare le multe in contanti, permettendo tuttavia valutazioni prive di limiti non avrebbe molto senso". Le parti ora attendono la decisione della Corte, che potrebbe avere un effetto dirompente sull'applicazione statale della confisca dei beni civili.

DOUBLE JEOPARDY E *SEPARATE SOVEREIGNS DOCTRINE*

Il **4 dicembre** la Corte Suprema ha ascoltato le argomentazioni orali nel caso Gamble v. Stati Uniti, che determinerà se rimarrà in vigore l'eccezione alla protezione costituzionale contro la cd. *double jeopardy*. Terence Gamble, condannato per furto in Alabama nel 2008, in quanto pregiudicato non era autorizzato a o possedere un'arma da fuoco in base alle leggi federali e statali. Quando fu arrestato per una violazione del traffico sette anni dopo, Gamble fu trovato in possesso di una pistola e accusato in Alabama dai pubblici ministeri di essere un "felon-in-possession". Contemporaneamente, i pubblici ministeri federali perseguirono Gamble per violazione delle leggi federali. Gamble fece appello, affermando che la protezione costituzionale dalla cd. double jeopardy avrebbe dovuto impedirgli di essere processato due volte per lo stesso crimine.

In base al V emendamento nessun individuo può "be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb," proibendo i processi multipli per i medesimi crimini. In ogni caso, una eccezione derivante dal *common law* e basata sulla cd. *separate sovereigns doctrine* sin dalla fondazione del Paese, consente sia ai procuratori federali che a quelli statali di perseguire un individuo sulla base della teoria per cui i governi federali e statali sono attori separati e, pertanto, la contemporanea incriminazione a livello statale e federale sfugge alla garanzia costituzionale della *double jeopardy*.

Gamble ha presentato prova del fatto che la dottrina è stata fraintesa e applicata in modo incoerente con il precedente ereditato dai tribunali inglesi su cui è basata. Alcuni giudici non sembravano affatto interessati a questo argomento. Il giudice Brett Kavanaugh, da poco nominato da Trump alla Corte Suprema, ha affermato che mettere in dubbio la *separate sovereigns doctrine* potrebbe "avere un grande impatto sulle operazioni di sicurezza nazionale" impedendo agli Stati Uniti di condannare individui che erano stati già processati in altri Paesi per crimini come il terrorismo, anche laddove l'esito di tali procedimenti fosse in conflitto con il diritto statunitense. Allo stesso modo, il giudice Stephen Breyer ha definito

ISSN 2279-7238

quanto affermato da Gamble come il tentativo di bloccare i processi federali contro individui che commettono crimini sulle terre dei nativi americani. Tuttavia, il giudice Ruth Bader Ginsburg ha descritto la dottrina come un "doppio smacco" per le persone che potrebbero essere costrette a subire il carcere per reati relativamente minori. La posizione di Gamble è stata supportata anche dal briefing amicus presentato da 36 Stati e vari gruppi come l'American Civil Liberties Union e l'Associazione Nazionale degli Avvocati di Difesa Criminale.

Il caso è di grande rilevanza per il suo potenziale impatto sulla capacità dell'amministrazione Trump di esercitare il potere di grazia, sebbene le attuali considerazioni politiche non siano emerse nel corso dell'udienza. Il Presidente ha ripetutamente dichiarato che potrebbe concedere la grazia ai membri del suo governo che siano stati condannati per reati federali. Tuttavia, sotto l'attuale regime della *separate sovereigns doctrine*, i singoli Stati sarebbero ancora in grado di incriminare e condannare, sulla base della legislazione statale, i funzionari dell'amministrazione graziati dal Presidente per crimini federali.

E-MAIL GATE

Il **5 dicembre** il giudice distrettuale Royce Lamberth ha disposto il riesame della causa relativa all'email gate che vede coinvolta Hilary Clinton.

Nella ordinanza il giudice si concentra su tre profili "whether Clinton used a private email to evade [the Freedom of Information Act], whether [the State Department's] attempts to settle the case despite knowing the inadequacy of its initial search constituted bad faith, and whether [the State Department's] subsequent searches for responsive records have been adequate." He also called the previous Secretary of State's use of a private email server "one of the gravest modern offenses to government transparency."

Nel 2014, Judicial Watch, un gruppo di sorveglianza governativa ha presentato una causa relativa ai punti di discussione di Bengasi inviati dalla Clinton alla ex ambasciatrice delle Nazioni Unite, Susan Rice. La convinzione era che il server di posta elettronica separato fosse utilizzato per aggirare le disposizioni del *Freedom of Information Act (FOIA)* che richiedeva la divulgazione di alcune informazioni governative solo su richiesta. Durante l'indagine, il Dipartimento di Stato ha tentato di risolvere il caso nonostante l'esistenza di traffico di posta elettronica che non era stato considerato.

Lamberth ha ordinato alle parti di incontrarsi per sviluppare entro 10 giorni un piano di ricerca e pianificazione per verificare se il governo federale ha agito in buona fede durante l'inchiesta sulla Clinton.

INCOSTITUZIONALE IL *PATIENT PROTECTION AND AFFORDABLE CARE ACT*

Il **14 dicembre** il giudice Reed O'Connor, della corte distrettuale di Fort Worth nel Texas, ha dichiarato incostituzionale, ai sensi della *Interstate Commerce Clause*, il *Patient*

ISSN 2279-7238

Protection and Affordable Care Act, la legge voluta dall'ex-Presidente Barack Obama di riforma del sistema di assicurazione sanitaria. La sentenza giunge alla vigilia della quinta sessione per l'iscrizione alla copertura sanitaria prevista dall'*Ac*t. In particolare, il giudice ha dichiarato incostituzionale il c.d. *individual mandate*, ovvero l'obbligo imposto ai privati di acquistare una polizza assicurativa sanitaria. Il giudice ha poi rilevato che il resto della normativa, in assenza del *mandate*, non può sopravvivere, essendo il *mandate* la colonna portante della legge. Sono state così dichiarate incostituzionali anche le previsioni espansive del *Medicaid* e l'obbligo, per i datori di lavoro, a fornire copertura assicurativa sanitaria ai propri dipendenti.

Il giudice ha affermato che quando il *Tax Cuts and Jobs Act* del 2017 ha ridotto il pagamento della responsabilità condivisa dell'Affordable Care Act (ACA) a $ 0 per non aver ottenuto l'assicurazione sanitaria, la disposizione ha cessato di essere una tassa, rendendo illegittimo il potere di tassazione del Congresso.

Tale pronuncia non altera la logica della storica sentenza della Corte Suprema del 2012, secondo cui il pagamento della responsabilità condivisa dell'ACA potrebbe essere letto come una tassa. Inoltre, la corte distrettuale ha presentato alla Corte Suprema la constatazione che il mandato individuale costituisce un legittimo esercizio del potere di tassazione del Congresso purché preveda una tassa.

Poiché la sanzione è stata ridotta a $ 0 dalla nuova legge fiscale voluta dall'amministrazione Trump e tecnicamente non imporrà più un'esazione, tuttavia, ciò ha portato il distretto settentrionale del Texas a concludere che "in base all'attuale legge il mandato individuale non fa più innescare una tassa a partire dal 2019. Fintanto che il pagamento della responsabilità condivisa è zero ... il mandato individuale non può essere mantenuto sotto il potere fiscale del Congresso ".

Il tribunale ha inoltre dichiarato che la sanzione fiscale, sezione 5000A (b) dell'ACA, è separata e distinta dal mandato individuale, sezione 5000A (a). In quanto tale, il tribunale distrettuale ha ritenuto che il mandato individuale da solo continuasse ad essere un uso incostituzionale della Clausola del commercio interstatale, come la Corte Suprema ha sostenuto nel 2012. Il resto dell'ACA è stato giudicato insostenibile e quindi incostituzionale.

Il ricorso era stato presentato da 20 avvocati e governatori repubblicani e da due individui, Neill Hurley e John Nantz. Gli imputati sono gli Stati Uniti, il Dipartimento della salute e dei servizi umani e il suo segretario Alex Azar, l'IRS e David Kautter in veste di Commissario sostituto. Anche gli Stati della California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Kentucky, Massachusetts, Minnesota, New Jersey, New York, Carolina del Nord, Oregon, Rhode Island, Vermont, Virginia e Washington e il Distretto di Columbia sono intervenuti come imputati. I ricorrenti chiedevano se il *mandate* continuasse ad obbligare gli individui ad acquistare una polizza assicurativa, alla luce della riduzione, operata dal Congresso, a zero dollari della pena per il mancato acquisto della polizza (la riduzione è stata prevista dalla riforma fiscale firmata dal Presidente Donald Trump nel dicembre 2017).

ISSN 2279-7238

Si prevede che il caso verrà presentato appello alla Corte d'Appello degli Stati Uniti per il quinto circuito. Un gruppo guidato da sostenitori del Partito democratico ha infatti già annunciato l'intenzione di agire in appello il che significa che la vicenda quasi certamente giungerà dinanzi alla Corte suprema federale. Nel frattempo, la legge rimane in vigore.

FEDERALISMO

RIDISEGNO DEI COLLEGI ELETTORALI NEL MARYLAND

Il Governatore del Maryland, Larry Hogan, ha firmato il **27 novembre** un *executive order* per creare una commissione di emergenza incaricata di ridisegnare la mappa dei distretti congressuali dello Stato. All'inizio di novembre un collegio di tre giudici della District Court del Maryland ha stabilito che il ridisegno del 2011 dopo il censimento del 2010 è stato fatto incostituzionalmente in modo da favorire i democratici. Nelle elezioni del 2012, il rappresentante John Delaney ha spodestato un repubblicano che era stato in carica per ben dieci mandati consecutivi. I querelanti hanno sostenuto che i loro diritti garantiti dal Primo Emendamento sono stati violati quando la loro storia di voto è stata utilizzata per diluire l'influenza del loro partito nel distretto. La sentenza del tribunale distrettuale ha vietato l'uso della mappa nelle future elezioni e ha previsto una scadenza di quattro mesi per ripresentare una nuova mappa ridisegnata.

Anche se il Procuratore Generale del Maryland, Brian Frosh, ha intenzione di appellarsi alla decisione della corte e chiedere una proroga della riorganizzazione affinché questa venga adottata dopo le elezioni del 2020, il Governatore ha istituito la *Emergency Commission on Sixth Congressional District Gerrymandering* composta da nove membri per conformarsi alla sentenza della corte. L'ordine esecutivo di Hogan prevede tre membri nominati tra cui un democratico, un repubblicano e un membro non affiliato, insieme ad altre sei posizioni aperte al pubblico.

L'ordine di Hogan prevede di introdurre la legislazione finale durante la prima sessione di 90 giorni della legislatura dello Stato a partire dal 9 gennaio.

IL WISCONSIN LIMITA IL POTERE DEL GOVERNATORE

Il legislatore statale del Wisconsin ha approvato il **5 dicembre** una serie di disegni di legge che limitano il potere del governatore e dell'esecutivo. Il legislatore ha approvato un progetto di legge che ridefinisce l'organizzazione della *Wisconsin Economic Development Corporation*, un'agenzia creata nel 2011 nel corso del mandato del governatore uscente Scott Walker in sostituzione del Dipartimento del commercio del Wisconsin. Il governatore entrante, Tony Evers, ha condotto in parte la sua campagna elettorale sul suo desiderio di sciogliere questa agenzia. Laddove tradizionalmente l'amministratore delegato è stato scelto dal governatore, il consiglio di amministrazione della società avrà ora la possibilità di

ISSN 2279-7238

selezionare il proprio amministratore delegato e mantenere l'attuale maggioranza repubblicana nel consiglio fino a settembre, quando i seggi saranno divisi equamente tra repubblicani e democratici. Il disegno di legge impone, inoltre, al governatore di richiedere il permesso al legislativo prima di creare determinate regole amministrative e di apportare modifiche ai programmi gestiti congiuntamente dai governi statali e federali. La discrezionalità del procuratore generale in entrata sarà inoltre ridotta in modo significativo in base a quanto disposto dal medesimo provvedimento. Il legislatore sarà ora responsabile del contenzioso e dell'assegnazione delle transazioni giudiziarie. Il procuratore generale avrà bisogno del permesso del legislativo di ritirarsi dalle cause legali che impediranno al procuratore generale entrante di porre fine a una causa in corso da parte dello Stato contro l'*Affordable Care Act*. Il legislatore ha approvato un altro disegno di legge che limita il voto anticipato in tutto lo Stato a sole due settimane e sposta la data delle primarie presidenziali dello Stato nel 2020. Un giudice federale ha annullato una legge simile nel 2016.

ISSN 2279-7238

Il Governo "bipopulista perfetto" naviga in acque agitate sotto l'occhio vigile e attento dell'Unione Europea*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

A seguito della turbolenta fase di formazione della compagine governativa a guida di Giuseppe Conte (quadrimestre maggio-agosto 2018), il governo giallo-verde è stato chiamato alla prova dei fatti.

Dopo una lunga complessa fase di gestazione, ripercorsa nel precedente fascicolo di questa Rivista, si è costituito un governo bipopulista perfetto, caratterizzato dalla compresenza di due unità politiche populiste antisistema (Movimento 5 Stelle e Lega). Le stesse, oltre a cavalcare il malcontento popolare su questioni particolarmente sensibili (immigrazione, Unione europea, etc.) trovano la propria forza legittimante nel comune obiettivo di delegittimare le altre forze politiche tradizionali – considerandole antisistema –, a loro volta impegnate nel tentativo di mantenere la propria identità e di resistere alle tattiche di estromissione, rivendicando la propria permanenza all'interno del sistema politico italiano.

Gli entusiasmi iniziali, manifestati dai due azionisti della maggioranza Salvini e Di Maio, impegnati a rispettare rigidamente il contratto di governo – più volte riformulato e siglato nelle settimane avvenire rispetto all'esito delle elezioni –, sembrano in procinto di sgretolarsi da un momento all'altro. Difatti, è spesso capitato nel corso di questi mesi, rispetto a tematiche e argomentazioni diverse, che i due esponenti politici di primo piano abbiano ritenuto necessario verificare la tenuta del patto di governo attraverso riunioni informali. In questo senso è emerso in tutta la sua limpidezza il ruolo di mediatore politico del Presidente del Consiglio. Lo stesso infatti, tenuto conto del comportamento assunto nei mesi

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.
Nel presente lavoro, l'introduzione riflette l'elaborazione comune degli Autori. Le Sezioni 'Partiti', 'Parlamento', 'Governo' e 'Autonomie' sono da attribuirsi alla dott.ssa Giuliaserena Stegher. Le Sezioni 'Capo dello Stato', 'Corti' e 'Magistratura' sono da attribuirsi al dott. Marco Mandato.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.
*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

ISSN 2279-7238

precedenti, sembrerebbe aver valorizzato quel principio monocratico insito nella compagine governativa e che ancora caratterizza tale carica, erigendosi a elemento di equilibrio all'interno della collegialità ministeriale.

Tale atteggiamento potrebbe essere ricondotto a una delle posizioni espresse da alcuni Padri costituenti[140] in sede di dibattito e di elaborazione della Carta costituzionale. Difatti, in occasione della formulazione del testo dell'art 95 Cost. diverse sono state le posizioni espresse: alcuni hanno evidenziato la necessità che il Presidente del Consiglio dovesse avere una posizione di *primus inter pares* ereditata tralaticiamente dal periodo statutario e, dunque, più collegiale rispetto alla direzione di governo; altri invece hanno privilegiato una posizione di primo piano suffragata da un ruolo maggiormente autonomo e indipendente di colui che, quindi, sarebbe chiamato a svolgere la funzione di *pivot* rispetto all'organo collegiale del Consiglio dei ministri. Come si vedrà però nella parte dedicata alla manovra economica (v. *infra*), il Presidente Conte ha dimostrato per la prima volta dall'inizio del mandato di governo un significativo attivismo politico.

Nonostante quest'anno si sia celebrato il settantesimo anniversario dall'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina non ha trovato pacifica e unanime soluzione interpretativa. Innanzitutto rispetto alle modalità con cui si è giunti alla formulazione testuale della sopracitata disposizione costituzionale, caratterizzata ancora oggi non solo da un certo *quantum* di elasticità, ma altresì da un certo grado di ambiguità e nebulosità. La ragione è principalmente ascrivibile al contesto di incertezza e timore che ha caratterizzato i lavori dell'Assemblea costituente, dovuti alla traumatica esperienza costituzionale che a partire dalla legge 2263 del 24 dicembre 1925, relativa alle attribuzioni e alle prerogative del *Capo del Governo Primo Ministro Segretario di Stato*, ha segnato il passaggio da un regime politico monarchico costituzionale di matrice liberale a uno autoritario a tendenza totalitaria.

In secondo luogo, ma non meno importante, una dovuta riflessione merita altresì la scelta dei Padri costituenti di preferire la dizione "dirige" piuttosto che "determina" rispetto alle attribuzioni contenute nel primo comma dell'art. 95 Cost., che fa riflettere e 'giustifica' l'atteggiamento di mediatore dell'attuale Presidente del Consiglio rispetto ai due *Vice-premier Capo politico Leader politico*.

[140] In particolare si vedano le posizioni espresse dagli onn. Terracini, Larocca e Lussu, rispettivamente in A.C. VIII, p. 1553 e 1556-1557.

ISSN 2279-7238

Nel corso del quadrimestre ivi trattato, il Presidente Conte ha dovuto in più occasioni mediare tra i due esponenti politici di primo piano della maggioranza giallo-verde, dal momento che su diverse tematiche è emersa in maniera lampante la divergenza ideologica e politica dei due schieramenti di governo, tanto da mettere in discussione, con cadenza quasi quotidiana, la tenuta del sodalizio politico.

Tra l'altro, giova qui sottolineare che in questi mesi è emersa una vera e propria intransigenza rispetto alla normale e fisiologica dialettica politica. Questo perché tutte quelle materie e tematiche che esulano da ciò che è stato specificatamente suggellato nel contratto di governo, trovano un atteggiamento di chiusura da parte dei due Vicepremier Salvini e Di Maio e pertanto sono totalmente ignorate. Tale atteggiamento di totale chiusura è suscettibile di riverberare, se non addirittura inficiare, l'indirizzo politico generale, ovvero le esigenze politiche economico sociali ultronee rispetto al patto politico in commento.

Le prime tensioni si sono manifestate in occasione della presentazione e dell'esame dei contenuti del cd. 'decreto-sicurezza'. Tale elaborato normativo è stato presentato su iniziativa del Ministro dell'Interno sia per venire incontro alle richieste ed esigenze dell'elettorato leghista, sia per fronteggiare la delicata questione dei continui sbarchi di immigrati sul suolo italiano. In ragione di ciò, la rigorosa e intransigente linea politica del Ministro Salvini si è espressa in provvedimenti e decisioni volti a bloccare l'approdo delle navi nei porti italiani (in particolare la nave 'Diciotti'), nonché lo sbarco di migranti a terra.

Queste scelte hanno portato le Procure della Repubblica di Agrigento, Catania e Palermo a ipotizzare nei confronti dello stesso Salvini i reati di sequestro di persona, abuso d'ufficio e arresto illegale, con la contestuale trasmissione degli atti del procedimento al Tribunale dei Ministri, sulla base di quanto sancito dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, poi conclusosi con l'archiviazione perché il fatto non costituisce reato.

La questione ha assunto una eco maggiore dal punto di vista politico. Oltre alle polemiche di Salvini e del Governo Conte sollevate nei confronti delle Istituzioni dell'Unione europea, accusate di non attuare quel principio di solidarietà e di aiuto reciproco tra gli Stati membri nelle situazioni di emergenza sociale; contestualmente l'Italia si è posta in aperta polemica nei confronti dei Paesi dell'Unione europea e della vicina Malta, quest'ultima rea di non autorizzare l'ingresso delle navi umanitarie nelle proprie acque territoriali.

ISSN 2279-7238

La presentazione e la discussione delle misure contenute nel decreto sicurezza ha innescato una diatriba, riconducibile all'emersione di opinioni dissenzienti all'interno del Gruppo parlamentare del Movimento 5 Stelle del Senato. Ben cinque senatori, tra cui De Falco, Nugnes, Fattori, Mantero e La Mura, esponenti vicini al Presidente della Camera Fico, hanno apertamente contestato la linea politica assunta dal Vicepremier Di Maio, perché ritenuta distante dai principi ispiratori del Movimento stesso. In questa occasione, proprio il Capo politico ha sottolineato l'importanza di un voto compatto a favore del provvedimento nei suoi contenuti originari al fine di rispettare il patto politico con Salvini. A due mesi dalla presentazione del testo, il decreto sicurezza è giunto all'approvazione finale il **28 novembre**. La Camera dei deputati, dopo che il Ministro per i Rapporti col Parlamento ha posto la questione di fiducia, ha approvato il testo, senza emendamenti e/o articoli aggiuntivi, con 336 voti a favore, mentre i voti contrari sono stati 249. È doveroso sottolineare come in occasione dell'emanazione del provvedimento in commento, intercorsa il **4 ottobre**, il Presidente della Repubblica Mattarella, autorizzando la presentazione del relativo decreto alle Camere, ha esercitato il suo potere di messaggio, indirizzando una missiva al Presidente Conte, all'interno della quale ha sottolineato l'importanza del rispetto non solo degli obblighi disposti dalla Carta costituzionale, ma altresì degli impegni internazionali assunti dall'Italia.

Le polemiche all'interno del Movimento 5 Stelle non si sono spente nell'immediato, ma hanno dato impulso all'attivazione di procedimenti disciplinari nei riguardi di alcuni deputati e senatori ed europarlamentari ritenuti colpevoli di aver violato i contenuti dello Statuto e del Codice Etico del Movimento, dopo aver pubblicamente manifestato dissensi e per comportamenti contrari alle regole interne del Movimento. In ragione di ciò, il Collegio dei Probiviri ha deliberato l'espulsione dei senn. Gregorio De Falco e Saverio De Bonis, rispettivamente per reiterate violazioni degli artt. 11 Statuto e 3 Cod. Etico e per violazione degli artt. 11 Statuto e. 6 c. 4, Cod. Etico; degli europarlamentari Giulia Moi e Marco Valli, la prima per violazione art. 11, lettera m, Statuto e art. 3 Cod. Etico, il secondo per violazione art. 11, lettera m, Statuto. Per il senatore Lello Ciampolillo è stato deliberato un richiamo per violazione dell'art. 11 Statuto e dell'art. 3 Cod. Etico. Invece, se i procedimenti disciplinari nei confronti dei senn. Matteo Mantero e Virginia La Mura sono stati archiviati, quelli nei riguardi dei senn. Elena Fattori e Paola Nugnes sono ancora

ISSN 2279-7238

pendenti.

Ulteriori fattori di destabilizzazione nell'alveo della dialettica politica tra i due leader della maggioranza si sono manifestati in occasione del decreto sulla cd. 'pace fiscale', ma ancor di più nel merito della manovra economica.

Relativamente al primo punto, due rilevanti motivi di contrasto politico hanno riguardato il 'condono edilizio' per Ischia e il rientro dei capitali dall'estero. In aggiunta, proprio rispetto al predetto provvedimento, il Vicepresidente del Consiglio Di Maio ha denunciato pubblicamente e sulla rete nazionale ammiraglia il verificarsi di un complotto, giacché il testo esaminato in sede di Consiglio di Ministri sarebbe stato alterato all'esito della riunione nei suoi contenuti da una fantomatica 'manina'. Di qui l'iniziativa del Presidente Conte di convocare una nuova riunione del Consiglio dei Ministri per riesaminare il caso. A seguito dell'iniziale rifiuto del Ministro Salvini di prendere parte alla medesima, quest'ultimo stimolato anche da Giuseppe Conte che ha rivendicato i suoi poteri di indirizzo e coordinamento ex art. 95 Cost, ha successivamente partecipato alla seduta collegiale, sanando così i contrasti politici in essere.

Nel merito della manovra di bilancio, le prime schermaglie politiche sono emerse già nella quantificazione delle risorse da destinare all'abolizione della legge Fornero, all'inserimento della quota 100 delle pensioni e al reddito di cittadinanza, i primi due provvedimenti bandiera della Lega e il terzo del Movimento 5 Stelle. In una fase embrionale di definizione di cifre e numeri, dal Ministero dell'Economia sono state espresse perplessità e difficoltà nella redistribuzione degli oneri e nell'indicazione delle necessarie coperture, con particolare riguardo al reddito di cittadinanza. Difatti, sebbene inizialmente il Vice Presidente Di Maio avesse affermato la fattibilità finanziaria ed economica per la realizzazione di assegni di sostegno ai cittadini disoccupati che non riescono a raggiungere una determinata soglia di reddito, tale tesi è stata ufficialmente smentita dal Ragioniere generale dello Stato Franco. Di qui una rinnovata polemica sulle cd. 'manine' da parte di Di Maio e del Movimento 5 Stelle, questa volta indirizzata ai tecnici del Ministero delle Finanze, accusati di sabotare i contenuti del provvedimento del cd. 'Governo del cambiamento'.

La nota di aggiornamento al documento di economia e finanza, al cui interno sono state specificate le misure chiave del Governo, che deve essere predisposta entro il 27 settembre

ISSN 2279-7238

di ogni anno, è stata dapprima sottoposta a un vaglio preventivo e necessario dell'Ufficio parlamentare di bilancio. La stessa è stata nel frattempo presentata alle Camere il **4 ottobre** e benché sia stata approvata, sulla base di una prassi parlamentare consolidatasi nel tempo con una risoluzione, dal Senato il **10 ottobre** e il giorno successivo dalla Camera dei deputati, ha ricevuto un giudizio fortemente negativo dell'Ufficio parlamentare di bilancio il **13 ottobre**. Nella lettera di non validazione del quadro macroeconomico programmatico della nota di aggiornamento al Def 2018, sono stati giudicati negativamente "i significativi e diffusi disallineamenti relativi alle principali variabili del quadro programmatico *perché* rendono eccessivamente ottimistica la previsione di crescita sia del PIL reale (1,5 per cento) sia di quello nominale (3,1 per cento nel 2019), variabile quest'ultima cruciale per la dinamica degli aggregati di finanza pubblica". Pareri negativi sono stati espressi altresì in sede di audizione presso le Commissioni bilancio riunite in seduta congiunta il **9 ottobre** anche dal Vice Direttore Generale della Banca d'Italia, in occasione dell'esame della Nota di aggiornamento al Def 2018, con riguardo alla previsione di misure espansive permanenti che si basino solo su anticipi di entrate, senza la contestuale previsione di coperture nel medio-lungo periodo o clausole di certa applicazione, chiedendo dunque maggiori chiarimenti circa l'equilibrio tra entrata e spesa. Nella medesima giornata le Commissioni riunite Bilancio della Camera dei Deputati e del Senato hanno audito altresì il Presidente della Corte dei conti Angelo Buscema, il quale ha evidenziato che il quadro macroeconomico programmatico è eccessivamente ottimistico rispetto alle tendenze del ciclo economico internazionale. Ha sottolineato anche la questione relativa al rapporto tra deficit e Pil giacché "Se è discutibile il ruolo che l'indebitamento può giocare nel breve termine, vi è consenso nel ritenere che nel lungo periodo la crescita del debito danneggia l'economia, mina la fiducia di famiglie e imprese e riduce gli investimenti, stante il permanente rischio di instabilità finanziaria". Trattasi di osservazioni condizionate dall'andamento sinusoidale a tendenza elevata del differenziale di rendimento dei titoli di stato italiani rispetto a quelli di altri paesi (cd. Spread), che ha messo in allarme i mercati e gli investitori internazionali facendo diminuire il tasso di credibilità e stabilità del nostro Paese.

In attesa di ricevere, come di consueto, la lettera formale da parte della Commissione europea sulla manovra economica, il **17 ottobre** il Commissario europeo agli Affari

ISSN 2279-7238

economici finanziari, la fiscalità e le dogane, Pierre Moscovici si è recato in visita ufficiale a Roma per una conferenza. Con l'occasione ha incontrato dapprima il Capo dello Stato Mattarella, poi il Governatore di Bankitalia Visco e da ultimo il Ministro dell'Economia Tria, con il quale ha tenuto una conferenza stampa congiunta.

Proprio sui contenuti e sulle cifre indicate nel documento di programmazione economico-finanziaria e al rapporto deficit/pil, tensioni si sono manifestate anche all'interno della coalizione governativa, soprattutto tra i due azionisti di maggioranza con il titolare del Dicastero all'Economia. Il contrasto si è verificato con particolare riguardo al rapporto tra deficit e pil, fissato a 2,6 dai due Capi politici, mentre secondo il Ministro Tria sarebbe stato più opportuno fissare un rapporto inferiore, pari a 1,9. In realtà, quello che potrebbe avere effetti devastanti sull'economia italiana non è tanto la fissazione di una certa cifra (se 2,0 ovvero 2,4 o ancora 2,6), quanto piuttosto l'incidenza delle misure previste sul deficit strutturale (e dunque sul debito), ossia un miglioramento ovvero un peggioramento del peso del debito pubblico rispetto al prodotto interno lordo. Il **28 settembre**, a seguito dell'intesa raggiunta in Consiglio dei Ministri sul 2,4 del rapporto deficit/pil, i Ministri del Movimento 5 Stelle si sono resi protagonisti di una discutibile quanto inopportuna manifestazione di esultanza e di giubilo, affacciandosi dal balcone di Palazzo Chigi in segno di vittoria. Nel mentre, nella piazza antistante la sede del Governo si era formato un assembramento dei sostenitori del partito grillino, i quali hanno osannato il leader 5 Stelle Di Maio per il risultato inizialmente conseguito.

La diversità di vedute sui programmi economico finanziari indicati nella manovra ha di fatto sancito una quasi rottura tra Di Maio-Salvini e Tria, con quest'ultimo in più occasioni prossimo a rassegnare le dimissioni. Il ripensamento di Tria è riconducibile, secondo indiscrezioni giornalistiche, alla *moral suasion* del Presidente Mattarella, che ha seguito con particolare attenzione tali accadimenti, segnalando anche con un messaggio pubblico il valore costituzionale dell'equilibrio di bilancio. Giova qui rilevare che per la prima volta nella storia repubblicana, il Capo dello Stato ha autorizzato la presentazione del ddl di bilancio sottolineando l'estrema importanza del rispetto dei vincoli europei, degli artt. 81 e 97 della Costituzione ed evidenziando il delicato e importante ruolo svolto dall'Ufficio parlamentare di bilancio, custode vigile attento della correttezza dei conti.

Dopo la ricucitura in seno al Governo e la trasmissione della manovra alle Istituzioni

ISSN 2279-7238

sovranazionali, il **23 ottobre** l'Italia ha ricevuto ufficialmente parere negativo da parte della Commissione europea, che ha dato tre settimane di tempo per rivedere la manovra, giacché la stessa "*configura per il 2019 una deviazione significativa dal percorso di aggiustamento raccomandato verso l'obiettivo di bilancio a medio termine*". Tali osservazioni hanno causato non solo un ulteriore periodo di riflessione, ma l'ennesima occasione di scontro tra le forze politiche sull'opportunità di varare una manovra eccessivamente rischiosa e sovraesposta per il Paese, in ragione del fatto che il "*documento programmatico di bilancio 2019 non è in linea con gli impegni assunti dall'Italia nel suo programma di stabilità 2018*". Nonostante i rischi paventati, il Governo, con lettera inviata alla Commissione europea dal Ministro Tria il **13 novembre**, ha illustrato i contenuti della manovra stessa per tentare di giustificare la mancata ricezione delle modifiche richieste da *Bruxelles*.

Il **21 novembre** la Commissione europea ha bocciato definitivamente la manovra economica italiana, prospettando l'avvio di una eventuale procedura di infrazione per mancato rispetto degli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia ai vincoli di bilancio.

Nel frattempo, il disegno di legge bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (A.C.1334) è stato assegnato all'esame della V Commissione bilancio. L'Assemblea lo ha inizialmente approvato in prima lettura l'**8 dicembre**. In ragione del meccanismo della *navette*, il provvedimento è stato trasmesso al Senato, ove è stato esaminato e approvato dapprima dalla V Commissione Bilancio e poi dall'Aula. In considerazione delle numerose divergenze e dei rilievi emersi in sede sovranazionale, si sono avviate trattative con la Commissione europea finalizzate alla revisione formale e contenutistica delle previsioni di spesa e del rapporto deficit/pil. A seguito di numerosi incontri – anche informali tra il Presidente Conte, i due Vice Presidenti del Consiglio, il Ministro dell'Economia Tria e il Sottosegretario Giorgetti – il testo è stato riformulato dal Governo che lo ha livellato fino a raggiungere la cifra di 2,04 con riferimento al predetto rapporto. Va segnalato che nella trattativa tra le due forze politiche azioniste di maggioranza e Bruxelles la posizione del Presidente Conte è stata di primo piano, giacché lo stesso ha dimostrato un livello di flessibilità che ha permesso di raggiungere un compromesso con la Commissione europea in modo da mitigare le posizioni intransigenti e scongiurare l'avvio della procedura di infrazione.

L'ostinazione dell'Esecutivo giallo-verde ha manifestato tutta la sua forza dirompente

ISSN 2279-7238

nell'iter parlamentare, che ha visto non solo una palese violazione di quanto sancito dalla Costituzione all'art. 72 comma 4, in ragione dell'esautorazione della Commissione parlamentare attraverso il mancato esame in questa sede del provvedimento, ma altresì di una prassi consolidatasi. Rispetto al primo e molto più grave elemento, ossia la violazione di una norma costituzionale, che riconosce e attribuisce alle Commissioni parlamentari un ruolo essenziale nella fase di elaborazione e di decisione sui provvedimenti all'esame dei due rami del Parlamento, a opinione di chi scrive non è possibile non porre l'adeguata attenzione. Difatti, proprio in ragione del compito svolto dalle Commissioni, e tra l'altro potenziato a livello regolamentare nonché in via di fatto, tale fase dovrebbe essere necessaria e pertanto ineliminabile affinché l'iter procedurale si svolga in piena correttezza e legittimità. Benché la consapevole scelta di non sottoporre all'esame della V Commissione bilancio costituisca non solo un sovvertimento e, al tempo stesso uno strappo della Carta, si auspica possa rappresentare un indegno, ma isolato, precedente.

Per di più, una volta giunti in Aula, il Governo ha scelto di seguire la degenerata e consolidata prassi di ricorrere al maxi-emendamento e alla questione di fiducia, tra l'altro comportando un superamento del cd. Lodo Pera-Morando. Il predetto 'lodo', inaugurato nella XIV Legislatura, avrebbe consentito al Governo di porre la questione di fiducia sul testo approvato in sede di Commissione bilancio e, dunque, su un testo che trova genesi in sede di dialettica parlamentare e non quindi imposto dall'esterno. Nonostante i propositi del Presidente della Camera Roberto Fico, espressi nel discorso di insediamento, di ripristinare il mito di matrice anglosassone della centralità del Parlamento nel sistema istituzionale, le predette azioni, giustificate per evitare l'esercizio provvisorio cui avrebbe portato la mancata approvazione della manovra entro il 31 dicembre, costituiscono una vera e propria mortificazione dell'Istituzione parlamentare che dovrebbe essere al centro del sistema (così come evidenziato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 54/1985 e 120/2014). Infatti, in ragione della brevità delle tempistiche di approvazione, ancor più ridotte per il ricorso alla questione di fiducia, né la Commissione Bilancio tanto del Senato quanto della Camera, né i singoli parlamentari hanno avuto un tempo sufficiente per esaminare le modifiche presentate dall'Esecutivo.

Il Senato se dapprima ha approvato, nella seduta del **22 dicembre**, con 167 voti favorevoli, 78 voti contrari e 3 astensioni, l'emendamento 1.9000 interamente sostitutivo

ISSN 2279-7238

dell'articolo 1 del disegno di legge di bilancio 2019 (A.S. n. 981), ha poi deliberato la seconda Nota di variazioni al bilancio presentata dal Governo, nonché l'intero disegno di legge. A seguito del voto finale, il testo è stato trasmesso alla Camera per la terza lettura. Quest'ultima, nella seduta del **30 dicembre** ha approvato il disegno di legge bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (C. 1334-B) e le relative Note di variazioni al Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, con 313 voti favorevoli e 70 contrari.

In ragione dell'eccessiva compressione dei tempi parlamentari, nonché della violazione dell'art. 72 comma 4 della Costituzione, il Gruppo parlamentare del Partito democratico del Senato, a nome del Capogruppo Andrea Marcucci ha depositato presso la cancelleria della Corte costituzionale, un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sull'iter di approvazione della legge di bilancio. Il Presidente della Corte Lattanzi ha fissato la decisione sull'ammissibilità del conflitto alla Camera di Consiglio del **9 gennaio 2019**, nominando come giudice relatore la Vicepresidente della Corte Marta Cartabia.

Il ricorso, il cui testo non è stato sottoposto a regime di pubblicità, giacché iscritto in un registro riservato (e che sarà riportato sul sito soltanto dopo il giudizio di ammissibilità e successivamente al loro deposito per la fase di merito, prassi tipica a tutti i ricorsi per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato) è stato affidato a un collegio difensivo composto da illustri costituzionalisti. Come emerge però dal comunicato stampa, i ricorrenti lamentano una lesione dell'iter procedurale di approvazione del disegno di legge di bilancio secondo le modalità previste dalla Costituzione, manifestatasi nel corso dell'esame presso il Senato. In particolare, la lesione sarebbe da rinvenirsi sia nella fase di presentazione "da parte del Governo del testo della manovra di bilancio in forma di maxi-emendamento senza rispettare le scadenze previste dalla legislazione vigente in attuazione degli articoli 81, 97, primo comma, e 72, comma quarto, della Costituzione"; sia per "l'organizzazione e ai tempi dei lavori del Senato e alle concrete modalità in cui questi si sono svolti, che, secondo i ricorrenti, avrebbero precluso l'acquisizione di un'adeguata conoscenza dei contenuti normativi, di formarsi un'opinione su di essi e di discuterli, anche al fine di proporre emendamenti o comunque di esprimere un voto consapevolmente favorevole o contrario ai sensi dell'articolo 72, primo comma, della Costituzione".

ISSN 2279-7238

In considerazione di ciò, per i ricorrenti sarebbe stata lesa la sfera di attribuzioni costituzionali tanto dei singoli senatori quanto dei gruppi parlamentari e, ancor di più, il diritto delle minoranze parlamentari a partecipare ai lavori per la predisposizione degli atti normativi. Così facendo, la maggioranza parlamentare, il Governo, il Presidente della V Commissione Bilancio del Senato della Repubblica, la Conferenza dei Capigruppo del Senato, il Presidente dell'Assemblea e il Senato stesso avrebbero violato il principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato, i diritti delle minoranze, nonché gli artt. 67, 72, 81 e 97 primo comma della Costituzione.

La Corte costituzionale, con un comunicato pubblicato il **10 gennaio 2019,** pur pronunciandosi dichiarando l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, sembrerebbe aver esteso l'identificazione del soggetto equiparato a potere dello Stato ai sensi dell'articolo 37 della legge 87 del 1953, ricomprendendo anche i singoli parlamentari. In attesa di leggere le motivazioni, si fa più probabile l'ipotesi che d'ora in avanti, i 945 membri della Camera e del Senato saranno legittimati a sollevare conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale in caso di violazioni gravi e manifeste delle prerogative che la Costituzione attribuisce loro.

Un'importante considerazione che si può trarre non riguarda unicamente il profilo soggettivo, ma altresì il monito con cui la Corte ha avvertito che non saranno tollerate in futuro le gravi compressioni e che "simili modalità decisionali", benché nel caso di specie non siano manifestatamente gravi, "dovranno essere abbandonate altrimenti potranno non superare il vaglio di costituzionalità".

Contestualmente al verificarsi di tensioni all'interno della maggioranza rispetto al quadro economico, altri due eventi hanno caratterizzato l'acceso scontro tra Lega e Movimento 5 Stelle. Uno relativo all'introduzione della prescrizione sui procedimenti penali, dove si è scatenata una vibrante polemica tra il Ministro della Giustizia Bonafede e il Ministro della Pubblica Amministrazione Bongiorno. In particolare, il contrasto politico ha avuto ad oggetto il disegno di legge presentato dal Guardasigilli all'interno del quale si è ipotizzato di abolire la prescrizione dei reati dopo la sentenza di primo grado, per evitare di suscitare nei cittadini un sentimento di impunità, stante le lungaggini procedurali che caratterizzano la giustizia penale e civile in Italia e che troppo spesso conducono a una mancata definizione dei processi. Tra l'altro, proprio nel corso dell'esame e della deliberazione sui contenuti del

ISSN 2279-7238

provvedimento, il Governo è stato battuto il **20 novembre** alla Camera su un emendamento presentato dai deputati leghisti e sui quali l'Esecutivo aveva dato parere negativo. Il **18 dicembre** la Camera ha approvato in via definitiva il ddl 'anticorruzione' con 304 voti a favore, 106 contrari e 19 astenuti.

La seconda occasione di scontro è stata quella relativa alla possibilità di installare termovalorizzatori nella regione Campania e che ha visto una dura dialettica tra il Presidente della Camera Fico, sostenuto da Di Maio, e il Ministro dell'Interno Salvini. I primi due contrari all'installazione dei predetti impianti per lo smaltimento dei rifiuti.

Anche le riforme istituzionali hanno interessato l'agenda governativa. Difatti il Ministro Fraccaro, titolare del Dicastero per i Rapporti col Parlamento ha dato impulso alla presentazione di un disegno di legge a firma dell'on. D'Uva (M5S) e altri recante modifiche all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare" (1173), abbinato all'esame in I Commissione Affari costituzionali della Camera di altri due progetti di legge costituzionale presentati dall'on. Ceccanti (PD)e altri, relativo a modifiche all'articolo 71 della Costituzione, concernente l'iniziativa delle leggi e l'introduzione del referendum propositivo (726) e dall'on. Magi (Misto-+Europa-Centro democratico) con riguardo agli articoli 71 e 75 della Costituzione, in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum (1447). Il provvedimento di matrice pentastellata si pone come obiettivo primario quello di curvare l'ordinamento italiano a democrazia rappresentativa innestando ulteriori istituti tipici della democrazia diretta. A conferma di ciò, si potrebbe qui ricordare che sono state apportate modifiche alla titolazione del Dipartimento per i Rapporti con il Parlamento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ora reca un ulteriore inciso quale quello di Dipartimento per i Rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta.

All'esito di tutti gli eventi sinora descritti, si rileva il verificarsi di un vero e proprio rivolgimento del quadro politico tradizionale, caratterizzato da una netta predominanza della Lega non soltanto nei confronti dell'alleato di Governo, ma anche verso le forze di opposizione, in particolare Forza Italia e il Partito democratico. Difatti, in recenti rilevazioni statistiche (sondaggio del **22 novembre** e sondaggio del **27 dicembre**) condotti dall'istituto Ipsos risulta che il movimento politico di Salvini abbia doppiato il proprio consenso elettorale dal 17,4% del 4 marzo 2018 al 32,9% alla data di realizzazione del medesimo sondaggio. Il Movimento 5 Stelle dal canto suo e il suo leader Di Maio hanno subito

ISSN 2279-7238

passivamente l'iperattività del Ministro degli interni Salvini e, complici anche alcuni dissensi e vicende extra-politiche (possibile condanna del Sindaco di Roma Virginia Raggi per abuso d'ufficio, poi assolta, ed episodi di presunto lavoro nero legati all'azienda di famiglia) che lo hanno investito, ha registrato una diminuzione dei consensi attestandosi al 27,7% rispetto al 32,7% di marzo 2018. Inoltre, l'indice di gradimento personale del Vice Presidente del Consiglio pentastellato è sceso ben di quindici punti percentuale rispetto alle politiche del 2018.

Nel frattempo, sebbene Forza Italia abbia tentato di rilanciarsi attraverso una convention organizzata dal **21 al 23 settembre** a Fiuggi dal Vicepresidente Tajani, il partito sembrerebbe sull'orlo dell'estinzione dal momento che, secondo il sondaggio Ipsos, sarebbe oramai sull'8% dei consensi, rispetto alle elezioni politiche di marzo 2018, allorquando si è attestato su un 14% delle preferenze.

Nel mentre, dopo la sonora sconfitta elettorale, il partito di maggioranza uscente (PD), i cui consensi si attestano intorno al 18,1%, ha cercato di avviare un'opera di rinnovamento interno, dapprima attraverso una manifestazione intercorsa il **30 settembre** e poi con la convocazione dell'Assemblea nazionale del **17 novembre**, che in quell'occasione si è ufficialmente sciolta. A seguito delle dimissioni del Segretario *pro tempore* Martina, il Presidente Orfini ha avviato l'iter congressuale che porterà alla celebrazione delle primarie per l'elezione del nuovo segretario nella primavera del 2019. In vista di questo appuntamento, hanno presentato la propria candidatura Matteo Richetti (ritirata il **27 novembre** per appoggiare Martina), Marco Minniti (ritirata il **6 dicembre**), Nicola Zingaretti, Maurizio Martina, Francesco Boccia, Dario Corallo, Maria Saladino e il binomio Anna Ascani-Roberto Giachetti. Tali candidature sono state ufficializzate il **12 dicembre** quando sono state presentate le firme a sostegno delle stesse, dopo l'approvazione del Regolamento per il Congresso 2019, approvato dalla Direzione nazionale mercoledì **28 novembre**.

Sul finire dell'anno, dapprima il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, ha tenuto il **28 dicembre** la consueta conferenza stampa, nel corso della quale ha promosso un bilancio positivo dei primi sei mesi di vita del Governo, rispondendo alle domande della stampa. Il **31 dicembre**, invece, è stato trasmesso sulla Rete televisiva nazionale, il tradizionale messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, il quale ha posto

ISSN 2279-7238

la dovuta attenzione sulla costruzione di un senso di comunità e di collettività, che sembrano in alcuni momenti vacillare. Il venir meno di 'buoni sentimenti' quali quello della condivisione e della solidarietà, da leggersi nel concreto in taluni episodi come quelli del contrasto in sede europea e in sede parlamentare (da ultimo in occasione dell'approvazione della manovra di bilancio), deve essere arginata per il progresso dell'Italia e degli italiani. Dai contenuti di questo messaggio, che non deve essere considerato e inteso come "un rito formale", promana – e trova conferma – il ruolo di garante e di custode del Capo dello Stato, che lo rendono il faro da cui si irradia quella luce che serve a illuminare la navigazione 'costituzionale' della Nazione.

PARTITI

MOVIMENTO 5 STELLE

Il **20 ottobre** il Movimento 5 stelle ha organizzato la tradizionale manifestazione con i militanti 'Italia a 5 Stelle'.

PARTITO DEMOCRATICO

Il Pd è sceso in piazza il **30 settembre** per protestare contro le politiche del governo e ritrovare unità al proprio interno.

Il **17 novembre** si è svolta l'Assemblea Nazionale del partito. Il Segretario *pro tempore* Maurizio Martina ha rassegnato le dimissioni, mentre il Presidente Orfini ha avviato l'iter congressuale che porterà alla celebrazione delle primarie per l'elezione del nuovo segretario tra febbraio e marzo. Dopo aver presentato le proprie candidature, taluni esponenti hanno deciso di fare un passo indietro. In particolar modo Richetti, che si è ufficialmente ritirato dalla corsa il **27 novembre**, seguito poi da Minniti che lo ha ufficializzato il **6 dicembre.**

La Commissione Congresso si è riunita martedì **20 novembre**. Nel corso del primo incontro si è provveduto all'elezione all'unanimità di Gianni Dal Moro, in qualità di Presidente della Commissione stessa.

FORZA ITALIA

Dal **21 al 23 settembre** si è svolta a Fiuggi la convention organizzata dal Vice Presidente Antonio Tajani sulle proposte del partito per l'Italia e l'Europa.

LIBERI E UGUALI

ISSN 2279-7238

Con l'Assemblea dei Comitati di Liberi e Uguali, autoconvocata presso il teatro Ghione a Roma il **24 novembre**, il Partito di Liberi e Uguali si è sciolto per dare vita a un progetto per la costruzione di una nuova forza politica.

PARLAMENTO

ASSEGNI VITALIZI PER GLI EX DEPUTATI

L'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati, nel corso della riunione del **13 settembre** ha dato attuazione alla delibera dell'Ufficio di Presidenza n. 14 del 2018 in materia di rideterminazione secondo il metodo di calcolo contributivo delle prestazioni previdenziali in favore dei deputati che hanno cessato il mandato. I membri del Collegio si sono pronunciati nel merito di alcune questioni di ordine procedurale e di ordine interpretativo per quanto riguarda l'attuazione della delibera.

APPROVAZIONE DEL RENDICONTO GENERALE DELLO STATO E ASSESTAMENTO DI BILANCIO

La Camera dei deputati, in data **18 settembre**, ha approvato il disegno di legge recante il Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 2017 (A.C. 850), il disegno di legge recante Disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2018 (A.C. 851-A). In ragione della necessaria doppia approvazione, i testi sono stati trasmessi al Senato che li ha approvati (**S.803**) definitivamente tra il **16** e il **18 settembre**. La legge n. 110/18 del **28 settembre**, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 227 del 29 settembre 2018 (suppl. ord.).

COMMISSIONE VIGILANZA RAI

Il **19 settembre**, la Commissione di Vigilanza Rai ha approvato la proposta di risoluzione sull'adozione da parte del Consiglio di amministrazione della RAI di una nuova delibera di nomina del Presidente. Nella seduta del 26 settembre, la Commissione ha svolto l'audizione di Marcello Foa, nominato dal Consiglio di amministrazione della Rai per la carica di Presidente. L'organo ha contestualmente espresso parere favorevole per la sua nomina a Presidente del Cda Rai.

IL COMPLESSO ITER DI APPROVAZIONE DELLA NOTA DI AGGIORNAMENTO DEL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA E DELLA LEGGE DI BILANCIO

Nella seduta del **9 ottobre**, le Commissioni Bilancio di Camera e Senato, riunitesi all'occorrenza in seduta congiunta, hanno dato avvio al procedimento sotteso all'attività conoscitiva preliminare per quanto riguarda l'esame della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza 2018, ai sensi dell'articolo 118-bis, comma 3, del

ISSN 2279-7238

Regolamento della Camera e dell'articolo 125-bis, comma 3, del Regolamento del Senato. Nel corso della riunione hanno svolto diverse audizioni, interpellando il Ministro dell'Economia e delle Finanze, Giovanni Tria; un rappresentante per la Banca d'Italia, un rappresentante per l'Istat; un rappresentante per la Corte dei conti, nonché il presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, Giuseppe Pisauro. Il giorno seguente, il **10 ottobre**, hanno audito nuovamente il titolare del Dicastero dell'Economia e delle Finanze, Giovanni Tria. Dopo aver concluso la fase prodromica in Commissione, nella seduta dell'**11 ottobre**, l'Aula ha dapprima esaminato la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza 2018 (Doc. LVII, n. 1-bis) e subito dopo ha approvato la risoluzione Molinari e D'Uva n. 6-00018 riferita alla relazione di cui all'articolo 6, comma 5, della legge n. 243 del 2012 e la risoluzione Molinari e D'Uva n. 6-00023 (Nuova Formulazione) relativa alla Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza.

Nel frattempo, una volta concluso l'esame della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza 2018 (Doc. LVII, n. 1-bis), anche il Senato ha approvato due risoluzioni. La prima a maggioranza assoluta (la n. 100 dei sen. Romeo e Patuanelli), che autorizza il Governo allo scostamento dal piano di rientro verso l'obiettivo di medio periodo, con 165 voti favorevoli, 107 contrari e 5 astenuti; mentre la seconda (la n. 5) con una maggioranza pari a 161 voti favorevoli (109 i voti contrari), con la quale l'Esecutivo è impegnato ad attuare le misure previste nella Nota di aggiornamento. Al testo della risoluzione n. 5 è stato approvato l'emendamento 5.16 (testo 2) del sen. Solinas (L-SP) sul conseguimento dei saldi programmatici nei termini indicati dalla Nota e le misure di compensazione degli svantaggi strutturali derivanti dalla condizione di insularità.

A seguito della formale lettera da parte della Commissione europea, le V Commissioni di Camera e Senato si sono nuovamente riunite in seduta congiunta per dare avvio all'attività conoscitiva preliminare al riesame del disegno di legge recante bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. In ragione di ciò, si è dato avvio a un primo giro di audizioni nel corso della seduta del **9 novembre**, nella quale sono stati ascoltati il Ministro dell'economia e delle finanze, Giovanni Tria, i rappresentanti della Banca d'Italia, i rappresentanti del CNEL; rappresentanti dei sindacati di CGIL, CISL, UIL e UGL, i rappresentanti dell'ANIA, i rappresentanti di SVIMEZ e i rappresentanti dell'ANPCI. Nella seduta successiva, del **12 novembre**, sono stati invece auditi i rappresentanti dell'Istat, i rappresentanti della Corte dei conti, il Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, Giuseppe Pisauro, i rappresentanti dell'Anci, dell'Upi e della Conferenza delle Regioni e delle province autonome, i rappresentanti di Confindustria; i rappresentanti di interessi privati e di settore (R.ETE. Imprese Italia, Abi, Ance, Confedilizia, Confapi, Confimi e Confprofessioni e dell'Alleanza delle cooperative).

Lo stesso Ministro dell'Economia e delle finanze è stato nuovamente audito il **4 dicembre**. La discussione sui contenuti del disegno di legge di Bilancio (A.C. 1334-A/R) ha avuto inizio con la seduta del **5 dicembre** e si è concluso l'**8 dicembre** con il voto di

ISSN 2279-7238

fiducia senza emendamenti ed articoli aggiuntivi, dell'articolo 1 del disegno di legge (312 voti a favore, 146 contro e 2 astenuti).

Il testo è stato trasmesso al Senato, il quale ha iniziato l'esame in Commissione nella seduta del **10 dicembre** con la relazione del sen. Dell'Olio (M5S) e del sen. Tosato (L-SP-PSd'Az). Forzosamente chiuso l'esame nella predetta sede decentrata (giacché i lavori in sede referente non si sono normalmente svolti e conclusi), il testo del disegno di legge di bilancio 2019 (A.S. n. 981) è giunto in Aula il **20 dicembre**. Nella seduta del **22 dicembre**, il *Plenum* ha approvato il testo così modificato dall'emendamento 1.9000, con il quale si è proceduto a sostituire interamente l'articolo 1 del ddl e ha approvato la seconda Nota di variazioni al bilancio.

Il nuovo testo, approvato dal Senato con 167 voti favorevoli, 78 voti contrari e 3 astensioni, è stato trasmesso alla Camera che ha la Commissione Bilancio ha svolto l'audizione del Presidente dell'UPB e del Ministro dell'Economia e delle Finanze, sulla versione modificata dal Senato del Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e Bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (C. 1334-B Governo, approvato dalla Camera e modificato dal Senato) e sulla relativa nota di variazioni (C. 1334/II Governo).

L'approvazione finale è intercorsa il **30 dicembre**. Nel corso di questa seduta, difatti, la Camera ha votato la questione di fiducia posta dal Governo sull'approvazione, senza emendamenti ed articoli aggiuntivi, dell'articolo 1 del disegno di legge: Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (A.C. 1334-B), nel testo della Commissione, identico a quello approvato dal Senato. I deputati favorevoli sono stati 327, mentre i contrari 228. Il disegno di legge di bilancio è stato approvato dal *Plenum* in via definitiva nell'arco della medesima seduta con 313 voti favorevoli e 70 contrari.

Elezione Vice Presidente e Segretario della XIV Commissione del Senato

Nella seduta del **2 ottobre**, la Commissione Politiche dell'Unione europea ha svolto l'elezione suppletiva di un Vice Presidente e di un Segretario per integrare l'Ufficio di Presidenza. Sono risultati eletti, rispettivamente, il senatore Simone Bossi (L-SP-PSd'Az) e la senatrice Marzia Casolati (L-SP-PSd'Az).

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernente l'elezione della Camera dei deputati

Dopo aver avviato la discussione generale e respinto la questione pregiudiziale di costituzionalità presentata dall'on. Sisto (FI) e altri, la Camera dei deputati, nella seduta dell'**11 ottobre** ha approvato il testo della proposta di legge recante modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernente l'elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, concernente l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali, nonché altre norme in materia elettorale e di referendum previsti

ISSN 2279-7238

dagli articoli 75 e 138 della Costituzione (ai sensi dell'articolo 107, comma 1, del Regolamento) (C. 543-A). In ragione della necessaria approvazione da entrambi i rami del Parlamento, il Presidente di Assemblea ha trasmesso il testo al Senato per il relativo esame.

NOMINA COMPONENTI DELLA COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI

Dopo l'istituzione della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, intercorsa nel mese di giugno con mozione, il **25 ottobre** sono stati nominati i componenti. Il Presidente di turno ne ha dato comunicazione il **5 novembre** e ne ha convocato la prima riunione per la costituzione il **7 novembre**. Nel corso della seduta del **14 novembre**, la Commissione ha proceduto all'elezione del Presidente, dei Vice Presidenti e dei Segretari. Sono risultati eletti, alla carica di Presidente la sen. Pucciarelli (L-SP-PSd'Az), come Vice Presidenti il sen. Airola (M5S) e la sen. Binetti (FI-BP), e come Segretari le sen. Botto (M5S) e Cirinnà (PD).

AUTORIZZAZIONI INTERCETTAZIONI EX DEPUTATO

L'**8 novembre**, la Camera ha approvato la proposta della Giunta per le autorizzazioni di concedere l'autorizzazione all'utilizzo delle intercettazioni di conversazioni dell'ex deputato Di Gioia. Le conversazioni interessate sono risalenti al 18, 26 e 27 aprile 2016. Nel corso della medesima seduta, il *Plenum* ha deliberato la proposta della Giunta per le autorizzazioni di negare la medesima autorizzazione con riferimento ad altre intercettazioni, svolte nell'arco temporale compreso tra il 2 maggio e il 10 giugno 2016.

ISTITUZIONE DELLA COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL SISTEMA BANCARIO E FINANZIARIO

Il **7 novembre** l'Aula del Senato ha approvato l'A.S. 690, che prevede l'istituzione di una commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario. Una volta approvato, il testo del disegno di legge è stato trasmesso alla Camera per il relativo esame e per la deliberazione.

ISTITUZIONE DI COMMISSIONI BICAMERALI

Dopo essere state istituite, talune Commissioni bicamerali si sono riunite per procedere all'elezione dei rispettivi Uffici di presidenza. In particolare, nella giornata del **14 novembre**, si sono riunite la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie (che ha eletto come Presidente il sen. Nicola Morra (M5S); come Vice Presidenti il sen. Christian Solinas (L-SP-PSd'Az) e l'on. Jole Santelli (FI) e come Segretari l'on. Gianni Tonelli (Lega) e l'on. Wanda Ferro (FdI)), il Comitato parlamentare Schengen, Europol e immigrazione (che ha eletto l'on. Eugenio Zoffili (Lega) alla carica di organo monocratico di vertice e in qualità di Vice Presidente l'on. Manuel Tuzi (M5S), mentre al ruolo di

ISSN 2279-7238

segretario la sen. Marinella Pacifico (M5S)); la Commissione parlamentare di inchiesta sul ciclo dei rifiuti (che ha eletto Presidente l'on. Stefano Vignaroli (M5S), come Vice Presidenti il sen. Luca Briziarelli (L-SP-PSd'Az) e il sen. Andrea Ferrazzi (Pd) e come Segretari, l'on. Manfredi Potenti (Lega) e il sen. Massimo Vittorio Berutti (FI)) e la Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza (che ha eletto la sen. Licia Ronzulli (FI) come Presidente, il sen. Simone Pillon (L-SP-PSd'Az) e la sen. Caterina Bini (Pd) come Vice presidenti e come segretari la sen. Grazia D'Angelo (M5S) e l'on. Veronica Giannone (M5S))

I CENTO ANNI DI MONTECITORIO

Il **20 novembre** di quest'anno è ricorso il centesimo anniversario dalla prima seduta della Camera dei deputati, insediatasi nella nuova Aula di Montecitorio, progettata e realizzata dal celebre Architetto Basile.

LAVORI DELLA COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO IN MATERIA DI RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI E DELL'APPLICABILITÀ DELLE LEGGI ELETTORALI

In ragione della presentazione del disegno di legge costituzionale n. 214 e connessi, sulla riduzione del numero dei parlamentari, l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali ha svolto nelle giornate del **21 novembre** e del **22 novembre** un ciclo di audizioni. Sono stati auditi professori universitari ed esperti della materia, nonché il Segretario generale del Consiglio generale degli Italiani all'estero. Contestualmente, la Commissione Affari costituzionali ha avviato l'esame del disegno di legge n. 881 recante disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari. L'esame in Commissione del disegno di legge costituzionale n. 214 e connessi, sulla riduzione del numero dei parlamentari si è concluso il **19 dicembre** con il conferimento del mandato al relatore Calderoli di riferire favorevolmente all'Assemblea per l'approvazione del nuovo testo, con le modifiche accolte.

PROPOSTE DI MODIFICA ALLA COSTITUZIONE IN MATERIA DI INIZIATIVA LEGISLATIVA POPOLARE E INTRODUZIONE DEL REFERENDUM PROPOSITIVO NEGLI ARTT. 71 E 75 COST. PRESENTATE ALLE CAMERE

Lunedì 3, **martedì 4**, **giovedì 6** e **venerdì 7** **dicembre**, la Commissione Affari costituzionali della Camera, nell'ambito dell'esame delle proposte di legge costituzionale C. 726 e C. 1173, recanti modifiche all'articolo 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare, ha svolto un ciclo di audizioni di illustri costituzionalisti e costituzional-comparatisti.

ISSN 2279-7238

GOVERNO

LE RIUNIONI DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Il Consiglio dei Ministri, nella riunione del **6 settembre**, ha approvato due disegni di legge che recano, rispettivamente, la delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea (Legge di delegazione europea 2018) e disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (Legge europea 2018).

Inoltre, nel corso della medesima riunione ha deliberato il completamento della riforma del bilancio, attraverso le disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 2016, n.90, in materia di completamento della riforma della struttura del bilancio dello Stato, in attuazione dell'art.40, comma 1, della legge 31 dicembre 2009, n.196 (decreto legislativo – esame definitivo).

In ragione delle disposizioni del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), il collegio ha deliberato la proroga dello scioglimento del Consiglio comunale di Borgetto (Palermo) e del Consiglio comunale di Canolo (Reggio Calabria).

In occasione della riunione del **13 settembre**, il Collegio ha deliberato l'attribuzione del titolo di Viceministro ai seguenti Sottosegretari: on. Dario Galli allo sviluppo economico; on. Edoardo Rixi alle infrastrutture e trasporti e on. prof. Lorenzo Fioramonti all'istruzione, università e ricerca. Sempre in ottemperanza di quanto disposto dall'art. 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ha deliberato la proroga dello scioglimento dei Consigli comunali di Laureana Di Borrello (Reggio Calabria), Bova Marina (Reggio Calabria), San Felice a Cancello (Caserta), Parabita (Lecce).

Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Giuseppe Conte e del Ministro dell'interno Matteo Salvini, ha approvato, il **24 settembre**, un provvedimento, avente natura di decreto legge, finalizzato ad introdurre disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, di sicurezza pubblica e misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata; nonché la proroga dello scioglimento dei Consigli comunali di Gioia Tauro (Reggio Calabria), Castelvetrano (Trapani) e Sorbo San Basile (Catanzaro), già sciolti per accertati condizionamenti da parte della criminalità organizzata.

Con la riunione del **27 settembre**, su proposta del Presidente Giuseppe Conte e del Ministro dell'Economia e delle Finanze Giovanni Tria, il consesso dei ministri ha approvato la Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza (NaDef) 2018. Si è precisato come il programma di politica economica e finanziaria del Governo illustrato nella NaDef sia coerente con il contratto di Governo e con la risoluzione parlamentare sul Def 2018 approvata il 19 giugno. La nota di aggiornamento si basa su alcuni punti cardine, tra cui la

ISSN 2279-7238

cancellazione degli aumenti dell'Iva previsti per il 2019; l'introduzione del reddito di cittadinanza, con la contestuale riforma e il potenziamento dei Centri per l'impiego; l'introduzione della pensione di cittadinanza; l'introduzione di modalità di pensionamento anticipato per favorire l'assunzione di lavoratori giovani; la prima fase dell'introduzione della flat tax tramite l'innalzamento delle soglie minime per il regime semplificato di imposizione su piccole imprese, professionisti e artigiani; il taglio dell'imposta sugli utili d'impresa (Ires) per le aziende che reinvestono i profitti e assumono lavoratori aggiuntivi; il rilancio degli investimenti pubblici attraverso l'incremento delle risorse finanziarie; il rafforzamento delle capacità tecniche delle amministrazioni centrali e locali nella fase di progettazione e valutazione dei progetti, nonché una maggiore efficienza dei processi decisionali a tutti i livelli della pubblica amministrazione; le modifiche al Codice degli appalti e la standardizzazione dei contratti di partenariato pubblico-privato.

La riunione del **15 ottobre**, invece, ha visto l'approvazione di un decreto-legge finalizzato all'introduzione di disposizioni per la deburocratizzazione, la tutela della salute, le politiche attive del lavoro e altre esigenze indifferibili. Tra le principali misure è prevista una riduzione dei costi della politica per quanto riguarda le Regioni a statuto ordinario, speciale e nelle province autonome, mediante il calcolo contributivo dei vitalizi derivanti da mandato elettivo regionale. Inoltre, si prevede il blocco del trasferimento dei fondi per i vitalizi alle Regioni che non ne prevedano l'abolizione. Inoltre, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Giuseppe Conte di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze Giovanni Tria, ha approvato il disegno di legge relativo al bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e al bilancio pluriennale per il triennio 2019 – 2021.

Il **20 ottobre** i Ministri si sono riuniti nuovamente e, oltre alle altre questioni pendenti, hanno constatato quanto contenuto nella lettera dei Commissari europei Valdis Dombrovskis e Pierre Moscovici del **18 ottobre**, confermando la propria fiducia nella manovra deliberata e dando mandato al Ministro dell'Economia e delle Finanze di rispondere con spirito di leale e costruttiva collaborazione. Il Governo ha ribadito, inoltre, che la posizione dell'Italia è e resterà saldamente e fermamente ancorata all'interno dell'Unione Europea e dell'euro.

Nella riunione del **25 ottobre**, invece, il Consiglio dei Ministri, nel deliberare interventi nell'ambito della cd. 'concretezza' della Pubblica amministrazione, ha avallato l'istituzione presso il Dipartimento della funzione pubblica, del "Nucleo delle azioni concrete di miglioramento dell'efficienza amministrativa" (Nucleo della concretezza), che avrà una funzione di supporto dell'attività delle pubbliche amministrazioni. Inoltre, ha proceduto alla approvazione dei disegni di legge di Ratifica ed esecuzione dell'Accordo transattivo fra il Governo della Repubblica italiana e la Comunità europea dell'Energia atomica sui principi governanti le responsabilità di gestione dei rifiuti radioattivi del sito del Centro comune di ricerca di Ispra, con appendice, fatto a Bruxelles il 27 novembre 2009 (disegno di legge) e dell'Accordo transattivo fra il Governo della Repubblica italiana e la Comunità europea dell'energia atomica relativo alla gestione dei rifiuti radioattivi del sito del Centro comune

ISSN 2279-7238

di ricerca di Ispra, con Appendice, sottoscritto a Bruxelles il 27 novembre 2009. Nell'arco della stessa riunione il collegio ha approvato le necessarie modifiche e integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 27 febbraio 2002 n. 65, regolamento per l'istituzione ed il funzionamento del Comitato istituzionale paritetico per i problemi della minoranza slovena, a norma dell'articolo 3 della legge 23 febbraio 2001, n.38, nonché lo scioglimento dei Consigli comunali di Crucoli e di Casabona, entrambi in provincia di Crotone, a norma dell'articolo 143 del Testo unico degli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267).

A seguito della ricezione della missiva indirizzata dalla Commissione europea, nel corso della riunione del **13 novembre**, il Consiglio dei Ministri ha preso in esame e avallato i contenuti della risposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze Tria, di cui si darà conto nel documento programmatico di bilancio 2019.

In ragione delle dimissioni del deputato Andrea Mura, accolte dalla Camera dei Deputati il **27 settembre**, il Consiglio dei Ministri, ha deliberato, nella riunione del **20 novembre**, l'indizione dei comizi elettorali per le elezioni suppletive per il seggio relativo al collegio uninominale n. 01 – Cagliari, della XXVI Circoscrizione della Sardegna, previste per domenica 20 gennaio 2019.

Il collegio ha altresì deliberato lo scioglimento del Consiglio comunale di Delianuova (Reggio Calabria).

In ragione della posizione dell'Italia rispetto alla comunità internazionale, il Consiglio dei Ministri, il **28 novembre** ha approvato sette disegni di legge di ratifica ed esecuzione di atti di diritto internazionale. In particolare i predetti provvedimenti riguardano la Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica di Serbia sulla cooperazione nel settore della difesa, fatto a Belgrado il 16 dicembre 2013 (Ministero della difesa); Ratifica ed esecuzione dei due Protocolli che modificano l'uno la Convenzione di Parigi del 29 luglio 1960 e l'altro la Convenzione di Bruxelles del 31 gennaio 1963, già emendate con Protocolli addizionali del 28 gennaio 1964 e del 16 novembre 1982, entrambe sulla responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare, siglati a Parigi il 12 febbraio 2004; Ratifica ed esecuzione dell'Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger, fatto a Roma il 26 settembre 2017 (Ministero della difesa); Ratifica ed esecuzione del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica federale della Nigeria, concluso a Roma l'8 novembre 2016; dell'Accordo di mutua assistenza in materia penale tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica federale della Nigeria, stipulato a Roma l'8 novembre 2016; dell'Accordo sul trasferimento delle persone condannate tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica federale della Nigeria, fatto a Roma l'8 novembre 2016; Ratifica ed esecuzione dello Scambio di Note per la proroga dell'Accordo di cooperazione nel settore della difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Libano del 21 giugno 2004, fatto a Beirut il 25 luglio e il 16 settembre 2016 (Ministero della difesa); Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla salute e la

ISSN 2279-7238

sicurezza dei lavoratori, n. 155, fatta a Ginevra il 22 giugno 1981, e relativo Protocollo, fatto a Ginevra il 20 giugno 2002 e della Convenzione sul quadro promozionale per la salute e la sicurezza sul lavoro, n. 187, fatta a Ginevra il 15 giugno 2006; Ratifica ed esecuzione del Protocollo aggiuntivo (n. 3) all'Accordo sulla sede tra il Governo della Repubblica italiana e l'Istituto universitario europeo, con allegati, fatto a Firenze il 19 ottobre 2018. Inoltre nel corso della medesima riunione ha approvato, in esame definitivo, due decreti legislativi relativi all'attuazione di direttive europee, relative all'attuazione della direttiva del Consiglio 27 giugno 2016, n. 2016/1065, recante modifica della direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda il trattamento dei buoni-corrispettivo e Attuazione della direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno e come modificata dalla direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con Paesi terzi.

Inoltre, nella medesima occasione, il Presidente Giuseppe Conte ha sottoposto al parere del collegio la proposta di nominare, di concerto con il Ministro della salute Giulia Grillo, il sig. Luca Coletto a Sottosegretario di Stato alla Salute.

Il Consiglio dei Ministri, riunitosi il **7 dicembre**, ha deliberato, su proposta del Ministro dell'interno Matteo Salvini, la proroga, per sei mesi, dello scioglimento dei Consigli comunali di Cropani (Catanzaro) e di Brancaleone (Reggio Calabria), giacché non risulta ancora conclusa l'azione di recupero e di risanamento delle istituzioni locali dai condizionamenti esercitati dalla criminalità

Nella riunione dell'**8 dicembre** il Consiglio dei Ministri ha approvato, su proposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze Giovanni Tria, la prima "Nota di variazioni" al bilancio di previsione dello Stato per il triennio 2019-2021. La Nota, nel recepire modifiche al disegno di legge di bilancio approvate dalla Camera dei deputati, tiene conto dei prospetti contabili simili a quelli del disegno di legge di bilancio.

Il **21 dicembre**, su proposta del Ministro degli Affari esteri e della cooperazione internazionale Enzo Moavero Milanesi, il Consiglio dei Ministri ha approvato ben sette disegni di legge di ratifica ed esecuzione di Trattati o Accordi internazionali in materia di giustizia, con particolare riguardo all'assistenza giudiziaria in materia penale, al trasferimento delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza o di estradizione. L'obiettivo è quello di migliorare la cooperazione giudiziaria e di rendere più efficace, nel settore giudiziario penale, il contrasto alla criminalità. A tal ragione è stata predisposta la presentazione per i disegni di legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica del Kenya, fatto a Milano l'8 settembre 2015 e del Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica del Kenya, fatto a Milano l'8 settembre 2015; del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica del Costa Rica, fatto a Roma il 27 maggio 2016 e del Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Governo della Repubblica Italiana ed il

ISSN 2279-7238

Governo della Repubblica del Costa Rica, fatto a Roma il 27 maggio 2016; del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica dell'Ecuador, fatto a Quito il 25 novembre 2015 e del Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica dell'Ecuador, fatto a Quito il 25 novembre 2015; dell'Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Serbia inteso a facilitare l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, fatto a Belgrado il 9 febbraio 2017 e Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Serbia inteso a facilitare l'applicazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, fatto a Belgrado il 9 febbraio 2017; del Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica del Kazakhstan, fatto ad Astana il 22 gennaio 2015 e Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica del Kazakhstan, fatto ad Astana il 22 gennaio 2015; del Trattato sul trasferimento delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica Argentina, fatto a Buenos Aires l'8 maggio 2017 e del Trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica orientale dell'Uruguay, fatto a Montevideo l'11 maggio 2017

Nell'arco della medesima riunione il Consiglio dei Ministri ha avallato il percorso di attuazione dell'autonomia differenziata prevista dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione e richiesta dalle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna sulla base dell'informativa svolta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie Erika Stefani. La conclusione della fase istruttoria è prevista per il 15 gennaio 2019, mentre la definizione della proposta da sottoporre ai Presidenti delle Regioni interessate dovrà intercorrere entro il 15 febbraio 2019.

La seconda "Nota di variazioni" al bilancio di previsione dello Stato per il triennio 2019-2021 è stata approvata dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Economia e delle Finanze Giovanni Tria, nella riunione del **23 dicembre**, con la quale è stato deliberato il recepimento delle modifiche al disegno di legge di bilancio approvate dal Senato.

CAPO DELLO STATO

IL PRESIDENTE RICORDA ALCUNI PRINCIPI FONDAMENTALI

Nell'ambito dell'iniziativa 'Viaggio in bicicletta intorno ai 70 anni della Costituzione Italiana', con una cerimonia svoltasi il **29 settembre** al Palazzo del Quirinale, il Presidente della Repubblica ha ricordato come la Costituzione italiana sia alla base delle libertà e della democrazia. Ha rammentato l'importanza dell'articolo 97 Cost. e la necessità di salvaguardare il rispetto dell'equilibrio di bilancio, a tutela dell'intera comunità nazionale.

ISSN 2279-7238

MISSIVA AL PRESIDENTE CONTE NELL'EMANAZIONE DEL DECRETO SICUREZZA E IMMIGRAZIONE

Il **4 ottobre** il Capo dello Stato, nell'emanare il decreto sicurezza e immigrazione, ha inviato contestualmente al Presidente del Consiglio dei Ministri una missiva nella quale ha ricordato la necessità di rispettare gli obblighi costituzionali ex art. 10 Cost. e gli impegni internazionali assunti dal nostro Paese.

IL PRESIDENTE VALORIZZA IL RUOLO DELLE COMUNITÀ LOCALI

Intervenendo il **23 ottobre** all'Assemblea nazionale dell'Anci, Sergio Mattarella ha ricordato il ruolo imprescindibile dei Sindaci - patrimonio originale e insostituibile del Paese - nella creazione della comunità locali. Le città e i centri periferici rappresentano un importante cardine istituzionale a tutela degli interessi e dello sviluppo sociale e ambientale delle singole comunità locali. Le città rappresentano la base del circuito democratico e, pertanto, i rapporti con gli organi centrali dello Stato devono essere ispirati ad una costante collaborazione e sinergia.

RIUNIONE DEL CONSIGLIO SUPREMO DI DIFESA

Nel corso della riunione tenutasi il **31 ottobre**, il Consiglio Supremo di Difesa ha analizzato l'attuale situazione internazionale in cui è coinvolta l'Italia. È stato preso atto della delicata e perdurante situazione di instabilità che si registra in Libia, il cui processo di pacificazione è ancora lontano dal concludersi. Ciononostante, il Consiglio ha considerato prioritario pervenire ad una soluzione agendo in cooperazione con gli alleati europei. Analoghi riscontri di instabilità sono stati prospettati in Siria e Iraq per la forte presenza di organizzazioni terroristiche che sfavoriscono un'elevata situazione di instabilità. Infine, con riferimento alle crisi migratorie, il Consiglio ha ribadito la necessità che l'Italia si faccia promotrice di una revisione delle politiche di asilo e di un rafforzamento della collaborazione con i singoli Paesi e le istituzioni dell'Unione. Da ultimo, in relazione agli impegni Nato, il Consiglio ha ribadito la necessità di garantire gli equilibri transatlantici attraverso politiche di suddivisione degli oneri e di cooperazione con l'Unione europea, confermando il proprio ruolo di guida sul 'fianco sud'.

LETTERA AL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO IN MERITO AL DISEGNO DI LEGGE DI BILANCIO

Il Capo dello Stato, l'**1 novembre**, nell'autorizzare la presentazione alle Camere del disegno di legge di bilancio per il 2019, ha inviato al Presidente del Consiglio Giuseppe Conte una missiva in cui ha invitato il Governo a difendere il risparmio, a rafforzare la fiducia delle imprese e dei consumatori e salvaguardare la stabilità finanziaria, sviluppando altresì un dialogo costruttivo con le istituzioni dell'Unione.

ISSN 2279-7238

INTERVENTO ALLA CERIMONIA PER LO SCAMBIO DI AUGURI NATALIZI CON I RAPPRESENTANTI DELLE ISTITUZIONI E DELLA SOCIETÀ CIVILE

Il **19 dicembre**, intervenendo al tradizionale scambio augurale con i rappresentanti delle istituzioni, il Presidente Mattarella, dopo aver sottolineato la centralità del Parlamento e ripercorso le vicende politiche all'indomani della consultazione elettorale del 4 marzo 2018, ha ricordato il valore costituzionale del pluralismo come motore dell'azione statale. Pluralismo istituzionali, sociale e nell'esercizio delle libertà. In ossequio al medesimo, le istituzioni sono tenute perseguire l'interesse generale in un'ottica di collaborazione con le formazioni sociali, anch'esse chiamate a contribuire al benessere collettivo. Il Capo dello Stato ha ribadito l'importanza di far parte dell'Unione europea e del contributo delle sue istituzioni alla crescita economica, commerciale e all'esercizio dei diritti di libertà, invitando a rinforzare il processo di integrazione. Ha ricordato, infine, l'importanza di isolare paure e solitudini nonché evitare contrapposizioni tra singoli e gruppi. Ciò per favorire una maggiore coesione sociale e allontanare forme di disgregazione civile.

MESSAGGIO DI FINE ANNO

In occasione del tradizionale messaggio di fine anno del **31 dicembre**, il Presidente della Repubblica ha richiamato la necessità di coltivare il senso di comunità nazionale e di condividere valori, prospettive e doveri in modo da proiettarsi verso un futuro comune. Il rispetto di tutti - ha ricordato Mattarella - è condizione indispensabile per soddisfare le esigenze di sicurezza collettiva. Siffatto obiettivo deve essere realizzato anche attraverso la condivisione di buoni sentimenti e di solidarietà reciproca resi possibile dall'azione e dall'impegno delle organizzazioni di volontariato. Esprimendo la propria soddisfazione per essere stata evitata l'avvio di una procedura d'infrazione da parte dell'Unione europea dopo l'approvazione nei termini di legge della manovra di bilancio, il Capo dello Stato ha sottolineato come la compressione dei tempi dell'esame parlamentare non abbia consentito un'approfondita discussione tra le forze politiche; per questo, ha auspicato maggiori opportunità di esame e confronto reciproco tra le forze politiche. Ha ricordato - ancora una volta - la necessità di contribuire al processo di integrazione europea, confidando in un'ampia partecipazione e in un sereno confronto in occasione delle prossime elezioni per il rinnovo dell'Assemblea di Strasburgo, inteso come uno dei più grandi esercizi democratico al mondo.

MAGISTRATURA

SALUTI DEL PRESIDENTE MATTARELLA AI COMPONENTI USCENTI ED ENTRANTI IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

ISSN 2279-7238

Il **24 settembre**, intervenendo all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio superiore della Magistratura e il **25 settembre** presso il Palazzo del Quirinale, il Capo dello Stato - in qualità di Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura - ha rivolto un saluto ai componenti uscenti ed entranti. Nel ribadire l'importanza dell'organo di autogoverno dei giudici, Sergio Mattarella ha riassunto le decisioni - da quelle organizzative a quelle atte a favorire una migliore e maggiore comunicazione istituzionale dell'attività svolta - adottate nel corso del quadriennio. Ha auspicato, altresì, che il nuovo *plenum* prosegua il processo di rinnovamento coltivando un clima di reciproco rispetto e aperto confronto.

ELEZIONE DEL VICEPRESIDENTE

Il **27 settembre** il *plenum* del Consiglio superiore della Magistratura ha eletto al terzo scrutinio con 13 voti favorevoli David Ermini Vice Presidente.

CORTE COSTITUZIONALE

LA CORTE LANCIA UN MONITO AL PARLAMENTO SUL FINE VITA

Con comunicato stampa del **24 ottobre** e con successiva ordinanza n. 207/2018 la Corte, nel rilevare che il quadro giuridico attuale in materia di fine vita non tutela situazioni giuridiche costituzionalmente protette, ha invitato il Parlamento a provvedere con una specifica disciplina entro un anno. Il Giudice costituzionale ha rinviato l'udienza relativa alla trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale al 24 settembre 2019.

LA CORTE LEGITTIMA LA SOGLIA DEL 4% PER LE ELEZIONI AL PARLAMENTO EUROPEO DEI MEMBRI ITALIANI

Con comunicato stampa del **25 ottobre**, la Consulta ha rigettato - ritenendole non fondate, in quanto espressione della discrezionalità del legislatore - le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato in relazione alla presunta violazione del principio democratico, dell'eguaglianza e della ragionevolezza del voto delle disposizioni della legge n. 18 del 1979 sulla soglia di sbarramento del 4% per l'elezione dei parlamentari europei relativamente alla quota spettante all'Italia.

LA CORTE PRESERVA E VALORIZZA L'IMMAGINE NEUTRALE DEI MAGISTRATI

Con sentenza n. 197/2018 la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio superiore della Magistratura avverso l'art. 12, comma 5), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, recante "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica

ISSN 2279-7238

della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150". Il caso è nato da un procedimento disciplinare avviato dall'organo di autogoverno dei giudici nei confronti di un Magistrato ritenuto colpevole di aver violato l'articolo 12, comma 5 del decreto impugnato che punisce chi riceve direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che lo stesso sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti, violando così l'articolo 3, comma 1, lettera e), del d.lgs n. 109 del 2006. La sezione rimettente ha ritenuto che la sanzione contrasta con il principio di ragionevolezza e di proporzionalità nella dosimetria sanzionatoria in quanto la contestazione dell'illecito si fonda su una presunzione assoluta che non consente alcuna valutazione del caso concreto e, quindi, una graduazione della sanzione alle circostanze. La Corte, nel respingere le argomentazioni del rimettente, ha ritenuto legittima la disposizione censurata in quanto atta a preservare l'immagine di neutralità, correttezza, indipendenza e imparzialità che i componenti l'ordine giudiziario devono preservare al fine di allontanare ogni sospetto di interferenza nell'esercizio di funzioni giurisdizionali che intaccherebbe la fiducia della società verso il sistema giudiziario.

AUTONOMIE

ATTUAZIONE DELL'ARTICOLO 116, TERZO COMMA COST. SULL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA

Nella riunione del **21 dicembre**, il Consiglio dei Ministri, sentita l'informativa del Ministro per gli Affari regionali e le autonomie Erika Stefani, ha espresso parere positivo in merito al percorso di attuazione dell'autonomia differenziata previsto dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione accogliendo la richiesta delle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna. La fase istruttoria terminerà entro il 15 gennaio 2019, mentre la proposta da sottoporre ai Presidenti delle Regioni interessate dovrà essere presentata entro il 15 febbraio 2019.

ISSN 2279-7238

R. BIN, *Critica della teoria dei diritti,* Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 146[*].

In un momento di generale arretramento dello Stato liberale costituzionale nei confronti di un populismo di certo non nuovo, ma mai così forte, la dottrina non può evitare di fare i conti con un necessario ripensamento del corpus filosofico giuridico della teoria dei diritti al fine di delinearne più accuratamente la natura ed i confini.

È in quest'ottica che va analizzata l'opera di Roberto Bin, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, 2018, scritto accurato e non sempre semplice, in cui l'Autore procede ad un'attenta analisi degli aspetti centrali della teoria dei diritti, riuscendo in una interessante opera di scomposizione e ricostruzione.

Con un intento dichiaratamente critico, l'Autore comincia il suo ragionamento scagliandosi contro le classificazioni classiche dei diritti, e in particolare contro la distinzione tra *libertà* e *diritti* come due categorie separate, risalente alla rivendicazione del diritto al lavoro della rivoluzione francese del 1848. Utilizzando le parole di Giuliano Amato e della sua celebre monografia sulla libertà personale, Bin ribadisce che "per le libertà è necessario guardare non tanto ai contenuti, ma agli strumenti con cui vengono limitate; per i secondi (i diritti) è vero l'esatto opposto, in quanto la loro origine sta in pretese specifiche (sicurezza, salute, istruzione, etc.) a cui corrispondono specifiche prestazioni fornite dagli apparati pubblici" (p.10).

Concentrando la propria critica specialmente sulle distinzioni tra diritti liberali e diritti sociali, diritti negativi e positivi e diritti che costano e che non costano, Bin afferma che le contrapposizioni tra diverse generazioni di diritti, " sono contrapposizioni prive di alcuna forza analitica, fortemente intrise di ideologia" (p.10) e rilevanti solo in una prospettiva storica, poiché utili per comprendere pienamente modi diversi, succedutisi nel tempo, di concepire le funzioni dello Stato e i rapporti tra individui e autorità.

Sulla stessa lunghezza d'onda, l'Autore dichiara che per comprendere davvero cosa sia un diritto o una libertà non ci si possa accontentare del binomio analitico diritto soggettivo-oggettivo, ma si debba indagare anche sulla dimensione istituzionale che del diritto fornisce il testo e il contesto. Bin, infatti, sostiene che il discorso sui diritti non possa svolgersi separatamente dalla considerazione della società da cui le rivendicazioni provengono e delle istituzioni politiche che di quelle rivendicazioni sono il principale destinatario e che a esse devono fornire una risposta.

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

A questo proposito il testo cita M. Me de Stael, affermando che "La liberté politique est a la liberté civile, comme la garantie a l'objet qu'lle cautionne" (p. 20).

Proseguendo nella sua opera di critica e ridefinizione, la tesi dell'Autore si concentra poi sulle concezioni "oggettivistiche" e "contenutistiche" dei diritti, che Bin smentisce attraverso un'ipotesi di bilanciamento dei diritti, che sono dunque descritti come "a somma zero".

È questo uno dei punti centrali del volume, su cui l'Autore pone particolare accento e attorno a cui costruisce buona parte della sua tesi: ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, provoca cioè la regressione della tutela di un altro diritto o interesse, che sia individuale o collettivo (tale discorso viene affrontato da Bin anche nel sesto paragrafo del secondo capitolo, quando l'Autore critica la nozione di "nuovi diritti"). Come naturale conseguenza di ciò, risulta evidente che ogni limitazione ad un diritto possa essere ritenuta valida solo se giustificata nell'espansione del diritto concorrente a quello limitato e se si sia approfonditamente valutato "il peso specifico dei diritti e degli interessi incisi e della loro compressione" (p. 34). Contestando, come detto, le teorie oggettivistiche dei diritti, che propongono una gerarchia dei diritti e, conseguentemente, l'impossibilità di bilanciare interessi e diritti che non si trovino sulla stessa scala gerarchica, Bin propone, per illustrare come funzioni il bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza costituzionale, l'immagine dei diritti come ombrelli e non come pentole: poiché si è indotti a ragionare in astratto per modelli e classificazioni dei diritti, si viene erroneamente indotti all' "entificazione" del diritto, a trasformarlo in una cosa. "L'etichetta 'libertà personale'", dice Bin, "si applica a un contenitore, ecco la pentola, in cui una varietà di fenomeni piuttosto differenziata viene ricompresa perché ha una matrice comune, un massimo comun divisore che viene identificato con l'essenza stessa del diritto" (p. 41).

Nell'ottica del volume quindi, la previsione costituzionale della tutela dei diritti non è stata concepita in una prospettiva "contenitiva", ma in una diversa, rappresentata anche nella copertina del volume, dall'ombrello: "come l'ombrello garantisce la massima protezione al capo di chi lo impugna, così la norma costituzionale protegge in massima misura il bene pensando al quale è stata scritta. Man mano ci si allontani da quel centro, la protezione si indebolisce e subisce i compromessi che derivano dalla necessità di proteggere altre situazioni: situazioni che possono essere dovute alla necessità di tutelare altri diritti così come dalla necessità di tener conto di altri interessi" (p. 43). Questa idea permette di riconoscere nella Costituzione una tutela dei diritti continua, modulare ed elastica, ispirata ad una visione complessiva della tutela dei diritti.

ISSN 2279-7238

Dopo una breve parte di critica relativa al cosiddetto principio della "massima espansione dei diritti" (p. 63) e la necessità di una "coassialità" tra tutela multilivello dei diritti e tale massima espansione (p. 69) (che porta l'Autore a criticare anche la giurisprudenza EDU, sviluppatasi con ambizioni improprie e finita per svuotare di storicità le costituzioni), Bin volge il suo sguardo nel contesto contemporaneo della globalizzazione, cercando di immaginare una cornice interpretativa della teoria dei diritti nel nuovo quadro complessivo di tale fenomeno.

"Se è nella dimensione della nazionalità che si manifestano i diritti fondamentali e vengono tutelati i diritti costituzionali, quanto più sbiadisce il ruolo degli Stati nella globalizzazione, tanto meno quei diritti riescono a preservare la loro pregnanza" (p. 131) dice Bin. La storicità dei diritti si perde quindi secondo l'Autore nella dimensione globale, creando un fenomeno di rivalorizzazione dei diritti collocati in una dimensione a-storica, "diritti apolidi" come definiti nel volume, attribuiti non sulla base di una cittadinanza ma riconoscibili ad un uomo/donna generico/a universale e facenti parti del *global rule of law* che viene richiamato per rivendicare la protezione di un livello essenziale di libertà. Interessante è anche il rinvio nel testo che vede tale corpus di diritti come "fonte di resistenza" alla globalizzazione economica: tale resistenza non è rivolta a preservare l'autonomia degli Stati, quanto piuttosto a sostenere la lotta per la giustizia contro gli effetti deleteri che dalla globalizzazione derivano. La resistenza teorizzata da Bin, dal valore dunque non *anti-global* ma *new-global*, chiama in causa la prima origine dello Stato di diritto, "quando lo Stato non era nemico ma protettore dei diritti individuali, minacciati non dalle istituzioni pubbliche, ma dallo strapotere di altri soggetti privati" (p.133).

Il testo sottolinea puntualmente come, a distanza di un paio di secoli circa, ai temi e alle varianti storiche dello Stato di diritto si riallaccino temi e varianti che non appaiono mutati nella loro sostanza ma piuttosto nella dimensione geografica in cui si collocano: diseguaglianza irrimediabile e potere incontrollato in mano a soggetti non politicamente responsabili, che costituirono un tempo le condizioni di fatto che causarono la nascita dello Stato di diritto, sono oggi le condizioni che si ripetono nel mondo globalizzato. In esso, dice Bin, "anche la qualità dei diritti precipita verso livelli minimi: i diritti umani, appunto" (p. 134).

Ma la globalizzazione ed il mercato globale sono necessariamente avversi ai diritti umani? E' con questo interrogativo che l'Autore chiude il suo lavoro, notando ancora una volta come i diritti umani rappresentino "l'inseguimento della tutela dei diritti in un mondo in cui i confini si sono indeboliti" (p. 134), e in cui la stessa frenetica mobilità viene concessa a capitali e merci, anche quando intese come lavoro, ma non alle persone: la ricchezza, sostiene Bin, è mobilissima, le persone molto meno e

ISSN 2279-7238

l'immigrazione è messa sotto rigido controllo quando "economica" e non "politica". Eppure, in tale desolante quadro, manca una definizione chiara di chi siano gli attori in gioco: in un mondo dominato chiaramente da logiche di mercato e profitto, gli Stati sembrano rinunciare a quel naturale ruolo di protagonisti a cui sembrerebbero destinati in favore delle società multinazionali, che ormai sembrano sovrastare la capacità statale di regolare diritti e doveri e anzi, appaiono certamente più efficaci nell'imporre loro regole di comportamento a cui gli Stati sono costretti a sottostare. Fenomeni come il *law shopping* pongono infatti gli Stati alla mercé degli acquirenti mentre sistemi come l'ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) costituiscono un sistema protettivo degli investimenti internazionali che consente alla impresa multinazionale di agire contro lo Stato per proteggere i propri interessi, anche contro decisioni statali di rango costituzionale.

Si ha dunque l'impressione che nel tempo le finalità sociali che ispiravano le organizzazioni sovranazionali siano progressivamente scemate, e che i diversi tentativi avviati in ambito ONU, Consiglio d'Europa e Unione Europea, non abbiano portato a nessun risultato concreto. Quale dunque, se possibile, la soluzione? In linea con le tesi esposte in tutto il volume, Bin sostiene che l'arretramento dello Stato Sociale, l'affievolirsi della tutela dei diritti il dominio del mercato nella gestione statale siano reversibili. Secondo l'Autore, "l'ordine delle priorità è dettato dal mercato se e solo nella misura in cui gli Stati abdichino al loro compito costituzionale, quello di tutelare i diritti." (p. 139).

Il deficit democratico, tema innegabile e decisamente ricorrente nelle analisi circa le istituzioni europee, nasce quindi prima di tutto da un evidente deficit politico, che mina gli Stati nazionali e li costringe sempre più a una remissione nei confronti del mercato finanziario. È dunque la riappropriazione dello spazio statale come "spazio dei diritti" che Bin propone come soluzione ai dilemmi contemporanei: la storia dei diritti non è mai stata separata dalla lotta sociale per il loro riconoscimento e certamente, secondo l'Autore, non ha subito un andamento morbido e lineare, percorrendo piuttosto una parabola spigolosa e segnata da fasi molto diverse tra loro. In questa ottica quindi, anche l'attuale retrocessione dei diritti, soprattutto di quelli di matrice sociale, sembra un processo inesorabile e inarrestabile, ma non è altro se non una nuova pagina nella complessa storia dei diritti e delle libertà.

Enrico Campelli

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 228*.

Le elezioni del 4 marzo 2018 hanno delineato uno scenario politico-parlamentare del tutto nuovo e per certi versi inaspettato, contrassegnato dalla presenza in Parlamento di «tre schieramenti principali, nessuno dei quali con la necessaria maggioranza» (S. Mattarella, *Dichiarazione al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo Governo*) e dall'*exploit* di due soggetti politici – il M5S, che ha conseguito la maggioranza relativa dei seggi, e la Lega, affermatasi come primo partito della coalizione di centrodestra – i quali, benché nella fase della competizione elettorale si siano presentati in contrapposizione, nondimeno risultano accomunati dall'orgogliosa rivendicazione dell'etichetta di "populisti" e dall'assunzione di posizioni fortemente critiche nei confronti dell'Unione europea e della moneta unica. Questo quadro ha posto le premesse per una crisi istituzionale che non trova precedenti nella storia della Repubblica, conclusasi dopo quasi tre mesi di negoziazioni e scontri con la formazione di un Governo presieduto dal prof. Conte e sostenuto da una maggioranza parlamentare composta dal M5S e dalla Lega.

Il travagliato procedimento che ha condotto alla formazione dell'Esecutivo ha sollevato inedite e assai rilevanti questioni di diritto costituzionale, divenute oggetto di un dibattito ampio e articolato fra gli studiosi, investiti dell'arduo ma fondamentale compito di ricondurre a razionalità un dibattito pubblico sempre più inquinato dalla propaganda politica e dalle *fake news*. Apporta indubbiamente un contributo decisivo in tal senso il volume collettaneo a cura di Alessandro Morelli *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti* (Editoriale Scientifica, 2018). In esso confluiscono gli interventi di vari Autori, i quali, sebbene esprimano punti di vista talvolta diversi o persino contrapposti in merito alle problematiche emerse nei passaggi nodali della crisi, «paiono muovere da un'unica, comune preoccupazione: quella che, anche nel nuovo contesto, la Costituzione conservi il proprio ruolo di limite giuridico al potere politico» (cit. p. 8).

Il saggio di Antonino Spadaro con cui si apre l'opera è stato uno dei primi commenti pubblicati a margine della risoluzione della crisi e in quanto tale ha

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

costituito un punto di riferimento obbligato per tutti gli altri contributi raccolti nel volume, redatti successivamente. In esso, l'Autore sostiene che il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella abbia gestito la crisi istituzionale in modo equilibrato e sostanzialmente conforme alle sue attribuzioni costituzionali, a partire dalla controversa decisione di rifiutare la nomina del prof. Paolo Savona al Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto – essendo questi noto principalmente per aver elaborato e divulgato un piano segreto di uscita dell'Italia dell'euro – avrebbe rappresentato un messaggio immediato di allarme per gli operatori economici e finanziari, suscettibile di provocare una lesione diretta e attuale di interessi costituzionali. L'Autore aderisce alla tesi – ampiamente confermata dalla prassi – secondo cui in materia di nomina dei ministri il Capo dello Stato «non può essere considerato un semplice "notaio", un banale passacarte che si limita a ratificare *sempre e comunque* quel che gli viene presentato» (cit. p. 12), ma interpreta un ruolo attivo che gli consente di esercitare la propria *moral suasion*, fino al veto, sul nome di un ministro propostogli, a condizione che sia mosso da ragioni strettamente *giuridico-costituzionali* e non *di parte*. Nel caso in esame, la decisione del Presidente non è stata *strictu senso* politica – come pure hanno sostenuti alcuni, ravvisandovi un suo sconfinamento nell'attività di indirizzo politico – ma trova solide basi giuridico-costituzionali non solo nell'art. 47 Cost. (espressamente invocato da Mattarella nella dichiarazione con la quale ha ritenuto opportuno spiegare i motivi del suo rifiuto), ma anche negli artt. 11, 117, I comma, 81 e 119 Cost., dai quali l'Autore ricava la qualificazione del processo di integrazione europea quale uno di quei principi supremi che nemmeno la revisione costituzionale può mettere in discussione. Pertanto, la responsabilità del fallimento del primo tentativo di formare il Governo Conte va attribuita ai capi politici del M5S e della Lega, che si sono irrigiditi sul nome di Savona «*quando ormai programma e rimanente lista dei Ministri erano approvati*» (cit. p. 15), e non alla scelta *di garanzia* del Presidente, il quale ha anzi agevolato in ogni modo la soluzione della crisi, rendendosi persino disponibile a tollerare alcune preoccupanti anomalie come la redazione di un "contratto di governo" di natura privatistica e la singolare designazione di un tecnico a capo di un Governo politico.

A giudizio dell'Autore, le irragionevoli accuse rivolte al Capo dello Stato di aver abusato dei suoi poteri e di aver messo in pericolo la democrazia, urlate nelle piazze e culminate nell'infondata e irresponsabile evocazione della sua messa in stato di accusa, sono l'effetto del diffondersi di un "populismo sovranista" che mira a screditare le istituzioni costituzionali in nome di una concezione assoluta della sovranità popolare, «del tutto in contrasto con il concetto di Costituzione, che invece

ISSN 2279-7238

esprime l'idea di un delicato equilibrio di pesi e contrappesi, di un *sistema di limiti giuridici al potere politico*» (cit. p. 30).

All'analisi dell'intera fase istituzionale che ha preso avvio con le elezioni politiche e che ha trovato sbocco nella formazione del Governo Conte sono dedicati anche i contributi di Antonio Ruggeri e di Giovanni Moschella.

In apertura del suo saggio, Ruggeri passa in rassegna quelle che reputa le principali anomalie che hanno contrassegnato la crisi di governo. *In primis* segnala i «due mandati esplorativi "mirati" e reciprocamente alternativi» (cit. p. 44) che il Capo dello Stato ha conferito in successione alla Presidente del Senato e al Presidente della Camera al fine di verificare la possibilità di un'alleanza, rispettivamente, fra il M5S e la coalizione di centrodestra e fra il primo e il PD, anteponendo l'opzione per un Governo "politico" al tentativo di dar vita a un Governo c.d. "neutrale", equidistante dagli schieramenti politici e dalla durata breve e prefissata. *In secundis*, denuncia il «capovolgimento dell'ordine giusto, cronologico e politico, in cui avrebbero dovuto trovarsi gli accordi in parola e l'incarico» (cit. p. 45): infatti, diversamente dagli accordi del passato, il "contratto di governo" è stato anteposto al conferimento dell'incarico, quale sua *conditio sine qua non*, determinando uno svuotamento sostanziale del ruolo dell'incaricato e sollevando preoccupazioni sull'effettiva capacità del Presidente del Consiglio – per di più un tecnico – di assolvere la funzione di direzione della politica generale del Governo che l'art. 95 Cost. gli attribuisce. Infine, non hanno precedenti nella storia repubblicana né la rimessione dell'incarico da parte di Conte in conseguenza del rifiuto del Capo dello Stato di nominare un ministro, né il reincarico e la nomina a Presidente del Consiglio dello stesso Conte, dopo la rimozione *in extremis* degli ostacoli che avevano portato al fallimento del primo incarico.

Commentando il rifiuto di Mattarella di nominare Savona al MEF, l'Autore esprime il timore che possa costituire un "cattivo" precedente, in grado di sdoganare «un uso congiunturale della Costituzione e della teoria costituzionale» (cit. p. 48). A suo parere, infatti, escluso il caso estremo dell'eversione costituzionale, «in nessun altro caso il Capo dello Stato può negare la propria collaborazione al Presidente del Consiglio che […] gli sottoponga nomi giudicati improponibili non già per ragioni legate alle persone (quali l'esistenza di procedimenti penali in corso, *et similia*) bensì esclusivamente per le idee di cui le stesse sono portatrici, pur laddove tali idee possano apparire inconciliabili con la Carta costituzionale» (cit. p. 48). Il suo *munus* di garanzia costituzionale dovrebbe esplicarsi in un controllo sui provvedimenti concreti e non in un sindacato preventivo sui contenuti, pena una sua eccessiva dilatazione e un suo conseguente snaturamento.

ISSN 2279-7238

Nel prendere in esame la rivisitazione delle prassi costituzionali relative al procedimento di formazione del Governo innescata dalla ristrutturazione del sistema politico-partitico e dalla ridefinizione delle forme della rappresentanza, Moschella si sofferma in particolare sulla *vexata quaestio* del "contratto di governo". Al "vecchio" accordo *politico* definito dai partiti della costituenda maggioranza – destinato a perfezionarsi dopo la formazione dell'Esecutivo in quel programma di governo che, approvato in Consiglio dei Ministri, è alla base della concessione parlamentare della fiducia – si è sostituito un atto di natura preminentemente *privatistica*, in quanto stipulato davanti a un notaio e concordato fra due soggetti privati – il Capo politico del M5S e il Segretario federale della Lega – al fine di impegnare all'attuazione delle sue prescrizioni i rispettivi partiti e gruppi parlamentari e i componenti del futuro Governo. Questa innovazione, anche per la sottoposizione del contratto all'approvazione plebiscitaria dei sostenitori delle parti contraenti e per l'anomala anteposizione dello stesso rispetto alla designazione dell'incaricato, si pone «in palese rottura con le tradizionali forme della democrazia rappresentativa e di articolazione del governo parlamentare» (cit. p. 60).

I contributi di Luigi D'Andrea, Alessandro Morelli, Alessio Rauti, Alberto Randazzo e Ugo Adamo si concentrano sul ruolo del Capo dello Stato nel «caso Savona».

Nel suo saggio, D'Andrea evidenzia l'eccezionalità del veto opposto da Mattarella alla nomina di Savona: da un lato, esso si differenzia dai precedenti casi di dissenso sulla nomina di alcuni ministri, sia per il venir meno della consueta riservatezza delle trattative fra il Presidente e gli attori politici coinvolti nella formazione del Governo, sia per il rifiuto dei secondi di cedere alle obiezioni fatte valere dal primo, sostituendo Savona con un altro candidato; dall'altro lato, la decisione si colloca ai confini delle prerogative del Capo dello Stato, senza tuttavia superarli, essendosi trattato di «un esercizio delle prerogative presidenziali tanto incisivo quanto richiesto dal livello di patologie da contrastare, nonché, naturalmente, quanto consentito dal sistema costituzionale» (cit. p. 81). Nondimeno, l'Autore segnala il rischio che l'esercizio delle funzioni degli organi di garanzia nel più elevato grado di ampiezza e di incisività, sollecitato dalla necessità di contrastare le più gravi patologie del sistema politico-istituzionale, sortisca paradossalmente l'effetto di rafforzarle.

Secondo Morelli, la lettera dell'art. 92, II comma, Cost. ammette la possibilità per il Capo dello Stato di rifiutare la proposta dell'incaricato di nominare un ministro, mentre non dà alcuna indicazione sui motivi che possono essere addotti a giustificazione di una tale decisione. Integrando la suddetta disposizione con elementi tratti dalla forma di governo, è stata individuata un'ipotesi di rifiuto legittimo

ISSN 2279-7238

nell'inidoneità della persona proposta a ottenere la fiducia parlamentare, la quale tuttavia non può ritenersi l'unica possibile, non essendo le Camere al di sopra della Costituzione. Non appare risolutiva nemmeno l'invocazione dei precedenti conosciuti, in base ai quali si è sostenuto che il veto presidenziale possa fondarsi soltanto su ragioni di opportunità legate alla persona proposta: essi, infatti, sono sprovvisti di efficacia vincolante e non consentono di isolare un elenco tassativo ed esaustivo di motivi, non essendo dato sapere «in quanti e quali altri casi, oltre quelli noti, sia stato opposto un rifiuto da parte del Capo dello Stato» (cit. pag. 98). A giudizio dell'Autore, «*quello che la Costituzione non dice* […] va rimesso alla libertà dell'interprete (nel caso di specie, al prudente apprezzamento di chi ricopre l'ufficio di Presidente della Repubblica)» (cit. p. 100), il quale deve naturalmente assumersi la responsabilità delle proprie decisioni, contro le quali resta esperibile il rimedio del conflitto di attribuzione fra poteri o, nelle ipotesi estreme, del giudizio di accusa *ex* art. 90 Cost.

Rauti ravvisa nella decisione del Capo dello Stato e nella sua difesa di fronte alla stampa – giustificate dall'esigenza di rispondere a un eccezionale mutamento di formula politica – una duplice funzione: «sottolineare un punto di possibile rottura per eventuali future scelte governative non contemplate nel contratto […] e costituire un *contrappeso*, nuovo e originale, al rapporto immediato e quasi *ad horas* dei partiti coinvolti con il "popolo" del web, richiamando l'attenzione della stessa opinione pubblica sulle conseguenze di scelte drastiche e non adeguatamente meditate» (cit. p. 111) come quella dell'uscita dall'euro o persino dall'Unione europea, rispetto alle quali l'art. 11 Cost. non costituisce affatto un ostacolo, dovendo considerarsi un principio fondamentale «la vocazione internazionalistica della Repubblica, non già l'adesione ad una determinata organizzazione sovranazionale» (cit. p. 113). Dopo aver dimostrato l'inadeguatezza della tradizionale tripartizione degli atti presidenziali a inquadrare correttamente, *inter alia*, il potere di nomina dei ministri, l'Autore propone di classificarla fra gli atti aventi «natura composita» (cit. pag. 122), il cui perfezionamento richiede una manifestazione di *volontà politica* e una manifestazione di *giudizio* presidenziale, le quali non si fondono (in quanto espressione di funzioni differenti, decisoria la prima e di controllo la seconda) e assumono un peso diverso a seconda della specificità dell'atto e delle attribuzioni costituzionali che vengono in rilievo. Nel potere di nomina dei ministri, l'obiettivo di conseguire la fiducia parlamentare giustifica una tendenziale prevalenza della volontà politica e un ricorso molto prudente al veto presidenziale, che dovrebbe limitarsi ai soli casi in cui il Capo dello Stato rischierebbe altrimenti di incorrere nelle ipotesi di responsabilità di cui all'art. 90 Cost.

ISSN 2279-7238

Difende la decisione di Mattarella anche Randazzo, secondo il quale la nomina dei ministri costituisce un atto "complesso", nel quale la volontà dell'incaricato deve fondersi con quella del Presidente della Repubblica, chiamato a esercitare un controllo non soltanto formale, sul possesso dei requisiti per ricoprire la carica, ma anche di opportunità costituzionale, in esito al quale può rifiutare la nomina di un ministro per le ragioni più varie, dal momento che la Costituzione non dice nulla in merito e non è possibile attribuire rilievo dirimente ai precedenti. Secondo l'Autore, il ruolo giocato da Mattarella nell'intera vicenda dimostra la specifica politicità di cui è dotato il Capo dello Stato, riconducibile al fatto che «i principi e le regole (e quindi i valori che ne stanno alla base) che orientano la sua azione non sono affatto neutri, rispondendo ad una precisa "opzione politica" che è quella costituzionale» (cit. p. 127).

Prendendo le mosse dalla tesi – maggioritaria in dottrina – secondo cui la proposta dell'incaricato è strettamente vincolante per il Capo dello Stato, cui residua soltanto un controllo sul possesso dei requisiti giuridico-morali richiesti per ricoprire la carica di ministro, nel suo scritto Adamo sostiene che questi, per salvaguardare la rigidità della Costituzione, non avrebbe dovuto «porre un veto su ciò che aveva inteso essere parte del programma/indirizzo di governo, rinviando (in un eventuale, e certo non auspicato, tempo futuro) il suo controllo sui singoli atti approvati […] in rottura con il testo costituzionale» (cit. p. 148). A suo giudizio, nella dichiarazione con cui ha voluto spiegare le ragioni del suo veto su Savona, il Presidente ha "detto troppo", nel senso che, motivandolo con riferimento alla linea politica da quello espressa e non a dati oggettivi (la presenza di incompatibilità, conflitto di interessi o indegnità), ha creato un precedente pericoloso e ha esposto il Quirinale ad attacchi politici inusitati. Al tempo stesso, ha detto "troppo poco", nella misura in cui ha deciso di sanzionare preventivamente soltanto la linea politica sostenuta da Savona e non anche le altre *intenzioni normative* incostituzionali riferibili all'intero Governo.

Nel suo saggio, Arena prende in esame la "spettacolarizzazione" del procedimento di formazione del Governo, i cui momenti salienti sono stati accompagnati da un impressionante ricorso alle esternazioni da parte dei principali esponenti delle forze politiche e dello stesso Capo dello Stato. Sebbene si ritenga che alcune attività degli organi pubblici – fra cui le consultazioni – debbano essere caratterizzate da riservatezza, affinché possa darsi più facilmente seguito a quel principio di leale collaborazione che dovrebbe informare sempre le relazioni istituzionali, la mediatizzazione della politica ha raggiunto un'intensità tale da far avvertire a ciascuno degli attori coinvolti una crescente esigenza di giustificare davanti all'opinione pubblica tutte le loro scelte. In particolare, l'Autore osserva che le esternazioni

ISSN 2279-7238

presidenziali – come la dichiarazione del 27 maggio 2018 con la quale il Capo dello Stato ha inteso giustificare il suo operato – sono spesso rese «in funzione di autocomprensione del ruolo» (cit. p. 176), cioè al fine di definire il proprio ruolo nel sistema istituzionale e di difendere le proprie prerogative.

I contributi di Andrea Lollo e di Valentina Pupo si soffermano sui rimedi che teoricamente avrebbero potuto essere esperiti per risolvere la crisi istituzionale.

Lollo osserva che il Presidente del Consiglio incaricato, di fronte al rifiuto di nominare Savona al MEF opposto dal Presidente della Repubblica, avrebbe potuto sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti di quest'ultimo. Qualora questa ipotesi – tramontata con la rimessione dell'incarico, che ha fatto venir meno l'interesse a ricorrere – si fosse concretizzata, la Corte costituzionale avrebbe avuto l'occasione di chiarire definitivamente la portata dei poteri del Capo dello Stato nella nomina dei ministri, colmando la laconicità del dettato costituzionale. L'Autore ritiene che il Presidente del Consiglio incaricato ma non ancora nominato, da alcuni considerato un privato cittadino, abbia invece la legittimazione a sollevare il conflitto, possedendo tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale in materia: in particolare, alla luce dell'interpretazione che la dottrina e il legislatore hanno offerto delle disposizioni costituzionali sul procedimento di formazione del Governo, l'incaricato appare dotato di una propria sfera di attribuzioni costituzionali che, per quanto parziale, consente tuttavia di definirlo – usando un'espressione coniata da Livio Paladin – un «organo costituzionale transitorio».

Pupo precisa che i termini *impeachment* e *messa in stato di accusa* non sono intercambiabili, designando due istituiti molto differenti: mentre nel diritto costituzionale statunitense la procedura di *impeachment* si configura come «espressamente politica ed extragiudiziale, e, nel caso specifico del Presidente, può terminare con le sanzioni costituzionali della sua rimozione dalla carica» (cit. p. 205), nell'ordinamento italiano la messa in stato di accusa avvia una procedura preminentemente giurisdizionale di tipo penale. Ciononostante, di quest'ultimo istituto si è fatto spesso un uso politico distorto, finalizzato a indurre il destinatario dell'accusa a dimettersi, conseguendo non già la sua condanna penale, quanto piuttosto il risultato politico effettivamente perseguito della sua destituzione. È in questa chiave che bisogna leggere l'invocazione della messa in stato di accusa di Mattarella da parte di alcuni esponenti politici, peraltro del tutto priva di presupposti, non potendosi in alcun modo ravvisare nella decisione del Capo dello Stato di rifiutare la nomina di Savona quella condotta dolosa, anche omissiva, «posta in essere

ISSN 2279-7238

con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alle funzioni» (cit. p. 208) necessaria a integrare le figure di reato *ex* art. 90 Cost.

Il volume si conclude con una riflessione di Rossana Caridà dedicata al «Comitato di conciliazione», l'organismo individuato dal "contratto di governo" quale sede in cui le parti contraenti si impegnano a confrontarsi per risolvere persistenti divergenze nell'interpretazione e nell'applicazione del contratto stesso, per addivenire a un'intesa sulle tematiche ad esso estranee ovvero sulle questioni urgenti e/o non prevedibili al momento della sua sottoscrizione, e quando ciò sia richiesto da uno dei contraenti per l'esame di «questioni ritenute fondamentali». Secondo l'Autrice, una siffatta struttura, non essendo né disciplinata dall'ordinamento (a differenza del Consiglio di Gabinetto *ex* art. 6 della legge n. 400/1988) né predeterminata dal contratto nella sua composizione e nel suo funzionamento, qualora fosse attivata, avrebbe una valenza squisitamente politica, inserendosi in quella «"fuga dal giuridico" che da tempo caratterizza la dinamica politico-istituzionale del nostro Paese» (cit. p. 225) e che, nel caso di specie, rischierebbe di pregiudicare l'autonomia del Governo.

In conclusione, nell'offrire un'analisi sistemica ed esauriente delle vicende istituzionali che hanno condotto alla nascita del Governo Conte, gli Autori dei saggi raccolti in questo *instant book*, se da un lato esprimono valutazioni sostanzialmente coincidenti in ordine al carattere eccezionale del contesto in cui è maturata la crisi, ai rischi per la tenuta dell'art. 95 Cost. derivanti dalla degradazione del Presidente del Consiglio a mero esecutore di un contratto privatistico, nonché all'insostenibilità della messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica, dall'altro, in merito al "gran rifiuto" opposto da Mattarella alla nomina di Savona al MEF, sebbene siano in maggioranza concordi nel ritenere che il Capo dello Stato abbia agito in modo conforme alle proprie prerogative costituzionali, manifestano una diversità di vedute che appare comprensibile alla luce dei molti interrogativi lasciati irrisolti dalla laconicità del testo dell'art. 92, II comma, Cost., che ha notoriamente portato la dottrina a proporre differenti ricostruzioni circa la portata effettiva del potere presidenziale di nomina dei ministri.

Andrea Fiorentino

ISSN 2279-7238

BOURNE, *Democratic Dilemmas: Why democracies ban political parties,* London, Routledge, 2018, pp. 280*.

"*Why do some democracies respond to the dilemma posed by anti-system parties by banning them, while other democracies do not?*" (p. 2).

Questa domanda è posta al centro dello studio sul divieto dei partiti politici dalla prof.ssa della Roskilde University (Danimarca) Angela Bourne, la quale nel suo recente volume "*Democratic Dilemmas: Why democracies ban political parties*", pur non proponendo una risposta definitiva al problema, tenta di svelare alcuni paradossi ad esso legati.

La difesa della democrazia dai partiti antisistema è uno degli argomenti classici nella dottrina giuspubblicistica, data la sempre maggiore circolazione del modello di "democrazia protetta" caratterizzato dalla specifica disciplina di difesa, a livello costituzionale o legislativo, dall'"opposizione antisistema". Ancora oggi la questione delle misure applicabili contro le tendenze eversive nelle democrazie pluraliste rappresenta un argomento "caldo": infatti, si pensa come le istituzioni democratiche contemporanee vengano messe, se non in crisi, sicuramente sotto *stress* dai pericoli emergenti, come la crescita delle forze populiste.

Se lo scioglimento del partito antisistema rappresenta una *extrema ratio*, allora quali sono le misure alternative per la protezione della rappresentanza, e, ancora più rilevante, quali sono le motivazioni di fondo che determinano la necessità di ricorso al divieto e non ad altre strategie?

Il volume recensito esamina come le democrazie europee risolvano i dilemmi che i partiti anti-sistema pongono di fronte alle comunità democratiche: controllo o autonomia, "sicurezza *vs* libertà", esclusione dal dibattito o integrazione nel sistema, divieto o altre misure? Più specificatamente, l'Autore cerca di rispondere al perché le moderne democrazie prendano la decisione di bandire i partiti politici. Il problema sembra più complesso per le democrazie pluraliste poiché la repressione dell'estremismo politico, giustificata dall'esigenza di difesa dell'ordinamento costituzionale, entra in conflitto con le basi del metodo democratico, ovvero con la libera concorrenza fra le forze politiche, e può provocare uno scivolamento verso la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

concezione anti-pluralista dello spazio costituzionale. Come sottolinea l'Autore, se da un lato, i divieti dei partiti possono "proteggere" le democrazie da gruppi ritenuti in grado di minare il sistema democratico o i suoi valori fondamentali, l'integrità territoriale o la sicurezza dello Stato, allo stesso tempo, «*proscription risks undermining foundational liberal democratic commitments to free association, free speech and the representation of all citizens in the public sphere*» (p.2).

Per la prof.ssa Bourne questo non è il primo lavoro dedicato al tema della '*militant democracy*': si è occupata infatti di questo tema negli ultimi dieci anni e ha prodotto molteplici contributi scientifici – *working papers*, articoli scientifici e capitoli di libri – riguardanti il problema della '*party proscription*'. Le sue ultime ricerche condotte in questo ambito si sono focalizzate sulle prassi di divieto dei partiti politici nelle democrazie europee, compresi gli aspetti come le procedure istituzionali, le motivazioni e le conseguenze di tali decisioni. Il volume "*Democratic Dilemmas...*" pubblicato nel 2018, dunque, rappresenta la sua prima opera completa e robusta che riassume tutte le precedenti indagini sul tema spesso trascurato dagli studiosi di istituzioni politiche comparate. Infatti, il presente volume è stato pubblicato dalla *Routledge* nella nuova collana *Research in Extremism and Democracy* che, nell'obiettivo di riempire questa lacuna, raccoglie studi accademici volti a scoprire in che modo e in quale misura i gruppi estremisti possono rappresentare una grave minaccia per le comunità democratiche.

Il volume si apre con un breve excursus sulla prassi di proibizione dei partiti politici negli ordinamenti democratici europei. Dopo una disamina dei casi di partiti banditi in Europa tra il 1945 e il 2015 (v. Introduzione), la ricerca si rivolge agli aspetti teorici del tema, per valutare le spiegazioni che la dottrina delle "democrazie protette" ha sviluppato fino ad oggi sul perché alcune democrazie abbiano vietato i partiti (Capitolo I). Infatti, come nota l'Autore, la proibizione o "lo scioglimento" dei partiti politici, così come le altre misure che sanzionano i comportamenti volti a scardinare l'ordinamento democratico stesso e, in modo particolare, i suoi principi e i valori fondamentali, rientrano nel paradigma di "*militant democracy*" (p. 15). Tuttavia, avverte Bourne, in questa prospettiva la questione del divieto dei partiti politici 'nemici dello Stato o della Costituzione' spesso risulta inquadrata, nel dibattito sia accademico che pubblico, all'interno della polemica "democrazia protetta *vs* democrazia pluralista pura", che si concentra sugli aspetti legali e lascia fuori quelli che riguardano le costruzioni discorsive (come "*threatening issues*") o le dinamiche della competizione democratica (p. 17).

Lo studio dei casi concreti rappresenta l'elemento centrale della ricerca, pertanto, una parte significativa del testo è dedicata ad esso (i capitoli da III a V si concentrano

ISSN 2279-7238

sulle esperienze distintive delle tre democrazie europee; preceduti da una panoramica sulla disciplina costituzionale e legislativa riguardante lo scioglimento dei partiti antisistema negli Stati selezionati dall'Autore, v. Capitolo II). L'Autore sviluppa la sua argomentazione con riferimento ai tre tipi di *case* – il divieto di partito, la legalizzazione di partito e il divieto di partito respinto – che hanno avuto luogo in tre democrazie europee avanzate: in Spagna (per quanto riguarda la vicenda di *Herri Batasuna*, nel 2003, e i suoi successori, Bildu, 2011, e Sortu, 2012), nel Regno Unito (*Sinn Féin*, 1956, e *Republican Clubs*, 1967) e in Germania (Partito socialista del Reich, 1952, e Partito nazional-democratico tedesco, 2003, 2017). Cercando di affrontare il problema dell'opposizione anticostituzionale, lo studio mette a confronto cinque casi del divieto (riuscito o fallito) del partito considerato sovversivo, per poi individuare quei fattori che hanno portato all'assunzione di tale decisione o al suo rovesciamento.

Il fatto che i procedimenti contro i partiti considerati pericolosi variano da Paese a Paese rende estremamente difficoltosa l'opera di ricostruzione scientifica e rende maggiore lo sforzo, intrapreso dall'Autore del volume, nel fare un'analisi comparatistica delle varie esperienze. Si tratta di casi che differiscono per molti aspetti: per quanto riguarda la *ratio* di divieto, in Spagna e Gran Bretagna la proibizione è stata una parte importante delle risposte dello Stato alla violenza paramilitare dei gruppi secessionisti, quali l'ETA e l'IRA, mentre in Germania queste misure repressive sono state per lo più dettate dal bisogno di liberarsi dal retaggio del passato – è una impostazione che oramai accomuna le democrazie transitate da un precedente sistema autoritario (v. p. 3).

Di conseguenza, anche il modo con cui, nella dottrina nazionale di questi Paesi, sono stati individuati i "partiti antisistema" varia considerevolmente (si pensa alle due vie principali, cioè sulla base di un programma politico incompatibile con i principi liberal-democratici o sulla base di provato carattere violento della sua azione). A questo punto, un esempio importante è rappresentato dalla legislazione spagnola sui partiti politici del 2002 che prevede lo scioglimento dei partiti le cui azioni siano caratterizzate da comportamenti illeciti elencati nell'art. 9 LOPP. Come scrive l'Autore del volume, la decisione di concentrarsi sulla condotta *("focus on conduct")* nella Legge sui partiti riflette un rifiuto consapevole del modello tedesco della "democrazia protetta" da parte del legislatore spagnolo: "*In contrast to the German model of militant democracy, which permitted the proscription of parties for espousing anti-constitutional ideas, the Spanish model is, then... an 'open' or 'tolerant' model, in which all ideas and political projects could be pursued... so long as it was done using democratic procedures set out in the constitution*" (p. 42).

ISSN 2279-7238

Allo stesso tempo, sia la disciplina sul divieto dei partiti antisistema sia il modello di "democrazia protetta" hanno avuto un notevole sviluppo. In particolare, nelle democrazie avanzate, il modello di "democrazia protetta" ha visto, grazie alla prassi delle Corti Costituzionali e della Corte EDU (*Refah Partisi et al v. Turkey*, 2001, *Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2011*, *BVerfG, Urteil des Zweiten Senats 17.01.2017-2 BvB 1/13,* v. l'elenco delle Sentenze selezionate dall'Autore, p. 241), un'evoluzione verso una maggiore garanzia di pluralismo politico per cui, al controllo sui fini dei partiti, si preferisce sempre di più il controllo sul loro operato e sulle capacità di mobilizzazione. Un esempio lampante di tale mutamento è rappresentato dalla pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla costituzionalità del Partito nazionaldemocratico di Germania (NPD), in cui viene respinta la messa al bando del partito di estrema destra, in quanto: "*the Court concluded there was not evidence of sufficient weight indicating the NPD could achieve its objectives*" (p. 141).

Sulla scia degli studi di teoria della democrazia e dei sistemi politici comparati (si noti, tra l'altro, come il titolo del volume richiama l'opera classica del politologo statunitense Robert Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, 1982) e, adottando una prospettiva sociologica, la prof.ssa Bourne cerca di elaborare una "teoria di media portata" (*middle-range theory*) sul divieto del partito antisistema e, partendo da un dato empirico, propone una serie di ipotesi che vengono verificate nel suo studio dei casi. Si tratta di una ricerca esplorativa che non si limita né alla semplice descrizione delle procedure previste in vari Paesi per lo scioglimento dei partiti antisistema, né all'esposizione della sola giurisprudenza in materia.

Dunque, per analizzare ogni caso di divieto nelle democrazie europee Bourne si ricorre alle ipotesi relative alla "*securitization*", ai *veto-players* e all'atteggiamento del partito antisistema verso l'uso della violenza, analizzando vari aspetti del problema sotto diverse angolazioni. In particolare, l'Autore si rivolge:

1) al behaviorismo e alla teoria dei *veto players* nello studio dei processi deliberativi (Bourne cerca di rispondere ad interrogativi quali: chi incide in maniera determinante sulla decisione di divieto dei partiti nella fase di iniziativa e deliberativa del procedimento o nell' eventuale appello);

2) al paradigma di '*securitization'* di B. Buzan per l'analisi delle strategie discorsive ("*framing*") che mirano a "giustificare" nello spazio pubblico lo scioglimento del partito (in che modo i partiti antisistema possono essere "disegnati" come pericolo esistenziale della democrazia o dello Stato in maniera condivisibile da tutti gli attori politicamente rilevanti; e come l'atteggiamento ambiguo del partito antisistema verso l'uso della violenza può influire su questa percezione);

ISSN 2279-7238

3) alle principali teorie *office-seeking*, cioè di formazione di coalizioni politiche, per valutare gli incentivi per i partiti tradizionali a cooperare nell'intento di escludere le forze antisistema dall'arena politica attraverso le strategie di un *cordon sanitaire*.

Inoltre, per quanto riguarda le misure alternative ai divieti dei partiti, in particolare, quelle che mirano a ostacolare una rappresentanza politica delle forze antisistema, l'analisi di Bourne non solo si rivolge alle dinamiche interpartitiche caratterizzate da "convenzioni" (si v. il Capitolo VII), ma anche alla capacità dei sistemi elettorali di contrastare le spinte centrifughe e impedire – grazie, soprattutto, alle formule maggioritarie e alle soglie di sbarramento – che i piccoli partiti estremisti possano entrare nel Parlamento nazionale o nelle Assemblee regionali (Capitolo VI). Così, gli ultimi due capitoli del libro (VI e VII) si concentrano sulla questione dell'efficacia delle misure alternative. Secondo Bourne, l'esclusione dal processo di formazione del Governo è un meccanismo più efficiente rispetto alla selettività del sistema elettorale: "*Without the ability to directly influence legislation or government policy, anti-system parties are unlikely to threaten democratic institutions, practices and values*" (p. 198).

Nelle conclusioni l'Autore cerca di mettere a confronto i risultati delle indagini sviluppate nelle pagine precedenti e sintetizza le principali osservazioni. Analizzando la prassi in materia a livello nazionale e regionale (Paesi Baschi, Irlanda del Nord, i *Bundesländer* della Germania) e i *database* sulle dinamiche elettorali e interpartitiche in tre Paesi e facendo uso dei documenti e delle pubblicazioni della stampa che descrivono il dibattito pubblico sul tema, l'Autore perviene alle seguenti considerazioni generali: 1) la capacità dei partiti tradizionali di "etichettare" le forze antisistema come minacce esistenziali gioca un ruolo cruciale nella decisione di bandire il partito estremista, mentre, al contrario, la disponibilità dei partiti *mainstream* di pervenire a un accordo sulla necessità di instaurare un dialogo politico con le forze estremiste comporta l'eventuale legalizzazione dei partiti successori dei movimenti antisistema; 2) nei procedimenti che prevedono una sequenza di più fasi in cui partecipano i vari attori politici (*vs single-veto-player system*) si osserva una maggiore probabilità di fallimento del divieto; 3) maggiore è l'ambiguità sull'atteggiamento del partito nei confronti dell'utilizzo della violenza, più diventa probabile il ricorso alla misura dello scioglimento di un partito estremista.

Nel complesso, il libro "*Democratic Dilemmas: Why democracies ban political parties*" rappresenta un importante contributo al dibattito sull'opportunità o meno di bandire i partiti antisistema nelle democrazie pluraliste. Lo studio della prof.ssa Bourne è un'opera originale e innovativa sotto molti aspetti, sia per quanto riguarda la scelta degli approcci addottati per lo studio del fenomeno, sia per l'intento di fornire un

ISSN 2279-7238

quadro esplicativo (se non una teoria) dei processi decisionali riguardanti la cessazione dell'attività e lo "scioglimento" dei partiti antisistema.

Infine, lo studio delle prassi sul divieto dei partiti antisistema, contribuisce al dibattito sull'opportunità e l'efficacia dei meccanismi "protettivi" dell'ordinamento liberal-democratico, spiegando come alcuni fattori – quali gli assetti decisionali, le regole di competizione democratica, oppure la costruzione del discorso pubblico sulla sicurezza (*the 'grammar of security'*) – possano determinare l'inclusione o, al contrario, la messa al bando e l'emarginazione delle forze politiche estremiste. Una riflessione su questo tema sembra particolarmente opportuna, soprattutto alla luce dell'avanzamento dei populismi e dell'indebolimento delle *partisanship* tradizionali. Come scrive l'Autore del volume, le complesse sfide legate ai dilemmi posti dai partiti anti-sistema «*have emerged intermittently over the post-World War II period and are likely to continue to do so in an era where populist parties and movements question core principles and values of the liberal democratic model, if not the legitimacy of liberal democracy itself*» (p. 13).

Ilmira Galimova

ISSN 2279-7238

C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 205[*].

Il problema giuridico dei beni comuni, non più definibile come recente – atteso che l'evidenza della loro *tragedia* ha fatto ingresso nella dottrina giuridica e nella letteratura scientifica a partire dagli anni '60 del secolo scorso –, ha reso manifesta l'inadeguatezza del diritto pubblico nel dare argini normativi alla globalizzazione. Non può dirsi, infatti, che gli scenari attuali di erosione e compromissione delle risorse ambientali fossero ignoti al diritto e alla scienza: risale al 1972 il primo Rapporto sui limiti dello sviluppo, realizzato dal *Massachussetts Institute of Technology* su richiesta del Club di Roma, che descrisse e dimostrò l'insostenibilità ambientale e sociale dell'attuale modello economico – nonché, *a fortiori*, degli apparati normativi che lo sostengono – per il futuro delle generazioni e del pianeta.

Questo iato del diritto pubblico rispetto al divenire storico e politico della società si mostra in tutta la sua evidenza riguardo alla proprietà e al regime giuridico dei beni, in particolare ambientali. Come spiega l'A. nel corso del primo capitolo, è un profondo riscatto dalla propria storia quello che incombe sul diritto: infatti, i beni comuni cui fa riferimento l'odierno dibattito giuridico "sono altro – per certi versi perfino l'opposto – dei beni comuni della tradizione romanistica, ossia delle *res communes omnium*"; ciò in quanto "i beni comuni di cui adesso si discute prescindono dal regime proprietario e mirano a governare la scarsità – anche solo qualitativa – di risorse" (cit. p. 18).

In altri termini, l'abbondanza delle matrici ambientali è ormai un fatto che appartiene alla storia del diritto, non al presente: "i beni comuni di stampo romanistico includono e dettano il regime giuridico di cose che sono per definizione abbondanti" (cit. p. 19), mentre oggi "il pericolo di estinzione delle risorse (…) ha finito per tingere di doverosità le antiche libertà, mutando la disciplina di alcuni beni" (cit. p. 21).

Il tentativo, operato unitamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli ultimi anni, di dare un nuovo corso ermeneutico al regime dei beni, soprattutto ambientali, si è orientato nel senso di una rimodulazione in senso espansivo della funzione sociale del diritto di proprietà, in coerenza con una prospettiva costituzionalmente orientata agli articoli 2, 42 e 44 della Costituzione: tale complesso normativo àncora infatti la proprietà al principio solidaristico e alla citata funzione sociale.

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

Nel nostro ordinamento, tuttavia, lo statuto proprietario dei beni è gravato da due importanti lacune: la prima è rappresentata da un'obsolescenza codicistica, avendo il codice civile del '42 (agli articoli 822 e ss.) classificato i beni pubblici appartenenti al demanio ovvero al patrimonio indisponibile dello Stato sulla scorta di un discrimine, orientato alla titolarità soggettiva ovvero alla destinazione pubblica, che deve ritenersi formalistico; l'altra consiste invece nella prolungata assenza, nel contesto costituzionale, del concetto giuridico di "ambiente" (è noto, infatti, che il termine ha fatto ingresso nella Carta costituzionale solo con la legge cost. del 18 ottobre del 2001, n. 3). Al riguardo, l'A. argomenta che "tra i beni comuni e quelli ambientali v'è un rapporto che non è di mera identificazione, ma di specialità concettuale e speculativa" (cit. p. 30). In altri termini, "i beni ambientali sono beni comuni, ma non tutti i beni comuni sono beni ambientali": questa prospettiva del rapporto di specialità "permette di rileggere gli attuali studi sui beni comuni come la prosecuzione – benché su un piano più generale – di quelli condotti nella seconda metà del Novecento sull'ambiente come bene giuridico" (cit. p. 30).

La capacità degli ordinamenti di attuare contromisure normative adeguate alle odierne criticità ambientali sarà prova non solo del primato del diritto pubblico sul diritto privato, ma anche – e soprattutto – "della scienza giuridica su quella economica" (cit. p. 39), ovvero della capacità del diritto di orientare l'economia. Finora, tale riscontro ordinamentale si è avuto solo in parte: l'A. descrive efficacemente il momento attuale del dibattito giuridico nazionale intorno ai beni comuni, sintetizzabile nelle "più autorevoli definizioni sin qui elaborate dalla nostra scienza giuridica, ossia quella predisposta dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Rodotà e quella proposta e sperimentata dall'associazione Labsus (Laboratorio per la sussidiarietà)" (cit. p. 44). Le direttrici fondamentali del discorso giuridico sul diritto di proprietà e sullo statuto dei beni hanno in sé, da un lato, una vocazione alla codificazione, e dall'altro il superamento dell'attuale vuoto normativo attraverso la diretta applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 4, Cost.; a parere dell'A., "la differenza tra le due ricostruzioni è palese, perché la prima conferma il respiro globale e quasi costituzionale della categoria, volendo incidere (quantomeno) sul contenuto intrinseco del diritto di proprietà", mentre "la seconda è più pragmatica, mirando al più limitato e, perciò, più facilmente attuabile obiettivo di attivare un modello di gestione partecipativa dei beni" (cit. p. 45).

Il legame tra beni comuni e beni ambientali era confermato dalla prospettiva del d.d.l. Rodotà n. 2031 del 2010, atteso che nel novero della categoria ivi elaborata erano inclusi pressoché esclusivamente beni ambientali: in tal senso, la disciplina dei

ISSN 2279-7238

beni comuni deve essere necessariamente orientata dal diritto dell'ambiente e dai suoi principi; tra questi ultimi, l'A. sottolinea che lo sviluppo sostenibile costituisce un prisma fondamentale: "se si accetta l'idea che il diritto dell'ambiente davvero si sia trasformato o si stia trasformando in un più generale diritto dello sviluppo sostenibile, dal momento che il diritto dell'ambiente è il diritto che salvaguarda i beni ambientali, e poiché i beni ambientali a propria volta sono beni comuni, allora è possibile ritenere che i beni comuni sono risorse funzionali alla realizzazione dello sviluppo sostenibile" (cit. p. 53).

Il modello della partecipazione attiva dei cittadini attraverso l'applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà è, in particolare, coerente con il governo multilivello che caratterizza il processo di "globalizzazione del diritto pubblico e, perciò, delle regole volte ad assicurare la sostenibilità sociale dell'economia e l'effettività dei diritti umani" (cit. p. 71).

Con il secondo capitolo, l'A. analizza il percorso della progressiva giuridicizzazione della categoria dei beni comuni, necessario poiché quest'ultima "non può essere confinata in una dimensione *pre* o *meta* giuridica, ossia politica, ma ha senso solo se venga usata in senso giuridico, ossia per attuare forme tipiche di tutela giurisdizionale e amministrativa dei beni che ne presentano i caratteri distintivi" (cit. p. 81); questa attrazione della categoria nell'orbita del diritto ha ricevuto forte impulso dalla recente legislazione ambientale, nazionale e sovranazionale, e ha visto la possibilità di un approdo normativo con il citato d.d.l. Rodotà n. 2031 del 2010, il quale ha proposto sì una definizione dei beni comuni ma senza stabilirne alcuna disciplina o statuto. Ciò verso cui è necessario orientare il discorso giuridico è invece proprio l'individuazione di una disciplina applicabile ai beni, pubblici e privati, che si definiscono comuni in quanto caratterizzati al contempo dalla scarsità, qualitativa o quantitativa, e dal collegamento funzionale alla tutela dei diritti fondamentali. Presupposto di tale ricerca è che "laddove non ci sono conflitti non sorge alcuna necessità di tutela e, perciò, non ci sono beni in senso giuridico", mentre "il conflitto (e per esso il processo volto a risolverlo) concorre a qualificare il bene e la sua disciplina" (cit. p. 91).

Al momento, è possibile sussumere i beni comuni a categoria giuridica direttamente in via ermeneutica, sulla scorta dei principi e delle norme dell'ordinamento; la definizione dei requisiti della categoria deve essere propedeutica, come detto, soprattutto all'individuazione di una disciplina: in particolare, "la funzionalizzazione di beni comuni alla tutela dei diritti fondamentali ha il merito di radicare in una dimensione essenzialmente costituzionale il sistema di tutela offerta a questi beni" e, in tal senso, la copertura normativa della categoria diverrebbe

ISSN 2279-7238

"espressione di funzioni costituzionalmente necessarie" (cit. p. 101). Tale collegamento funzionale non è però condizione sufficiente ai fini dell'inquadramento nella categoria disciplinare dei beni comuni: è necessario che esista, per questi, una *dimensione tragica*.

Nel corso del capitolo l'A. chiarisce come la stessa Costituzione, nel disciplinare le proprietà pubblica e privata, orienti le stesse: non a caso, la recente dottrina ha identificato il *discrimen* tra queste "nel diverso peso attribuito a libertà e doverosità, a diritti e funzioni" (cit. p. 125). Invero, la funzionalità dei beni comuni a tutelare interessi e diritti della collettività incentiva, e quindi incrementa, gli strumenti di partecipazione alle decisioni amministrative, rappresentando un catalizzatore per l'attuazione della c.d. democrazia ambientale: peraltro, "l'attribuzione della sovranità al popolo anziché allo Stato non è una circostanza di poco conto, perché fa di quel soggetto collettivo non più solo il destinatario delle determinazioni assunte dagli organi istituzionali, ma un soggetto che può e deve concorrere alla posizione e all'attuazione dell'ordinamento" (cit. p. 127).

Ripercorse le ragioni del dibattito giuridico sui beni comuni e la piena coerenza di tale categoria con l'ordito costituzionale, nel terzo capitolo l'A. realizza una coerente sintesi prospettica: è necessario, attraverso gli strumenti proposti nel corso della trattazione, superare le apparenti difficoltà definitorie addensatesi negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ed elaborare una disciplina giuridica dei beni comuni, perché questi non costituiscono "categoria che aspiri a sostituirsi alle altre che già regolano i beni", bensì che "assume carattere generale ed è destinata a sovrastarle per conformarle" (cit. p. 145); è, questo, un approdo che appare risolutivo per il dibattito in corso: l'idoneità teleologica dei beni comuni a realizzare il principio-obiettivo ordinamentale dello sviluppo sostenibile rappresenta un fondamento che convalida giuridicamente la categoria.

La costruzione di uno statuto generale dei beni comuni in quanto risorse dello sviluppo sostenibile ha, peraltro, necessariamente a che fare con una rinnovazione degli istituti della partecipazione procedimentale e processuale, e ciò pone il tema della legittimazione: in particolare, il necessario "processo di dematerializzazione dei criteri selettivi della legittimazione" prospettato dall'A. permette di muovere oltre la "localizzazione dell'individuo rispetto al bene"; ai fini dell'individuazione di tali criteri, infatti, "deve rilevare se la persona in questione sia o meno parte della comunità che traendo utilità dal bene ne ha la responsabilità della custodia" (cit. p. 157) nella prospettiva dello sviluppo sostenibile e dell'equità intergenerazionale. L'attuazione dello sviluppo sostenibile attraverso i beni comuni implica quindi

ISSN 2279-7238

necessariamente una disciplina relazionale, che riconosca il rapporto dei cittadini rispetto sia ai beni, sia alle comunità di riferimento.

Questi obiettivi sono efficacemente perseguibili con la disciplina partecipativa dei beni ambientali, poiché tale categoria si presta alla valorizzazione conservativa: la conservazione e la valorizzazione sono, infatti, "parte di un binomio nel quale la conservazione assume un peso prevalente in quanto presupposto logico e materiale della valorizzazione" (cit. p. 169). L'A. argomenta quindi che il riconoscimento di un bene come comune – dalla legge o dalla giurisprudenza – farebbe sorgere "a carico dell'ordinamento obblighi di protezione conservativa che potranno essere variamente modulabili nell'ottica della valorizzazione sostenibile" (cit. p. 171)

In conclusione, l'opera offre un'analisi di grande interesse che individua nel principio-obiettivo dello sviluppo sostenibile lo strumento interpretativo per la costruzione, pur in assenza di una definizione normativa della categoria, di un "diritto dei beni comuni come diritto dei limiti necessari" (cit. p. 173).

Arianna Gravina Tonna

ISSN 2279-7238

M. E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law-forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli, 2018, pp. 254[*].

Il volume di Maria Esmeralda Bucalo "*Autorità indipendenti e soft law-forme, contenuti, limiti e tutele*" descrive in maniera chiara e completa la rilevante portata che stanno assumendo, sempre più nel nostro ordinamento, gli atti di *soft-law* delle Autorità amministrative indipendenti, tema che negli ultimi tempi ha suscitato un notevole interesse sia per gli addetti ai lavori, sia per gli interpreti.

Nel lodevole intento di ricostruire i caratteri distintivi degli atti normativi delle Autorità indipendenti, l'Autrice ne premette una trattazione generale inquadrandoli come atti di soft-law richiamando, in tal modo, le teorie generali sulla soft law e il problema del loro inquadramento nel sistema delle fonti.

Il volume solleva diversi spunti di riflessione in ordine al rapporto tra la soft law e le Autorità Amministrative Indipendenti. È innegabile infatti, e ciò si evince distintamente dalla trattazione dell'Autrice, la rilevante portata che stanno assumendo nel nostro ordinamento gli atti di soft-law provenienti dalle Autorità amministrative indipendenti.

La lettura del volume consente di cogliere, dall'analisi del potere normativo e paranormativo delle Autorità indipendenti, l'eterogeneità e l'atipicità degli strumenti di soft law individuabili in numerosi atti normativi quali, ad esempio, gli atti di *moral suasion* dell'AGCM, le linee guida ANAC, le istruzioni della Banca d'Italia, le comunicazioni della CONSOB, gli orientamenti interpretativi dell'ISVAP e della COVIP, le risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali.

Come già anticipato, quindi, questa attività normativa delle Autorità Amministrative indipendenti offre all'Autrice numerosi spunti per riflettere sull'inquadramento, più in generale, della soft law nel sistema delle fonti.

La *ratio* della pubblicazione è mostrare il fluire del diritto sempre più verso nuovi centri di produzione giuridica diversi dallo Stato che meglio rispondono, come emerge dalle parole del Prof. Pitruzzella contenute nella prefazione al volume, a "*snellire, modernizzare e rendere più efficiente la produzione normativa in settori economici caratterizzati da forte dinamismo*"; risultato che è raggiunto a pieno mediante gli strumenti di soft law che, soprattutto attraverso le raccomandazioni e le linee guida, hanno il pregio di innovare il sistema, consentendo al contempo di adeguare

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

immediatamente la normativa ai cambiamenti sociali ed economici che necessariamente si impongono ed anche alle sollecitazioni che arrivano dall'Europa.

L'indagine si snoda lungo cinque capitoli.

Il primo è dedicato alla soft law come fonte del diritto, il secondo ai poteri normativi delle Autorità, il terzo, il quarto e il quinto capitolo agli atti delle tre Autorità indipendenti .

Il primo capitolo è dedicato alla soft law e in particolare al suo ruolo nel sistema delle fonti, al fine di chiarire come si è giunti a ritenere imprescindibile il ricorso a fonti di diritto soft per i settori che sono "custoditi" e garantiti dalle Autorità.

Quindi, allo scopo di inquadrare gli strumenti di soft law delle Autorità, l'Autrice si sofferma sull'approfondimento di tale categoria giuridica. La soft law viene definita dalla Bucalo come "*un fenomeno controverso dell'ordinamento giuridico*", affermando proprio che approcciarsi a un tema come quello della soft law pone lo studioso di fronte ad un primo problema di carattere definitorio poiché "*entro i confini di tale locuzione possono annoverarsi una molteplicità di atti e procedimenti*".

L'Autrice fornisce un'analisi articolata dell'evoluzione della soft law prima internazionale ed europea e, poi, intraprende l'accidentato percorso di ricostruire la soft law come istituto di portata generale del nostro ordinamento e, descrivendone le caratteristiche, la qualifica come una vera e propria fonte del diritto.

L'Autrice quindi presuppone che la soft law sia una fonte del diritto a tutti gli effetti (al punto da precisarlo addirittura nel titolo di un capitolo), aderendo alla posizione di chi colloca la soft law nel sistema complesso delle fonti e, più precisamente, di coloro che inquadrano il "diritto morbido" come una "fonte del diritto di fatto".

L'Autrice però, prima di porre in risalto le caratteristiche dei singoli atti di soft law delle Autorità, si pone l'obiettivo di ricostruire la categoria giuridica della soft law, quale vero e proprio nuovo fenomeno del diritto, contenitore ampio ed indistinto di atti eterogenei che l'Autrice definisce "*atti non vincolanti, quanto ad effetti formali e a sanzionabilità*".

Altro aspetto di rilievo concerne la valorizzazione all'interno del volume, del principio di effettività come veicolo per inserire la soft law nel sistema delle fonti. In altri termini l'analisi viene condotta presupponendo una strutturazione dell'ordinamento fondata sul principio di effettività, che salda diritto e società e così giustifica la funzione normativa di taluni fatti che divengono norme di produzione extralegislativa e consente di valutare il peso nell'ordinamento delle fonti *extra ordinem* che, come viene ben messo in luce nella prima parte del volume, producono norme non assistite da sanzioni, ma aventi comunque una loro propria capacità persuasiva.

ISSN 2279-7238

La capacità dell'Autrice di fornire una panoramica unitaria della problematica, impone di analizzare congiuntamente gli spunti più interessanti che derivano dalla lettura del secondo capitolo (dedicato ai poteri normativi delle Autorità all'interno della cornice del diritto *souple*) del terzo, quarto e quinto capitolo (che riguardano, rispettivamente, l'analisi della soft law rispetto agli atti delle tre Autorità indipendenti, ovvero l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, in particolare sull'approfondimento dei poteri normativi).

Nel volume l'Autrice dichiara di fare una scelta ben precisa: limitare il campo d'indagine agli atti di soft law delle Autorità Indipendenti.

È interessante richiamare sul punto prima di tutto il parallelo che l'Autrice fa tra soft law e Autorità Indipendenti poiché le pone su uno stesso piano di "indefinitezza": entrambe, infatti, sono eterogenee e di difficile qualificazione e inoltre, seconda caratteristica comune, sono atipiche, ovvero si discostano dai canoni tradizionali, le une, degli atti normativi e, le seconde, dagli organi dell'amministrazione tradizionalmente intesi.

Se da un lato la *soft law* si discosta dai canoni tradizionali degli atti normativi, dall'altro le Autorità Indipendenti si differenziano dal modello organizzativo tipico di amministrazione gerarchica. Entrambe sono prive di una vera legittimazione costituzionale (le Autorità non hanno una fonte che le legittimi espressamente in Costituzione, gli atti di soft law hanno un incerto ruolo nel sistema delle fonti).

È a partire da questo carattere comune che si fa spazio il collegamento tra Autorità e *soft law*.

Con tale accostamento, l'Autrice fa spazio al collegamento tra Autorità e soft law, spiegando così che date queste caratteristiche comuni, dalle Autorità non potevano che promanare atti soft, essendo tutte e due prive di una vera legittimazione.

Relativamente alla scelta delle tre Autorità, l'Autrice ne spiega la *ratio* data dalla copiosa attività paranormativa e dalla loro collocazione quali custodi di settori delicati sotto il profilo economico e sociale. Successivamente, nei tre paragrafi dedicati, si segnalano le funzioni paranormative poste in capo all'AGCM, mediante, in particolare l'uso della *moral suasion*; le funzioni più precisamente normative dell'ANAC, dando uno spazio considerevole della trattazione ai profili inerenti le linee guida vincolanti o meno; ed infine viene svolta un' analisi dei poteri normativi e paranormativi della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, rispetto ai quali, afferendo diritti costituzionalmente rilevanti, si impongono delle esigenze di bilanciamento.

ISSN 2279-7238

Gli atti delle Autorità, quali appunto pareri, raccomandazioni, linee guida, codici deontologici, sono ritenuti vincolanti nel senso che, pur non essendo produttivi di effetti giuridici in modo diretto, (e tuttavia, come già sosteneva Predieri, "*non sono irrilevanti nel mondo giuridico")* sono caratterizzati tuttavia dall'essere "*di fatto vincolanti*".

Tale *vincolatività di fatto* ha una doppia derivazione: la prima consistente nel provenire da soggetti diversi da quelli che comunemente pongono in essere atti normativi ma dotati del necessario grado di autorevolezza che rende vincolanti gli atti che emanano; la seconda, che deriva dall'intrinseca capacità di obbligare, più o meno direttamente, a quanto in esse contenuto.

Tralasciando le diverse teorie sul generale inquadramento e la qualificazione delle Autorità quali soggetti paracostituzionali, è rilevante richiamare la loro eterogeneità e diversificazione in relazione proprio all'esercizio dei loro poteri normativi e paranormativi.

Infatti, gli atti delle Autorità prescrivono regole di condotta che gli interpreti hanno definito "*astratte e generali, conformative per l'avvenire dei rapporti interprivati*", risultano innovativi dell'ordinamento poiché introducono peculiari regole tecniche necessariamente applicabili. Correlativamente, l'aspetto che contribuisce a caratterizzare la *soft law* di una vincolatività di fatto è proprio l'impossibilità di disciplinare un settore tecnico senza il loro ausilio e, quindi, la loro vincolatività è direttamente legata alla necessità da parte del Legislatore di farvi ricorso.

Inoltre l'Autrice mette in luce come gli atti delle Autorità (per esempio, le linee guida Anac), siano capaci di essere, a tutti gli effetti, uno strumento di produzione giuridica, pur non essendo dotate di una vera e propria prescrittività, non atteggiandosi nel concreto come indicazioni prescrittive e vincolanti, bensì come consigli. A ciò si contrappone, come è emerso nella prassi, la loro indiretta capacità di imporsi come indicatori di un comportamento obbligatorio e vincolante.

Sotto il profilo della legittimazione degli atti normativi, come affermato dalla Bucalo, si tratta spesso, come nell'ipotesi degli atti che provengono dalle Autorità Indipendenti, di atti definiti quali *fonti recettive del fatto.* In tal caso, infatti, sia la categoria giuridica e sia colui che regola i settori specifici mediante tali strumenti, ovvero disciplina determinate materie, risultano legittimati dalla *ratio* pratica che risiede oggi nella *soft law,* la quale, in altri termini, è data dalla sua evidente indispensabilità in settori del mercato, quali le comunicazioni o la concorrenza che necessitano di una disciplina "morbida" e flessibile nonostante la rilevanza del bene tutelato dall'Autorità.

Dalla lettura del volume si evince distintamente che non è possibile enucleare dei caratteri comuni agli atti delle Autorità perché si tratta di atti eterogenei per

ISSN 2279-7238

eccellenza, ma ciò che li inquadra quali strumenti di *soft law* è sicuramente la rilevanza del loro nucleo sostanziale rispetto alla cornice formale in cui sono iscritti. Presentano inoltre, oltre a una finalità specifica e a una funzionalizzazione diretta alla tutela del bene che l'Autorità deve "custodire", anche la capacità di completare la norma primaria. Tale capacità si esplica sia attraverso un rinvio da parte della legge, sia nel loro utilizzo quale unico veicolo mediante cui la legge può essere applicata. In tal senso, gli atti delle Autorità risultano necessari realizzando un vero e proprio sistema di fonti che, come precisa anche la Bucalo, "*produce risultati normativi*".

Gli atti dell'ANAC, ad esempio, sono sicuramente, per l'Autrice, espressione di un risultato "*normativo*", laddove si tratta di modelli regolativi flessibili assegnati dalla legge a colui che, Autorità indipendente, le emana proprio sulla base dell'indipendenza esercitata, al fine di soddisfare le necessarie esigenze di garanzia, con la partecipazione di coloro che possono essere incisi direttamente dall'atto.

In conclusione dall'analisi del volume della Bucalo, e quindi degli atti di *soft law* emanati dalle Autorità Indipendenti, si evince che ormai sembra sempre più imperare la regola secondo cui, laddove risulti difficile legiferare, può essere più opportuno normare con atti di *soft law* piuttosto che non normare, sempre in attesa che si possa procedere a fissare eventuali regole pienamente vincolanti.

Chiara Ingenito

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 202*.

L'analisi del ruolo e delle prerogative del Presidente del Consiglio dei Ministri è fondamentale per comprendere le caratteristiche delle forme di governo e degli assetti politico-istituzionali. Lo studio delle dinamiche che ne investono la figura rappresenta un validissimo piano prospettico per esaminare la dialettica fra gli organi costituzionali e l'influenza che essi subiscono dal circuito partitico. Il Volume *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana,* edito da Jovene, 2018, di Ines Ciolli – Professoressa di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma – costituisce una piacevole e organica novità scientifica nel panorama della dottrina giuspubblicistica italiana. In piena aderenza alla propria formazione giuridica, arricchita e integrata da un opportuno approccio storico e politologico, l'Autrice affronta il tema in una prospettiva diacronica e sincronica, viaggiando idealmente attraverso una forma di Stato liberale-oligarchica di matrice statutaria a una di tipo democratico-costituzionale intervallata dal regime politico fascista di natura autoritaria a tendenza totalitaria. Il dato giuridico è integrato da quello *metagiuridico fattuale* di natura partitica. Infatti, sulla base dell'insegnamento di Leopoldo Elia, contenuto nella celebre voce *Governo (forme di)* sull'*Enciclopedia del diritto* del 1970, lo studio dei concreti e mutevoli rapporti tra gli organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico non può trascendere dalle influenze funzionali e organizzative che su di essi spiegano i partiti politici.

La descrizione puntuale delle fattispecie storico-politico-costituzionali che hanno caratterizzato la genesi e l'evoluzione del Presidente del Consiglio nella storia repubblicana ci vengono fornite attraverso una specifica chiave di lettura. La stessa ruota intorno all'alternarsi del principio monocratico, teso a valorizzare un possibile ruolo di preminenza del Presidente del Consiglio rispetto ai Ministri e di quello collegiale, per effetto del quale il Consesso governativo amplifica la funzione del vertice dell'Esecutivo a quella di mero coordinatore e mediatore della squadra ministeriale. Anche in questo caso il ruolo delle formazioni partitiche si riflette inevitabilmente nel concreto funzionamento della compagine di governo e della forza politica del Presidente del Consiglio, soprattutto in quelle fasi storico-politiche in cui l'omogeneità e la compattezza delle forze di governo e l'autorevolezza dei leader

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

politici Presidenti del Consiglio spiegano effetti diversi sul principio monocratico o collegiale. In quest'ultimo senso, mi sembra di poter rilevare che l'approccio metodologico impiegato da Ines Ciolli sia anche di tipo '*realistico',* ossia perfettamente consapevole delle moderne tendenze atte a centralizzare il ruolo del Presidente del Consiglio. Ciò è dovuto sia ad un fattore endogeno, costituito dalla liquefazione del circuito partitico; sia ad uno esogeno, connesso ai processi di integrazione sovranazionale e alle influenze europee che implicano la necessità di poter avere a disposizione un organo monocratico forte, in grado di assicurare – nel più breve tempo possibile – decisioni rapide ed immediatamente esecutive.

Passo ora ad alcune osservazioni più specifiche sul Volume. Quest'ultimo inizialmente prende in considerazione la figura del Presidente del Consiglio partendo da un'analisi prettamente storica in termini meramente descrittivi e compilativi. Ne viene evidenziata l'evoluzione del ruolo, strettamente connesso con la forma di governo parlamentare basata sul rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo. Riportando con chiarezza il dibattito che coinvolse politici e giuristi (cita a pp. 13 Gladstone, Peel, Sibert, Burdeau e Finer) sulla superiorità giuridica o meno dell'organo monocratico in commento rispetto agli altri Ministri e comparandone la figura nell'Italia statutaria, nella Francia della III Repubblica e in Inghilterra, Ines Ciolli 'sfrutta' la carica del Presidente del Consiglio per evidenziare, successivamente – citando ampia dottrina – come la stessa abbia costituito un elemento di rottura dal passaggio al regime politico liberale-oligarchico a quello fascista, amplificato con la legge n. 2263 del 24 dicembre 1925 sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo Primo Ministro Segretario di Stato. Questa prima parte si conclude con la sintesi del dibattito che si ebbe in Assemblea Costituente sul ruolo del vertice dell'Esecutivo, inteso come organo di guida e raccordo tra Governo e maggioranza parlamentare.

La parte centrale e finale del Volume ne rappresenta il cuore, perché più significativa per comprendere la posizione e la tesi dell'Autrice. A me sembra che Ciolli incentri la sua opera sull'articolo 95 Cost. Ricordando come lo stesso sia caratterizzato da una elevata dose di elasticità ed ambiguità, l'A. specifica come il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana non si atteggia a organo gerarchico rispetto ai Ministri, ma si pone ancora come un *primus inter pares* titolare di prerogative in base alle quali dirige, ma non determina la politica nazionale. È da questo presupposto fondamentale che la costituzionalista evidenzia come le competenze, il ruolo e la stessa forza politica della guida dell'Esecutivo vadano considerate 'sistematicamente', prendendo a riferimento i rapporti con il Capo dello Stato, il sistema partitico, la legislazione elettorale in senso stretto. Trattasi di tre

ISSN 2279-7238

aspetti che vengono esaminati congiuntamente. Un sistema partitico compatto o meno incide sulla configurazione monocratica o collegiale dell'azione di governo. In questo senso, viene fatto comprendere come l'esistenza di una maggioranza coesa offre una maggiore possibilità dell'esercizio di "un potere monocratico più accentuato" (p. 81). Viceversa, una coalizione maggiormente disomogenea accentuerebbe la collegialità del Governo e le doti di mediazioni del Presidente del Consiglio. Tali dinamiche sono condizionate, come si spiega, anche dal rendimento maggioritario o non maggioritario del sistema elettorale in senso stretto, che può ispirare la strutturazione dell'offerta politica in termini di coalizioni e alleanze. Gli andamenti partitici ed elettorali possono condizionare, altresì, la scelta del Presidente della Repubblica nel conferimento dell'incarico (A. Celotto, *Le regole dell'incarico*, in Federalismi, n. 4/2018). Ciolli mette in evidenza i poteri a fisarmonica della massima carica dello Stato che si estendono o si restringono a seconda della compattezza o della disarticolarità del circuito partitico. In un contesto proporzionale, con una coalizione debole, i poteri del Presidente della Repubblica si estendono e ne sarà più pregnante l'intervento ai fini della formazione di un Governo che possa godere della fiducia delle Camere; di contro, in un ambiente politico maggioritario con partiti compatti, la fisarmonica presidenziale si restringe. Analogamente, da siffatte dinamiche scaturiscono effetti sulle proposte di nomine dei ministri. L'A. sottolinea inoltre come la presenza di un leader forte abbia maggiori possibilità di esercitare una più incisiva influenza nella scelta dei nominativi che andranno a ricoprire i Dicasteri più rilevanti.

La bontà di siffatte osservazioni trova un riscontro empirico in quanto accaduto negli ultimi anni. L'adozione di sistemi elettorali con premio di maggioranza (l. 270/2005 e l. 52/2015, mai applicata), tentando di semplificare l'offerta politica, hanno spiegato effetti sul ruolo del Presidente del Consiglio e quello del Capo dello Stato. Le esperienze di Berlusconi *quater* (8 maggio 2008 – 12 novembre 2011, XVI Legislatura su cui v. E. Catelani, *Il Presidente del Consiglio incaricato, individuazione e ruolo nel procedimento di formazione del Governo*, in Quad. cost., n. 3/2018) e di Renzi (22 febbraio 2014 - 7 dicembre 2016, XVII Legislatura, su cui v. F.R. De Martino, *Il Presidente della Repubblica e il potere di nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in Costituzionalismo.it, n.1/2018) hanno accresciuto il ruolo monocratico del vertice dell'Esecutivo nei suoi rapporti con gli altri componenti il Governo. Entrambi hanno di fatto centralizzato e accentrato il potere. Lo stesso Presidente della Repubblica, nel conferimento dell'incarico ha certificato una situazione politica semplificata, nominando Presidente del Consiglio il leader della coalizione o del partito di maggioranza relativa che, in genere, ha maggiori probabilità di formare un Governo

ISSN 2279-7238

supportato da una maggioranza in Parlamento (il primo precedente di cumulo di cariche si ebbe nel 1958 con il Governo Fanfani II, segretario della Democrazia cristiana). Successivi esempi sono stati quelli di Spadolini nel 1981 segretario del Partito repubblicano e di Craxi nel 1983 segretario del Partito socialista). È con l'ennesima crisi del sistema partitico-parlamentare che il ruolo del Capo dello Stato è divenuto maggiormente rilevante (M. Olivetti, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta*, in Amministrazione in cammino, 2014; N. Maccabiani, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*, in Rivista Aic, 2012). Penso alle esperienze del Governo tecnico Monti (16 novembre 2011 – 21 dicembre 2012, XVI Legislatura) e del Governo Letta (28 aprile 2013 - 14 febbraio 2014, XVII Legislatura). Dinanzi all'emergenza economica, l'allora Presidente Napolitano profuse tutto il suo impegno per ricercare una solida maggioranza parlamentare che potesse dare la fiducia a Governi che potessero risollevare la preoccupante situazione dei conti pubblici del Paese, estendendo la fisarmonica delle sue prerogative. Sia l'esperienza dell'Esecutivo Letta che quella di Giuseppe Conte (XVIII Legislatura) testimoniano come, in presenza di un Governo sostenuto da forze politiche non ideologicamente omogenee, il Presidente del Consiglio amplifica la sua funzione di mediatore e collante politico fra le componenti politiche che sostengono il Governo. Ciò si è dimostrato tanto più vero rispetto all'esperienza del Governo Conte, nato da un'alleanza tra Movimento 5 Stelle e Lega sulla base di un accordo/contratto di governo [in generale sul tema, R. Nania, *Indirizzo politico e accordi di coalizione nel funzionamento della forma di governo*, in G. Amato, F. Lanchester, (a cura di), *La riflessione scientifica di Piero Alberto Capotosti sulla forma di governo*, Quaderni di Nomos, Giuffré, 2015] di cui il Presidente del Consiglio si erge a garante politico (A. Morelli [a cura di], *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, Esi, 2018). In quest'ultima fattispecie, la formazione del Governo è dipesa da un esito elettorale che, sulla base di una legge elettorale a prevalenza proporzionale (l. n. 165/2017), non ha delineato una chiara maggioranza elettorale che potesse divenire maggioranza parlamentare. Ruolo non irrilevante ha ricoperto, anche in questo caso, il Presidente della Repubblica il quale, attraverso le consultazioni e il conferimento di mandati esplorativi ai Presidente delle Camere, ha tentato di arginare e risolvere la crisi del sistema, favorendo la formazione di un Governo.

Da queste considerazioni sistematiche emerge la posizione dell'Autrice e la sua interpretazione sulla figura costituzionale del Presidente del Consiglio. I frequenti richiami che vengono fatti – sia nel testo che nelle conclusioni – alla crisi dei partiti

ISSN 2279-7238

e alla verticalizzazione del potere nei leader mi sembra decisivo. Ciolli prende atto di come la destrutturazione del circuito partitico abbia favorito una maggiore forza delle singole personalità politiche e del Presidente del Consiglio, divenuti centri monopolistici della rappresentanza degli interessi, che si ergono a panacee alle fratture sociali. Un fenomeno che "oggi assume le forme di una regolarità", p.166. Ciò si è verificato, negli ultimi anni, solo con i Governi Berlusconi, Monti e Renzi; le esperienze di Letta e di Conte testimoniano, invece, come la tendenza alla monocraticità non sia costante, ma rispecchi una tendenza sinusoidale diretta conseguenza dell'assetto partitico e della compattezza delle maggioranze parlamentari. Dalle righe del testo emerge come il pensiero dell'Autrice sia quello di ritenere fondamentale un recupero della centralità dei partiti nella selezione e nel filtro delle istanze sociali e nella definizione dell'indirizzo politico generale. Quest'ultimo non deve essere appannaggio nemmeno del Presidente del Consiglio. È nella sua individuazione che emerge e deve essere valorizzato il ruolo di mediatore dello stesso chiamato a contemperare e a coordinare l'elaborazione dei fini ultimi dello Stato attraverso una costante opera di confronto con il Parlamento e con i partiti nell'esercizio delle sue competenze. Trattasi di una posizione condivisibile in quanto maggiormente conforme all'equilibrio nel funzionamento all'interno dell'organo costituzionale Governo e alla 'prudenza' con cui i Costituenti hanno configurato il ruolo costituzionale del Presidente del Consiglio, allontanando ogni ipotesi di esclusivo accentramento di potere in un solo organo monocratico. Ciolli, pertanto, privilegia una lettura che esalta la funzione di centro di equilibrio politico del vertice dell'Esecutivo, valorizzando una dimensione collegiale dell'azione di governo a dispetto dell'eccessivo ruolo monocratico. Ciò è testimoniato non solo dalle considerazioni che rifiutano l'idea di attribuire al solo Presidente del Consiglio un potere esclusivo di revoca dei Ministri in caso di dissenso (p.117) e 'intestargli' l'indirizzo politico (p. 155); ma anche dall'ultima frase con cui si conclude il Volume e che riporto integralmente: "Il nostro non è un Paese per Capi", p. 178. Trattasi di un'osservazione giusta e opportuna. L'Italia non può essere un Paese per *C*api (*c* maiuscola), ma non può esserlo nemmeno per *c*api (*c* minuscola). Occorrono Statisti che in ogni stagione politica custodiscano e coltivano il senso dello Stato e delle Sue Istituzioni.

Marco Mandato

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

C. MARGIOTTA (a cura di), *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità. Diritti, cittadinanza*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 223*.

Chance, *welfare* e cittadinanza sono termini che più volte si intrecciano nella raccolta di scritti – curata da Costanza Margiotta – dal titolo "*Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità. Diritti, cittadinanza*". Sin dalle prime righe dell'introduzione, l'Autrice chiarisce come il paradigma della cittadinanza europea vada ricostruito operando contemporaneamente su tre fronti differenti: la protezione dei diritti fondamentali, lo sviluppo della democrazia e il *rule of law* (p.9). Tale *status* appare però oggi in trasformazione, non per effetto di novelle istanze costituzionali, quanto per le restrizioni imposte dalla recessione economico-finanziaria degli ultimi anni. L'intento specifico del volume è difatti quello di fornire un'interpretazione della crisi del sistema UE dal punto di vista costituzionale, arrivando a domandarsi se non ci si trovi di fronte a una vera e propria *crisi esistenziale* dell'Europa.

Rileva l'A. come da un'iniziale fase di fiduciosa integrazione basata sul riconoscimento ampio dei diritti civili e sociali – primi fra tutti quelli di libertà di movimento e di residenza nonché quello di non discriminazione – si stia lentamente scivolando verso un'idea di cittadinanza europea determinata dal prevalere delle circostanze personali (p.10) ove a farla da padrone sono le differenze censitarie e di reddito nonché il sentimento di appartenenza nazionale. Se, in parte, la causa di tale regressione è da ricercarsi nelle misure di austerity imposte dalla Troika, la conseguenza più evidente pare invece individuarsi nella perdita di fiducia e di legittimità delle istituzioni europee da parte del *demos* continentale. Sempre più spesso, infatti, i processi decisionali partecipativi di organismi quali il Parlamento vengono soppiantati da politiche esecutive rispondenti alle sole logiche del mercato e della stabilità finanziaria, per cui il godimento effettivo dei diritti sociali precedentemente riconosciuti e garantiti risulta essere sacrificato in nome dei vincoli di spesa pubblica relativa al *welfare*. In buona sostanza, sembrerebbe assistersi a uno slittamento di potere da istituzioni essenzialmente democratiche a istituzioni meno democratiche (p.15), sfociante in una lesione dell'uguaglianza e della solidarietà giuridica. Partendo dall'assunto per cui "l'Europa non può essere salvata al prezzo della democrazia e delle democrazie" (p.22), gli scritti raccolti nel volume si propongono di offrire differenti chiavi di lettura di tale fenomeno, nell'intento di

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

suscitare una riflessione atta, perché no, a stimolare la formulazione di un nuovo progetto di *welfare* basato sulla democratizzazione della gestione della crisi.

Nel primo contributo, Claire Kilpatrick affronta la tematica dei piani di ristrutturazione del debito sovrano, che si sono succeduti dal 2008 ad oggi, e della cosiddetta legalità liminale. Tali programmi hanno infatti un'incidenza diretta sul sistema di *welfare* dello Stato "assistito" posto che l'ammontare delle risorse da destinare al finanziamento del settore pubblico risulta essere stabilito tra le condizioni del prestito stesso (p.27). In tal modo, lo Stato sociale nazionale finisce per essere sottoposto al controllo – e di fatto al *placet* – dell'Unione Europea. È per tale ragione che l'A. arriva a sostenere che codesti piani presentano le caratteristiche della "legalità liminale" in cui l'aggettivo deve essere inteso in una duplice accezione di significato. Liminale è innanzitutto qualcosa che si pone lungo il limite, tracciando un perimetro, ovvero alle estremità di una soglia. Parimenti, il termine può essere declinato anche quale indicatore di una fase di transizione o iniziale di un processo (p.31). Entrambe le sfumature paiono aderire al profilo dei programmi di ristrutturazione i quali – liminalmente – si pongono a metà strada tra quel che è diritto e ciò che non lo è, in una zona grigia ove diritto europeo e non-europeo paiono fondersi e confondersi. Esempio di tale indefinitezza è fornito dai Memorandum d'Intesa (MI) in cui vengono concordate e negoziate le condizioni di finanziamento e il cui *status* giuridico – nonché l'autore effettivo – sono spesso sfuggenti e difficili da accertare.

Essendo incerta la natura degli atti, le questioni giuridiche che si sono prospettate nel corso dell'attuazione di tali piani sono state risolte attraverso due diverse direttive. La prima via, quella del diritto, ha visto il proliferare di ricorsi innanzi alla Corte di Giustizia Europea con cui si lamentava la violazione dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, con risultati non sempre soddisfacenti. Basti pensare che, in una prima fase, nessun ricorso contro le condizioni dei programmi di ristrutturazione del debito sovrano è stato accolto positivamente dai giudici di Lussemburgo.

In relazione alla legittimità dei programmi comunitari (cioè basati sul diritto europeo), la strada imboccata è stata quella dei rinvii pregiudiziali da parte dei tribunali nazionali. Note sono le vicende dei procedimenti incardinati dalle corti portoghesi e rumene con cui si contestava la compatibilità dei tagli alle pensioni con le disposizioni contenute all'interno della Carta dell'UE. In generale, si ritenevano violati gli artt. 17 sul diritto di proprietà, il 28 sulla contrattazione collettiva e il 31 sulla dignità dei lavoratori (p.39). Forse in un eccesso di *self-restraint*, la CGUE si è limitata a liquidare tali questioni ritenendo di non essere competente a decidere. Si legge infatti nelle motivazioni come i giudici nazionali non avessero adeguatamente

ISSN 2279-7238

argomentato sulla derivazione delle controverse disposizioni dalla diretta attuazione del diritto europeo, ragion per cui la Corte – respingendo sbrigativamente le questioni – evitava accuratamente di pronunciarsi sulla legalità liminale dei piani di ristrutturazione.

Solamente con il caso *Florescu* del 2014, i giudici lussemburghesi si sono pronunciati sulla natura del MI, a fronte del corretto riferimento e indicazione delle disposizioni contestate da parte del tribunale rumeno. Nel decidere la causa, la Corte – pur non accogliendo il ricorso – ha avuto modo per la prima volta di esprimersi sulla obbligatorietà del MI, adottando una linea contraria a quella suggerita dall'Avvocato Generale il quale aveva ritenuto che il Memorandum non fosse impugnabile poiché non vincolante (salvo poi chiarire che l'atto del Parlamento nazionale che lo conteneva era da considerarsi invece non discrezionale, poiché adottato al solo fine di ricevere l'assistenza finanziaria richiesta all'UE) (p.42).

Le altre vie giudiziali intraprese sono state quelle delle azioni di annullamento, soluzione piuttosto difficile da perseguire vista la problematicità insita nell'individuazione corretta dell'atto giuridico europeo da impugnare, e le azioni di risarcimento.

A tale proposito, significativo appare il caso *Ledra Advertising* – deciso nel settembre del 2016 – in cui la CGUE ha riconosciuto ai titolari di depositi il diritto ad instaurare un procedimento per risarcimento nei confronti della Commissione europea nel caso in cui quest'ultima avesse firmato un MI lesivo del diritto europeo. Andando nuovamente contro l'Avvocato e il Tribunale generali, la Corte ha difatti superato la tesi per cui i programmi di ristrutturazione non hanno nulla a che vedere con il diritto europeo, affermando invece il dovere della Commissione di rispettare gli obblighi contratti nei confronti del diritto UE. Anche i diritti sociali o quelli contenuti all'interno della Carta debbono essere pertanto rispettati e non compressi da logiche di mero coordinamento economico.

Come si diceva più sopra, accanto alla via giurisdizionale di risoluzione, si ha quella amministrativa, cioè di riforma del diritto. L'A. porta ad esempio l'introduzione – quale requisito fondamentale di ciascun piano di ristrutturazione – di un programma di adeguamento macroeconomico denominato Eu-map nel quale sono esplicitamente richiamati i vincoli sociali, costituzionali e giuridici del diritto primario dell'Unione (p.49).

Tramite una precisa analisi in materia di legalità liminale, l'A. riesce così a disvelare le potenzialità insite nelle fonti contenute nei piani di ristrutturazione, atte a modificare in modo sostanziale il panorama normativo pregresso. Esse infatti, pur agendo per lasso di tempo limitato, si sono dimostrate capaci di incidere nettamente

ISSN 2279-7238

sul rispetto della legalità e dei diritti fondamentali tradizionalmente garantiti in Europa, giocando sul filo sottile della loro incerta natura giuridica.

Nel capitolo seguente, Michael Ioannidis affronta il tema della trasformazione dei principi della Costituzione economica europea durante e per effetto della crisi. L'A. ripropone il pensiero di Joseph Weiler il quale intendeva la trasformazione quale momento rivoluzionario intervenuto nel corso del processo di integrazione europea tra gli anni Sessanta e Novanta del Novecento, individuando tre punti fondamentali. Il primo è il cosiddetto *Verfassungswandel*, ovvero un cambiamento nel modo di intendere le previsioni costituzionali. Tale trasformazione si risolve essenzialmente nella variazione di significato attribuito al testo dei Trattati senza però ricorrere ad un emendamento formale dello stesso (p.57). Operando sul piano interpretativo, un ruolo privilegiato spetta sicuramente alla Corte di Giustizia europea, organo deputato alle attività esegetiche per eccellenza.

Il secondo elemento è poi rappresentato dal cosiddetto "azzardo morale", stante ad indicare la distorsione degli incentivi ad agire in relazione al fatto che i costi di tale condotta sono esternalizzati. Tale meccanismo – in tempo di crisi precedenti – era stato impiegato per fornire assistenza finanziaria agli Stati, per favorire l'acquisto di titoli pubblici ad opera della BCE ed infine per passare il vaglio della legalità della CGUE.

Il terzo punto è poi fornito dalle "reazioni" degli Stati membri alle due precedenti trasformazioni. Non può infatti sottacersi come tali cambiamenti radicali ottennero il "nulla-osta" da parte dei Paesi dell'Unione poiché contraccambiati da una riallocazione del potere e da una rivisitazione dell'impianto democratico. Nello specifico, da un lato crebbero i meccanismi di controllo democratico, quali l'applicazione del principio di maggioranza, dall'altro gli Stati membri accettarono di buon grado le trasformazioni poiché rassicurati dal fatto che avrebbero comunque conservato poteri significativi a scapito dell'integrazione comunitaria.

Ebbene, a parere dell'A., gli stessi paradigmi sono applicabili anche alle mutazioni che hanno interessato l'UE a seguito del 2010. L'azzardo morale e lo straripamento delle decisione dall'ambito dei Trattati possono infatti individuarsi sia nel passaggio dal mercato all'accettazione dell'assistenza finanziaria che nello slittamento dalla disciplina di mercato al controllo pubblico delle politiche economiche nazionali condizionate (p. 61). Ciò che invece appare ancora mancare è il terzo elemento, ovvero l'adozione di un nuovo modello di legittimità. A fronte di una crescente marginalizzazione del ruolo delle assemblee parlamentari nazionali – nonché di quella europea – vacante risulta essere un impegno a ridefinire una nuova *costituency* che meglio si adatti ai processi di decisione economica attuali. Si prospetta dunque una

ISSN 2279-7238

vera e propria sfida democratica, in cui il grande assente appare essere un *demos* unitario di riferimento. L'effetto più evidente delle trasformazioni post-2010 è stato, al contrario, un'involuzione interna dei processi democratici, spostando il discorso sulle procedure e le responsabilità democratiche dal livello europeo a quello nazionale. Diversamente da quanto accaduto precedentemente, dunque, la crisi più recente ha comportato un ritorno alla dimensione statale ed ai nazionalismi, a causa della mancata definizione dei limiti dell'*accountability* politica in materia economica e dell'immobilità del quadro istituzionale europeo (p.79), inerte di fronte al cambiamento.

Il capitolo a cura di Gianluigi Palombella tratta poi la connessione esistente tra arbitrarietà e *rule of law* e tra quest'ultimo e il diritto pubblico (p.90). L'A. sottolinea innanzitutto come la riflessione sulla crisi abbia offerto l'occasione per affrontare il deficit democratico oramai cronico dell'Unione in cui l'UE viene percepita dai suoi cittadini unicamente come un'entità esterna e lontana, priva di legittimazione popolare. Tale situazione risulta essere aggravata da un'applicazione rigida e verticale della *rule of law*, impiegata quale canone di legalità da imporre agli Stati membri al fine del rispetto delle norme comunitarie in materia monetaria, economica e di bilancio.

Emerge pertanto un problema di interpretazione stessa della locuzione che da modalità in cui la legalità viene organizzata finisce per trasformarsi nel modo in cui il diritto realizza la volontà del potere (p.95). Da diritto che limita il diritto, diviene dunque strumento di volontà di potere, snaturalizzandosi. Nulla di più lontano dall'idea originaria di *rule of law* per cui l'unico vincolo deve individuarsi nella legge e non nell'uomo e nella sua arbitrarietà.

La non-arbitrarietà rende difatti possibile anche il diritto pubblico, elaborato per governare lo stato di natura dell'uomo e per permettere la coesistenza civile. È esso che si fa pertanto generatore del potere politico stesso, essendone fonte di autorità e legittimità inevitabilmente condizionato dalla realtà storico-culturale della complessità governata.

La crisi della *rule of law* europea deve quindi ricondursi, secondo l'A., al distacco dei due fondamentali piloni del "pubblico attraverso il diritto" e della giuridicità radicata nella storicità di uno Stato (p.104). La mancanza di un richiamo alla comunità e al suo substrato valoriale-culturale da parte dell'amministrazione finisce così per delegittimare il governante che si fa guardiano piuttosto che reggente.

A chiusura del contributo, l'A. auspica dunque un superamento della crisi dell'UE tramite un avanzamento dello stato dell'Unione stessa, in cui il *rule of law* si riappropri della natura sua originaria e che passi per l'abbandono di regole neutrali e neutre e l'adozione di normative modellate sul prototipo valoriale dei popoli europei.

ISSN 2279-7238

Il quarto capitolo - redatto da Dimitry Kochenov – verte sulla cittadinanza delle circostanze personali, ragionando su come il mercato e dunque la crisi influiscano direttamente su di essa. L'A. illustra infatti il paradosso insito nella cittadinanza europea per cui i benefici e la protezione da essa generalmente assicurati rischiano sempre di più di perire a causa del prevalere degli individualismi e delle caratteristiche personali del detentore di tale *status civitatis*.

In realtà, se il concetto di cittadinanza persegue logiche inclusive e di appartenenza, il rovescio della medaglia è da ricercarsi nella funzione di esclusione svolto dallo stesso nei confronti di chi non gode di tale statuto giuridico e non è dunque parte di una data società di riferimento.

Almeno in una prima fase dell'integrazione europea, però, tale sfumatura pareva essere insussistente posto che l'argomento della cittadinanza europea veniva impiegato per abbattere le barriere della nazionalità nel godimento di nuove categorie di diritti e per l'affermazione del principio di non-discriminazione. La cittadinanza europea influiva così sulla capacità di spostamento e di residenza del singolo individuo negli altri Stati membri, andando a modificare il potere di regolazione del fenomeno migratorio dei diversi Paesi dell'Unione (p.122).

È proprio l'evoluzione recente di tale aspetto che merita particolare attenzione. Stando alle parole dell'A., infatti, oggi la cittadinanza europea non considera l'individuo in quanto essere umano, proteggendo i deboli e bisognosi in base al loro *status* giuridico. A prevalere è difatti l'aspetto economico e transfrontaliero della persona legato al suo apporto e potenziale contributo al mercato interno, mettendo in risalto aspetti singolari e circostanze particolari del singolo. A ben vedere, dunque, la cittadinanza europea – sbrigliandosi dalla valenza giuridico-sociale dello *status civitatis* tradizionale, o meglio nazionale – finisce per moltiplicare i particolarismi e frenare l'estensione stessa dei diritti. Si dovrebbe perciò più correttamente parlare di "buon cittadino del mercato" (p.126) a cui determinati standard di diritti continuano ad essere riconosciuti ed assicurati al fine di garantire la coerenza interna del mercato. Tale prototipo corrisponde però ad una fetta limitata della popolazione europea, incarnata da tutti quegli individui attivi dal punto di vista economico e resisi visibili al diritto sovranazionale poiché mobili da un punto di vista transfrontaliero (p. 128).

A conclusione del capitolo, l'A. sottolinea come sia chiara dunque l'impossibilità – parlando di cittadinanza europea – di fare riferimento ad una condizione giuridica perfetta, registrandosi ancora oggi il predominio delle circostanze particolari per cui anche un diritto fluido come quello di circolazione risulta essere dettato dal mercato piuttosto che garantito dalla libertà insita nel semplice *status* di cittadino.

ISSN 2279-7238

Procedendo nella lettura, il quinto scritto è ad opera di Anastasia Poulou, la quale scandaglia sapientemente il caso della Grecia dall'angolo prospettico delle risposte giudiziarie alla crisi.

La vicenda ellenica si staglia non solo per le modalità di finanziamento (si contano tre *tranches* di aiuti finanziari e un prestito ponte) e gli esiti dell'aiuto (la Grecia è difatti al momento l'unico Paese dell'Eurozona ancora all'interno di un programma di aiuti) ma altresì anche per la massiccia violazione di diritti umani celata nelle misure di austerity (p.140). I prestiti furono difatti rigidamente condizionati e subordinati all'adozione di politiche ad ampio spettro, dalla riduzione dei salari minimi al taglio degli stipendi per i dipendenti statali, passando per la riduzione delle tutele lavorative e per i tagli all'assistenza sociale e alla previdenza. Ad esempio, un diritto fondamentale significativamente leso fu quello alla salute posto che le restrizioni economiche resero ai più inaccessibile la sanità.

Vista la sensibilità delle tematiche affrontate, gli atti legislativi nazionali che disponevano l'implementazione di tali misure vennero ben presto impugnati innanzi ai tribunali greci i quali adottarono due linee differenti. In un primo momento, i giudici ellenici difesero infatti la costituzionalità delle norme contestate. In particolare, abbracciando l'argomento della necessaria prevalenza dell'interesse pubblico, le Corti ritennero che l'interferenza delle misure con i diritti - quali quello di proprietà e della dignità umana - o principi, quali quello della ripartizione equa degli oneri pubblici, fosse proporzionale (p.148), dunque legittima.

In una seconda fase, invece, netto fu il *revirement* dei tribunali che cominciarono a fare uso del diritto alla previdenza sociale – contenuto nella Costituzione – al fine di decidere tali controversie. Fu questo il caso dei procedimenti aventi ad oggetto i tagli agli stipendi delle forze armate, dei giudici e dei professori universitari. In questi casi, la Corte ritenne specificatamente leso il diritto a una vita dignitosa ed ad una partecipazione attiva alla vita pubblica e sociale, nonché i principi dell'uguaglianza e della proporzionalità. Pur riconoscendo la discrezionalità del legislatore in materia, i giudici cominciarono a richiedere delle giustificazioni concrete alle misure adottate e motivazioni specifiche riguardo il rigetto delle eventuali alternative praticabili (p. 152).

Degno di nota è il fatto che, costantemente, la giurisprudenza greca escluse palesemente l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, risolvendo le questioni in una prospettiva normativa unicamente domestica. A tale proposito, l'A. nota correttamente come, in tal modo, però, i tribunali ellenici si siano auto-privati della possibilità di presentare rinvii pregiudiziali alla CGUE in tempo di crisi (p.155).

ISSN 2279-7238

Nelle ultime battute del capitolo, l'A. solleva inoltre un'arguta problematica che emerge tirando le fila dell'analisi su riproposta. In buona sostanza, infatti, gli organi giudiziali greci si sono trovati a decidere su atti nonché ad interferire su scelte di natura prettamente politica. Tale presa di posizione deve essere però ricondotta al declino del Parlamento a favore dell'Esecutivo, per cui le politiche sociali e finanziarie sono state di fatto sottratte al circuito pubblico e al controllo delle istituzioni democratiche (p.156). L'allocazione delle risorse non era infatti stata dibattuta in modo trasparente e democratico, venendo così a perdere la legittimazione ed il consenso necessari, riaffermati a posteriori attraverso le corti nazionali.

La vicenda greca mostra quindi chiaramente un'inversione nel gioco delle parti delle istituzioni, in cui i tribunali sono sempre di più chiamati a ricoprire ruoli loro non tradizionalmente riservati, a fronte della sottrazione dei procedimenti decisionistici da un efficace scrutinio parlamentare e dalla una supervisione pubblica (p.159).

Dal caso greco, si passa poi a quello portoghese con l'analisi di Francisco Pereira Coutinho sulla giurisprudenza lusitana della crisi. Anche qui, l'attuazione delle misure di salvataggio comportarono una drammatica erosione dei diritti sociali e un netto taglio alla spesa pubblica precedentemente riservata al finanziamento dei settori abitativo, scolastico e sanitario (p.166). A differenza però dei corrispettivi ellenici, i giudici portoghesi non tardarono a sottoporre la questione alla CGUE tramite rinvii pregiudiziali, facendo esplicito riferimento al diritto europeo quanto a quello internazionale nelle loro pronunce.

La Corte costituzionale riconobbe infatti la natura giuridica vincolante dei MI poiché fondati sull'art. 122.2 del TUE e basati su strumenti di diritto sovranazionale (p.173). Per tale ragione, quando nel biennio 2011-2012, la legge di bilancio – modulata secondo i parametri contenuti all'interno del MI – sancì il taglio degli stipendi dei dipendenti pubblici e il blocco dei pagamenti di tredicesima e quattordicesima, i Tribunali si rivolsero direttamente ai giudici di Lussemburgo perché valutassero se dette misure fossero lesive di alcuni dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Da parte sua, la Corte dichiarò entrambi i ricorsi inammissibili, ritenendo che i giudici nazionali non avevano esplicitato gli elementi necessari per poter sostenere che le misure contestate fossero attuative del diritto dell'Unione. La CGUE registrava come- in difetto di competenza – essa non potesse essere chiamata a decidere in merito alla questione.

L'A. sottolinea come tale inerzia della Corte a valutare possibili violazioni dei diritti umani sulla base di una legislazione della crisi di chiara provenienza europea si accompagnò, in realtà, anche al non rispetto dell'obbligo – posto in capo alla stessa

ISSN 2279-7238

CGUE – di controllare il rispetto da parte delle istituzioni comunitarie dei valori fondamentali del *rule of law* (p.179).

Vero è che la colpa maggiore di tale "fallimento" giudiziale deve attribuirsi ai tribunali portoghesi, i quali mal formularono i rinvii pregiudiziali, omettendo un chiaro riferimento all'atto del diritto europeo che era stato applicato nella attuazione interna delle misure di austerità. Sul fronte domestico, comunque, i giudici lusitani si dimostrarono particolarmente attenti e attivi. Procedendo attraverso un'analisi *case by case*, vennero fin da subito applicati i test di proporzionalità e di non-discriminazione nonché il principio delle aspettative legittime. Solamente le norme che rispondevano al perseguimento dell'interesse pubblico legittimo e garantivano il rispetto dei principi di uguaglianza e certezza del diritto furono ammesse (p.184).

Forse è proprio per questo motivo che – ricorda l'A. – la Corte portoghese venne definita come una specie di "Don Chisciotte che combatte contro i mulini a vento dell'austerità" (p.184), di fatto esponendosi alle critiche di attivismo giudiziario dettate, in fondo, da un'eccessiva timidezza della CGUE e dal recedere delle istituzioni democratiche nazionali. Come per il caso greco, dunque, i giudici vestirono panni non propri al fine di una affermazione postuma dei principi democratici.

L'ultimo contributo – redatto da Cristina Fasone – tocca infine il tema della Corte costituzionale italiana alle prese con i diritti sociali e la crisi dell'Eurozona. Sul punto, l'A. ricorda innanzitutto come la Corte si sia dimostrata sempre molto attenta, negli anni, alla questione sociale e alla protezione dei relativi diritti, adottando anche soluzioni ardite quali il ricorso alle sentenze additive degli anni Novanta del secolo scorso.

Lo studio del contenzioso italiano viene dall'A. suddiviso in due segmenti: da un lato, i giudizi in via incidentali, dall'altro quelli in via principale. I primi – promossi dal Governo o dalle regioni – si sono generalmente conclusi con la pronuncia di incostituzionalità di leggi regionali incidenti sulla tutela dei diritti sociali, in nome della necessità di assicurare l'unità giuridica ed economica della Repubblica (p. 202). L'effetto fu dunque un accentramento in capo allo Stato del potere normativo in interi settori pubblici, sì da poter garantire un migliore coordinamento finanziario delle diverse politiche da attuarsi.

Più ambivalente si è rivelata invece la posizione della Consulta nei giudizi in via incidentale. Si è tornati infatti a parlare di "diritti condizionati", apparsi per la prima volta nella giurisprudenza di fine XX secolo, la cui protezione dipende dalle risorse disponibili, come nel caso del 2012 della rimodulazione del calcolo delle pensioni per i lavoratori transfrontalieri. Su tale scia, numerose misure di austerità sono state considerate conformi al dettato costituzionale poiché ragionevoli in quanto

ISSN 2279-7238

transitorie, a beneficio dell'intera popolazione e giustificate dal vincolo di contenimento della spesa pubblica (p.209). Durante gli anni Duemila, gli ermellini – nel giudicare la costituzionalità delle misure anticrisi – si sono infatti trovati ad operare in uno scenario modificato dalla revisione dell'art.81 della Costituzione con cui è stata introdotta la clausola di equilibrio di bilancio, prima assente (p.197). L'entrata in vigore effettiva di tale riforma venne prevista per il 1 gennaio del 2014, seppure la riscrittura del testo fosse intervenuta già nel 2012, e nel periodo intermedio la giurisprudenza sembrò comunque ispirarsi ad una logica di rispetto del pareggio di bilancio.

Non sono comunque mancati i casi in cui la Corte ha praticamente deciso come se il principio di cui all'art. 81 Cost. non fosse in vigore, mostrando un atteggiamento ondivago quanto incerto sulla strada da percorrere.

A conclusione di tale panoramica italiana, l'A. riconosce comunque come sia possibile individuare degli elementi oramai fissi nella giurisprudenza domestica della crisi. Punto cardine è infatti il bilanciamento tra diritti sociali e la scarsità delle risorse finanziarie, operato preservando il nucleo essenziale dei diritti e considerando la durata dell'intervento nonché la portata dello stesso. Tale soluzione di compromesso appare tutto sommato efficace ed efficiente – in tempo di austerità – per continuare a garantire il rispetto dei diritti sociali. Ciò che l'A. auspica è invece un intervento futuro sulla legge n. 87/1953 così da permettere alla Corte di modulare gli effetti delle proprie sentenze, al fine di una maggiore ed ampia tutela dei principi e valori costituzionali a tutto tondo (p.216).

Il volume curato da Margiotta si presenta dunque – grazie alla lucidità dei contributi offerti dai diversi autori – come una nitida e perspicua riflessione sul presente dell'Unione Europea. Analizzando le vicende relative alla crisi dell'Eurozona, gli autori evidenziano la complessità dello stadio attuale dell'integrazione europea. Di fatto, da come l'UE – nonché gli Stati membri – decideranno di affrontare la crisi economica dipende il futuro costituzionale europeo. Le modalità di adozione delle misure imposte dall'austerity – nonché le loro conseguenze – hanno già svelato debolezze e contraddizioni dell'Unione, per cui la dimensione ed i principi democratici paiono recessivi di fronte alle ragioni del mercato e della tenuta economica del sistema. Oltre a ciò, protagonisti indiscussi di tale periodo appaiono essere gli esecutivi e i tribunali, nonché altri organismi di varia natura (come la BCE), mentre un ruolo sempre più di secondo piano appare essere rivestito dai Parlamenti, detentori e portavoce del *demos* e della legittimazione popolare. La crisi sembra dunque aver svelato la fragilità dell'impianto europeo, il quale è oggi chiamato a scegliere la direzione da seguire per definire di fatto la sua

ISSN 2279-7238

natura: da un lato, quella costituzionale dell'integrazione democratica e della difesa dei diritti; dall'altra quella prettamente economica e tecnocratica, complice del riaccendersi dei nazionalismi nazionali.

Laura Pelucchini

ISSN 2279-7238

P. IANNI, *Edgardo Lami Starnuti deputato all'Assemblea Costituente*, Pisa, Pacini Editore, 2018, pp. 119[*].

A settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione Italiana, di fronte alle incertezze e ai dibattiti ancora aperti, la biografia di un padre costituente quale fu l'avvocato Edgardo Lami Starnuti può essere accolta come un utile pretesto per volgere uno sguardo al passato, alle origini dei dibattiti e delle riflessioni che tutt'ora animano la vita politica e istituzionale italiana.

Nel suo volume, Pierpaolo Ianni non è affatto avido di dettagli biografici e cura i primi capitoli con precisione, nel tentativo di tratteggiare il profilo completo di uno dei protagonisti del processo costituente.

Quello su cui l'Autore insiste è, soprattutto, la memoria pubblica che si manifesta con la necessità di omaggiare e dare conoscenza di una vita esemplare come quella di Lami Starnuti dedicata allo studio e alla politica sempre nel rigoroso rispetto di un alto e strutturato sistema di valori.

Le esperienze vissute da Lami Starnuti delineano, inoltre, un percorso che fu comune a molti nomi noti della storia costituzionale italiana e che l'A. non dimentica di citare. Ma sono soprattutto i luoghi e i maestri incontrati da Lami Starnuti ad accomunarlo ad altri protagonisti dell'Italia della sua epoca. Presso la Regia Università di Pisa, dove si era immatricolato nell'Anno Accademico 1906-1907 alla Facoltà di giurisprudenza, frequentò il corso del Professor Carlo Lessona che sarebbe stato, poi, futuro docente anche di Piero Calamandrei. Negli anni universitari la strada del giovane Lami Starnuti si intrecciò anche con quella di personalità del calibro di Domenico Zanichelli e del sociologo ed economista Giuseppe Toniolo, entrambi protagonisti della sua formazione professionale in veste di suoi insegnanti.

Ma tra i docenti da lui più calorosamente ricordati spicca, senza alcun dubbio, il nome di Santi Romano relatore della sua tesi, intitolata "Dell'incesto", insieme ai Professori Gabriele Napodano e Salvatore di Marzo. L'A. aggiunge che, trentasei anni dopo la discussione della tesi, Lami Starnuti ricorderà il suo celebre relatore proprio durante un dibattito all'interno della Seconda Sottocommissione alla Costituente, di cui era parte, dando concretezza a quanto appreso durante gli anni accademici.

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

L'A. non manca di spendere un paragrafo su quella che è un'altra realtà non trascurabile, ai fini di comprendere una determinata cultura politica o le influenze del pensiero politico di una personalità dell'epoca, quale la provenienza geografica.

Nel caso specifico, rileva particolarmente il rapporto di Lami Starnuti con Carrara, la sua città di origine, nota per essere storicamente legata al pensiero mazziniano e al movimento repubblicano dal quale il futuro padre costituente sarà fortemente condizionato.

L'A. cerca di ricostruire quella che era la realtà comunale e provinciale dell'epoca liberale, a seguito della riforma voluta da Crispi nel 1889 che aveva reso possibile l'insediamento di giunte anche progressiste. L'esito di questa nuova impostazione ebbe degli effetti maggiorati a Carrara dove il movimento repubblicano aveva già, ancor prima della formazione del PRI, una struttura organizzativa solida e radicata.

Lami Starnuti fu particolarmente colpito dalla tradizione della sua città e si mostrò attivo e partecipe intervenendo come relatore in conferenze interne al circolo repubblicano sin dall'età di sedici anni e divenendo, nel 1907, Presidente della Federazione comunale del PRI e venendo eletto consigliere, all'opposizione, due anni dopo.

L'A. non dimentica il riferimento alla posizione contraria alle ostilità, in linea con il pensiero repubblicano, sostenuta da Lami Starnuti allo scoppio del primo conflitto mondiale anno in cui venne eletto tra le file dei repubblicani come consigliere comunale per essere poi nominato Assessore.

Il legame tra il futuro costituente e Carrara si rafforzò ancora di più negli anni successivi al 1915 momento in cui Lami Starnuti divenne sindaco guidando la città durante un periodo economicamente non facile e difendendo la cultura politica democratica e repubblicana dalle prime violenze squadriste, almeno fino al 1922 quando la giunta fu sciolta e lui fu costretto dalle pressioni fasciste ad abbandonare il suo ruolo.

La sua attività antifascista lo portò ad essere sulla lista dei sospettati complici dell'attentato compiuto contro Mussolini l'11settembre 1926, messo in atto dal carrarese Gino Luetti, ragion per cui fu arrestato e condannato al confino seppur con una sentenza molto vaga nel definire le sue reali colpe.

Lami Starnuti fu condotto a Favignana per poi essere trasferito, passando per Ustica, a Lipari. Condannato a cinque anni di confino, riuscì a vedersi ridurre la pena a tre anni grazie all'accoglimento parziale di un ricorso firmato da lui stesso e dal fratello Spartaco. Una volta tornato a Carrara riprese non soltanto la carriera di avvocato ma anche l'attività politica divenendo tra i primi ad occuparsi della riorganizzazione del partito socialista.

ISSN 2279-7238

Da tali paragrafi è possibile dedurre quali furono i pilastri della formazione di una personalità come quella di Lami Starnuti, ovvero l'influenza dell'ambiente politico della città d'origine, l'incontro con celebri personalità accademiche, il confino, i cambiamenti se non ideologici sicuramente di colore e le scelte non sempre in linea con il suo partito durante la Costituente.

Nelle prime due parti di questo volume l'A. si concentra soprattutto sulla narrazione dettagliata della vita del futuro costituente di Carrara mentre nella terza parte del volume dedica ampio spazio non solo al ruolo di Lami Starnuti come costituente ma anche a quelli che furono i temi più dibattuti in Assemblea, dando una maggiore consistenza alle ultime pagine.

Ma prima di entrare nei dettagli dei lavori della Costituente, l'A. torna indietro e cita il breve soggiorno in Svizzera del futuro deputato socialista dove fu un rifugiato politico nell'ultima fase dell'Italia fascista e dove subì, indubbiamente, l'influenza dell'ambiente politico e culturale condiviso da molti dei futuri padri costituenti.

Ad ogni modo, una volta eletto nella lista n. 3 del PSIUP alla Costituente, Lami Starnuti venne scelto come Segretario del Gruppo parlamentare Socialista e designato alla Commissione per la Costituzione, nota come la Commissione dei 75.

L'on. Lami Starnuti venne chiamato a far parte della Seconda Sottocommissione, incaricata di occuparsi degli articoli relativi all'ordinamento costituzionale dello Stato, alla quale diede preziosi contributi partecipando attivamente e con interventi talvolta risolutori ai diversi dibattiti.

Ed è proprio nel ripercorrere i lavori della Costituente che l'A. si approssima all'obiettivo di toccare la memoria collettiva e lo fa ripercorrendo, attraverso le parole dei suoi protagonisti, in particolare dell'on. Lami Starnuti, i ragionamenti intorno ai quali sono stati edificati il sistema e la struttura dell'ordinamento italiano.

I contributi più incisivi di Lami Starnuti, citati nel volume, riguardano l'enunciato dell'articolo 11, il dibattito sull'articolo 7 e la questione del decentramento.

Nello specifico, Lami Starnuti sottoscrisse l'emendamento all'articolo 11 firmato dall'onorevole socialista Mario Zagari e non sostenne la posizione più radicale di una parte del suo partito favorevole a maggiori limitazioni della sovranità statale. Se, dunque, nell'articolo 11 si legge che "[l]'Italia *ripudia* la guerra" si deve in parte alla formazione e al passato repubblicano dell'on. Lami Starnuti il quale, come ricorda l'A., era dotato di particolari capacità persuasive all'interno del suo Gruppo ed era, quindi, stato in grado di stemperare le inclinazioni meno moderate e di ricompattare la sua compagine.

ISSN 2279-7238

Meno significativo, ma più vivace, fu l'intervento, seguito dalla proposta di emendamento, sull'articolo 7 intorno al quale si ponevano argomentazioni dall'alta caratura politica.

In realtà, come ricorda l'A., l'on. Lami Starnuti si inserì anche all'interno di un'altra discussione di interesse attuale relativa alla carica del Presidente della Repubblica proponendo, anche in questo caso, un emendamento con cui fosse specificata la non rieleggibilità del Capo dello Stato ma non venne accolto in quanto ritenuto eccessivamente rigoroso.

Ad ogni modo, il più importante contributo di Lami Starnuti è, indubbiamente, legato al lungo e attualissimo dibattito sulle autonomie locali e sul decentramento.

In queste pagine, l'A. non si limita ad elencare i numerosi e consistenti interventi di Lami Starnuti in materia ma approfondisce l'interesse del deputato corredandolo di tutti quegli elementi ideologici che ancora una volta rilevano le origini repubblicane del suo pensiero.

Alle basi dei contributi in Assemblea c'è il suo scritto pubblicato sulla rivista il *Socialismo* nel 1945 nel quale evidenziava la necessità di "un ampio decentramento autarchico che riduc[esse] l'onnipotenza del potere centrale e della burocrazia".

La questione all'epoca, ricorda l'A., ruotava intorno al problema di come rendere effettiva la formula di Tocqueville secondo il quale le autonomie dovevano essere concesse alla condizione di accentrare in politica e decentrare in amministrazione.

Effettivamente, negli anni della Costituente il decentramento non era una questione di autonomie e federalismo come nel dibattito attuale, ma aveva come obiettivo quello di trovare soluzioni per rendere più snella l'amministrazione e favorire gli strumenti di partecipazione democratica e inclusione dei cittadini.

La posizione di Lami Starnuti, in questo caso più che in altri, risente del suo passato repubblicano durante il quale aveva aderito all'idea di un modello di decentramento basato su una complessa costruzione dal basso del sistema regionale. Diversamente i Socialisti, pur essendo sostanzialmente d'accordo sulla valorizzazione degli enti locali, non riuscirono a convergere su un progetto unico, concreto e sostenibile. Anche in questo caso, fu Lami Starnuti a ricompattare le linee socialiste guadagnando un considerevole sostegno intorno alla sua proposta, sviluppata in 31 punti, secondo la quale le Regioni avrebbero dovuto avere una limitata podestà legislativa relativa a poche materie ed un'ampia autonomia amministrativa. Ad ogni modo la proposta, come è noto, fu superata di pochi voti da quella dell'onorevole Gaspare Ambrosini.

Il contributo dell'A. può, in questo caso, pesare sulla riflessione attuale relativa al decentramento fornendo una narrazione sufficiente a comprendere l'alto valore

ISSN 2279-7238

politico e quindi la natura ampiamente compromissoria della decisione che ha fatto sì che il problema delle autonomie perseverasse e che l'operare delle Regioni rimanesse a lungo incerto e difficile.

Ulteriori interventi di Lami Starnuti sono segnalati dall'A. relativamente alla discussione sul futuro articolo 104 della Costituzione e sulla composizione della Corte Costituzionale sulla quale presentò un emendamento, non approvato, a sostegno di una nomina non solo formale ma anche sostanziale dei giudici costituzionali da parte del Parlamento.

Infine, scontato ma necessario da ricordare, l'intervento contro l'emendamento, non accolto, presentato da Luigi Einaudi per sopprimere la parte della XIII disposizione transitoria relativa all'avocazione da parte dello Stato dei beni di Casa Savoia.

Lami Starnuti, inoltre, ha mantenuto e manifestato durante tutta la sua attività il suo spirito repubblicano così come, ricorda nelle ultime pagine l'A., l'attaccamento alla sua provincia e città di origine della quale si dichiarerà sempre, anche in Assemblea, diretto rappresentante.

Concludendo, tra le pagine di questo volume, attraverso l'esperienza del costituente Lami Starnuti, si ha l'opportunità di incontrare le posizioni non provenienti esclusivamente dalle file dei partiti prevalenti rilevando, anche, il contributo delle altre forze politiche presenti in Costituente i cui echi non sono udibili solo nella Carta ma perseverano ancora nei dibatti più attuali. Da qui emergono anche posizioni più avanzate e complesse, posizioni recessive rimaste comunque nel patrimonio genetico della nostra Repubblica e ben lontane dall'essersi estinte. Si tratta di una cultura politica storica e cementificata nelle colonne portanti dell'Italia Repubblicana che aveva attraversato la fase liberale e l'involuzione autoritaria.

Risulta quindi agevole condividere quanto scritto dall'A. stesso che, nell'introduzione del suo volume, si è interrogato retoricamente su come fosse stato possibile giungere in tempi così rapidi all'accordo e alla redazione del patto costituzionale tra forze politiche spiccatamente disomogenee, giungendo alla conclusione che la risposta poteva venire solo dalla storia dei protagonisti di quell'epoca, dalle loro straordinarie personalità, frutto a loro volta non solo della cultura politica del tempo ma anche, e soprattutto, delle esperienze comuni e condivise durante il regime fascista.

In conclusione, l'A. ha conseguito indubbiamente l'obiettivo prefissatosi di sollecitare la memoria pubblica intorno all'impegno collettivo e personale dei protagonisti della Costituente, portando come valido esempio quello dell'onorevole Lami Starnuti, e ha inoltre fornito utili spunti per comprendere il periodo precedente

ISSN 2279-7238

e quali fossero state, ancor prima, le tappe della formazione della classe dirigente e politica italiana.

Francesca Rossi

ISSN 2279-7238

C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il* preenforcement costitutional challenge *contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 221[*].

Il tema trattato dal volume in esame concerne la possibilità di impugnazione diretta di leggi considerate lesive di un diritto fondamentale, precedentemente alla loro applicazione e ad una violazione dimostrabile e legata ad un caso concreto. Carlo Padula, in sostanza, indaga le problematiche relative all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate "contro una legge" da un privato nel corso di azioni di accertamento.

A tale scopo, l'opera include un'ampia comparazione fra Stati Uniti e Italia in cui si confrontano i limiti dei diversi istituti di revisione costituzionale ed il percorso seguito dalla rispettiva giurisprudenza in materia. Nel corso della ricerca svolta si evincono delle differenze tra i due sistemi degne di nota, che si manifestano, innanzi tutto, nell'interpretazione dell'azione preventiva di accertamento di un diritto fondamentale limitato da una legge, come "ordinaria" in quello statunitense e come "straordinaria" in quello italiano. Difatti, in linea generale, negli Stati Uniti i termini che consentirebbero il superamento della mancanza di una vera e propria incidentalità si limiterebbero alla concretezza della minaccia della lesione collegata alla probabilità della ricaduta della legge sull'attore per rendere la disputa, appunto, un *case* a tutti gli effetti. Mentre, in Italia, l'oggetto della questione non può consistere unicamente nella costituzionalità della normativa e, dunque, il carattere di astrattezza richiesto da un simile giudizio sarebbe stato concesso, finora, solamente in situazioni circoscritte, prevalentemente relative alla libertà di voto e alle leggi elettorali, quando la vigenza di quest'ultime avrebbe prodotto un'incertezza sulla portata del diritto stesso al punto da generare un opportuno interesse ad agire.

L'Autore, in particolare, sceglie di dedicare il capitolo primo all'*abstract judicial review* negli U.S.A., approfondendo gli elementi necessari per instaurare e mantenere una causa davanti ad una corte federale e osservando le condizioni per le quali è ritenuta accettabile l'impugnazione in via principale delle leggi per mezzo dell'azione di accertamento positivo. Nel capitolo secondo, il focus si sposta sull'evoluzione dell'orientamento della Corte costituzionale italiana

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

sulle questioni di tutela diretta di un diritto fondamentale, soffermandosi specialmente sulle posizioni della dottrina più autorevole rispetto al nodo dell'incidentalità. Nel capitolo terzo, infine, l'Autore tenta di proporre una ricostruzione originale dell'argomento illustrato, sviluppando ulteriormente alcuni dei suoi aspetti più complessi, quali l'interesse a proporre il controllo di costituzionalità di un diritto insopprimibile e la relazione fra i concetti di pregiudizialità, incidentalità e rilevanza.

Lo studio riguardante gli Stati Uniti parte, in primo luogo, dalla considerazione dell'art. III, sez. 2, della Costituzione americana, il quale stabilisce che il potere del giudiziario federale è vincolato dalla presenza di un *case* o *controversy*, oltre a dover essere fondato, intuitivamente, sull'oggetto stesso della causa (*subject-based*) e sulle parti (*party-based*). Tale criterio pare rispecchiare pienamente quel principio di separazione dei poteri che caratterizza così fortemente l'ordinamento statunitense, dal momento che mira proprio a circoscrivere l'accesso alle corti federali affinché non si oltrepassi eccessivamente la linea d'azione del ramo legislativo ed esecutivo.

Tuttavia, l'Autore precisa come il *controversy requirement* non abbia subito successive regolamentazioni, né da parte dalla Costituzione, né da fonti legislative, lasciando, in effetti, esclusivamente nelle mani della giurisprudenza applicativa – ma, soprattutto, della Corte Suprema – il compito di definire più chiaramente i caratteri dei *cases*. In merito, vengono riportati, in maniera rigorosa, tutti quei punti chiave che le *justiciability doctrines* hanno fissato nel tempo per colmare la suddetta lacuna.

Nonostante alcuni di questi requisiti non emergano sempre esplicitamente, può sicuramente essere premesso che, ai sensi dell'art. III della Costituzione, i giudici debbano pronunciarsi esclusivamente su questioni che, seppur "astratte", siano proprie di un vero contesto antagonista (*adversary context*). Questo aspetto non solo si rivela cruciale ai fini del miglioramento di un contenzioso giudiziario derivante dal dibattito di interessi contrastanti, ma anche per la salvaguardia delle *judicial resources*, di genere economico così come temporale. Ancora, si fa rientrare nei presupposti fondamentali delle *controversies* la necessità di preservare i terzi che non siano direttamente coinvolti nel merito del processo.

Viene evidenziato, poi, come ci siano una serie di attributi che la parte deve possedere, derivabili da tipi di fonti differenti e che, quindi, non incidono ugualmente sull'esame dell'accesso dei *cases* ad una pronuncia di merito. Il cosiddetto *standing*, infatti, avrebbe sia delle componenti di origine

ISSN 2279-7238

costituzionale, reputate inderogabili, che "prudenziale", le quali sono valutate a seconda delle singole contingenze dal Congresso e dalle corti federali, sulla base anche di altre considerazioni potenzialmente prevalenti. Su questa linea, l'Autore sviscera il nocciolo duro dei *justiciability requirements* relativi alla facoltà del soggetto di instaurare una causa, i quali si può dire siano costituiti da tre aspetti complementari e, in un certo modo, consequenziali l'uno con l'altro, che esigono di perdurare durante l'intero processo. Il primo si lega alla natura più fattuale del *case*, ovvero alla prova di una lesione concreta che colpisca in modo personale un interesse dell'attore protetto o regolato dalla legge o dalla garanzia costituzionale in questione (*injury in fact*) e che non possa essere risolta tramite un semplice parere consultivo. Il secondo, come affermato dalla Corte Suprema, si riferisce alla chiara riconducibilità, cioè al "nesso causale fra la lesione e la condotta censurata" (*causation* o *fairly traceable requirement*). Il terzo implica l'alta presumibilità che una pronuncia favorevole possa porre rimedio al danno causato. Fra le limitazioni "prudenziali" più rilevanti dello *standing* si riportano, invece, tre casi, apparentemente sovrapponibili fra loro, cioè il divieto di *generalized grievances*, quello di far valere diritti di terzi rispetto al requisito della *personal injury* e quello di richiamare diritti che non appartengano a quell'ambito di interessi protetti dalla legge rilevata nella causa. La Corte Suprema ha, però, messo talvolta in discussione questa differenziazione, che conoscerebbe delle eccezioni quando, ad esempio, le azioni a difesa di terzi vengono sollevate per ragioni costituzionali. In altre parole, la capacità di un privato di denunciare la lesione di un diritto costituzionale non può essere esclusa solamente perché interpretabile come una violazione generalizzata, ma deve ritenersi illegittima, al contrario, nel caso in cui l'interesse della collettività risulti superiore alla diretta tangibilità del danno del singolo, non rispettando, così, il titolo dell'*injury*. In merito, si fa efficacemente notare come, in realtà, tutte le prerogative sopra elencate possano essere sintetizzate nei concetti di interesse ad agire e di legittimazione ad agire propri del sistema italiano.

Inoltre, si ricorda che esistono dei termini specifici anche rispetto alla questione della temporalità di una causa, i quali determinano quando questa può essere instaurata o mantenuta. Di fatto, un *case* per poter essere valutato dovrebbe presentarsi, per un verso, come sufficientemente "maturo" (*ripe*) e, per l'altro, non eccessivamente "superato" (*moot*). Più nel dettaglio, queste dottrine implicano che non può essere considerato ragionevole né agire in un senso sostanzialmente speculativo per denunciare la minaccia di una lesione

ISSN 2279-7238

remota, né proporre casi in cui le parti non mantengono più un concreto interesse visto il mutare delle circostanze iniziali.

Nella sezione successiva riservata agli Stati Uniti, come anticipato, il lavoro dell'Autore si accentra su numerose esperienze giurisprudenziali per osservare più da vicino in quali ipotesi è ammessa l'impugnazione diretta delle leggi tramite l'azione di accertamento positivo. Tali testimonianze, le quali ricadono principalmente nelle materie dell'aborto, delle elezioni, del I emendamento e del matrimonio fra coppie omosessuali, sembrano confermare il via libera ad un *judicial review* astratto dei diritti fondamentali che, perciò, non prevede obbligatoriamente un'applicazione amministrativa o privata antecedente alla causa e contestata in giudizio da un privato. Si fa presente non solo che l'ipotetica violazione costituzionale in sé può già costituire oggetto di giudizio, ma che l'azione in via preventiva e non incidentale non suscita particolare interesse nella dottrina americana, vista la sua consueta applicabilità. Pertanto, la tutela diretta di una garanzia costituzionale è fattibile solamente se messa in effettivo pericolo da una legge, o meglio nell'ipotesi in cui l'applicazione della normativa censurata sia certa e non eventuale, condizionando in maniera inequivocabile l'interesse della parte. Dal quadro delineato si ipotizza correttamente che il requisito dell'*actual dispute* è indissolubilmente congiunto a quello della "maturità" (*ripeness*) quando si richiede un accertamento di incostituzionalità di tipo astratto. I commenti che ne derivano mettono l'accento su come questo sistema di controllo possa risolvere una criticità più che rilevante, ovvero quella che metterebbe l'attore davanti al bivio di seguire una legge incostituzionale o di violarla, assumendosi, così, il rischio delle relative sanzioni. Si sottolinea, peraltro, come si possano incontrare gradi differenti di astrattezza, dal momento che l'impugnazione diretta può riguardare non solo una legge già vigente, che si identifica come il caso tipico, ma anche una normativa non ancora entrata in vigore, come avvenuto nel caso esplicativo *National Federation of independent business et al. v. Sebelius et al.* (2012) con ad oggetto la riforma sanitaria promossa dall'ex presidente Obama (*Patient Protection and Affordable Care Act*), impugnata da molti Stati il giorno stesso della sua promulgazione. In quest'ultimo genere di circostanza, non trattandosi di una legge proibitiva o impositiva, da cui potrebbe essere ricavato automaticamente l'effetto dannoso, il giudice per poter vietare l'applicazione di una determinata norma tramite la dichiarazione di incostituzionalità deve vagliare se l'attività applicativa che ne consegue possa tradursi in un rischio concreto di lesione futura nei confronti dell'attore.

ISSN 2279-7238

La ricerca comparata con gli Stati Uniti, dunque, non solo sembra funzionale a inquadrare in maniera puntuale i termini della *preenforcement constitutional challenge*, ossia l'espressione impiegata dalla Corte Suprema per indicare l'impugnazione diretta di una legge prima della sua attuazione, ma si rivela anche una preziosa fonte di riflessione per considerare tale eventualità in Italia.

Più precisamente, l'Autore si pone una serie di *research questions* relative all'ammissibilità della contestazione diretta di una legge, indipendentemente dalla presenza o meno di un caso di concreta applicabilità, valutando, soprattutto, il rispetto dell'incidentalità nel nostro ordinamento. Per rispondere a tali interrogativi, l'approfondimento di Carlo Padula si sposta sulle posizioni assunte dalla Corte costituzionale italiana rispetto al giudizio incidentale di costituzionalità e sulle opinioni espresse dalla dottrina in merito. L'analisi ripercorre le varie fasi seguite dalla giurisprudenza e si concentra sul presunto cambio di rotta registrato a seguito delle vicissitudini del 2013 riguardanti la legge sulle elezioni politiche, dichiarata, più avanti, parzialmente incostituzionale. Grazie ad una dettagliata esposizione delle precedenti pronunce, riguardanti casi in cui si richiedeva un giudizio *a quo* con un oggetto formalmente distinto ma *de facto* corrispondente con la questione di legittimità costituzionale, si prova a dimostrare come l'orientamento della Consulta non sia mutato radicalmente. Rispetto alla maggior parte delle vicende generalmente citate, se ne segnala più di una in cui la Corte ha reputato che sussistesse l'incidentalità anche se ne sarebbe derivato unicamente un accertamento negativo dell'obbligo derivante dalla legge denunciata (sentt. n. 14/1964 e n. 263/1994), oltre a diverse pronunce in cui sono risultate ammissibili questioni sollevate in giudizi concernenti decreti legislativi di esproprio (sentt. n. 59/1957, n. 78/1961, n. 99/1969 e n. 61/2012). Quest'ultima tipologia di casi si poggerebbe sulla convinzione della giurisprudenza costituzionale, ribadita dalla dottrina, secondo cui il difetto di incidentalità non potrebbe ostacolare l'impugnazione diretta, seppure innanzi a un giudice comune, di leggi-provvedimento direttamente lesive degli interessi personali di un soggetto. Al contempo, però, l'Autore non dimentica di richiamare le due decisioni *ante*-2013 in cui la Corte ha dichiarato inammissibili questioni connesse a giudizi di mero accertamento, cioè: l'ord. n. 175/2003 in cui si richiedeva un'azione di controllo negativo di un obbligo già compiuto dall'attore e, quindi, mancante del carattere anticipato; e la sent. n. 84/2006 attinente alla tematica centrale della monografia, ovvero un'azione preventiva di accertamento di un diritto. In questo senso, il requisito dell'incidentalità, effettivamente, pur emergendo

ISSN 2279-7238

palesemente nella giurisprudenza costituzionale italiana, diverrebbe preminente in contesti eterogenei, ma delimitati. In questo lasso di tempo, fra gli studiosi, come ad esempio Cerri, Crivelli o Cappelletti, sarebbero emersi dei ragionamenti che prediligevano la questione della rilevanza a discapito di quella dell'incidentalità, proprio affinché non si verificasse una «dispersione delle garanzie» fra la divisione delle competenze fra giudice *a quo* e della Corte, principalmente quando si trattava di leggi autoapplicative.

Tuttavia, la materia investigata viene affrontata soprattutto grazie agli episodi che si susseguono alla richiesta di un attore di un accertamento di incostituzionalità risalente al 2009 della legge elettorale n. 270/2005, comunemente conosciuta come "legge Calderoli" o "Porcellum", nella quale si sosteneva che venisse compromessa la pienezza del proprio diritto al voto. Successivamente alla dichiarazione di difetto di giurisdizione e di interesse ad agire della sent. n. 5330/2011 del Tribunale di Milano e alla conferma da parte della Corte d'appello di Milano della manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale nella sent. n. 1419/2012, si pronunciava la Cassazione con l'ordinanza n. 12060/2013. In tale occasione, però, la Suprema Corte ricava inaspettatamente una serie di argomentazioni che giustificano la concretezza dell'interesse ad agire in nome del diritto al voto, in quanto «diritto inviolabile e "permanente" dei cittadini, i quali possono essere chiamati ad esercitarlo in qualunque momento e devono poterlo esercitare in modo conforme a Costituzione». In aggiunta, la Cassazione rimarca un punto di grande peso, ovvero che, malgrado la questione di costituzionalità non potesse esaurire l'oggetto del giudizio *a quo*, talvolta, «l'azione di accertamento può rappresentare l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali di cui, altrimenti non sarebbe possibile una tutela ugualmente efficace e diretta». Su questa scia si pone anche la Consulta, la quale, in passato, aveva già esternato gli aspetti problematici della normativa per quanto concerneva l'assenza del raggiungimento di una soglia minima di voti/seggi per l'attribuzione del premio di maggioranza. Nella nota sent. n. 1/2014 viene ribadita l'esigenza di non negare necessariamente l'accesso al sindacato di costituzionalità di leggi "peculiari" che disciplinano «un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico» come il diritto al voto, vista pure la difficoltà di essere sottoposte al suo vaglio diversamente. Conseguentemente, dalla decisione della Corte, si desume sia l'ammissibilità delle questioni sollevate nel corso di giudizi di accertamento, sia, altresì, una sorta di legittimazione limitata alla legge elettiva.

ISSN 2279-7238

Nelle vicissitudini giurisprudenziali inerenti le leggi elettorali si riscontra un passo indietro, invece, con la sent. n. 110/2015, la quale veniva proposta, con dinamiche pressoché identiche a quella sopra illustrata, dal Tribunale di Venezia rispetto alla legge n. 18/1979 sull'elezione del Parlamento europeo. L'Autore non si risparmia dal constatare come la scelta della Consulta di dichiarare l'inammissibilità per difetto di interesse ad agire e di incidentalità possa rivelarsi contorta, se non addirittura contradditoria. L'argomento principale utilizzato dalla Corte, ossia il fatto che le elezioni del Parlamento europeo non rientrerebbero nella "zona franca", bensì sarebbero soggette alla giurisdizione comune, appare, in effetti, piuttosto debole.

L'ultimo tassello del puzzle è costituito, infine, dalla sent. n. 35/2017 che annullava in parte la legge n. 52/2015 sull'elezione della Camera dei Deputati, detta "Italicum", e verso la quale erano state presentate questioni di costituzionalità da cinque tribunali ordinari. Il passaggio di più alta problematicità si riferisce alla non applicazione della normativa che sarebbe dovuta diventare operativa a decorrere dal 1° luglio 2016. La Corte all'assenza di incidentalità antepone, comunque, l'esigenza di rimuovere l'incertezza di una futura lesione sostanziale della libertà costituzionale al voto, che vi sarebbe stata per certo, vista la negazione di qualsiasi condizione sospensiva dell'operatività della legge e poiché è «la natura dell'azione di accertamento a non richiedere necessariamente la previa lesione in concreto del diritto».

L'Autore, al fine di riprodurre un'indagine il più possibile informata, quanto bilanciata, prende in considerazione il dibattito fra i maggiori studiosi, i quali si mostrano certamente divisi di fronte alle decisioni della Consulta del 2014 e del 2017. Specificatamente, da una parte, si pongono coloro, fra cui si ricordano Bartole, Barbera e Bin, che obiettano la mancanza di "concretezza" dei giudizi di accertamento di cui sopra, al di là del rischio di un'eccessiva transitorietà e discutibilità della legge elettorale politica; dall'altra, si schierano alcuni giuristi, come D'Amico, Rescigno o, anche, Benvenuti, i quali, contrariamente, sostengono una differenziazione fra l'oggetto del giudizio ordinario e quello del giudizio di costituzionalità e che tendono a conferire priorità a motivazioni di ordine "sostanziale" piuttosto che "formale", anzitutto per la materia elettorale.

In chiusura, l'Autore, oltre a riprendere le redini dei diversi argomenti affrontati, fornendo delucidazioni su alcuni dei passaggi più delicati, avanza una propria tesi sullo "spirito" del giudizio incidentale. Tale intendimento viene elaborato dapprima giustificando l'accostamento con gli Stati Uniti, il quale avrebbe avuto il merito di esplorare un sistema in cui è concesso un *judicial review of legislation* incentrato sulla sola questione di costituzionalità come oggetto del giudizio, anche se non legato a una vicenda specifica e diretto a prevenire l'attuazione di una legge. Da questo punto di

ISSN 2279-7238

vista, l'accertamento di incostituzionalità, per quanto, rispettivamente, astratto, promosso in via principale e preventivo, preserva, a suo modo, una forma di "concretezza", fondata sulla probabilità dell'applicazione della normativa nei confronti del soggetto e, perciò, del rischio della lesione. A dispetto del fatto che lo stesso tipo di evenienza non può riproporsi in Italia, giacché non è previsto che si presenti al giudice una questione che verte direttamente sulla costituzionalità della legge, emergerebbero spiragli di apertura. A questo riguardo, l'Autore si preoccupa di assodare l'interesse a proporre un'azione di accertamento preventivo "contro" una legge che pregiudica il contenuto di un diritto fondamentale o minaccia realmente di farlo, argomentando che la sua ammissibilità sarebbe coerente con l'art. 24 Cost. quando non vi è possibilità di una tutela alternativa. Oltre a ciò, vengono fornite alcune definizioni utili sulla terminologia più adoperata che si implica reciprocamente nell'ambito della pregiudizialità, quale: "incidentalità", che si configura come un requisito sia del giudizio comune, sia costituzionale; e "rilevanza", che risulta dalla norma legislativa ordinaria e si riferisce solo al giudizio costituzionale. Le riflessioni sul limite dell'incidentalità nella disciplina italiana terminano percorrendo i sentieri del rapporto tra la questione di costituzionalità e il giudizio di accertamento e tra gli oggetti e le decisioni dei due giudizi. Le deduzioni che ne scaturiscono appaiono piuttosto convincenti e poggiano sull'idea di non doversi orientare verso un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 1 della legge costituzionale n. 1/1948 rispetto all'inciso «nel corso di un giudizio», considerato che le cause di accertamento, anche se si occupano di un'azione non del tutto riferibile a un caso concreto di applicazione della legge, non trattano neanche un'azione "ipotetica", né posseggono un carattere fittizio se la compressione di un interesse soggettivo è in atto o è imminente.

In conclusione, il testo recensito riesce a compiere una ricerca meticolosa ed equilibrata su un argomento complesso come la tutela diretta dei diritti fondamentali per mezzo di un'azione preventiva di accertamento di una legge, lasciando aperta la porta a future notazioni e altre potenziali comparazioni.

Giulia Santomauro

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito: con Edipo, Antigone e Creonte: [per indagare i dilemmi del diritto continuamente riaffioranti nelle nostre società]*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 174[*].

A un osservatore poco incline all'approfondimento, il mondo della letteratura – nel caso di specie quello delle tragedie greche – e il mondo del diritto potrebbero palesarsi come molto distanti. Così non è, giacché le tragedie greche prese in considerazione, ma più in generale l'uomo come archetipo, è immerso nel diritto. Proprio il diritto accompagna tutte le stagioni della sua vita e, volente o nolente, anche ogni sua scelta, che è dunque regolata dal diritto. Sofocle, celebre autore dell'antica Grecia, è talmente consapevole di ciò, da proiettare tale convincimento nelle sue opere.

Il volume *ivi* in commento è il frutto dell'incontro di due visioni offerte dai due autori su alcune celebri opere del tragediografo greco del V secolo a.C., l'Antigone e l'Edipo Re. Da un lato Marta Cartabia, vice presidente della Corte costituzionale, dall'altro Luciano Violante, uomo delle Istituzioni. Entrambi offrono una rilettura dei due grandi classici sopracitati, con l'obiettivo di mostrarne l'attualità rispetto al mondo della contemporaneità, tanto nella dimensione politica quanto in quella giuridica.

Nell'accettare l'invito a riflettere su tali dimensioni, i due autori ragionano sul loro sapere e ruolo, attraverso il ricorso alla lente del mondo della mitologia greca e della letteratura, senza però voler proporre nuove visioni e/o interpretazioni rispetto al campo della drammaturgia.

L'opera è articolata in quattro momenti: il primo è una riflessione introduttiva a quattro mani, la seconda e la terza rappresentano due distinte analisi, rispettivamente incentrate l'una sull'Edipo re, l'altra sull'Antigone, mentre nella quarta e ultima parte – a mo' di intervista – i due autori rispondono ad alcune domande.

Nel commento offerto da Marta Cartabia, l'A. riflette su alcuni elementi giuridici che promanano dalla tragedia di Edipo. Tanto sui reati di parricidio e incesto, che si ripercuotono irrimediabilmente sul suo ruolo di governante, quanto sul legame tra verità e giustizia. Rispetto al primo binomio, benché commessi dal protagonista, i due atti costituiscono fattispecie di reato che difettano dell'elemento doloso e di quello colposo, ma sono comunque in grado di riverberare effetti nefasti nell'ambito

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

familiare e nell'ambito politico. Edipo, pur scevro di quelle caratteristiche dell'uomo meschino e corrotto, si macchia di gravi delitti. Egli è un monito per gli antichi e per i moderni: qualsiasi uomo in qualsiasi forma di governo e regime politico – anche in quelli democratici – non è esente dall'incorrere in degenerazioni derivanti da eccessi. Edipo è artefice ignaro del proprio destino, diviene imputato perché presunto colpevole, condannato da se stesso perché ha commesso quei delitti. Simultaneamente inquirente e giudice. Incardina su di sé non solo il potere esecutivo e legislativo, ma altresì quello giudiziario. Essendo però uomo retto, è ancora più inflessibile e rigido nel pronunciamento e nell'esecuzione della sentenza.

La ricerca di giustizia che attanaglia Edipo e tutto il genere umano non si esaurisce con il passare dei secoli, anche se declinata nei vari ordinamenti a democrazia pluralista attraverso una serie di principi e garanzie che caratterizzano l'amministrazione della giustizia stessa. Ed è in questa evoluzione che trovano genesi principi importanti come quello del bilanciamento tra diritti ed esigenze contrapposte, tra diritti individuali ed esigenze collettive, in perfetto connubio con la capacità dei giudici, secondo l'A. caratterizzati da "virtù intellettuali" di ispirazione salomonica, di dirimere le questioni che vengono loro sottoposte. Proprio in ragione di ciò, diventa essenziale il ruolo assunto dal diritto nella gestione e nella risoluzione di eventuali conflitti che si palesano, così come il ruolo assunto dal potere giudiziario e, ancor di più dalle Corti costituzionali che esercitano un "vaglio critico di giustizia" (cit. p. 138).

Emerge dunque lampante, sia nell'opera sia nell'evoluzione successiva, un'esigenza chiarificatrice che segua la via dell'accertamento della verità. Tale via procedurale si differenzia a seconda della forma di regime politico presa in considerazione, dal momento che sussiste una diversa finalità tra regimi dispotici, autoritari e democratici, anche per quanto riguarda il processo penale e le finalità perseguite. Se nelle prime due tipologie è importante l'affermazione di una verità orientata e predeterminata, nella terza invece l'obiettivo non è l'accertamento di una verità generica, quanto piuttosto l'accertamento della verità processuale. La distanza tra le predette verità è direttamente proporzionale alla distanza sussistente tra *ius* e *lex* che caratterizza anche l'altra tragedia ripresa dal secondo co-autore, Luciano Violante. Pertanto, sia nell'Edipo Re, sia nell'Antigone, l'unica soluzione è lo scontro e la scomparsa di uno dei due antagonisti, il cui corollario altro non è che la prevalenza di uno tra diritto naturale e diritto positivo, tra legge divina e legge umana.

Nel passaggio dall'età antica all'età moderna, dal mito alla realtà, la soluzione ai conflitti sociali è affidata a organi caratterizzati da terzietà e imparzialità, la cui origine è ricondotta nella letteratura greca, ma anche nella storia, all'areopago, ossia un

ISSN 2279-7238

collegio giurisdizionale dell'Antica Grecia. Dopo l'istituzione dei tribunali sono state introdotte ulteriori garanzie, come quelle del contraddittorio, dall'esame delle prove, finalizzate alla ricostruzione quanto più prossima della verità dei fatti accaduti. E solo una volta che si giunge alla verità processuale, si può procedere alla condanna, non il contrario (come accade invece nell'Edipo Re). Il necessario e naturale processo evolutivo fa perdere quel *quantum* di teatralità insito negli organi giurisdizionali primitivi.

Inoltre, l'estrema attualità e umanità delle due tragedie prese in considerazione riguarda non solo l'assenza di un *deus ex machina* che scioglie i nodi degli avvenimenti, tipico di molteplici drammaturgie che riprendono la mitologia classica – tra l'altro nell'Edipo re l'unico intervento di natura divina è solo peggiorativo –, ma riguarda anche problematiche politiche e giuridiche. Nell'Antigone sofoclea, nella cui ricostruzione Luciano Violante mette in evidenza tutte le contrapposizioni che si manifestano nel corso dell'opera, il conflitto è ancora più evidente ed esacerbato. Antigone e Creonte, i due antagonisti, sono in realtà una incarnazione: l'una dell'individuo, l'altro dello Stato, l'una della legge, l'altro della giustizia, l'una del diritto naturale, l'altro del diritto positivo. Antigone è intenzionata a dare sepoltura al corpo del fratello Polinice, rispettando una legge non scritta (*àgrapta kasphalê theôn nòmina*), ma così facendo contravviene al dettato del sovrano Creonte. Quest'ultimo, avuta notizia della violazione compiuta dalla promessa sposa del proprio figlio, non può far altro che condannarla a morte, ignaro che tale decisione si ritorcerà contro di lui e contro la sua stessa famiglia.

Nella ricostruzione della vicenda, Violante, benché riconosca le caratteristiche positive presenti in Antigone – assimilata a una vera e propria eroina, capace di compiere un sacrificio estremo pur di tumulare il fratello esanime – opera al tempo stesso una rivalutazione di Creonte. Quest'ultimo, difatti, oltre a essere il vero e rigoroso reggitore dello Stato, è anche un governante responsabile nonché un innovatore e un modernizzatore, che si contrappone a colei che incarna l'opposizione, caratterizzata dall'avanzare soluzioni semplici e lineari, dall'assumere decisioni superficiali con estrema facilità. Tutte caratteristiche che mal si conciliano con la gestione della cosa pubblica. Per l'A. sembra emergere preponderante in Antigone una visione arcaica e tradizionale, mentre in Creonte sembra essere presente una visione moderna e quanto più democratica.

Più in generale, in entrambe le opere, riprese dai due Autori, emerge dunque tutta la complessità della concezione giuridica e della giustizia, trasposta ai giorni nostri. Proprio il concetto di giustizia si palesa come l'elemento portante del discorso, originato nel mondo antico e declinato nel mondo contemporaneo, ma tuttora

ISSN 2279-7238

incapace di ristabilire l'ordine precedente. Nonostante il percorso evolutivo affrontato nei vari ordinamenti attraverso molteplici istituti e normative, sebbene sia più frequente che le vittime ottengano giustizia, non è altrettanto comune che anche i colpevoli trovino adeguate forme di rieducazione. A tal ragione e solo per alcune e specifiche fattispecie di reato, sarebbe opportuno riflettere sulla possibilità di individuare eventuali ulteriori tipologie di sanzioni, tipiche di altri ordinamenti, che evitino di considerare esclusivamente la detenzione e la privazione della libertà personale, ma siano finalizzate all'attuazione di quel principio costituzionale per cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3 Cost.).

Giuliaserena Stegher

ISSN 2279-7238

L. GENINATTI SATE', *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 104*.

Ogni qual volta viene in rilievo un'analisi sul referendum costituzionale sembrano riacquisire attualità le parole di Piero Calamandrei che mise in luce la difficoltà di desumere dal dato positivo le caratteristiche costitutive di molti degli istituti presenti in Costituzione. Alcuni di essi, infatti, in particolare quelli più prossimi a una dimensione politica, data l'esigenza compromissoria che accompagnò la formulazione di molte delle disposizioni costituzionali, si caratterizzerebbero, a dire dell'illustre Costituente, per una fluidità di contenuto. La loro natura sarebbe, dunque, insuscettibile di essere configurata in astratto, ma enucleabile solo *a posteriori*, attraverso la legislazione ordinaria e, soprattutto, in forza della concreta applicazione.

La riflessione di Luca Geninatti Satè muove, invece, da premesse differenti e si propone di evidenziare come l'ordinamento riservi al referendum costituzionale una funzione univoca e definita, ben presente nella *mens et ratio constituentis* e pienamente coerente con i gangli della nostra forma di Stato: il referendum assolverebbe allo scopo di "*integrare democraticamente istanze diverse in una decisione condivisa*" (cit. p. 8) conferendo effettività alla rigidità e, di conseguenza, al principio di democraticità.

Nel sostenere la funzione integrativa del referendum, l'Autore cerca di dimostrare come la tesi ampiamente accolta in dottrina circa il carattere necessariamente oppositivo del referendum risulti, pertanto, non conforme né al dettato normativo né all'architettura costituzionale. A suscitare le sue critiche non è l'ipotesi oppositiva - poiché non è da escludersi che la consultazione referendaria possa concludersi con il respingimento del progetto e che l'intento dei promotori sia quello di ostacolare la riforma – ma la sua necessarietà. Gran parte delle ricostruzioni dottrinarie dell'istituto propendono infatti per la soluzione secondo la quale il referendum si sostanzierebbe in uno strumento di garanzia nei confronti delle minoranze e che l'intervento popolare non possa che essere volto a contrastare la revisione. Tale interpretazione si fonderebbe, *in primis*, secondo Geninatti Satè, su uno scorretto approccio metodologico che si origina da una sovrapposizione fra prospettiva giuridica e prospettiva fattuale. Il voto popolare può acquisire, a seconda della circostanza, un significato oppositivo o confermativo ma tale duplicità di esiti dipende, secondo

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

l'Autore, "*dal concreto atteggiarsi del consenso popolare e non dal carattere dell'istituto",* il quale non può mutare la propria connotazione a seconda del contesto politico istituzionale o in relazione alle ragioni dei promotori in quanto esso conserva "*caratteristiche predefinite*" "*impresse dalla Costituzione*" (cit. pp. 32-46).

La concettualizzazione restrittiva del referendum costituzionale discenderebbe, ad avviso dell'Autore, da una particolare concezione "conservativa" della revisione e del principio di rigidità, di stampo prettamente schmittiano, che però non trova riscontro nelle intenzioni del Costituente.

Al contrario, osserva l'Autore, da un'attenta analisi dei principi elaborati sin dai lavori della Commissione Forti e poi attuati nel dibattito successivo può facilmente evincersi la funzione integrativa del referendum. Nell'accoglimento del principio di rigidità costituzionale - unica soluzione possibile in un contesto caratterizzato da una palpabile fragilità delle fondamenta democratico-pluraliste - non si rinviene alcuna volontà di promuovere l'immutabilità del testo costituzionale. Il valore dell'aggravamento procedurale si rivela essere quello di strumento volto ad assicurare che ogni modifica avvenga in presenza di un adeguato consenso popolare.

Tale finalità trova poi svolgimento concreto nelle proposte emerse in seconda Sottocommissione relative alla strutturazione del procedimento di revisione e alla modalità di intervento diretto del Corpo elettorale all'interno di essa. Argomentando contro le varie soluzioni prospettate fino a quel momento, Paolo Rossi affermò che stabilire una maggioranza eccessiva per la revisione (due terzi o tre quinti) non fosse "né democratico, né razionale" in quanto avrebbe consentito a una minoranza di ostacolare "sistematicamente" un'eventuale riforma ritenuta dalla maggioranza dei cittadini opportuna. Si tratta di una presa di posizione che contiene *in nuce* quello che l'Autore intende dimostrare: la funzione eventualmente oppositiva del referendum non è incompatibile con l'istituto se "*strumentale alla garanzia dei principi democratici*" e qualora "*costituisca sintomo del mancato raggiungimento di un ampio consenso*" ma essa non deve essere scambiata come "*elemento caratterizzante della revisione*" (cit. pp. 6-8). Inoltre, la corretta assimilazione, da parte di Rossi, della revisione a una forma di esercizio del potere legislativo va a corroborare questa tesi. Infatti, se l'azione modificativa della Costituzione è riconducibile a una forma particolarmente elevata di produzione normativa, la natura di quest'ultima detta le caratteristiche strutturali del procedimento nella sua interezza, referendum compreso: "*il potere legislativo non è concepito come strumento oppositivo alla dinamica dell'evoluzione legislativa, ma come fonte di attuazione del principio democratico attraverso la ricerca del consenso utile alla modifica dell'ordinamento positivo, così il procedimento di revisione deve caratterizzarsi per la finalità di ricercare il più ampio consenso possibile alle modifiche costituzionali, e non ridursi a legittimare*

ISSN 2279-7238

l'opposizione ad esse" (cit. p. 8).

È tuttavia la soluzione definitivamente adottata – referendum facoltativo ed eventuale- ad eliminare ogni dubbio sul ruolo integrativo del consenso popolare. Quest'ultima configurazione risentì certamente del ben noto clima di diffidenza nei confronti dell'istituto referendario ma riflette anche un particolare assetto dei rapporti fra democrazia diretta e democrazia rappresentativa. Laddove venga in rilievo un intervento modificativo del supremo atto fondativo dell'ordinamento, la corrispondenza fra decisione parlamentare e volontà popolare non può essere presunta e, al di sotto di una determinata soglia, la Costituzione riconosce la possibilità che la deliberazione dell'organo rappresentativo possa venir rafforzata da una decisione del Corpo elettorale. Tutto ciò non è che naturale estrinsecazione del principio democratico, in un'ottica in cui le due manifestazioni di volontà vanno a fortificarsi reciprocamente e non a contrapporsi.

L'Autore sottolinea però come, in realtà, proprio la natura facoltativa ed eventuale del referendum abbia funto da principale argomentazione utilizzata a sostegno del carattere necessariamente oppositivo. Infatti, il fatto che il referendum possa non aver luogo - nel caso del raggiungimento dei due terzi o in assenza di richieste da parte dei soggetti legittimati - e che quindi la legge possa entrare in vigore senza che il Corpo elettorale si sia espresso, viene spesso adoperata come "prova" del fatto che la volontà popolare non sia un elemento costitutivo della legge di revisione. Essa non rappresenterebbe un atto complesso, frutto di due volontà concorrenti, ma sarebbe in grado di perfezionarsi in assenza dell'intervento popolare. L'estraneità di quest'ultimo alla procedura porta ad escludere che esso possa rivestire una funzione integrativa del consenso espresso in Assemblea e che dunque non possa che qualificarsi, in ultima analisi, come strumento di opposizione.

Tale sillogismo presenta, secondo Geninatti Satè, uno scarso rigore logico. Queste argomentazioni, prima di tutto, non distinguono adeguatamente legge di revisione e procedimento. Si può giustamente asserire che il referendum possa non avere valore costitutivo della legge di revisione, data l'impossibilità per il popolo di determinare i contenuti dell'atto, ma affermare, al contempo, che rappresenti elemento costitutivo del procedimento stesso. Un secondo fattore di debolezza risiede nel fatto che i sostenitori del carattere necessariamente oppositivo, convinti che la natura facoltativa ed eventuale ne definisca i tratti caratteristici, tendono però a dedurre le caratteristiche del referendum soprattutto dalla circostanza in cui la consultazione non ha luogo. Più chiaramente, il fatto che il referendum non debba obbligatoriamente svolgersi costituirebbe indice della sua estraneità al procedimento di revisione e confermerebbe la sua natura di veto esterno. È questa conclusione, per

ISSN 2279-7238

l'Autore, a essere carente di razionalità poiché sarebbe invece corretto astrarre i caratteri del referendum solo dalla situazione in cui esso si realizza. Egli sostiene, infatti, mutuando le parole di Crisafulli, che il referendum assuma "*valore costitutivo solo nell'*iter *procedimentale caratterizzato dall'approvazione a maggioranza assoluta e dalla richiesta referendaria per l'evidente ragione che, negli altri casi, il referendum di fatto non esiste"* (cit. p. 30).

Da ciò consegue che l'eventualità e la facoltatività non sono elementi in grado di esercitare alcuna capacità qualificatoria nei confronti dell'istituto e lo sforzo di far discendere da tali caratteristiche la funzione referendaria si rivela fallace.

La neutralità della natura facoltativa ed eventuale impone, secondo l'Autore, di individuare i caratteri del referendum altrove e in particolare nell'oggetto della consultazione. Nel caso in cui la deliberazione legislativa venga adottata a maggioranza assoluta, l'atto mantiene il carattere di un progetto di legge che necessita, per raggiungere la sua perfezione formale, della volontà popolare. La collocazione endoprocedimentale della consultazione, oltre trovare supporto nel dato testuale – l'art. 138 parla di "approvazione" del testo - sembrerebbe essere pienamente in linea con le riflessioni emerse nel dibattito costituente. In tale occasione fu Perassi a manifestare espressamente la propria contrarietà a sminuire l'intervento popolare a un mero "veto sulla delibera assembleare". Inoltre, la previsione testuale dell'impossibilità di promulgare la legge senza l'approvazione del Corpo elettorale rappresenterebbe il precipitato "procedurale" di una precisa concezione dei poteri: il popolo è contitolare del potere di adottare le modifiche costituzionali.

La presa d'atto della funzione integrativa esercitata dall'intervento popolare e il contestuale rifiuto di un appiattimento di esso a mera condizione sospensiva dell'efficacia non è, d'altra parte, in contrasto con la vocazione garantista più volte attribuita all'istituto. Lo sarebbe, osserva l'Autore, solo se ci si limitasse ad accogliere quel significato che vede nella nozione di "garanzia" il diritto di una minoranza a frenare gli eccessi dell'organo rappresentativo. Al contrario non lo diventa se, prendendo atto della plurivalenza semantica che caratterizza il termine, si concepisce la funzione di "garanzia" in senso lato e neutrale e si individua l'oggetto della tutela nel diritto delle minoranze a partecipare alla edificazione del consenso democratico all'interno del procedimento.

L'unidirezionalità che ha caratterizzato molte delle ricostruzioni dottrinarie ha mostrato tutta la sua debolezza in occasione della prima consultazione referendaria, quella del 2001. La presentazione della richiesta di referendum da parte di alcuni senatori di maggioranza non poteva che apparire "*disorientante*" (cit. p. 52) perché capace di far crollare quel brocardo, spesso accolto senza un'adeguata valutazione

ISSN 2279-7238

critica, secondo il quale "se c'è dissenso, c'è referendum".

Luca Geninatti Satè non vede, al contrario, in quella prima concretizzazione di tale strumento di democrazia diretta, alcuna distorsione rispetto al dettato costituzionale. La vicenda ha fornito conferma della natura mista del referendum e del fatto che la Costituzione si astenga dal conferire al referendum una particolare valenza. Lo smarrimento della dottrina maggioritaria sarebbe causato proprio dalla mancata accettazione del fatto che la Carta costituzionale indica semplicemente la cornice normativa entro la quale il referendum deve svolgersi ma esso assumerà ogni volta "*significati che le regole di azione maturate nella specifica situazione politica sapranno dare*" (cit. p. 59).

Ciò che però l'articolo 138 non rinuncia a prescrivere è che la revisione debba realizzarsi attraverso la ricerca del massimo consenso possibile. Il fatto che quest'ultimo vada a formarsi in sede parlamentare o sia necessario l'appello al popolo è, secondo l'Autore, indifferente agli occhi dell'ordinamento. I due diversi *iter* sono equiparati sotto il profilo giuridico formale. Questa asserzione - che si contrappone a quelle teorizzazioni, più volte emerse in dottrina, circa il plusvalore democratico di cui godrebbe la legge di revisione approvata con referendum - trova il suo fondamento ideologico in una visione sistemica in cui democrazia diretta e democrazia rappresentativa si pongono in un rapporto di armonica compenetrazione. È proprio in questo contesto, sostiene l'Autore, che acquisisce significato il carattere non necessariamente oppositivo del referendum e si comprende anche perché la Costituzione abbia previsto un procedimento in cui l'intervento popolare non è indispensabile. In quest'ultimo caso la formazione del consenso democratico può legittimamente affidarsi alla sola Assemblea in quanto il raggiungimento di una maggioranza così elevata rassicura circa la corrispondenza fra volontà parlamentare e volontà elettorale.

Tuttavia, chiarisce l'Autore, la fungibilità dei due procedimenti non deve essere fraintesa. La natura suppletiva del consenso popolare non può tradursi in un'autorizzazione, nei confronti delle forze politiche, a un abbandono della ricerca del consenso parlamentare. In altre parole, la funzione integrativa del referendum viene alterata nel momento in cui le forze politiche trasformano il referendum in un "*appello al popolo allo scopo di legittimare una revisione supportata dalla sola maggioranza*" (cit. p. 77), rinunciando previamente e intenzionalmente a un allargamento del consenso in Assemblea.

Questo utilizzo anomalo del referendum, in chiave sostitutiva e non integrativa, si è manifestato, secondo l'Autore, in occasione dell'ultima consultazione referendaria, quella del 4 dicembre 2016. In quella circostanza si è parlato di una degenerazione

ISSN 2279-7238

dell'istituto in un "voto popolare di fiducia all'indirizzo politico governativo". Il ragionamento condotto dall'Autore circa il ruolo non necessariamente oppositivo del referendum, però, gli consente di imprimere ordine alle considerazioni emerse in dottrina e nell'opinione pubblica durante l'accesa campagna referendaria.

Non sono, come sostenuto da alcuni, né l'iniziativa governativa sulla legge di revisione né la provenienza della richiesta referendaria da parte della maggioranza a costituire una deviazione dal dettato costituzionale. La posizione di Calamandrei per la quale, quando viene in rilievo una decisione sulla Costituzione, "i banchi del governo devono rimanere vuoti" deve essere intesa, ad avviso di Geninatti Satè, come divieto di trasformare la revisione in un momento di attuazione dell'indirizzo politico di maggioranza. L'iniziativa governativa non è, quindi, di per sé, in contrasto con la Carta ma lo diventa, tuttavia, se essa costituisce una fase che dà avvio a un'esautorazione del Parlamento, ridotto da luogo naturale di elaborazione e confronto sulla riforma costituzionale a mera "sede di registrazione" della volontà maggioritaria.

È proprio in conseguenza a tale precisazione che si può far chiarezza su cosa debba intendersi negativamente per "politicizzazione" del referendum. Lo scontro fra maggioranza e opposizione sulla riforma non solo non è incompatibile con il referendum ma è, al contrario, auspicabile. È proprio la sottrazione dell'oggetto della revisione all'ordinaria dialettica parlamentare ad essere in contrasto con lo spirito della norma. Si comprende dunque come la provenienza della richiesta referendaria dalle file della maggioranza non costituisca un problema se si mantiene fede al presupposto integrativo. La richiesta di consultazione popolare può quindi anche consistere nella "*ricerca di un consenso referendario diffuso e coeso verso il testo di revisione*" che non si è raggiunto pienamente in Assemblea ma non può invece trasformarsi in una modalità di deliberazione che "*serve a sanare il duplice* deficit *di rappresentanza democratica e d'inclusività politica"* (cit. p. 83). L'eventuale deformazione del significato referendario non deriva dunque dall'*appelatio ad populum* ma nell'intenzione posta alla base di questa scelta. L'allontanamento dallo spirito della previsione costituzionale assume tratti ancora più patologici quando l'appello al Corpo elettorale si rivela un momento di legittimazione di una singola figura politica. In questa torsione plebiscitaria è la stessa revisione a ritirarsi sullo sfondo poiché il vero oggetto del pronunciamento popolare diventa l'operato politico del leader.

Con queste riflessioni di chiusura sulle possibili degenerazioni del referendum costituzionale, Luca Geninatti Satè conclude un percorso argomentativo e ricostruttivo di ampio respiro. Condotta lucidamente e attraverso una pluralità di approcci interpretativi, l'analisi dell'Autore prende avvio dal dichiarato intento di

ISSN 2279-7238

distaccarsi cronologicamente dall'ultima consultazione referendaria anche ai fini di scongiurare un potenziale asservimento della riflessione scientifica a rivendicazioni politiche contingenti. Tale presa di posizione è indicativa di una precisa scelta di metodo, già menzionata, intravedibile in tutto lo scritto, che si concreta nella differenziazione fra fattori costitutivi dell'istituto e significato che esso assume nella singola fattispecie. Questa impostazione permette all'Autore di prendere le distanze dal dato empirico per ricondurre l'indagine a una dimensione ordinamentale e trarre da essa i tratti caratteristici del referendum.

La forza performativa del principio democratico si esplica primariamente nell'assicurare che tutti i procedimenti decisionali pubblici vengano "assistiti" dal consenso popolare. Questa esigenza si accresce in presenza di una modificazione dell'atto su cui l'ordinamento si impernia. Se è questo il significato più profondo del principio, le due volontà - parlamentare ed elettorale- opererebbero, in tal visione, *in tandem,* proiettate verso il medesimo scopo di "massimizzazione" del rendimento democratico di una decisione. Ciò non esclude che dietro il riconoscimento di spazi di intervento diretto al Corpo elettorale prema la consapevolezza della *contradictio in adiecto* insita nella democrazia rappresentativa e della "finzione" democratica, tacitamente assimilata, che si cela dietro il principio di maggioranza. Tuttavia, tali presupposti, sembra osservare l'Autore, non devono favorire letture unilaterali degli istituti di democrazia diretta come se essi potessero soltanto assolvere a una funzione correttiva, in presenza di disfunzioni fisiologiche dell'organo assembleare.

Ripartendo dal significato primigenio del principio fondante della forma di Stato, l'indagine dell'Autore muove da una ricomposizione dei rapporti fra democrazia diretta e democrazia rappresentativa dietro la quale si percepisce il proposito di rivalorizzare la posizione del referendum nel procedimento di revisione e, più in generale, di quello degli istituti di democrazia diretta, spesso confinati a un ruolo residuale.

In questa chiave la funzione integrativa consente di concepire l'istituto non più come una sorta di manifestazione legalizzata del diritto di resistenza poiché esso è, in senso lato, "*strumento di garanzia e protezione (…) che a pieno titolo si inserisce nella dinamica dei freni e contrappesi, dei* checks and balances*, su cui si fonda lo stato costituzionale rappresentativo*" (cit. p. 59).

GiuliaVasino

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

M. PANEBIANCO, *Codice euro-globale- Epoche Spazi Soggetti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 p. 400[*].

Il volume si inserisce nel dibattito attuale sugli effetti della globalizzazione e dell'integrazione europea nell'ordinamento costituzionale italiano, con particolare riferimento alla normativa costituzionale di carattere sia generale (artt. 10 e 11 Cost.) che particolare (riformati artt. 81 e 117 Cost.) L'opera si collega ad una precedente pubblicazione dell'Autore con la stessa casa editrice, in occasione del cinquantenario del Trattato di Roma del 1957, intitolata Codice delle leggi comunitarie ed europee. Codice che- come si evince dal titolo - reca un'ampia sistemazione del corpus normativo ormai ultratrentennale, collegato alla formazione e all'attuazione della normativa comunitaria nell'ordinamento italiano, che può essere complessivamente intesa come un'attività co-legislativa o di legislazione. Nella prospettiva sostenuta dall'Autore, l'internazionalismo e l'europeismo rappresentano una costante storica, rintracciabile in epoche ben precedenti a quella unionista attuale. Si tratta di un itinerario normativo coincidente con l'età della formazione stessa dello Stato italiano, ben inserito nel contesto europeo sin dalla fase pre-unitaria e post-unitaria della sua vicenda storica. Ciò risulta dallo stesso sottotitolo dell'opera che fissa i contorni del "Codice" in senso cronologico e geopolitico, fra le varie epoche e gli spazi giuridici in cui si muove il fenomeno sopra descritto.

Ciò premesso, occorre segnalare l'amplissimo impianto strutturale dell'opera, che si articola in quattro parti e dodici capitoli, idonei a saldare la prospettiva storico-comparata e l'altra dell'attualità positiva del diritto costituzionale e ordinario nei più vari settori. In modo particolare si richiama all'attenzione del lettore il risultato ultimo di tale amplissima ricerca unica nel suo genere, da considerarsi come un vero patrimonio per la conservazione della memoria storica e delle fonti normative. Invero l'Autore conclude che lo Stato moderno e contemporaneo presenta tre caratteri fondamentali: co-legislatore, neo-costituzionale, ri-codificatore; in virtù dei quali esercita una sovranità legislativa e amministrativa condivisa con l'Unione europea e si configura come uno Stato sia europeo che globale. L'ultima e più interessante proposta sostenuta dall'Autore nel capitolo finale si riferisce alla figura dello Stato ricodificatore, ovverosia dello Stato sottoposto non solo al sindacato di legittimità costituzionale, ma anche al sindacato di legittimità "eurointernazionale" volto a

[*] Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

verificare la sostenibilità delle varie parti del suo ordinamento, dal diritto privato al diritto pubblico come parti della costruzione complessiva.

Si segnala inoltre al lettore la lista delle leggi comunitarie ed europee allegate in fondo al volume, a partire dal 2000, fino all'attuale disegno di legge comunitaria per l'anno 2018 ancora sottoposta all'esame parlamentare. E occorre menzionare, altresì, il corredo iconografico che riproduce un documento storico del diritto mediterraneo, ovvero la c.d. Dichiarazione di Gerusalemme del 30 novembre dell'anno 1181, prezioso documento giuridico denominato *De mare libero et de libero commercio*. Anche questo documento, riscoperto negli archivi e recentemente pubblicato, sottolinea come il volume si inserisca nell'acuto dibattito attuale sul rapporto evolutivo tra globalizzazione, integrazione europea e Costituzione italiana.

Nella presente pubblicazione vengono messi in evidenza i fondamenti dell'attuale diritto dell'Unione europea, a partire dalle più antiche fasi del Diritto internazionale pubblico e privato pre-moderno e moderno, in un contesto in cui si descrive la coesistenza di spazi concentrici, riferiti all'ordine internazionale globale o mondiale, nonché alle sue singole regioni, oggetto di disciplina "integrata" o "concertata". Sulla base di tali ampie premesse, le ultime due parti del volume si riferiscono all'opera degli Stati e dei gruppi di Stati quali attori principali di questo "ricostruito" sistema giuridico euro-internazionale. Si perviene, infine, alla descrizione della tendenza sopra indicata, denominata dall'Autore "neo-costituzionalismo internazionale", fra i due poli della realtà attuale e della riforma in corso dell'intero sistema unionistico europeo contemporaneo.

Antonio Di Muro

ISSN 2279-7238

ISSN 2279-7238

Annuale 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

ISSN 2279-7238

Annuale 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

ISSN 2279-7238

Annuale 2018 della Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"

ISSN 2279-7238